



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA FORA DOS
REQUISITOS DE URGÊNCIA: UMA ANÁLISE ACERCA DO
REGRAMENTO DADO PELO CPC/15 E PRÁTICAS
ABUSIVAS**

GIOVANNA BARBOSA SALES DE ALMEIDA

Brasília, DF

2022

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA FORA DOS
REQUISITOS DE URGÊNCIA: UMA ANÁLISE ACERCA DO
REGRAMENTO DADO PELO CPC/15 E PRÁTICAS
ABUSIVAS**

GIOVANNA BARBOSA SALES DE ALMEIDA

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pelo Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD-UnB).

Orientadora: Professora Doutora Daniela Marques de Moraes.

**Brasília, DF
2022**

GIOVANNA BARBOSA SALES DE ALMEIDA

**A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA FORA DOS
REQUISITOS DE URGÊNCIA: UMA ANÁLISE ACERCA DO
REGRAMENTO DADO PELO CPC/15 E PRÁTICAS
ABUSIVAS**

Comissão Avaliadora

Professora Doutora Daniela Marques de Moraes
Orientadora

Professora Doutora Maricé Giannico

Professora Doutora Paula Pessoa Pereira

Professor Doutor Paulo Mendes de Oliveira

**Brasília, DF
2022**

Bp

Barbosa Sales de Almeida, Giovanna

A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA FORA DOS REQUISITOS DE URGÊNCIA: UMA ANÁLISE ACERCA DO REGRAMENTO DADO PELO CPC/15 E PRÁTICAS ABUSIVAS / Giovanna Barbosa Sales de Almeida; orientador Daniela Marques de Moraes. -- Brasília, 2022.

104 p.

Monografia (Graduação - Direito) -- Universidade de Brasília, 2022.

1. Direito Processual Civil. 2. Prova. 3. Produção Antecipada de Provas. 4. CPC/15. I. Marques de Moraes, Daniela, orient. II. Título.

À minha família: da vida e de Deus.

AGRADECIMENTOS

Nunca fiz nada sozinha. Pelo menos nada de bom. Tudo o que eu já fiz, vivi e provei foi *em e a partir* de comunidade. Então, se hoje posso finalmente concluir essa significativa etapa, foi porque ao meu lado tive muitos, o tempo todo. Jamais, por um momento sequer, vivi essa graduação sozinha. Terminar esse curso é um sonho que custei acreditar que se realizaria. É por isso que preciso agradecer e não posso economizar minhas palavras. Sem medo de me tornar cansativa, sem medo de soar clichê.

De início, preciso agradecer à Universidade de Brasília e à Faculdade de Direito. Discorrer sobre a excelência da educação jurídica que recebi é redundante. O que não é óbvio, e que há de ser dito, é como esses lugares me mudaram. A faculdade foi, sem dúvidas, a coisa mais difícil que eu já fiz, custou tudo que havia em mim: extraiu o meu melhor e o meu pior. Mas foi ali que passei a ver a vida com outros olhos. Foi nesse lugar que conheci pessoas que mudaram a minha vida para sempre, foi a partir desse lugar que aprendi o valor da excelência, da dedicação. Aprendi a ser disciplinada e, talvez o mais importante, aprendi também a ser compassiva. Ainda que eu me esqueça de todas as leis que eu já estudei, esses aprendizados ninguém pode me tirar.

Agradeço, então, aos professores que marcaram essa caminhada e me instruíram da melhor forma. Primeiro, é claro, agradeço à sempre querida Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes, que, tão generosa, aceitou orientar essa monografia – encontrá-la na graduação foi um presente inestimável. Não apenas, devo agradecer também a todos os professores da cadeira de Direito Processual Civil, o que faço nos nomes dos Profs. Drs. Vallisney Oliveira, Maricí Giannico, Bruno Burini e Diego Herrera (este último que, em uma de suas aulas de Direito Processual Civil I, descreveu a produção antecipada de prova como “*super trunfo do processo civil*”, frase que colocou uma pulga atrás da minha orelha e, muitos anos depois, inspirou a escrita desse trabalho). Vocês fizeram o Processo ser a coisa mais divertida que estudei na vida. Por isso, muito obrigada.

Também agradeço aos queridos Profs. Drs. Paula Pessoa e Paulo Mendes, que graciosamente aceitaram o convite para compor essa banca e que, há anos, vêm me inspirado no estudo do Direito Processual Civil. Que honra!

Devo agradecer também à querida Prof. Dra. Maricí Giannico. Se me encantei pelo processo nessa jornada, ela é a maior responsável. Por algum motivo (para mim ainda

desconhecido) você acreditou em mim e me contratou como sua estagiária no Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr e Quiroga, escritório que foi uma das grandes escolas da minha vida. Por mais de dois anos, foi nesse lugar que pude viver a prática processual sob a liderança de uma das advogadas mais brilhantes do país: o resultado não poderia ser outro, fiquei fascinada. Obrigada por sempre exigir o melhor e, ao mesmo tempo, sempre ser diligente com o meu aprendizado. Você é uma das minhas maiores inspirações.

Agradeço também a todos os advogados e assessores com quem pude trabalhar ao longo desses anos. Dessa vez, agradeço em nome do querido Prof. Me. Cássio Hildebrand, que tem me acompanhado nessa última etapa da graduação: obrigada pelas orientações no dia a dia da prática forense e por sempre instigar a pesquisa acadêmica de excelência.

Devo agradecer também a dois grandes amigos que fiz no período em que trabalhei no Mattos Filho: Maria Luiza Valença e Henrique Borges. O companheirismo que construímos é o sonho de qualquer estagiário. Obrigada por sempre me ajudarem, incansavelmente. Esse trabalho tem um pouco de vocês e dos debates que travamos sobre as produções antecipadas de provas que acompanhamos. Levo vocês no coração.

Devo agradecer também aos queridos amigos e colegas que tornaram os anos na Faculdade de Direito da UnB extremamente instigantes, produtivos e, é claro, hilários. Primeiramente, agradeço aos colegas da Equipe de Processo Civil – o que faço no nome do Rodrigo Duarte, que tão atenciosamente incentivou a escrita desse trabalho com pesquisas e material. Agradeço todos a todos os colegas de projetos e de turmas, e por como vocês enriqueceram essa experiência. Devo destacar nominalmente Maria Clara, Arthur, Gabriel, Pedro, Marcela, Victória S., Isadora, Daniel, além de tantos outros. Por último, mas não menos importante, agradeço ao meu *grupo necessário*: Sara Assis e Lucas Orsi. Vocês são duas das pessoas mais brilhantes que eu conheço. Vocês me impulsionam a ser melhor e mais excelente. Mas mais do que isso, vocês dividem o fardo, que por vezes é pesado demais. Eu amo vocês e a gratidão que sinto por essa amizade jamais poderia ser colocada em palavras. Vocês me dão a certeza de que não estou sozinha.

É claro, devo agradecer também àqueles que tornaram isso possível para além do ambiente jurídico. Nessa jornada, três casais foram fundamentais: Gabriel e Natália Tótolli, Izabel Arrais e João Marcos e Mario e Gabriela Saraiva. Em todo o tempo em que estiveram presentes em minha vida, vocês me orientaram incessantemente. Quando eu quis desistir, quando eu tive ideias mirabolantes e me convenci a fazer outras coisas e abandonar esse sonho, vocês sempre me serviram com clareza e alinhamento. Vocês foram suporte emocional e

espiritual todas as vezes que me receberam em suas casas, atenderam meus telefonemas e me chamaram para conversar. Eu amo vocês e eu sou privilegiada. Muito obrigada pelo ensino, sempre. Esse trabalho também é para vocês.

Ao meu Pastor, Gustavo Paiva. Nesses mais de oito anos, eu tenho conhecido Deus através de sua vida. Quando eu não soube o que fazer nem por onde andar, você sempre redirecionou minhas rotas e me lembrou do que é verdade e do que é *de verdade*. Essa é a coisa mais preciosa que eu tenho. É por isso que hoje encerro esse ciclo.

Aos meus amigos queridos. Amigos da minha vida: da adolescência, da igreja, da Universidade de Brasília e do que mais a vida nos reservar: Nathália, Rafael, Letícia, Isabela, Victória, Guilherme, Jhonnathan, PV, Leo, Marcos Junior, Alice, Ester, Sofia Casali, Marcela, Giulia. Vocês sabem quem são. A UnB só foi o que foi para mim por causa de vocês, por causa dos dias inacabáveis, pelas tardes no gramado, pelos propósitos que nos guiaram. Sou feliz porque ainda trilhamos uma jornada que é eterna. Aos meus outros amigos queridos, que também fazem parte dessa família de Deus: Maria Moisés, Luis Hosken, Clara, João Paulo, Larissa, Camila M., Gabriel B., Débora Mendes, Giovana Lampert, Luis Carlos, e todos mais que estiveram em oração por mim nesse tempo. Amo vocês.

Registro também meu agradecimento às amigas de sempre e para sempre: vocês são uma certeza no meu coração, obrigada por nunca me deixarem de lado: Sofia Martins, Ana Carolina Jreige, Giovanna Milanez, Daniela Ferreira e Beatriz Carvalho. Que privilégio!

Agradeço a todos os meus familiares, que, de longe ou de perto, sempre torceram por mim. Nominalmente (mas sem me esquecer dos demais), dedico esse trabalho também às minhas duas vovós, mulheres guerreiras e de oração. Isso também é por vocês.

Por último, mas sem dúvidas, não menos importante, agradeço à minha família. Samuel, por ser tudo que um irmão pode e deve ser. A minha vida é indiscutivelmente melhor porque você existe. Formamos a dupla mais inesperada e complementar de irmãos, e que bom. Eu te amo. Sem sua parceria, nada disso teria sido possível. Aos meus pais, Soraya e William, por serem sempre tão bons. Eu queria poder agradecer a vocês da forma como vocês merecem, mas não consigo. Obrigada porque vocês fizeram com que eu sempre soubesse que eu sou amada, mas o mais importante: obrigada por me ensinarem os caminhos de vida eterna. Eu quero viver uma vida que honre vocês.

Por fim, devo dizer que se concluo essa fase, é porque assim aprovou a Deus. Nenhum dos exaustivos agradecimentos que listei acima fazem sentido fora dEle e de sua soberana

vontade. Tudo o que eu faço, se faço bem e de todo o meu coração, é para que o nome dEle seja glorificado. *Coram deo.*

Muitíssimo obrigada, sempre.

Where you invest your love, you invest your life
- Mumford and Sons

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|--------|---|
| CC | Código Civil |
| CF | Constituição Federal |
| CF/88 | Constituição da República Federativa do Brasil |
| CPC | Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015 |
| CPC/39 | Código de Processo Civil, Decreto-Lei nº 1.608/1939 |
| CPC/73 | Código de Processo Civil, Lei nº 5.869/1973. |
| CPC/15 | Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015 |
| FPPC | Fórum Permanente de Processualistas Civis |
| MP | Ministério Público |
| PAP | Produção Antecipada de Prova |
| Repro | Revista de Processo |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |
| § | Parágrafo. |

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 17 |
| CAPÍTULO I – UMA VISÃO PANORÂMICA: A PROVA NO PROCESSO E O DIREITO AUTÔNOMO À PROVA | 21 |
| 1.1 Do início: os fatos no mundo e as provas..... | 21 |
| 1.2 O processo e a prova e a prova no processo | 22 |
| 1.3 A prova e o devido processo legal: a manifestação do contraditório | 25 |
| 1.4 Um olhar mais atento: o direito à prova e o direito de provar. Uma análise fundamental à compreensão de um direito autônomo à prova..... | 29 |
| 1.5 A finalidade da prova | 33 |
| 1.6 Abrindo horizontes para a análise do instituto da produção antecipada da prova: antes, um olhar para o regramento probatório do CPC/15 a partir de um modelo cooperativo. | 38 |
| CAPÍTULO II - A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA | 44 |
| 2.1 A Produção Antecipada de Prova..... | 44 |
| 2.2 Um problema a ser enfrentado: a produção antecipada de prova fora dos requisitos de urgência no CPC/15 como uma alternativa de efetividade e resolução de conflitos..... | 45 |
| 2.3 Uma análise comparada: um olhar sobre os instrumentos de instrução preliminar no direito norte-americano e inglês e sua influência sobre a produção antecipada de prova como meio apto a reduzir litígios. | 52 |
| 2.4 A produção antecipada da prova na prática..... | 56 |
| 2.4.1 O que é, efetivamente, a produção antecipada de prova: pontuações sobre a sua natureza e seu objeto. Um olhar ao artigo 381..... | 56 |

| | |
|---|-----------|
| 2.4.2 Ainda sobre o artigo 381: considerações sobre a competência e prevenção na produção antecipada de prova. | 59 |
| 2.4.3 Ainda sobre o regramento da produção antecipada da prova no CPC/15: análise do procedimento do artigo 382. | 61 |
| 2.5 Considerações parciais | 65 |
| CAPÍTULO III - USOS ABUSIVOS DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA.... | 67 |
| 3.1 Recapitulando | 67 |
| 3.2 A deturpação de um instituto: o uso abusivo da produção antecipada de provas. | 68 |
| 3.3 O interesse processual na produção antecipada da prova..... | 70 |
| 3.3.1 O interesse-utilidade na produção antecipada de provas..... | 75 |
| 3.3.2 O interesse-adequação na produção antecipada de provas. | 76 |
| 3.3.3 O interesse-necessidade na produção antecipada de provas..... | 78 |
| 3.4 O direito de defesa na produção antecipada de prova. | 81 |
| 3.4.1 A proibição de defesa e a desvirtuação da prova..... | 82 |
| 3.5 <i>Fishing expedition</i> na produção antecipada de prova..... | 87 |
| CONCLUSÕES E CONSIDERAÇÕES FINAIS | 91 |
| REFERÊNCIAS..... | 95 |

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a investigar a ação de produção antecipada de prova prevista entre os artigos 381 e 383 do novo Código de Processo Civil. Em específico, o trabalho pretende investigar as modalidades que positivam o chamado “direito autônomo à prova”, as finalidades as quais se pretendeu atingir a partir de tal positivação e quais são as lacunas que favorecem a disposição do instituto de modo abusivo. Para tanto, o trabalho foi dividido em três partes: o primeiro capítulo dedica-se a abordar aspectos gerais da teoria da prova, a fim de compreender o papel da prova no processo, sua importância como mecanismo de concretização de direitos fundamentais (tais como o devido processo legal, efetivado por um adequado contraditório) e a evolução teórico-dogmática do regramento processual para que se efetivasse um direito autônomo à prova; o segundo capítulo, por sua vez, a partir das bases estabelecidas pelo primeiro, passa a refletir sobre o instituto da produção antecipada de prova no CPC/15. Para tanto, considera o seu alinhamento às finalidades do novo Código de construir um processo mais efetivo, e como o mecanismo, inspirado (mas não copiado) da instrução preliminar de sistemas de *common law*, poderia corroborar para tais objetivos e, por último, aborda também e a dinâmica procedimental da produção antecipada de prova; o terceiro, por fim, à luz do regramento processual, considera implicações práticas que podem advir do procedimento, considerando, principalmente, as lacunas processuais que parecem indicar um uso abusivo do instituto, e quais são os pontos de atenção para coibir sua deturpação à práticas como a de *fishing expedition*.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Código de Processo Civil. Produção antecipada de prova. Direito autônomo à prova. Efetividade do Processo. Interesse processual. Defesa. Abusos.

ABSTRACT

The present study aims to investigate the legal procedure of Anticipated Production of Evidence (that some may define as “Brazilian discovery”) stated in between the articles 381 and 383 of the new Civil Procedure Rule. In specific, this paper intends to investigate the legal devices that purport the so-called “autonomous right to proof”, which are the purposes that were intended to reach such regulation and what are the gaps that favor the provision of the institute in an abusive way. Therefore, the work was divided into three parts: the first chapter is dedicated to addressing general aspects of the theory of proof, in order to understand the role of evidence in the process, its importance as a mechanism for the implementation of fundamental rights (such as due process of law, carried out by an adequate adversary system) and the theoretical-dogmatic evolution of the procedural rules so that an autonomous right to proof could be implemented; Therefore, it considers its alignment with the purposes of the new Code of building a more effective process, and how the mechanism, inspired (but not copied) by the preliminary instruction of common law systems, could corroborate to such objectives and, not only, it also addresses the procedural dynamics of the anticipated production of evidence; the third, lastly, in the light of the procedural rules, considers practical implications that may emerge from the procedure, considering, mainly, the procedural gaps that seem to indicate an abusive use of the institute, and what are the points of attention to curb its misrepresentation of practices as the fishing expedition.

Keywords: Civil Procedure Law. Anticipated Production of Evidence. Autonomous right to proof. Brazilian Civil Procedure Code of 2015. Evidence. Efficiency.

INTRODUÇÃO

O presente estudo busca investigar a produção antecipada de prova fora dos requisitos de urgência, nos termos previstos no artigo 381, incisos II e III do Código de Processo Civil. Em específico, pretende compreender o que a norma jurídica fornece sobre o instituto: quais finalidades ele pretende alcançar, o que o regramento busca garantir e quais são as possíveis consequências negativas de sua utilização (ou melhor, seus usos abusivos).

Essas questões surgem a partir da ideia de que a produção antecipada da prova pode ser uma resposta dada pelo novo Código ao problema da efetividade no sistema processual brasileiro. Se é essa a pretensão do legislador, que inovou em relação ao CPC/73 e sustentou a hipótese de produção de prova desvinculada dos requisitos de urgência, é preciso buscar compreender se tal finalidade tem sido atendida – especialmente porque, para alcançar tais fins, o legislador parece ter expandido deliberadamente o leque de possibilidades de utilização desse instituto a partir de hipóteses de cabimento muito amplas.

Portanto, o presente trabalho justifica-se pela necessidade de um olhar mais crítico para a produção antecipada de provas – sem descartar, contudo, o quanto ela pode contribuir para um processo mais célere, ou mesmo para o incentivo de autocomposição. O trabalho questiona, na realidade, se as suas amplas hipóteses de cabimento autônomo, combinadas com a dificuldade do exercício do direito de defesa (entravado pelo § 4.º do artigo 382 do CPC/15), cooperam para a práticas abusivas tais quais a *fishing expedition*, já conhecida nos sistemas de tradição de *common law* que contam com mecanismos de instrução preliminar.

Para que tal objetivo seja alcançado, o trabalho será dividido em três seções principais, ou três capítulos. O primeiro capítulo tem o objetivo específico de firmar as bases para adequada compreensão do instituto da produção antecipada de prova. Assim, o primeiro ponto de dedicação do trabalho volta-se a considerar aspectos gerais da teoria da prova que podem favorecer a adequada compreensão da PAP, bem como dos princípios que devem norteá-la.

Inicia-se a partir da contextualização da importância da análise dos fatos dentro de um processo, o que se dá através da prova. Em seguida, o trabalho tratará dos escopos do processo e como a prova, nele, é capaz de influir na obtenção de uma tutela jurídica justa. Por isso, falar-se-á da prova a partir da perspectiva do devido processo legal, em seu viés de concretização do direito ao contraditório. A partir de tais fundamentos, que compreendem o *direito de provar*, faz-se necessário abordar evolução teórica que passa a proclamar, dessa vez, um *direito à prova*

que vai além: consiste no direito à obtenção da prova, desvinculada de uma pretensão de direito material.

Como consequência, é possível enxergar a finalidade da prova a partir de duas perspectivas: a de proporcionar decisões mais justas a partir da consecução de busca pela verdade (ainda que esta seja inatingível) e da noção que, considerado o direito autônomo à prova, não é o juiz mais o seu único destinatário. Ela serve também ao processo, é claro, e às partes, que agora podem dispor da prova inclusive para evitar conflitos. Por fim, esclarecidas tais questões e dado um panorama acerca da teoria da prova, serão abordados alguns aspectos norteadores do regramento dado às provas em geral no CPC/15.

O segundo capítulo, por sua vez, dedica-se ao estudo exclusivo da produção antecipada de prova – há de se dizer, da produção antecipada de prova fora dos requisitos de urgência. Para tanto, propõe tratar a positivação do instituto no CPC/15 como resposta a um problema de efetividade do judiciário. Ou seja, aborda como produzir prova antecipadamente, à luz do que dizem os incisos II e III, pode se apresentar como uma alternativa de resolução de conflitos ou, até mesmo, como meio de proporcionar um processo mais efetivo. Feitas tais considerações, o capítulo realiza uma análise comparada, voltada a apreender aspectos (sejam semelhanças ou distinções) entre os mecanismos de instrução preliminar do direito americano e inglês e a produção antecipada de prova. Em seguida, estuda-se sobre a produção antecipada da prova na prática, considerando sua natureza jurídica, objeto, a competência para processamento, ausência de prevenção e o procedimento do artigo 382.

Por fim, o terceiro capítulo, a partir do que foi abordado nos dois capítulos anteriores – e sem desconsiderar ou negar os pontos que ali foram suscitados – pautava sua reflexão sobre as seguintes questões: o regramento da PAP no CPC/15, anteriormente examinado, parece indicar lacunas normativas que possibilitam a deturpação do instituto para sua utilização de modo abusivo. Por isso, investiga-se dois pontos de desconfiança: as hipóteses muito abertas para a demonstração de interesse de agir na propositura da produção antecipada da prova; e, também, as restrições impostas ao exercício do direito de defesa, o que pode resultar em práticas abusivas como a de *fishing expedition*.

Por isso, o trabalho busca chamar atenção ao instituto da produção antecipada de prova fora das hipóteses de urgência, mecanismo significativamente novo para o sistema processual civil brasileiro. Não apenas, busca demonstrar, a partir da provocação de uma análise mais atenta, que apesar de todas as suas vantagens – o que não se olvida – existem lacunas que podem propiciar a sua utilização de modo abusivo, o que é ainda mais deletério diante das dificuldades em se exercer o direito de defesa.

Para, então, alcançar tais objetivos, o trabalho vale-se do método dedutivo e utiliza ampla revisão bibliográfica para respaldar as hipóteses postas. A abordagem realizada é quantitativa, e o trabalho volta-se principalmente à interpretação normativa e doutrinária, além de realizar um breve incursão em uma análise do direito comparado.

CAPÍTULO I – UMA VISÃO PANORÂMICA: A PROVA NO PROCESSO E O DIREITO AUTÔNOMO À PROVA

Firmando as bases para uma adequada compreensão da produção antecipada de prova

O primeiro capítulo deste estudo se propõe a compreender o papel da prova no sistema processual civil e fornecer, assim, bases sólidas para que o instituto da produção antecipada de prova seja ponderado com mais especificidade nos capítulos subsequentes.

Para tanto, o trabalho se dedica a uma abordagem panorâmica acerca dos aspectos gerais da teoria da prova: inicia-se pensando o que é a prova e como ela se insere no contexto processual, qual é a sua relação com a garantia constitucional do direito ao contraditório, quais são as suas finalidades no sistema processual e no que consiste o direito autônomo à prova – e em que este se difere do direito de provar e, também, quais são as suas finalidades. Por fim, discorre-se sobre o tratamento dado às provas no novo Código de Processo Civil.

1.1 Do início: os fatos no mundo e as provas

A prova permeia todas as expressões e manifestações da vida humana e, por isso, não pertence ao direito.¹ Em suas múltiplas conotações, usos e aplicações, a palavra “prova” pretende traduzir a necessidade que há de se demonstrar algo – uma afirmação, um acontecimento, ou mesmo uma determinada qualificação.² Enquanto atividade de reconstrução de fatos, é substancial, inclusive, ao fazer ciência.

No entanto, ainda que não pertença ao direito, a prova – *latu sensu* – permeia toda a atividade jurídica, e é instrumento que permite concretizar direitos e prestar adequadamente determinada tutela jurisdicional. Isto porque o direito se vale de registros materiais tanto para sua criação – através dos fatos que motivam a concepção de determinada norma – quanto para sua aplicação – que se dá por meio da subsunção de determinado fato à norma.³

Logo, a prova pode ser entendida como um mecanismo de intersecção e transporte entre o mundo dos fatos e o mundo do direito. No mundo dos fatos (e, portanto, dos fatos não

¹ ECHANDIA, apud DIDIER Jr, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. v. 2, 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 86.

² Nesse sentido, Eduardo Cambi afirma que “essencialmente, *provar* significa demonstrar a verdade de uma proposição afirmada (*probatio est demonstrationis veritas*)”. (CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 37).

³ ABREU, Rodrigo. *O interesse processual na produção antecipada de prova fundada nos incisos II e III do art. 381 do Código de Processo Civil*. Orientador: Pedro Miranda de Oliveira. 2021. 212 p. Dissertação de Mestrado - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021. p. 20-21.

jurídicos) limita-se a determinado acontecimento, cuja finalidade há de ser dada a partir da necessidade específica de provar. Quando, porém, alcança qualificação jurídica, e, por isso, interessa juridicamente por sua previsão normativa,⁴ tal fato é transportado ao mundo do direito para que uma entidade imparcial os analise à luz da ordem jurídica vigente. Esse transporte e análise que se faz aos fatos se dá, também, através de um *instrumento*, que é meio, mas, não apenas, tem em si objetivos: o processo.⁵

Então, faz-se necessário falar sobre a prova e o processo, e, é claro, sobre a prova no processo.

1.2 O processo e a prova e a prova no processo

O processo é meio, método e instrumento para alcançar algo. Entretanto, principalmente quando enxergado a partir de uma perspectiva instrumental,⁶ o processo tem uma finalidade: pacificar litígios mediante a solução imperativa de conflitos.⁷

Entende-se que o processo existe em uma sociedade complexa, constituída por uma amálgama de relações intersubjetivas igualmente complexas. Disso, advém a necessidade de que o Estado mantenha o império da ordem jurídica e assegure a paz social, o que faz, dentre outros meios,⁸ através da solução dos conflitos de interesse que lhes são apresentados, caracterizados estes por pretensões resistidas – ou lides – buscando aplicar a lei e estabelecer a pacificação.⁹

⁴ DE ASSIS, Araken. *Processo Civil Brasileiro - volume II: parte geral, institutos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 935.

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

⁶ Por “*caráter instrumental do processo*”, Cândido Rangel Dinamarco explica o processo como instrumento eficaz para o acesso à ordem jurídica justa. Assim, a partir de um raciocínio teleológico, propõe que o sistema processual seja enxergado através de seus escopos, abandonando a visão exclusivamente interna do direito processual e seus institutos. Como principais escopos do sistema processual, o Professor aponta: (a) o escopo social; (b) o escopo político; e (c) o escopo jurídico. O escopo social, principal entre os listados, buscaria pacificar pessoas mediante a eliminação de conflitos com justiça. O escopo político, por sua vez, estaria firmado no amparo dado à manutenção de estabilidade das instituições políticas. O escopo jurídico, por fim, residiria na concretização da vontade do direito. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 177-187).

⁷ DINAMARCO, C. R.; LOPES, B. V. C.; BADARÓ, G. H. R. I. *Teoria Geral do Processo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 28.

⁸ Nesse ponto, Theodoro Júnior também esclarece as funções administrativa e legislativa exercidas pelo estado, além da jurisdicional, em que se objetiva a manutenção da ordem jurídica e asseguar a paz social. (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil, vol. I*. 56ª ed. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2015.p. 44).

⁹ *Ibid.*, p. 44.

Em outras palavras, o processo pode ser entendido como o meio pelo qual se objetiva a *prestação de determinada tutela jurisdicional* através de normas que definem a forma de atuação e aplicação concreta das leis.¹⁰

Para atingir tais fins e efetivamente prestar a tutela pretendida, o sistema processual desenvolve-se como uma dança, que recruta para o seu movimento três institutos fundamentais: a jurisdição, a ação e a defesa.¹¹⁻¹²

A jurisdição consiste em uma das funções exercidas pelo Estado, a qual este substitui titulares de interesses conflitantes, a fim de buscar pacificação de determinado conflito por meio de uma decisão imparcial. Essa jurisdição é exercida tendo como referência uma *lide*, apresentada por uma parte, mediante exercício do chamado direito de ação. Em contrapartida, a outra parte tem o direito a opor-se à demanda movida pelo autor através da *exceção* ou defesa.¹³

Assim, esse procedimento caminha de um determinado ponto de partida, que consiste na dedução de uma *demand*a por meio de uma petição inicial, até o ponto de chegada, que é uma *sentença* de mérito (no processo de conhecimento). Entre esse ponto de partida e chegada, há uma sucessão de atos e posições jurídicas que obedecem à uma determinada ordem de progressão.¹⁴

Por evidente, essa relação jurídica que se desenvolve no curso processual tem um objeto: a obtenção de determinado bem da vida. E, claro, toda demanda que se revolve ao redor de determinado bem da vida é fundada por uma pretensão que tem, na sua origem, fatos, que aos afirmados, são o fundamento ao qual se pretende a prestação de determinada tutela jurisdicional que lhe produza efeito favorável.¹⁵

Deste modo, todos os pretensos direitos subjetivos sustentados para a obtenção de determinado bem da vida se originam de fatos, ou melhor, de *alegações* de fatos formuladas

¹⁰Ibid., p. 44.

¹¹DINAMARCO, C. R.; LOPES, B. V. C.; BADARÓ, G. H. R. I. *Teoria Geral do Processo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 28.

¹² Nesse sentido, vale mencionar a compreensão de Dinamarco ao demonstrar o deslocamento da concepção do que se presta o processo civil: “Na criticada visão estritamente jurídica do fenômeno político que é jurisdição, os estudiosos do processo conformaram-se inicialmente com afirmações extremamente individualistas, ligadas ao sincretismo privatista em que o sistema processual aparece como meio de exercício de direitos e institucionalmente destinado à sua satisfação. Dizia-se, então, que o escopo do processo era a tutela dos direitos (...). Hoje, reconhecida a autonomia da ação e proclamado o método do processo civil de resultados, sabe-se que a tutela jurisdicional é dada às pessoas, não aos direitos, e somente àquele sujeito que tiver razão. A tutela dos direitos não é o escopo da jurisdição nem do sistema processual”.

¹³ DINAMARCO, C. R.; LOPES, B. V. C.; BADARÓ, G. H. R. I. *Teoria Geral do Processo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 260 e 332.

¹⁴Ibi., p. 343-345

¹⁵DE ASSIS, Araken. *Processo Civil Brasileiro, volume II: parte geral, institutos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

por determinada parte. Portanto, uma das partes tem a iniciativa de constituir o que se chama de relação jurídica processual,¹⁶ propondo, em juízo, uma demanda. O réu, aquele a quem a demanda é dirigida, oferece sua defesa, e assim como o autor, invoca fatos que possam justificar a sua pretensão, ou, em posição contrária, resistência à pretensão posta.¹⁷

Assim, na maioria das vezes, é a partir dos fatos alegados e provados no processo que o juízo emite o provimento solicitado pelas partes.¹⁸ Vale, então, a máxima: *ex facto oritur jus*.¹⁹ Do fato nasce o direito. E a *prova*, nesse contexto, é o ato jurídico processual que possibilita a “reconstrução” dos fatos pretéritos para que se defina quais normas incidiram no caso.²⁰

São múltiplas as acepções que o termo “prova” pode carregar.²¹ Em uma trama jurídica, importante ser adequada dentro da noção tripartida que a concebe como *atividade, meio e resultado*. Como *atividade*, a prova pode ser entendida justamente como o conjunto de atos realizados pelos sujeitos processuais para sustentar as pretensões deduzidas em juízo e até a própria decisão proferida. Como *meio*, a prova é instrumento de introdução de informações no processo, agindo, sobretudo, para a convicção do juízo. Por último, como *resultado*, é sinônimo de valoração e da convicção já formada.²² Portanto, trata-se de um termo que denota um agir que é objetivo assim como é subjetivo. Provar envolve atividades, ações e meios de ação, do mesmo modo que, subjetivamente, permeia os elementos necessários ao convencimento das partes e dos juízes.²³

É sabido que as visões acerca do que é a prova, sua natureza e sua finalidade não são unânimes – destaca-se a opinião de MARINONI e ARENHART²⁴, que rejeitam a ideia de a

¹⁶Ibid., p. 1295.

¹⁷ DINAMARCO, C. R; LOPES, B. V. C; BADARÓ, G. H. R. I. *Teoria Geral do Processo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 426.

¹⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 9.

¹⁹ DINAMARCO, C. R; LOPES, B. V. C; BADARÓ, G. H. R. I, op.cit., p. 426.

²⁰ TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015*. v. 260. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 77.

²¹ Importante, desde já, apontar que o que a doutrina destaca como “caráter plurissignificativo” do termo “prova”. Eduardo Cambi demonstra que: “*etimologicamente, o termo prova provém do latim probō, probatio e probus. Probus significa bom, reto, honrado, sendo possível, então, afirmar que o que resulta provado é autêntico ou corresponde à verificação ou demonstração da autenticidade (...). Essencialmente, provar significa demonstrar a verdade de uma proposição afirmada (probatio est demonstrationis veritas). Juridicamente, o vocábulo “prova” é plurissignificante, já que pode ser referido a mais de um sentido, aludindo-se ao fato representado, à atividade probatória, ao meio ou fonte de prova, ao procedimento pelo qual os sujeitos processuais obtêm o meio de prova ou, ainda, ao resultado do procedimento, isto é, à representação que dele deriva (mais especificamente, à convicção do juiz)*” (CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 37-38).

²² Ibid., p. 38,

²³ Ibid., p. 38-39.

²⁴ Nesse sentido, defendem Marinoni e Arenhart ter a prova função de “se prestar como peça de argumentação no diálogo judicial, elemento de convencimento do Estado-jurisdição sobre qual das partes deverá ser beneficiada

finalidade da prova ser a reconstrução de fatos. Porém, não há dúvidas de que a prova é peça fundamental para a formulação do convencimento do Estado-jurisdição. É do exame desses fatos alegados que o juízo, por meio de uma sentença, declara o direito e tutela a relação jurídica.²⁵

Dessa senda, não é possível pensar em decisão justa sem que as partes seja oportunizado demonstrar os fatos que fundamentam suas pretensões e defesa.²⁶ O processo, enquanto “método institucional” de exercício da jurisdição,²⁷ volta-se a analisar as questões de fato postas e então, só então, torna-se possível concretizar a participação das partes no convencimento do juízo – influenciando, também, para aumentar suas chances de decisões favoráveis ao seu interesse.²⁸

Então, torna-se evidente que o processo não é, nem pode ser entendido, meramente como procedimento de aplicação legislativa, mas deve ser enxergado em toda sua extensão e complexidade: de pronto, é a relação entre os seus sujeitos – as partes e o juízo – através de um procedimento dado em contraditório.²⁹ Entretanto, não basta: a prova no processo, afirmada através de um direito de provar, traduz o direito ao contraditório.

1.3 A prova e o devido processo legal: a manifestação do contraditório

O processo, então, não se trata de um mero grupamento de técnicas lógico-formais, mas forma, na realidade, “um conjunto de instrumentos para concretização da justiça”.³⁰ Afinal, o processo não é, nem pode ser entendido como um fim em si mesmo: é antes um instrumento ético, que se estabelece e atua sobre situações concretas, e, portanto, não é neutro.³¹

com a proteção jurídica do órgão estatal”. In MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Volume I*. 56. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 1.102.

²⁶ CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no processo civil*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p.57

²⁷ Ibid., p. 21.

²⁸ Ibid., p.126.

²⁹ Não pretende o presente trabalho abordar os conflitos doutrinários existentes entre as concepções de Oskar Von Bulow, Goldschmidt e Elio Fazzalari. O trabalho busca apenas demonstrar o sistema processual como um conjunto de relações complexas, legitimadas e articuladas pela interação das partes através do contraditório. É a exposição de DINAMARCO, C. R.; LOPES, B. V. C; BADARÓ, G. H. R. I. *Teoria Geral do Processo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 343-349.

³⁰ CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no processo civil*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1ª ed. 2001. p. 98.

³¹ Id, 2001, p. 99.

A partir de uma compreensão publicista do processo,³² a estruturação do sistema processual como amálgama de normas substantivas de justiça é assumida pelo ordenamento constitucional, que, não apenas, oferece também sentido axiológico ao ordenamento jurídico.³³

Assim, o processo passa a atuar para concretizar a constituição e, por consequência, concretizar o seu viés democrático, o que faz a partir de participação e justiça. Nessa senda, a constituição orienta a estrutura organizacional jurisdicional e os princípios gerais que devem ser assegurados.³⁴ É neste ponto que, corolário de um Estado Democrático de Direito, a constituição instrui não a “realização genérica do direito constitucional ao processo, mas o direito a um processo justo”,³⁵ que está positivado, na norma constitucional, como direito ao devido processo legal.³⁶

Inaugurado no ordenamento jurídico brasileiro a partir da previsão do art. 5, inc. LIV da Constituição Federal,³⁷ o devido processo legal positivado o direito fundamental a um processo justo e consiste em uma das garantias mais amplas e relevantes do sistema.³⁸

Nos termos em que ensinam MITIDIERO e MARINONI, o devido processo legal consiste em um modelo mínimo de conformação do processo que: (i) segue em expansão, no sentido que tem a finalidade de conformar a atuação do legislador infraconstitucional; (ii) é variável, no sentido que se molda e pode assumir diversas formas para atender as exigências do direito material e do caso concreto; e (iii) é perfectibilizável, na medida em que pode ser aperfeiçoado pelo legislador infraconstitucional.³⁹

Então, o devido processo legal impõe deveres organizacionais que limitam o exercício do poder pelo juízo, pelo administrador e pelo próprio Estado⁴⁰ e, enquanto enunciado que

³² Para mais sobre o tema, ler GRECO, Leonardo. *Publicismo e Privatismo no processo civil*. Revista de Processo, v. 33, nº 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 29-56.

³³ Id., 2001, p. 96.

³⁴ CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no processo civil*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 99.

³⁵ Ibid., p. 106.

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Direitos fundamentais processuais*. In: SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2019. p. 1.050.

³⁷ Antes, o devido processo legal o “direito fundamental ao processo justo” advém de inspiração estadunidense, a partir das V e XIV Emendas à Constituição dos Estados Unidos da América. Ainda é consagrada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950, no Pacto Internacional relativo aos Direitos Cívicos e Políticos, de 1969 (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Direitos fundamentais processuais*. In: SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2019. p. 1.050.)

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 565.

³⁹ MARINONI, op.cit., p. 1.051

⁴⁰ Ibid., p. 1.051

condensa os princípios constitucionais caros à organização estatal, o devido processo estabelece fronteiras que não podem ser ultrapassadas.⁴¹

Nessa senda, NELSON NERY JUNIOR afirma que o devido processo legal é o princípio fundamental do processo civil, sob o qual todos os outros princípios e regras se sustentam.⁴² Assim, mesmo que seja um conceito “indeterminado”⁴³, as leis processuais servem ao propósito de densificar e concretizar esse direito a um processo justo.⁴⁴

Ainda que o conteúdo desse princípio-garantia⁴⁵ não seja em todo esclarecido pelo texto constitucional – por se tratar de uma cláusula geral –, este contém um núcleo essencial que é facilmente identificável. Ora, não é possível falar em um processo justo sem os elementos que o estruturam: a colaboração do juízo com as partes; a viabilização de um processo que preste tutela jurisdicional adequada e efetiva; a participação das partes em isonomia; a garantia da paridade de armas, do contraditório e ampla defesa; o direito à produção de prova; um juízo natural; um procedimento de duração razoável e público; acesso à justiça; e, é claro, a formação de coisa julgada.⁴⁶

O componente mais óbvio e intuitivo desse núcleo mínimo do devido processo legal é o corolário direito ao contraditório. Trata-se, por evidente, de uma condição necessária a um processo justo, consubstanciando-se como um elemento balizador da organização processual. Ao contrário do que já se acreditou, o direito ao contraditório não consiste na mera

⁴¹ DINAMARCO, C. R.; LOPES, B. V. C.; BADARÓ, G. H. R. I. *Teoria Geral do Processo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 107-108.

⁴² NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 106.

⁴³ Eduardo Cambi, de modo muito interessante, explica como o devido processo legal pode variar segundo as condições sociais do momento de sua aplicação: “o conceito de devido processo legal é indeterminado; por isso, pode ser considerado como uma constitucional tool (“ferramenta constitucional”), sendo ilimitada a sua possibilidade de utilização. A cláusula do devido processo legal é uma “cláusula em branco”, pois está destinada a variar segundo as condições histórico-políticas e econômico-sociais próprias do momento de sua aplicação (...)”. in CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no processo civil*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 98.

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Direitos fundamentais processuais*. In: SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2019. p. 1.052.

⁴⁵ Rodrigo de Abreu, citando Ada Pellegrini Grinover, transcreve “Os preceitos constitucionais com relevância processual têm natureza de normas de garantia, ou seja, de normas colocadas pela Constituição como garantia das partes e do próprio processo. Contraditório, ampla defesa, juiz natural, motivação, publicidade etc., constituem, é certo, direitos subjetivos das partes, mas são, antes de mais nada, características de um processo justo e legal, conduzido em observância ao devido processo, não só em benefício dos litigantes, mas como garantia do correto exercício da função jurisdicional. Isso representa um direito de todo o corpo social, interessa ao próprio processo para além das expectativas das partes e é condição inafastável para uma resposta jurisdicional imparcial, legal e justa” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Apud ABREU, Rodrigo. *O interesse processual na produção antecipada de prova fundada nos incisos II e III do art. 381 do Código de Processo Civil*. Orientador: Pedro Miranda de Oliveira. 2021. 212 p. Dissertação (Mestrado). Direito, Departamento de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021. p. 35.).

⁴⁶ MARINONI, op.cit., p. 1.053.

bilateralidade de instância. Hoje, o processo e o direito ao contraditório são pensados a partir da participação: participar é influenciar – passa a alcançar, portanto, o juízo.⁴⁷

Isso porque a o processo não é mais um monólogo, e sim um diálogo, uma conversa.⁴⁸ A partir de uma leitura orientada pelos princípios constitucionais, é possível ir além – o contraditório meramente formal não é mais suficiente,⁴⁹ fala-se então, em contraditório substancial: às partes deve ser oportunizado efetivamente influir no convencimento do juízo.

Ainda sobre esse ponto, não é possível olvidar a garantia constitucional à ampla defesa. Sua importância traduz a dialética processual e, portanto, constitui o fundamento lógico do contraditório.⁵⁰ É nesse contexto que a atividade probatória assume protagonismo e mostra sua importância: o devido processo legal não se efetiva sem o seu adequado exercício.⁵¹ Isso porque o direito à prova manifesta o contraditório no processo, e possibilita que as partes provejam suas alegações e contraprovejam o alegado pela parte contrária.⁵²

Então, o contraditório ganha substância através do adequado exercício do direito de provar, na mesma medida em que se confere legitimidade às provas através do contraditório exercido sobre elas. Isso porque o contraditório esvazia-se quando não é capaz de assegurar às partes a possibilidade de contradizer os argumentos suscitados mediante a produção de todos os meios necessários para influir no convencimento do juízo.⁵³

Ou seja, o exercício do direito à prova também serve ao interesse público: produzir provas possibilita o alcance de decisões mais justas e contribui para que a jurisdição alcance seu objetivo.⁵⁴ Nesse sentido, EDUARDO CAMBI afirma: “o direito à prova não assegura apenas a participação dos interessados na formação da decisão judicial, mas também garante a qualidade desse provimento”.⁵⁵

⁴⁷ MARINONI, op. cit., p. 1.085.

⁴⁸ Utiliza tal expressão CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. São Paulo: Pílares, 2013, p. 43.

⁴⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 248.

⁵⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 45-47.

⁵¹ ABREU, Rodrigo. *O interesse processual na produção antecipada de prova fundada nos incisos II e III do art. 381 do Código de Processo Civil*. Orientador: Pedro Miranda de Oliveira. 2021. 212 p. Dissertação (Mestrado). Direito, Departamento de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021. p. 32.

⁵² NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 246.

⁵³ CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no processo civil*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 136.

⁵⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 48.

⁵⁵ CAMBI, op.cit., p. 136.

1.4 Um olhar mais atento: o direito à prova e o direito de provar. Uma análise fundamental à compreensão de um direito autônomo à prova.

Feitos tais apontamentos sobre a importância da prova para o devido processo legal, é importante tecer considerações mais atentas acerca do que FLÁVIO LUIZ YARSHELL distingue como “direito de provar” e “direito à prova”. Tal análise é fundamental para que se compreenda, nos próximos capítulos, a configuração do direito autônomo à prova e o instituto da produção antecipada da prova.

A prova, de modo geral, era enxergada a partir de seu nítido caráter instrumental.⁵⁶ Isso significa que a prova se apresentava associada à determinada pretensão de direito material, pensada a partir de sua utilização dentro de um processo.⁵⁷ Na distinção elaborada por YARSHELL, tal acepção referia-se ao que ele chama de *direito de provar*. O direito de provar designa, então, o “direito de empregar todos os meios disponíveis para demonstração da verdade dos fatos em que fundada uma pretensão ou resistência, no contexto de um processo cujo objeto é a declaração do direito”. Seria, portanto, o direito de atuação concreta para influir no convencimento do juízo, por meio do requerimento, admissão, produção e valoração da prova, dentro de um contexto processual.⁵⁸

Sendo assim, o direito de provar teria seu conteúdo originado nos direitos de ação e defesa, ou nos termos enunciados, seria uma espécie de seu “desdobramento”. Isso porque o direito de ação, compreendido sob uma perspectiva analítica, envolve uma série de posições jurídicas ativas do autor – inclusa, portanto, a possibilidade de provar – por isso não se limita ao ato e prerrogativa de dar início ao processo.⁵⁹

O paralelo é válido para o direito de defesa. Reflexo do princípio constitucional da isonomia, possibilita que a parte requerida tenha reais oportunidades de se opor ao pedido formulado.⁶⁰ Oposição essa que deve ser exercida por todos os meios disponíveis, incluso, por óbvio, o direito de provar. Assim, o seu pleno exercício – que engloba a produção da prova – é o que garante uma sentença justa.

⁵⁶ CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no processo civil*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 136.

⁵⁷ Nesse sentido explica Carolina Costa Meireles sobre a produção antecipada da prova. Ressalta-se que tal entendimento do caráter instrumental da prova pode se aplicar à concepção de prova em geral. In MEIRELES, Carolina Costa. *Reflexões sobre a produção antecipada de prova*. Revista de Processo v. 1.015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 278.

⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Volume I*. 56ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 1.162.

⁵⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 232-233.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 232-233.

O direito de provar deve ser pensado a partir de um processo. Não é autônomo, é um meio. Nesse sentido, provar associa-se a uma pretensão posta em juízo, cujo objeto não é precisamente a produção de uma prova. O que a parte anseia é um provimento jurisdicional diverso, para o qual se vale da produção de uma prova para endossar suas razões.⁶¹

Nesse sentido, não restam dúvidas que o direito de provar existe e é um direito fundamental. Ainda que implícito, integra-se ao sistema constitucional a partir da regra do artigo 5.º, § 2.º da Constituição Federal,⁶² em razão dos tratados internacionais em que o Brasil é signatário.⁶³ Até porque o sistema constitucional consagra um sistema aberto de ampliação e absorção de direitos fundamentais implícitos. Era essa, inclusive, a visão completa que se tinha acerca do “direito à prova” positivado no ordenamento brasileiro. Ou seja: muito embora o direito de provar fosse há muito reconhecido, não se cogitava de um direito autônomo à prova, isto é, fora de uma relação concreta de direito material.

Dessa forma, não restam dúvidas acerca da estrutura, da importância e da garantia do direito de provar. Torna-se, então, necessário refletir acerca do questionamento (diga-se, fundamental) suscitado por YARSHELL. O que se pretende saber é se existe um direito autônomo à prova que se manifeste com um fim em si mesmo e que seja alheio às situações de urgência: o ordenamento permite um direito a produzir uma prova como objeto central de uma demanda?

De acordo com o seu questionamento, ele ressalta:

Vale dizer: se existe um direito de invocar um provimento jurisdicional de mérito pelo qual se declare o direito no caso concreto, parece existir também o direito de invocar um ato estatal de mera obtenção e pré-constituição de prova, desvinculado da declaração do direito. Ou, sob ótica ainda um tanto diversa, mas na mesma linha de raciocínio (de autonomia do direito à prova): o direito de ação, garantidor da chamada inafastabilidade do controle jurisdicional, pode também abranger o direito de invocar um provimento cujo objeto seja exclusivamente a produção de determinada prova.⁶⁴

Um direito autônomo à prova, ou *direito à prova*, implicaria, então, em um direito de obtê-la de forma em que ela não se apresente vinculada à declaração do direito. Ou seja, não

⁶¹BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1994, p. 45.

⁶²YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 232-233.

⁶³Art. 5, § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁶⁴Neste ponto, importa abordar que a Convenção Americana de Direitos Humanos (ou Pacto de São José da Costa Rica), de 1969, incorporado ao direito brasileiro em 1992, estabelece garantias judiciais das quais se absorve o direito à prova. No mesmo sentido o Pacto internacional de Direitos Cívicos e Políticos, Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950, Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, Declaração universal de Direitos Humanos, entre outros, cf. CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1ª ed. 2001, p. 167-168.

No mesmo sentido, cf. 35.

mais conectada a uma pretensão de direito material ou à explicitação das garantias de ação e de defesa.

Haveria, então, a possibilidade de um processo que tenha como objeto central *a prova*? Ainda quanto a esse ponto, YARSHELL esclarece que as hipóteses acauteladoras já conhecidas no ordenamento não seriam suficientes. Sustenta que, nos casos voltados à conservação, o desejo de produção da prova existe apenas em relação a uma situação da vida pela qual se buscará a aplicação do direito.⁶⁵

No mesmo sentido, hipóteses em que a pretensão seja de busca de determinada pessoa ou coisa – esclarece o professor – não deveriam ser consideradas. Isso, pois “result[am] de uma posição jurídica situada no direito material”, que se encontra no âmbito substancial. Inclui na mesma linha de raciocínio o direito à obtenção de informação, que também é prerrogativa situada no âmbito do direito material.⁶⁶ Ou seja, ele quer demonstrar que é a existência de um direito à prova que vai além: trata-se da possibilidade de se produzir a prova e ponto.

Quanto a esse ponto, também explica EDUARDO TALAMINI que, apesar de a prova, de modo geral, não ser a razão de ser do processo, existem determinadas situações em que a prova assume o papel principal. Coloca as situações em que “sua relevância para o processo, somada à necessidade de que uma definição a respeito dela vincule as partes e, em alguma medida, se torne definitiva e imutável, justificam que, (...) a prova se torne o próprio objeto de um processo jurisdicional”.⁶⁷

Não somente isso, mas é justamente essa concepção de um direito autônomo à prova que possibilita uma reflexão mais profunda acerca dos escopos da jurisdição e os destinatários da prova. Pensar a prova como um direito autônomo possibilita que, às partes, seja dado a conhecer suas reais chances em uma eventual disputa.

NELSON NERY JUNIOR afirma que “o destinatário da prova é o *processo* e não o juiz, de modo que não se pode indeferir a realização de determinada prova sob o fundamento de que o julgador já se encontra convencido da existência do fato probando (...)”.⁶⁸ Como corolário ao direito ao contraditório, o julgador deve abrir espaço para que as partes infiram e participem, realizando prova de suas alegações e contraprova do que for alegado pela parte contrária. O

⁶⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 234.

⁶⁶ Ibid., p. 244.

⁶⁷ Ibid., p. 235-236.

⁶⁸ TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada de prova no código de processo civil de 2015*. v. 260. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 75.

direito à prova possibilita que se pense, então, na jurisdição além da declaração de direito: pacificando conflitos.

Nesta senda, importantes são as considerações de THAIS AMOROSO PASCHOAL acerca do exercício do direito autônomo à prova como um instrumento de gestão eficiente do processo. Ora, se a prova pode guiar as condutas das partes – dentro e fora do processo –, ela tem como destinatários *todos* os sujeitos processuais, inclusive porque *afeta* todos os sujeitos processuais.⁶⁹ Pontua-se, a partir do que foi afirmado por PASCHOAL, que as partes podem adotar medidas de otimização por meio de técnicas de agregação ou até mesmo pela decisão do momento de sua produção – que agora pode ser antecipada, fora de uma perspectiva acautelatória.⁷⁰

Portanto, supera-se a compreensão do juiz como *único* destinatário da prova⁷¹ e reconhece-se que as partes têm direito a produzir e aferir a veracidade das provas independentemente de um processo já em curso e de uma relação substancial de fundo.⁷² Isso porque, em tese, as partes devem poder avaliar suas chances efetivas numa possível disputa, estimar custos, conjecturar acordos. O que se destaca, nesse raciocínio, é que o direito subsiste ainda que a disputa litigiosa não exista: é eventual.⁷³

É, portanto, a partir da compreensão de um direito à prova, ou direito autônomo à prova, que se concebe a existência do instituto de produção antecipada da prova fora dos requisitos de urgência, ponto que será abordado no segundo capítulo do presente trabalho.

⁶⁹NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 246.

⁷⁰PASCHOAL, Thais Amoroso. *Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. Orientador: Eduardo Talamini. 2018. 382 f. Tese (Doutorado). Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018, p. 110-111.

⁷¹PASCHOAL, Thais Amoroso. *Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. Orientador: Eduardo Talamini. 2018. 382 f. Tese (Doutorado). Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018. p.110-111.

⁷²Interessante abordar o enunciado n.º 50 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, que afirma: “Os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juizes, partes ou eventuais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz” (Grupo: Direito Probatório).

⁷³Embora não tenha sido objeto de análise aprofundada no presente trabalho, quanto a esse ponto, faz-se necessário destacar a evolução de um modelo processual cooperativo. Antes, falava-se apenas dos dois modelos consagrados de condução do processo: *adversarial* e *inquisitorial*. O modelo adversarial, informado pelo princípio dispositivo, centrava nas partes a iniciativa probatória. Assim, as partes litigavam como se em uma disputa, em que o órgão jurisdicional, de função principal decisória, torna-se mero expectador da batalha travada entre as partes. Já o modelo inquisitorial, por sua vez, torna o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo, centralizando a atribuição de poderes ao Estado-juiz. A terceira via, ou modelo cooperativo, é essencial para a compreensão da descentralização do juiz como único destinatário das provas; isso porque o modelo cooperativo redimensiona o princípio do contraditório, de modo a incluir também as partes em uma posição de simetria com o juízo. Esse tópico, pertinente aos estudos dos poderes instrutórios do juiz, é de fundamental compreensão para situar o deslocamento da centralidade do juízo como destinatário das provas, possibilitando não o destaque a um dos sujeitos processuais, mas a todos eles. (in DIDIER Jr, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, v. 2, 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 86-91.).

1.5 A finalidade da prova

Nós tópicos anteriores foi esclarecido e evidenciado o que é a prova e a existência de um direito autônomo à sua produção. Também foi tratado sobre os seus destinatários: a prova não mais existe com o fim único e último de influir no convencimento do juízo, mas passa a alcançar as partes e os demais interessados no *iter* processual. Porém, ainda há uma pergunta necessária: qual é a *finalidade* da prova?

Retornaremos alguns passos. Conforme já falado, o processo prescinde – em geral⁷⁴ – de uma decisão que apresente uma solução para o conflito apresentado pelas partes. Mas, é fato, uma decisão implica sempre a escolha de uma solução entre diversas outras possíveis.⁷⁵ Para que a escolha de uma dessas soluções seja *mais* adequada em relação a outras, não desprezando a importância do dado do direito, mais fundamental ainda é o dado fático. Como esclarece KAZUO WATANABE: “analisar bem as provas, avaliando corretamente os fatos, não se esquecendo o juiz, jamais, da advertência alhures feita de que ‘o profissional do direito (...) não deve se envergonhar de lidar com os fatos, pois o direito nasce dos fatos’, é condição fundamental para a prática de justiça”.⁷⁶

Nesse sentido, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR afirma que, em consonância ao entendimento de TARUFFO, a prova e o processo têm, em suas funções, uma conexão imperativa: o processo tem o dever de encontrar uma solução justa para o litígio e, para que assim o faça, deve aplicar a norma jurídica adequada à realidade do caso. Para que tal adequação seja possível, seria necessário alcançar a *verdade* dos fatos, o que se daria por meio da produção da prova.⁷⁷

Entendida a centralidade da investigação dos fatos para que se alcance um provimento jurisdicional justo, a questão acerca da finalidade da prova assume protagonismo, não sem antes recheiar-se de controvérsias.

⁷⁴ Isso porque, é claro, existem casos em que as partes firmam acordos extrajudiciais ou judiciais, por exemplo. Nesses casos, não é necessário que o judiciário profira uma decisão no sentido de dirimir a controvérsia e pacificar o conflito, mas apenas homologa ou não determina.

⁷⁵ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdade*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 219. Trad: Daniela Accatino Scagliotti.

⁷⁶ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 46.

⁷⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade e a prova no processo*. São Paulo: Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart(2)%20-%20formatado.pdf)> Acesso em 21.03.2022, p. 1-3..

A concepção inicial, ou mesmo intuitiva, é a de que a prova é um meio apto a investigar a *verdade* dos fatos ocorridos. Isso, pois, seria através da *reconstrução* dos fatos que a aplicação da norma jurídica seria possível; reciprocamente, a verdade obtida atuaria como fator de legitimação para o direito processual.⁷⁸

Nesse sentido, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR afirma que, em consonância ao entendimento de TARUFFO, a prova e o processo têm, em suas funções, uma conexão imperativa: o processo tem o dever de encontrar uma solução justa para o litígio e, para que assim o faça, deve aplicar a norma jurídica adequada à realidade do caso. Para que tal adequação seja possível, seria necessário alcançar a *verdade* dos fatos, o que se daria por meio da produção da prova.⁷⁹

Nessa concepção, a prova seria elemento indispensável ao cumprimento do escopo do processo: apenas por meio dela, e, portanto, da verificação dos fatos alegados, que se poderia alcançar uma solução jurídica justa.⁸⁰ Seguindo essa concepção, dois dos princípios mais considerados pelo processo são: os da *verdade substancial*⁸¹ e da *verdade formal*. Entendia-se que a verdade substancial tinha maior relação com o processo penal, a partir de uma (equivocada) concepção que os interesses da relação jurídica penal exigiam uma reconstrução dos fatos mais íntegra. O processo civil, por sua vez, poderia contentar-se com a verdade formal, no sentido que bastaria uma “ficção” da verdade, suficiente para respaldar a decisão judicial.⁸²

⁷⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade e a prova no processo*. São Paulo: Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart(2)%20-%20formatado.pdf)> Acesso em 21.03.2022, p. 1-3.

⁷⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Volume I*. 56 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 1.110.

⁸⁰ Id, 2015, p. 1.110-1.111.

⁸¹ Marinoni e Arenhart explicam que essa concepção de verdade substancial, que entende a verdade como a correspondência entre a realidade de uma situação com a ideia que fazemos dela, é típica de uma filosofia vinculada ao paradigma do *ser*. Ressaltam que se trata de um paradigma superado pela filosofia moderna, mas que ainda tem muita força para uma corrente de processualistas contemporâneos. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p.36-37. Arenhardt, em seu artigo “*A verdade e a prova no processo*”, vai além na explicação e coloca que “a ideia de que o conhecimento se trava a partir da descoberta da realidade é, já, totalmente superada em filosofia. O chamado paradigma do objeto – típico da antiguidade – parte da premissa que os objetos têm, todos, a sua essência, que é revelada ao sujeito cognoscente, a partir da relação travada no conhecimento (o sujeito cognoscente nada mais faz do que descobrir aquela essência, preexistente no objeto)” (...) Especificamente em relação ao tema da ‘verdade’, a falibilidade do paradigma do objeto põe-se a nu por completo. O conceito de verdade, por ser algo absoluto, somente pode ser atingido quando se tenha por certo de que certa coisa se passou de tal forma, excluindo-se, de pronto, qualquer outra possibilidade. E, como é óbvio, esta possibilidade extrapola os limites humanos”. ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade e a prova no processo*. Disponível em <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart(2)%20-%20formatado.pdf)> Acesso em 21.03.2022, p. 1-3.

⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 40-41.

Nessa lógica, atualmente superada, a verdade formal satisfaria o processo civil, porque não haveria “necessidade de identificação absoluta do conceito extraído com a essência do objeto”. Assim, por lidar com bens reputados como menos relevantes do que os que lida o processo penal, o processo civil estaria atendido com uma categoria de verdade que fosse menos exigente que a verdade substancial.⁸³

Aos olhos de MICHELLE TARUFFO, que explica a concepção alvo de sua crítica, a verdade formal seria uma ideia de verdade distinta da que é a “verdade ordinária”. A verdade formal seria, então, a obtida dentro do processo, e, por isso, limitada: “(...) porque as partes e o juiz não podem se valer de qualquer meio possível para buscar a verdade (...); e, também, porque não de abandonar a busca pela verdade quando a necessidade de se alcançar uma solução final para o litígio se sobrepuser à necessidade de coletar provas adicionais”.⁸⁴

Duramente criticada, a parcela majoritária da doutrina não enxerga mais a noção de verdade substancial e formal como elementos balizadores para o entendimento da busca da verdade no contexto processual. Quanto a esse ponto, FRANCESCO CARNELUTTI teceu ferrenhas críticas. Ao seu ver, não se poderia tolerar uma distinção entre verdade formal e substancial, de modo que o processo civil se contentasse como uma verdade menos excelente, não íntegra.⁸⁵

TARUFFO também explica que essa divisão carece de fundamento racional, por fundamentos talvez distintos dos que são arguidos por MARINONI e ARENHART, aponta que muito embora toda verdade esteja carregada de contexto, nada impede que, em um determinado contexto, uma verdade seja alcançada. No mesmo raciocínio, explica que, mesmo que um *sistema processual* possa não ser eficiente na busca da verdade sobre as questões em disputa, não significa que as *regras* processuais sejam, em essência, um obstáculo para a sua obtenção.⁸⁶

Assim, na concepção de TARUFFO, o que não se sustenta são as distinções entre verdade formal e substancial: para o processualista, a verdade pode ser buscada e alcançada substancialmente no contexto judicial, na mesma medida que pode ser desvendada em outras áreas da experiência cotidiana.⁸⁷⁻⁸⁸ Esse processualista se preocupou com a prejudicialidade

⁸³Ibid., p. 40-41.

⁸⁴TARUFFO, Michele. *A prova*: tradução João Gabriel Couto. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 20.

⁸⁵CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil: parte geral, o conceito jurídico da prova*. 2ª ed. São Paulo: Pillares, 2016, p. 73-75.

⁸⁶TARUFFO, op.cit., p. 21.

⁸⁷Ibid., p. 21.

⁸⁸Inclusive, quanto a esse ponto, Taruffo entende que a verdade no processo pode ser descoberta com os mesmos meios que utilizam as investigações não jurídicas. Cita, como exemplo, a história. Coloca que “*as normas jurídicas definem o contexto da verdade ‘judicial’, mas – como já se expôs acima – todo tipo de verdade é de alguma forma ‘contextual’*”. Ademais, os fatos em litígio de um caso geralmente são estabelecidos no contexto do processo judicial usando os mesmos meios (testemunhos, documentos, gravações, argumentos inferenciais) que pessoas comuns utilizam para descobrir a verdade em sua vida cotidiana. Em suma: não há diferença epistêmica entre a

que importa ao direito processual a essa aversão à busca da verdade no processo. De acordo com ele, não é porque a verdade é de *difícil reconstrução* que ela não existe; contudo, rejeita também a ideia da verdade como produto de um consenso. A verdade existe e é alcançável, ainda que não se acredite em sua ocorrência.⁸⁹

Posição que também merece ser pontuada acerca da finalidade da prova é a desenvolvida por CARNELUTTI. A sua orientação é de uma natureza constitutiva da prova, que teria por finalidade *estipular* o fato – destaca-se, o fato controvertido.⁹⁰ Assim, a prova não serviria à busca da verdade, mas tão somente a determinar ou fixar os próprios fatos sobre os quais incidirá a norma jurídica: tem função representativa de um fato passado, reconstruído no presente.

MARINONI e ARENHART, porém, apresentam posição contrária. Enunciam que, muito embora a teoria processual esteja fundada no ideal de verdade como único caminho útil à produção da justiça, afirmam que a ideia de alcançar a verdade real por meio do processo é uma utopia.⁹¹ Não apenas, reconstruí-la também seria providência inadequada.⁹²

A partir do ponto de vista apresentado, constroem o raciocínio sob a hipótese – correta, há de se dizer – de impossibilidade de análise objetiva de um fato.⁹³ Nesse viés, defendem a tese de que o juiz não tem em si qualquer grau de excepcional talento para a reconstrução de fatos ocorridos no passado, e na realidade, só o que lhes pode ser exigido é que valorem as provas do mesmo modo que faria a opinião média comum.⁹⁴

Por isso, como os fatos só poderiam ser enxergados a partir de vieses e impressões, não haveria sentido em se prender ao conceito de verdade, por não ser esse um conceito operacional. Sustentam os autores uma “verdade factível”, uma pretensão de verdade que oriente o agir jurídico e que, em seus limites deontológicos, seja suficiente para justificar a decisão judicial.

verdade substancial e a verdade não judicial” (TARUFFO, Michele. *A prova*: tradução João Gabriel Couto. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 21).

⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 60-61.

⁹⁰ Citando *A prova civil*, de Carnelutti, SILVA, Blecaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: DIDIER JUNIOR, Fred; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Provas*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. Cap. 10. p. 295.

⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 42.

⁹² ⁹²Ibid., p. 57.

⁹³ Quanto a esse ponto, importante nota de rodapé (n.º 231) faz Maricí Giannico em sua obra “A prova no código civil – natureza jurídica”. Isso porque, a verdade é um conceito absoluto e que demandaria uma “relação de absoluta adequação entre a ideia que fazemos de uma coisa e a própria coisa” (GIANNICO, Maricí. *A prova no código civil – natureza jurídica*. São Paulo: Saraiva. 1ª ed. 2005, p. 108). Tal correspondência seria impossível, e é nesse ponto que se concorda com a visão apresentada por Marinoni e Arenhart.

⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 5ª ed. 2019, p. 44.

Assim, afastando-se da ideia de a função da prova ser de descoberta da verdade, MARINONI e ARENHART afirmam que sua função “é se prestar como peça de argumentação no diálogo judicial, elemento de convencimento do Estado-jurisdicção sobre qual das partes deverá ser beneficiada com a proteção jurídica do órgão estatal”.⁹⁵

As provas atuam como meio retórico, estabelecendo o diálogo entre as partes e o Estado-juiz para fixar fatos controvertidos.⁹⁶ Descreve BECLAUTE SILVA que essa concepção, classificada por ele de “*prova como argumento*”, enfoca a prova como um meio apto a demonstrar não os fatos propriamente ditos, mas os argumentos construídos sobre eles. Isso porque os fatos não seriam apreensíveis em essência, mas apenas o que é formulado sobre eles.⁹⁷⁻⁹⁸

Sem dúvidas, trata-se de um problema epistemológico, o qual o presente trabalho não tem pretensão de exaurir.⁹⁹ Os nomes que se empenham na controvérsia no campo doutrinário são inúmeros, e por isso a decisão de apresentar o debate através de posição de três processualistas.

Entretanto, parece clara – inclusive a TARUFFO – a impossibilidade de uma análise pura, objetiva e íntegra de um fato (ou o alcance da sua *verdade*, para permanecer nos termos debatidos). Isso pelos mais diversos motivos: um fato ocorrido não é repetível em sua essência; aquele que analisa o fato não consegue se desvencilhar de seus vieses e impressões; a análise não consegue deixar de ser *condicionada*.

Como ressaltam ainda MARINONI e MITIDIERO, apesar da impossibilidade prática de se alcançar uma verdade completa, o processo não pode abster-se de mantê-la como seu parâmetro de referência.¹⁰⁰ Não parece razoável e, principalmente, não parece *justo* que, pela

⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 5ª ed. 2019, p. 80.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 81.

⁹⁷ SILVA, Beclate Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: DIDIER JUNIOR, Fred; MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Provas*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. Cap. 10. p. 283-306.

⁹⁸ Ao comparar a perspectiva de MICHELLE TARUFFO com a noção de “prova como argumento”, BLECAUTE SILVA faz a interessante classificação da prova. Ao seu descrever, a prova pode ser veiculada a partir de uma noção declaratória, em que pode ser entendida de duas formas: (a) como situação no mundo fenomênico – que representa o modelo de TARUFFO – na ideia de que a prova pode ser tomada como uma situação existencial e que, portanto, tem papel essencial na obtenção da verdade; (b) prova como argumento, corrente que tem se fortalecido no Brasil e descentraliza a relevância colocada sobre a existência dos fatos, transicionando-a para priorizar os argumentos que são formulados sobre eles (SILVA, Beclate Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: DIDIER JUNIOR, Fred; MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Provas*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. Cap. 10. p. 293-294).

⁹⁹ Ainda não foram abordadas aqui as grandes e debatidas questões sobre a *certeza, possibilidade e probabilidade*, muito discutidas no campo da finalidade da prova.

¹⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 62.

impossibilidade de alcançá-la, o juízo se satisfaça com provas falsas, que neguem fatos e a realidade. Por isso se fala de uma *pretensão de verdade* que, dentro de um procedimento disponível, atua como fundamento legitimador e atesta, ao menos, a verossimilhança do que fora afirmado pelas partes.¹⁰¹⁻¹⁰²

Nesse ponto, pontua também MARICÍ GIANNICO que, apesar de evidente que a atividade processual não tenha em si a capacidade de obter uma verdade completamente correspondente à realidade dos fatos, a verdade ainda é um ideal a ser perseguido. Como dito, é impossível conceber uma decisão justa sem ao menos a *preocupação* de investigar a verdade. Portanto, o direito de provar, ou direito à prova deve ser pautar um procedimento que firme uma “disciplina probatória que possibilite aproximar-se da verdade, com indagações mais profundas e com a ampliação da atividade das partes e do juiz na colheita das provas”. Desse modo, maior a chance de uma decisão justa.¹⁰³

A importância de se pensar qual é a finalidade da prova é primordial para o processo, mas em especial, é basilar à leitura da prova no novo Código de Processo Civil – não obstante, a própria leitura do instituto da produção antecipada da prova, uma vez que a partir do direito autônomo à prova, não tem o juiz como seu único destinatário, e pode ser disposta pelas partes para evitar conflitos.

1.6 Abrindo horizontes para a análise do instituto da produção antecipada da prova: antes, um olhar para o regramento probatório do CPC/15 a partir de um modelo cooperativo.

Diante de todas as considerações apresentadas, é necessário focar a atenção do presente trabalho ao regramento dado às provas pelo agora não tão novo Código de Processo Civil. Entretanto, antes de assim proceder, é importante considerar que todos os tópicos desenvolvidos acima orientam a exegese do diploma normativo e, como será tratado em maior riqueza nos próximos capítulos, do instituto da produção antecipada de prova.

Portanto, para compreender de modo mais claro a substância das mudanças instituídas pelo novo CPC, em especial na matéria de provas, a presente subseção inicia-se com o

¹⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 63-64 e 81.

¹⁰² Interessante também o que dizem Ravi Peixoto e Lucas Macêdo nesse sentido “*Ao juiz, então, não cabe encontrar a verdade, mas, como política de qualidade do processo, admitir que busca a verdade, servindo tal ideia como fundamento axiológico para a prestação jurisdicional, legitimando-a eticamente*”. In MACÊDO, Lucas Buriel. PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 55

¹⁰³ GIANNICO, Maricí. *A prova no código civil – natureza jurídica*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 113.

mapeamento topográfico das provas no diploma processual, e segue com considerações acerca da constitucionalização do processo civil e da influência exercida por essa tendência para que as provas fossem asseguradas em um contexto mais garantista e, também, cooperativo. Por fim, a produção antecipada de provas será situada sob todas as considerações anteriormente tecidas.

No Código de Processo Civil de 2015, as provas estão disciplinadas no Capítulo XII, título I, do Livro I da Parte Especial. Estão, portanto, situadas em livro que dispõe acerca do processo de conhecimento e cumprimento de sentença, em título específico sobre o procedimento comum.¹⁰⁴

De vigência relativamente recente, o CPC/15 reforça uma tendência crescente nos demais ramos do direito desde a promulgação da Constituição de 1988: trata-se da constitucionalização das disciplinas jurídicas e, em específico, da constitucionalização do direito processual civil.

Nesse ínterim, na exposição de motivos do novo diploma processual, o legislador narra a necessidade de um sistema que proporcione à sociedade o *reconhecimento* e a *realização* de direitos; mais do que nunca, passa-se a compreender que a ineficiência de um sistema processual é fator de esvaziamento de todo o ordenamento jurídico.¹⁰⁵⁻¹⁰⁶

Por isso, a elaboração do Código se voltou a resolver os problemas já existentes. Evidente que, para que isso fosse possível, seria necessário que o processo se reconciliasse com a sua natureza de *método apto à resolução de conflitos* e se agarrasse à necessidade de que esses conflitos fossem resolvidos a partir de valores constitucionais.¹⁰⁷

Nesse interregno, a parte geral do CPC/15 dedicou os seus doze primeiros artigos para definir e balizar o que ele denominou como “Normas Fundamentais do Processo Civil”. Orientadas diretamente pelos ditames constitucionais, essas normas englobam o direito ao processo justo, ao devido processo legal, à inafastabilidade da jurisdição, ao acesso à justiça, à

¹⁰⁴ BRASIL. Congresso. Senado. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2016. Código de Processo Civil. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 28 mar. 2022.

¹⁰⁵Cf. a exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015, disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2022.

¹⁰⁶ É o que dispõe o art. 1º do CPC/15: “Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”

¹⁰⁷ Cf. a exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>> Acesso em: 15 mar. 2022.

razoável duração do processo, isonomia, cooperação, paridade de armas, contraditório, publicidade, entre outros.¹⁰⁸⁻¹⁰⁹

Apesar da pertinente crítica de incontestável necessidade de conformação da interpretação e aplicação das legislações infraconstitucionais com as normas constitucionais,¹¹⁰ não se despreza a iniciativa de positivizar expressamente os referidos “princípios constitucionais em sua versão processual”.

Como explicitam NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, é fato que “antes de o processo civil ser ordenado pelo texto normativo do CPC (...), deve subordinar-se aos valores e princípios constitucionais, como aqueles que fundamentam a República (...), confirmam a democracia e resguardam direitos fundamentais dos cidadãos”.¹¹¹

Nesse contexto, é relevante destacar a centralidade conferida pelo texto constitucional ao direito de “acesso à ordem jurídica justa”. O que DANIEL AMORIM ASSUMPCÃO NEVES chama de visão moderna do princípio da inafastabilidade da jurisdição, positivada no art. 5.º, XXXV da CF/88¹¹², estaria fundado em quatro ideais principais. São essas: (i) ampliação do acesso ao processo, seja por meio da redução de obstáculos econômicos ou pela difusão de demandas transindividuais; (ii) observância ao devido processo legal, consubstanciado na efetivação do contraditório real¹¹³ e do princípio da cooperação; (iii) uma decisão justa, identificada pela interpretação legal mais adequada diante das várias possíveis; e, por fim, (iv) uma decisão eficaz.¹¹⁴

Ainda sobre esse contexto, destaca-se o que já foi tratado em profundidade no tópico “1.3.” do presente trabalho: o Código de Processo Civil se preocupou em internalizar e

¹⁰⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 36.

¹⁰⁹ Cf. Enunciado nº 369 do FPPC reforça que o rol de Normas Fundamentais do Código de Processo Civil não é exaustivo. A teor: “O rol de normas fundamentais previsto no Capítulo I do Título Único do Livro I da Parte Geral do CPC/15 não é exaustivo. (Grupo: Normas Fundamentais)”.

¹¹⁰ NEVES, Daniel Amorim de Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 1ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 1-2.

¹¹¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 3ª ed (ebook), São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 17.

¹¹² BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

¹¹³ Esses pontos já foram amplamente desenvolvidos no tópico “1.3.” do presente trabalho. Porém, pela relevância que assume no presente código de processo civil e no regramento sobre provas, será novamente tratado por esse tópico. Nesse sentido, Daniel Neves explica que “*A mencionada participação das partes acarreta ao menos duas evidentes vantagens: a) quanto mais ampla tiver sido a participação das partes, maiores serão as chances de obtenção de pacificação social, considerando-se que a parte derrotada que entender ter feito tudo que havia a fazer para defender seu interesse em juízo tende a se conformar mais facilmente com sua derrota; b) sendo a participação das partes ampla, o juiz terá mais elementos para valorar e proferir uma decisão de melhor qualidade*”. in (NEVES, Daniel Amorim de Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 1ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 3).

¹¹⁴Ibid., p. 3.

expressar, o tanto quanto possível, a necessidade de se garantir o contraditório e a ampla defesa ao longo do procedimento.

A partir do que é orientado pelo artigo 5.º, LV da CF/88, o contraditório é composto pelo binômio informação e possibilidade de reação. Isso traduz-se na comunicação às partes de todos os atos processuais, com a respectiva possibilidade de resposta por meio da participação e defesa de seus interesses em juízo. Importante apontamento faz NEVES ao explicitar que “fere o princípio do contraditório qualquer previsão legal que exija um comportamento da parte sem instrumentalizar formas para que tome conhecimento da situação processual”.¹¹⁵

Nesse mesmo sentido, afirma também ALEXANDRE CÂMARA a “intrínseca ligação entre a prova e o princípio constitucional do contraditório. É que através da prova que a parte produz consegue ela participar do procedimento de formação da decisão com influência na formação do resultado”.¹¹⁶

À vista disso, fala-se em um *efetivo* contraditório: a decisão surpresa é vedada, e às partes deve ser oportunizada ampla participação no processo.¹¹⁷ É o que se extrai da redação do art. 9.º e 10.º do diploma processual¹¹⁸.

É, portanto, à luz das referidas normas fundamentais e princípios constitucionais que o Código de Processo Civil disciplina o *direito fundamental à prova*. O regramento específico, iniciado no art. 369, dispõe que “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”¹¹⁹.

O primeiro dispositivo a disciplinar diretamente o assunto dá o tom do novo regime probatório: informa a atipicidade dos meios de prova, firma a *busca* pela verdade como o norte

¹¹⁵NEVES, Daniel Amorim de Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 1ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 3.

¹¹⁶CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 447.

¹¹⁷NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 3ª ed (ebook), São Paulo: Thomson Reuters, 2018. p. 42.

¹¹⁸A saber, dizem os dispositivos legais: “Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701. Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

¹¹⁹BRASIL. Congresso. Senado. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2016. Código de Processo Civil. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 28 mar. 2022.

do procedimento probatório¹²⁰ e proíbe a prova obtida ilicitamente¹²¹. Não apenas, VITOR DE PAULA RAMOS também destaca imprecisões da regra: a nova redação parece promover uma dupla personalização; a prova como assunto exclusivo das partes e o juiz como único destinatário da prova. Como abordado anteriormente, tais concepções foram há muito tempo superados pela doutrina quando considerado o *direito à prova* e o forte contraditório que deve ser exercido sobre ela.¹²²

É justamente a evolução dessa concepção (que foi equivocadamente disposta no dispositivo supramencionado) que possibilita que a redação do subseqüente art. 371¹²³ a contemple com o princípio da aquisição processual.¹²⁴ Isso porque a prova, uma vez produzida, não pertence às partes, pertence ao *processo*. Pouco importa quem a produziu.¹²⁵

O CPC/15 segue: nas disposições gerais, versa sobre a prova emprestada (art. 372), dispõe sobre ônus da prova e sua distribuição dinâmica (art. 373), aborda quais são os fatos objetos de produção probatória (art. 374), aponta quais são as máximas de experiência (art. 375), versa sobre a exceção ao princípio da *iuria novit curia* (art. 376), aborda o dever de colaboração no âmbito probatório (art. 378), sistematiza os deveres da parte (art. 379) e os deveres de terceiros (380). Em proveito do escopo do trabalho, não há necessidade de destrinchar cada uma das novas disposições.

Porém, imperativo destacar que, na medida em que disciplinado pelo art. 378 e entrelaçado em todas as disposições gerais sobre a prova – não se esquece do art. 6º – o CPC/15 ressalta uma nova visão do processo a partir de um viés *cooperativo*. A prova é destinada também às partes e a sentença torna-se o produto da atuação conjunta de todos os sujeitos

¹²⁰ RAMOS, Vitor de Paula. Das provas: disposições gerais. In CRUZ E TUCCI, José Rogério; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert. *Código de Processo Civil anotado*. 2019, p. 634.

¹²¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 3ª ed (ebook), São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 982.

¹²² RAMOS, Vitor de Paula. Das provas: disposições gerais. In CRUZ E TUCCI, José Rogério; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert. *Código de Processo Civil anotado*. 2019, p. 634.

¹²³ Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

¹²⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 3ª ed (ebook), São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 982.

¹²⁵ O dispositivo correspondente no Código de Processo Civil de 1973 era o art. 131. Ainda que a grande e substancial mudança realizada no novo CPC em relação ao dispositivo seja acerca do sistema de valoração, importante destacar o chamado “princípio da aquisição processual”. In. NEVES, Daniel Amorim de Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 1ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 648 e NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 3ª ed (ebook), São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 982.

processuais: além de seu caráter lógico, a sentença absorve o componente argumentativo que agora a protagoniza e o procedimento torna-se fruto de um debate real.¹²⁶

Disso, nascem as disposições dos arts. 381 a 383, que regulam as chamadas “demandas probatórias autônomas”, dentre as quais está contemplada a produção antecipada de prova. O primeiro contraste e inovação é que, no CPC/73, a produção antecipada da prova estava localizada topograficamente no Livro III, correspondente ao procedimento cautelar.¹²⁷ Hoje, não mais, até porque sua natureza foi alterada: não se trata mais de uma medida cautelar específica, mas de uma medida autônoma.¹²⁸

Essa alteração só foi possível pela evolução que viveu a compreensão de existência de um direito fundamental à prova, representada, em especial, pelo pensamento de YARSHELL.¹²⁹ Direito esse, autônomo e dissociado da ideia da prova que tem como único destinatário o juiz. Agora, fala-se da prova destinada às partes, que tem direito à produção e à aferição da veracidade da prova, antes e independentemente do processo: assim pode avaliar suas chances efetivas numa eventual disputa litigiosa, estimar os seus custos, verificar as possibilidades de um futuro acordo e assim por diante.¹³⁰

É a partir das considerações estampadas no presente capítulo que se passa a pensar, agora de modo mais objetivo e autônomo, o instituto da produção antecipada de prova, sua natureza, finalidades, efetividade e, é claro, abusos.

¹²⁶ HOFFMANN JÚNIOR, Lírío. *Os limites objetivos da coisa julgada nas ações probatórias autônomas*. Revista de Processo, v. 326. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

¹²⁷ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. A produção antecipada da prova: aspectos gerais e natureza da sentença. In FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnado; ANTUNES, Thiago Caversan (coord.). *Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos*. 3ª ed. São Paulo: Editora Toth, 2021. p. 117.

¹²⁸ TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada de prova no código de processo civil de 2015*. Revista de Processo v. 260. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 76.

¹²⁹ Cf. raciocínio exposto no tópico “1.4” do presente trabalho.

¹³⁰ TALAMINI, op. cit., p. 76.

CAPÍTULO II - A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA

Um olhar para a produção antecipada de prova como alternativa para construção de um processo civil mais efetivo e a análise do regramento dado pelo CPC/15.

2.1 A Produção Antecipada de Prova

O primeiro capítulo do presente trabalho voltou suas atenções para os aspectos gerais da teoria da prova. Falou-se sobre a prova no mundo do direito, sua utilização e destinação dentro do processo, o desempenho do direito de provar como materialização do direito constitucional ao contraditório, a conquista da autonomia do direito à prova, e, também, introduziu o novo regramento dado à prova pelo Código de Processo Civil de 2015.

Com isso, foram estabelecidas as bases para que seja possível estudar o instituto da produção antecipada da prova com mais atenção. Alguns elementos ventilados no primeiro capítulo serão retomados, dessa vez, sob um olhar mais específico e uma perspectiva mais analítica.

O presente capítulo está dividido em dois blocos principais. No primeiro, inicia-se o estudo sobre a produção antecipada de prova fora dos requisitos de urgência como uma alternativa processual que, além de viabilizada pelo avanço teórico da compreensão de um direito autônomo à prova, também se apresenta como alternativa para a construção de um processo mais efetivo. Neste ponto, o trabalho analisa as fortes influências que recebeu o instituto do direito estrangeiro, em especial, pelos mecanismos de instrução preliminar do direito inglês e norte-americano.

Em seguida, no segundo bloco do capítulo, a análise do regramento específico dado à produção antecipada de prova passará pelos artigos 381 e 382 do Código de Processo Civil. Para tanto, serão tecidas considerações sobre o instituto na prática, atendo-se o trabalho ao que é o instituto, sua natureza jurídica, seu objeto, a competência para o processamento do pedido e características do procedimento em geral, nos termos em que dispostos no artigo 382.

Por fim, o capítulo é encerrado através de considerações sobre o direito de defesa, o que, em conjunto com toda construção já elaborada, compõe fundamento do terceiro capítulo.

2.2 Um problema a ser enfrentado: a produção antecipada de prova fora dos requisitos de urgência no CPC/15 como uma alternativa de efetividade e resolução de conflitos.

Uma das principais questões enfrentadas pelo sistema jurisdicional brasileiro é o problema da efetividade. A questão que se põe é: como prestar uma tutela jurisdicional *adequada* diante do gigantesco volume de litígios?¹³¹

O judiciário vive uma crise funcional. Isso é evidenciado diante da incapacidade que o Estado apresenta em absorver e responder em tempo hábil os litígios postos em juízo.¹³² O problema não é novo e, por isso, tem sido alvo de críticas e reflexões há muito tempo. Se a jurisdição não consegue exercer suas funções de modo apropriado e é ineficaz ao prestar a tutela jurisdicional, soluções alternativas são mais que necessárias, são imperativas.

Assim, há muito diagnosticado, o CPC/15 se propôs a enfrentar o problema. A partir de um modelo constitucional de processo,¹³³ o diploma processual dispôs sobre as “Normas Fundamentais do Processo Civil”, que, em conjunto com outras normas difundidas pelo Código, visam a estabelecer disposições comuns aplicáveis à generalidade dos processos, com o objetivo de alcançar um *devido processo legal por excelência*.

Deste modo, o novo Código previu, no primeiro livro da parte geral, normas (compostas por princípios e regras) a serem observadas no curso do processo: dentre as quais se destaca o princípio da eficiência.¹³⁴⁻¹³⁵

¹³¹ JOBIM, Marco Félix. PEREIRA, Rafael Caselli. *Produção antecipada de provas como técnica processual de incentivo à composição consensual*. In FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnado; ANTUNES, Thiago Caversan (coord.). *Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos*. 2ª ed. São Paulo: Editora Toth, 2019. p. 336

¹³² SAID FILHO, Fernando Fortes. *A crise do poder judiciário: os mecanismos alternativos de solução de conflitos como condição de possibilidade para a garantia do acesso à justiça*. Revista da Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul (Ajuris), v. 42. Porto Alegre. n. 142., 2017, p. 175-200. p. 183-184.

¹³³ Termo usado por Didier ao apresentar o conteúdo do princípio do devido processo legal em seu curso (DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 21 ed., Salvador: Juspodivm, 2019, p. 91) e também por Alexandre Freitas Câmara, em seu livro sobre o novo processo civil brasileiro (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2019, p. 36).

¹³⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro. *O princípio da eficiência no novo Código de Processo Civil*. In DIDIER JR, Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (coord.). Normas Fundamentais. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 365.

¹³⁵ Não há consenso na doutrina acerca da natureza jurídica da eficiência. A precisão terminológica também registra confusão. Nesse sentido, Leonardo Carneiro da Cunha esclarece que “a eficiência não se confunde com a eficácia, nem com a efetividade. Numa noção mais elementar, eficácia consiste na aptidão para produzir efeitos, enquanto a eficiência mede a relação entre os meios empregados e os resultados alcançados. Já a efetividade, para Natalino Irti, é suscetível do desenvolvimento histórico, constituindo o atributo empírico das normas jurídicas. A eficácia, cumpre repetir, consiste na aptidão ou na capacidade da norma ou do fato jurídico para produzir efeitos, independentemente de sua efetiva produção. É a qualidade para ser eficaz. (...). Já a efetividade relaciona-se com o cumprimento das normas jurídicas: uma norma é efetiva quando seja cumprida pelos seus destinatários. (...) Por sua vez, eficiência, como já registrado, mede a relação entre os meios empregados e os resultados alcançados. (...) A eficácia é, então, uma noção lógico-normativa, enquanto a efetividade constitui uma noção empírico-normativa, sendo a eficiência uma noção finalístico-normativa.”. (CUNHA, Leonardo Carneiro. O princípio da eficiência

Previsto no artigo 37 da Constituição Federal, o princípio da eficiência rege a Administração Pública, mas não apenas. Em observância a literalidade do dispositivo,¹³⁶ é possível perceber que o regramento se estende a “qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, incluída, portanto, a administração do poder judiciário.¹³⁷

Não obstante, impõe ressaltar que o princípio da eficiência não se restringe à dimensão administrativa. Como afirma LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, há também uma dimensão “que se aplica ao processo jurisdicional, exigindo que sua condução seja eficiente”. Assim, o CPC/15 busca, também, positivizar essa exigência que, corolária ao devido processo legal, é própria de um Estado Democrático de Direito.¹³⁸

Não se olvida que o objetivo de eficiência no processo jurisdicional pode se apresentar como uma proposição vaga. Até porque, a necessidade de uma resposta estatal mais célere para enfrentar o problema de abarrotamento do poder judiciário não deve ser dada a qualquer custo.¹³⁹ O *princípio da eficiência* deve ser voltado a alcançar resultados constitucionalmente legítimos diante da disposição de meios menos onerosos.

Sem pretensões de adentrar nas nuances e distinções teóricas que diversos processualistas fazem acerca da eficiência, eficácia e efetividade, inclusive para as suas finalidades quantitativas ou qualitativas, assume-se a classificação entoada por MARCO FÉLIX JOBIM e RAFAEL PEREIRA: o problema endereçado pelo processo judicial brasileiro é de um processo que carece de efetividade, entendido por processo efetivo um “processo que alcance os objetivos das partes em tempo razoável, dentro do rigoroso cumprimento do devido processo de direito, e que possa ser tangível fora do mundo processual (...)”.¹⁴⁰

no novo Código de Processo Civil. In DIDIER JR, Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (coord.). *Normas Fundamentais*. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 365.)

¹³⁶ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte” in BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 29 mar. 2022.

¹³⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro. O princípio da eficiência no novo Código de Processo Civil. In DIDIER JR, Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (coord.). *Normas Fundamentais*. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 374.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 377.

¹³⁹ Para uma análise mais atenta acerca da razoável duração do processo no CPC/15, ver CABRAL, Antônio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no novo Código de Processo Civil. In DIDIER JR, Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (coord.). *Normas Fundamentais*. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 75-100.

¹⁴⁰ JOBIM, Marco Félix. PEREIRA, Rafael Caselli. Produção antecipada de provas como técnica processual de incentivo à composição consensual. In FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnado; ANTUNES, Thiago Caversan (coord.). *Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos*. 2ª ed. São Paulo: Editora Tooth, 2019, p. 336

Portanto, dentre as normas fundamentais que buscam assegurar uma atuação própria aos critérios de eficiência, ou melhor, de *efetividade*, é possível destacar o artigo 4.º do CPC/15, que afirma o direito das partes a obter a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa, em prazo razoável¹⁴¹. Também se fala do artigo 8.º, que estabelece o dever do juiz de, ao aplicar o ordenamento jurídico, atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, observando e promovendo a dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e, é claro, a eficiência.¹⁴²⁻¹⁴³

Nesse ínterim, muito antes da edição do novo Código, EDUARDO CAMBI narrou a busca realizada pelos estudiosos para aprimorar a ciência processual civil através de uma ideia de efetividade do processo. No seu dizer, a efetividade do processo:

[...]trata-se de uma expressão de conteúdo semântico multiforme e polivalente, que procura sintetizar aspirações contemporâneas na construção de um mecanismo processual que, além de cumprir com a sua tarefa de aplicar o direito material aos casos concretos (escopo jurídico), também consiga realizar outros fins (sociais e políticos) tão ou mais relevantes para a legitimação do exercício do poder jurisdicional (CAMBI, 2000, p.143).¹⁴⁴

Desse modo, nos termos já mencionados, a altíssima quantidade de demandas é evidentemente um dos grandes – quiçá maiores – problemas do poder judiciário. É reflexo da litigiosidade do povo brasileiro. Isso faz com que a solução não seja fácil: é importante que os processos sejam solucionados rapidamente, mas também é necessário que isso seja feito de modo *adequado*.

Não apenas, é em meio a esse contexto de crise – que, antes de tudo, é uma crise de acesso à justiça – que o novo diploma processual incorpora a ideia de uma justiça multiportas. FREDIE DIDIER JR e HERMES ZANETI JR afirmam: “assim, do acesso à justiça dos tribunais passamos ao acesso aos direitos pela via adequada de composição, da mesma forma que, no campo do processo, migramos da tutela processual, como fim em si mesmo, para a tutela dos direitos, como finalidade do processo”.¹⁴⁵

¹⁴¹ Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

¹⁴² Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

¹⁴³ Importante esclarecer que não são apenas os dois dispositivos citados que traduzem a necessidade da prestação de uma tutela jurisdicional efetiva. O princípio da eficiência não existe isolado: advém do devido processo legal e, também, da necessidade de um processo justo: apto a prestar adequadamente a tutela jurisdicional, dentro de parâmetros de “justiça” e, é claro, em tempo razoável. Nesse sentido, são vários os outros dispositivos que traduzem esse objetivo.

¹⁴⁴ CAMBI, Eduardo. *Direito à prova no processo civil*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. v. 34. Curitiba, Paraná, 2000. p. 143-159, p.143.

¹⁴⁵ DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR, Hermes. Justiça multiportas e tutela jurisdicional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In ZANETI JR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça multiportas:*

Assim, além de estabelecer diretrizes de eficiência em suas normas fundamentais, o CPC/15 tenta resolver o problema e dispõe sobre mecanismos processuais que visam a incentivar a solução de conflitos. Também propõe alternativas que podem acelerar o procedimento judicial através de procedimentos preparatórios.¹⁴⁶

Nessa senda, EDILTON MEIRELES propõe que a produção antecipada de prova é um desses instrumentos e que ela pode atuar para incentivar soluções extrajudiciais, promovendo a composição consensual, ou mesmo atuando como procedimento apto a tornar o processo judicial ainda mais célere, colaborando para a construção de um processo mais eficaz.

Para que essa disposição do procedimento de produção antecipada de prova fosse viável, foram necessárias mudanças no regramento legal, assim como evoluções no campo teórico.

Como se sabe, a produção antecipada de prova é uma ação que possibilita a dedução em juízo de pretensão exclusiva de produção de prova – destaca-se, sem qualquer restrição quanto ao meio de prova¹⁴⁷. No CPC/15, está disciplinada entre os artigos 381 e 383 que, como ensina HUMBERTO TEODORO JÚNIOR, regulam os casos em que “se combate o risco de prejuízo para a instrução de processo atual ou iminente, e, também, casos em que a parte age em busca de conhecimento de fatos que possam esclarecer sobre a conveniência de não demandar ou de obter composição extrajudicial para controvérsias”.¹⁴⁸

Essa disposição, porém, em especial no que disciplinam os incisos I e III, inova em relação ao Código de Processo civil de 1973.¹⁴⁹ Até então, a produção antecipada de prova tinha caráter cautelar (observa-se que, topograficamente, estava disposta em livro específico sobre o processo cautelar, não em seção específica de regramento probatório, como acontece com o novo Código).¹⁵⁰

mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 36.

¹⁴⁶ MEIRELES, Edilton. *Processo Judicial “pré” e “extrajudicial”: cooperação, negócio processual e produção antecipada de prova*. Revista Jurídica Luso-brasileira, Lisboa. Ano 6, 2020. P. 619-660. P. 620. Disponível em <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/3/2020_03_0619_0660.pdf> Acesso em 29 mar 2022.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 619-660. p. 620.

¹⁴⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Volume I*. 56 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 1.162.

¹⁴⁹ Como anota Carolina Costa Meireles, a existência de procedimentos probatórios autônomos não é uma completa inovação no sistema processual brasileiro. Isso pois o Código de Processo Civil de 1939 previu, no art. 250, “Si qualquer testemunha tiver de ausentar-se, ou si, por motivo de idade ou moléstia grave, fôr de receiar que ao tempo da prova já não exista, poderá, ser inquirida antecipadamente, com prévia notificação dos interessados, entregando-se o depoimento ao requerente nas quarenta e oito (48) horas seguintes, para dele servir-se como e quando entender.” Também o art. 676, em seu inciso VI, que dispunha que “Art. 676. As medidas preventivas poderão consistir: (...) VI – em vistorias, arbitramentos e inquirições ad perpetuam memoriam;”. (In MEIRELES, Carolina Costa. *Reflexões sobre a produção antecipada de prova*. Revista de Processo v. 1.015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 295.

¹⁵⁰ *fp.* 634.

Assim, prevista nos artigos 846 a 851, tinha objeto bem delimitado: poderia consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial. Em casos de fundado receio de que a prova viesse a tornar-se de impossível ou muito difícil produção, era admitido o exame pericial.¹⁵¹

A produção antecipada da prova voltava-se, então, a função acautelatória – seja preparatória ou incidental. Tinha em vista a produção de prova para utilização *em* procedimento (futuro ou em curso), e a concessão de tal providência estava sempre associada ao preenchimento do requisito de urgência.¹⁵²

Como pontuou JOÃO FRANCISCO CARVALHO FILHO, “restringia-se a produção às hipóteses de conservação da prova, sempre visando a garantia de utilização na ação que discutiria o mérito da relação material em momento posterior (...)”.¹⁵³ Isso é importante, pois, em contraste ao que foi abordado no Capítulo I do presente trabalho, em tópico sobre a autonomia do direito à prova, a tutela cautelar tinha como função primordial tutelar o *próprio direito material* afirmado pela parte – a diferença é que quando submetido ao *periculum in mora*.¹⁵⁴

Isto é, muito embora a tutela cautelar seja marcada por sua provisoriedade e sumariedade de cognição, não era esse o traço distintivo que caracterizava a produção antecipada da prova. O ponto essencial é que, o instituto, de natureza distinta do que a que apresenta no presente regramento, tinha caráter assecuratório e instrumental em relação ao direito material.¹⁵⁵ Isso

¹⁵¹ Art. 846. A produção antecipada da prova pode consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial. Art. 847. Far-se-á o interrogatório da parte ou a inquirição das testemunhas antes da propositura da ação, ou na pendência desta, mas antes da audiência de instrução:

I - se tiver de ausentar-se;

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

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

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

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

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

Art. 851. Tomado o depoimento ou feito exame pericial, os autos permanecerão em cartório, sendo lícito aos interessados solicitar as certidões que quiserem. In (BRASIL, Lei 5.443, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Diário Oficial da União, Brasília, 17 jan. 1973).

¹⁵² JOBIM, Marco Félix. PEREIRA, Rafael Caselli. Produção antecipada de provas como técnica processual de incentivo à composição consensual. In FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnado; ANTUNES, Thiago Caversan (coord.). *Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos*. 3ª ed São Paulo: Editora Toth, 2021, p. 337.

¹⁵³ CARVALHO FILHO, João Francisco Liberato de Mattos. *Prova antecipada no código de processo civil brasileiro*. 2017. 245 f. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017, p. 48.

¹⁵⁴ JOBIM, op.cit., p. 337.

¹⁵⁵ Ibid., p. 337-338.

significa que a produção antecipada da prova se tratava, tão-somente, do exercício do *direito de provar*, mas não traduzia, em si, o *direito à prova*.

Sem caráter autônomo, até o CPC/15, a produção antecipada de prova traduzia uma pretensão relativa à declaração de um direito material aplicável ao caso concreto. Não havia autonomia. Havia um desdobramento na busca de resolução de uma crise que tem como base o direito material.¹⁵⁶ Nesses termos, seria impossível conceber uma produção antecipada de prova que estivesse voltada à resolução de conflitos. Ou ainda, que existisse fora dos requisitos de urgência.

Em paralelo, foi a tese apresentada por FLÁVIO LUIZ YARSHELL¹⁵⁷ no concurso para professor titular do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo que proporcionou o aparato teórico para a concepção da antecipação da prova sem o requisito de urgência como uma manifestação de um direito autônomo à prova. Afinal, é esse raciocínio, acolhido pelo CPC/15 a partir da disposição do artigo 381, incisos II e III, que possibilita que o instrumento seja, também, uma resposta ao problema da efetividade do processo.¹⁵⁸

O tema, amplamente desenvolvido no capítulo anterior, concebe a dissociação entre a produção antecipada da prova e o processo cautelar – ainda que, anote-se, alguns processualistas como FREDIE DIDIER JR, já sustentassem a possibilidade de produção antecipada da prova fora dos requisitos de urgência ainda sob a vigência do Código de 1973.¹⁵⁹

É a partir dessa nova possibilidade, posteriormente abraçada pelo novo Código, que YARSHELL também propõe que o direito autônomo à prova não se destina apenas ao juiz, mas também às partes. Ou seja, para além do seu aspecto *objetivo*, a prova passa a ser enxergada por sua dimensão *subjetiva*. E se existe uma dimensão subjetiva, as provas são capazes de desempenhar papel sob o *comportamento* das partes, *incentivando-as* ou *desincentivando-as* a

¹⁵⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p.

¹⁵⁷ Tese posteriormente publicada como: YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

¹⁵⁸ JOBIM, Marco Félix. PEREIRA, Rafael Caselli. Produção antecipada de provas como técnica processual de incentivo à composição consensual. In FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnado; ANTUNES, Thiago Caversan (coord.). *Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos*. São Paulo: Editora Tooth, 2019, p. 337-338.

¹⁵⁹ DIDIER JR, Fredie. Produção Antecipada da Prova. In DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord). *Coleção grandes temas do NCPC: Direito probatório*. v. 5. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

partir da avaliação dos riscos que elas apresentam – o que pode ocorrer no processo, ou antes dele.¹⁶⁰

Em prefácio à obra, ADA PELLEGRINI GRINOVER, ainda em 2009, destacou que os caminhos ali apontados representavam um “passo decisivo rumo à ampliação das técnicas voltadas à autocomposição das partes”,¹⁶¹ vislumbrando o potencial preventivo que, posteriormente, aparece transcrito no inciso II do artigo 381 do CPC/15 – que afirma o cabimento da produção antecipada da prova nos casos em que “a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito”.

Dessa vez analisando o instituto após sua vigência, YARSHELL considera que a desvinculação da medida ao regramento cautelar, sagrando o direito à prova, leva o instituto a não só atender ao escopo *jurídico* da jurisdição, mas o faz alcançar o seu escopo *social*, de pacificação do conflito por superação da controvérsia.¹⁶²

Assim, parece claro que a produção antecipada da prova, dessa vez definida pelo regramento dado pelo novo Código de Processo Civil, se apresenta como uma das possíveis respostas ao problema de efetividade do sistema jurisdicional brasileiro. Isso porque, desvinculada dos requisitos de urgência, seria uma alternativa capaz de ensejar a redução de litígios voltados a uma pretensão de direito material, a partir do prévio conhecimento das provas existentes e, portanto, das chances que detinham às partes.

Desta maneira, antes que o presente trabalho se dedique à análise objetiva da consecução desses objetivos, bem como às especificidades do instituto, faz-se necessário considerar que a “ideia” de produzir prova desvinculada de uma pretensão de direito material ou dissociada de critérios de urgência recebeu fortes influências do direito estrangeiro, em especial dos ordenamentos jurídicos de *common law*. É o que será trabalhado no próximo tópico.

¹⁶⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009. p. 66.

¹⁶¹ Prefácio da obra YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009. p. 66. Esse ponto também foi abordado por Marco Félix Jobim e Rafael Caselli Pereira em *Produção antecipada de provas como técnica processual de incentivo à composição consensual*. In FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnado; ANTUNES, Thiago Caversan (coord.). *Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos*. 3ª ed. São Paulo: Editora Tooth, 2021, p. 339.

¹⁶² YARSHELL, Flávio Luiz. *Produção antecipada de prova*. In ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 1ª ed (ebook) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

2.3 Uma análise comparada: um olhar sobre os instrumentos de instrução preliminar no direito norte-americano e inglês e sua influência sobre a produção antecipada de prova como meio apto a reduzir litígios.

A ideia de produzir prova antecipadamente, ou, em outras palavras, de se valer de um mecanismo de *instrução preliminar*, não é inovação própria do direito brasileiro. Na realidade, trata-se de uma prática característica dos sistemas de *common law* e sua origem remonta há muitos anos.¹⁶³⁻¹⁶⁴ Portanto, a ampliação do instituto da produção antecipada da prova (a partir do que foi disposto nos incisos II e III do artigo 381) aproxima-se do regramento de *pretrial* dos sistemas norte-americano e inglês.¹⁶⁵

O *pretrial* consiste, então, na fase que antecede o julgamento processual civil nos sistemas de *common law*. Em se tratando especificamente do procedimento norte-americano, é guiado pelas *Federal Rules of Civil Procedure*, e compõe a primeira das duas fases processuais: a que antecede o julgamento (que é o *pretrial*) e a segunda, que é o próprio julgamento (*trial*)¹⁶⁶. O *pretrial* inicia-se com os *pleadings*, momento de apresentação do caso à Corte e porta de entrada ao sistema de justiça. Tal requerimento dá início ao procedimento que tem, basicamente, quatro

¹⁶³ Para um estudo detalhado acerca da origem do instituto, ver YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009. p. 72-80 e PITTA, Rafael Gomiero. *Pre-suit e pretrial: as lições do sistema anglo-americano para as necessárias reformas do procedimento probatório brasileiro*. Orientador: Eduardo Augusto Salomão Cambi. 2019. 258 f. Tese (doutorado). Direito. Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2019.

¹⁶⁴ Apontam origem mais remota, tímida, mas ainda assim, são Francisco de Mesquita Laux e Daniel Colnago Rodrigues, quando afirmam: “No direito europeu continental, a possibilidade de antecipação de prova apta a produzir efeitos em processo posterior, voltado à declaração do direito, encontra correspondência – tímida, é bem verdade –, no direito romano clássico e pós-clássico, passa pela distinção entre *publicatio ad perpetuam rei memoriam* e *probatio ad futuram memoriam* do direito romano-canônico –, por figuras como *aprise* e a *enquête d'examen à futur* do sistema francês, e chega aos modelos atualmente conhecidos e aplicáveis, como a *istruzione preventiva* e o *sequestro giudiziario* italianos, a *mesure d'instruction in futurum* francesa e a exibição de documentos, o testemunho escrito (*schriftliche beantwortung der beweisfrage*) e a obtenção de laudo pericial a respeito de estado de coisa (*selbstandiges beweisverfahren*) da experiência alemã.” LAUX, Francisco de Mesquita; RODRIGUES, Daniel Colnago. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência: primeiras reflexões a luz do novo CPC*. In DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord). *Coleção grandes temas do Novo CPC. Direito probatório*. v. 5. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 483.

¹⁶⁵ VIEIRA, André Bruni. Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito de urgência. In DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord). 1ª ed. *Coleção grandes temas do NCPD: Direito probatório*, v. 5. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 465.

¹⁶⁶ Não é o objeto do presente trabalho, mas é válido anotar que a tal divisão é característica do *adversary system*. Barbosa Moreira leciona que as notas básicas desse sistema podem resumir-se em: “a) divisão nítida do procedimento em duas fases: a sessão de julgamento (*trial*) – em teoria, o ponto culminante do trajeto – e a fase preparatória (pre-trial); b) atuação judicial limitada ao *trial* sem prévio controle da atividade processual e até sem prévio conhecimento da causa por parte do juiz; c) predomínio das provas orais e concentração da respectiva produção; d) atribuição do controle do andamento do pleito e da coleta de provas aos próprios litigantes, ou mais exatamente a seus advogados (expressão chave: passividade do juiz); e), por conseguinte, escassa (ou nenhuma) preocupação com a coincidência entre os dados tais como apresentados pelas partes ao órgão judicial e os fatos tais como realmente se passaram”, in (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual (Nona Série)*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 69-70).

funções: (i) citar o réu; (ii) revelar os fatos; (iii) formular a causa; e, ao fim, (iv) determinar o “tamanho” do litígio (seja pelo aumento, *expand*, ou redução, *constrict the flow*).¹⁶⁷

Portanto, iniciado o *pretrial*, prossegue-se à segunda providência estipulada: a revelação dos fatos, que se dá por meio da *discovery* – elemento principal a ser analisado nesta etapa do presente trabalho.

A *Discovery* é o estágio processual em que as partes devem, mesmo sem qualquer solicitação da parte contrária, disponibilizar dados, provas e demais potenciais informações que possam ser utilizadas no momento dos requerimentos e, também, em matéria de defesa.¹⁶⁸⁻¹⁶⁹

Nesse momento, as partes são incumbidas do *duty to disclose*, que compreende o dever de apresentar as informações requeridas em absoluta boa-fé, em vedação à surpresa e em privilégio à paridade de armas.¹⁷⁰ O regramento específico é dado pela *Federal Rule 26*. Trata-se, então, de uma fase do processo – que não corresponde a fase de julgamento – em que as partes devem produzir e disponibilizar as provas que pretendem utilizar na instrução do caso. Dessa forma, as partes podem munir-se de provas que, em outras circunstâncias, não teriam acesso, incluídos documentos do adversário.

O seu regramento inclui, portanto, a utilização de várias medidas instrutórias, dentre as quais é possível citar os depoimentos orais ou escritos, o interrogatório das partes, exames físicos e mentais, obtenção de documentos e até mesmo o pedido que a outra parte reconheça que certo ponto fático é incontroverso.¹⁷¹

A participação do juízo, em consonância ao *adversary system* é reduzida. Diferente do direito processual brasileiro, não é o juiz quem conduz todo o processo de produção de provas. No caso, tem sua função instruída em, apenas, coibir eventuais abusos das partes e advogados durante o processo *pretrial*. Uma das consequências práticas de tal providência é que o ônus

¹⁶⁷ CAMBI, Eduardo. PITTA, Rafael Gomiero Pitta. *Discovery no processo civil norte-americano e a efetividade da justiça brasileira*. Revista de Processo. Vol. 245, jul., 2015. p. 4.

¹⁶⁸ CAMBI, Eduardo. PITTA, Rafael Gomiero Pitta. *Discovery no processo civil norte-americano e a efetividade da justiça brasileira*. Revista de Processo. Vol. 245, Jul., 2015. p. 4

¹⁶⁹ Sobre o escopo geral da *Discovery*, a Federal Rule 26 dispõe que “Parties may obtain discovery regarding any matter, not privileged, that is relevant to the claim or defense of any party, including the existence, description, nature, custody, condition, and location of any books, documents, or other tangible things and the identity and location of persons having knowledge of any discoverable matter. For good cause, the court may order discovery of any matter relevant to the subject matter involved in the action. Relevant information need not be admissible at the trial if the discovery appears reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence. All discovery is subject to the limitations imposed by Rule 26(b)(2)(i), (ii), and (iii).” Conteúdo disponível em <https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_26> .Acesso em 29 mar 2022.

¹⁷⁰ CAMBI, op.cit., p. 4

¹⁷¹ LAUX, Francisco de Mesquita; RODRIGUES, Daniel Colnago. Produção antecipada da prova sem o requisito da urgência: a experiência estrangeira e o CPC/15. In FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coord.). *Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos*, São Paulo: Editora Tooth, 2019, p. 137.

financeiro é transferido às partes, de modo que funciona, também, para desonerar o judiciário.¹⁷²

Afirmam EDUARDO CAMBI e RAFAEL PITTA que “a filosofia do sistema judicial norte-americano permite a revelação total não apenas das provas em si, mas também de informações, documentos e contatos de pessoas que podem de alguma forma colaborar com a elucidação do caso”, de modo que as informações reveladas, ainda que não necessariamente sejam utilizadas em julgamento, podem ser proveitosas à produção de outras provas e para elaboração de outras estratégias processuais.¹⁷³ Assim, a *Discovery* é um mecanismo que abre perspectivas acerca do possível resultado do litígio, possibilitando, também, sua solução consensual, pois permite que as partes analisem com realismo a sua posição.¹⁷⁴

Portanto, através do *pretrial*, as partes estão aptas a avaliar com solidez os riscos envolvidos na litigância pretendida, a robustez das provas, a delimitação objetiva da causa e indicar o procedimento adequado para conduzi-la. Uma quantidade relevante de questões é extinta por acordos, desistências, falta de solidez ou pela percepção que as provas em questão não são suficientes para possibilitar um julgamento favorável.¹⁷⁵

Em paralelo, o sistema inglês dispõe do instituto da *disclosure*, que, em tradução livre, significa revelação. A *disclosure* inglesa figura em duas fases distintas do procedimento: na fase *pre-action* (que antecede a demanda) e na fase *pre-trial* (fase que antecede a audiência de julgamento).¹⁷⁶ Nessa sistemática, o sistema inglês se volta a permitir que a parte, mediante a comunicação de sua *pretensão* em relação à parte contrária – antes mesmo da existência de uma ação –, possa impor ao outro sujeito parcial que ele revele informações que tenham o condão de beneficiá-lo ou de prejudicá-lo¹⁷⁷. Por meio da *disclosure*, a contraparte deve apresentar “todo aquele [documento] que puder guardar relação de relevância com a matéria objeto de futuro e eventual debate judicial”. Como consequência de descumprimento dos deveres relacionados à *disclosure*, aplicam-se as penas relacionadas ao *contempt of Court*. Anota-se que a *disclosure* também pode ocorrer na fase *pretrial*, após a propositura da demanda voltada a

¹⁷² CAMBI, op.cit., p. 4

¹⁷³ CAMBI, Eduardo. PITTA, Rafael Gomiero Pitta. *Discovery no processo civil norte-americano e a efetividade da justiça brasileira*. Revista de Processo. Vol. 245, Jul., 2015. p.7

¹⁷⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual (Nona Série)*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 69-70).

¹⁷⁵ CARVALHO FILHO, João Francisco Liberato de Mattos. *Prova antecipada no código de processo civil brasileiro*. 2017. 245 f. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017, p. 78.

¹⁷⁶ Ibid., p. 78.

¹⁷⁷ O regimento da *disclosure* nas *Civil Procedure Rules* do direito inglês é dado pela “Part. 31”, disponível em <<https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part31#31.2>>. Acesso em 3 abr. 2022.

pretensão de determinado direito material, mas antes das audiências de instrução que compõem o *trial*.¹⁷⁸

Ainda que os referidos mecanismos apresentem divergências substanciais em relação à produção antecipada da prova, parece claro que a possibilidade de alcançar soluções *menos* – ou ainda *não* litigiosas, atende às aspirações de eficiência e efetividade do CPC/15. Parece razoável afirmar, afinal, que as previsões contidas nos incisos II e III do art. 381 foram inspiradas nos modelos processuais do *common law*.

É evidente que os institutos não foram absorvidos em sua inteireza pelo regramento processual brasileiro. Porém, parece que a possibilidade de ver grande quantidade de processos encerrados antes do julgamento (em razão da possibilidade de observar as provas potenciais) e do estímulo à autocomposição foi atrativa ao legislador. Isso porque a substancial redução do volume de processos após o *pretrial* aparenta resultar em casos mais sólidos, com a consequente melhora na qualidade da prestação jurisdicional, medida tão ansiada pelo processo civil brasileiro.

Posto isso, o CPC/15 não propôs a produção antecipada da prova como uma fase “pré-processual” para o compartilhamento dos elementos probatórios, tampouco assimilou um procedimento bifásico dos sistemas de *common law*.¹⁷⁹ Mesmo assim, parece oferecer a produção antecipada da prova como um meio – ainda que tímido em relação à análise comparada aqui realizada – de concretização do direito autônomo à prova e de resposta prática ao problema de morosidade e pouca efetividade do judiciário brasileiro.

Por óbvio, a *Discovery* e a *Disclosure* não são inatacáveis. Levantam-se dúvidas acerca da onerosidade das providências, até em perspectiva do acesso à justiça. Também não se despreza as consequências deletérias que podem advir do mau comportamento ético das partes e dos advogados – o que será estudado no próximo capítulo.

Mesmo assim, parece claro que a produção antecipada de prova advém do desejo de aproveitar os benefícios já constatados pelo direito estrangeiro, especialmente quando dispostos à luz nos deveres de informação e cooperação entre as partes.¹⁸⁰

¹⁷⁸ ABREU, Rodrigo. *O interesse processual na produção antecipada de prova fundada nos incisos II e III do art. 381 do Código de Processo Civil*. Orientador: Pedro Miranda de Oliveira. 2021. 212 p. Dissertação (Mestrado). Direito, Departamento de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021, p. 120.

¹⁷⁹ CAMBI, Eduardo. PITTA, Rafael Gomiero Pitta. *Discovery no processo civil norte-americano e a efetividade da justiça brasileira*. Revista de Processo. Vol. 245, jul., 2015. p. 11.

¹⁸⁰ ABREU, Rodrigo. *O interesse processual na produção antecipada de prova fundada nos incisos II e III do art. 381 do Código de Processo Civil*. Orientador: Pedro Miranda de Oliveira. 2021. 212 p. Dissertação (Mestrado). Direito, Departamento de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021, p. 120.

Esclarecida a inspiração estrangeira do regramento referente aos incisos II e III do artigo 381, e, portanto, da produção antecipada da prova fora dos requisitos de urgência, na próxima subseção será abordado a análise do regramento específico da produção antecipada de prova no CPC/15.

2.4 A produção antecipada da prova na prática

As principais inovações acerca da produção antecipada da prova no Código de Processo Civil de 2015 já foram explanadas pelo presente estudo. Com as considerações tecidas anteriormente, foi possível enxergar o instituto a partir de seu objetivo de conferir mais efetividade ao processo civil brasileiro. Assim, foi discorrido sobre o direito autônomo à prova como aparato teórico para sua formulação, bem como suas inspirações do direito estrangeiro.

Neste ponto do trabalho, faz-se necessário enfrentar a ação de produção antecipada de prova de frente. Para tanto, pontua-se sobre sua natureza jurídica, seu objeto, competência para analisar o pleito de produção de prova, prevenção e aspectos específicos do procedimento, destrinchando as disposições do artigo 381 e 382 do CPC/15, bem como os reflexos reais da existência desse instituto. Trata-se do último ponto a ser investigado para que se passe a analisar, no último capítulo, eventuais abusos ao direito autônomo à prova a partir da produção antecipada.

2.4.1 O que é, efetivamente, a produção antecipada de prova: pontuações sobre a sua natureza e seu objeto. Um olhar ao artigo 381.

Na definição de FREDIE DIDIER JR, a produção antecipada da prova é “a demanda pela qual se afirma o direito à produção de uma determinada prova e se pede que essa prova seja produzida antes da fase instrutória do processo para o qual ela serviria”.¹⁸¹

Como mencionado no primeiro capítulo, a regra é que a prova seja produzida no curso do processo – em específico, na audiência de instrução e julgamento¹⁸². Porém, em decorrência da afirmação do direito autônomo à prova, o ordenamento passa a admitir, por meio da prescrição

¹⁸¹ DIDIER Jr, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, v. 2, 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 141.

¹⁸² É claro que, em razão da natureza da prova, a produção pode ocorrer em momento diverso – são exemplos a prova pericial e documental (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 6ª ed. Volume 2. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 357).

do artigo 381 do CPC/15, que, mesmo antes que seja proposta uma demanda judicial, seja possível obter provas.¹⁸³

A rigor, a terminologia mais adequada não seria “produção antecipada de prova”, já que não se fala apenas de provas a serem produzidas antecipadamente – até porque, em alguns casos, a pendência de ação futura é eventual. Mais adequado seria compreender a disposição dos incisos II e III como as demandas probatórias autônomas que são.¹⁸⁴

Desta senda, o diploma processual absorve a modalidade de produção de prova *cautelar*, no teor do regramento existente no CPC/73 (no inciso I), quando há fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; dispõe sobre uma alternativa autocompositiva, admitindo a medida quando é apta a viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado à solução do conflito (inciso II); e, por fim, autoriza a utilização do dispositivo quando o prévio conhecimento dos fatos pode evitar ou justificar a provocação do judiciário (inciso III).¹⁸⁵⁻¹⁸⁶

Quanto a natureza jurídica da produção antecipada da prova, não há consenso. Por evidente, na modalidade que compreende o inciso I, descreve-se um procedimento cautelar. Quanto aos demais incisos – que são o objeto de atenção, ainda há muita controvérsia doutrinária. O que parece claro é que a produção antecipada fora das hipóteses de urgência tem natureza de *ação*, até por realizar atividade jurisdicional – nesse ponto, é possível vislumbrar a persecução de elementos de superação do conflito, sejam eles autocompositivos ou preventivos.¹⁸⁷

FREDIE DIDIER JR, por exemplo, entende que se trata de procedimento de jurisdição voluntária, e que a possibilidade de haver conflito quanto à existência do direito à prova não o desnatura, pois, seria da essência da jurisdição voluntária a existência de uma *litigiosidade*

¹⁸³ Ibid., p. 357.

¹⁸⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2019, p. 475.

¹⁸⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 649.

¹⁸⁶ Importante apresentar classificação realizada por Alexandre Freitas Câmara acerca do instituto a partir do regramento contido entre os artigos. 381 a 383 do CPC/15. Para o professor, pode-se cogitar, neste seguimento do CPC, das seguintes possíveis demandas: “(a) *demanda cautelar de assecuração de prova*; (b) *demanda de descoberta (discovery ou disclosure) da prova*; (c) *arrolamento de bens*; (d) *justificação*. Todas elas, então, devem ser tratadas como espécies do gênero ‘produção antecipada da prova’” cf (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2019, p. 475). Vale pontuar, apenas, que o trabalho não concorda integralmente com a classificação, em especial na pretensão de classificar a disposição dos incisos II e III como *Discovery* ou *Disclosure*. Levando em consideração o que foi desenvolvido no tópico anterior, a inspiração nas modalidades de *common law* parece clara, contudo, não parece possível classificá-las e nomeá-las do mesmo modo – principalmente porque não se trata de uma etapa processual. Porém, não é o objetivo do presente trabalho ater-se a tais questões.

¹⁸⁷ MEIRELES, Carolina Costa. *Reflexões sobre a produção antecipada de prova*. Revista de Processo v. 1.015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 278.

potencial. E, além disso, afirma que é em razão da desnecessidade de afirmação do conflito em torno da produção da prova que reforça seu caráter voluntário.¹⁸⁸

Algumas características que parecem apontar em direção ao entendimento de DIDIER JR são as previsões do artigo 382, §§ 4.º e 2.º do CPC/15, que afirmam, respectivamente, a impossibilidade de defesa ou de recurso, e também o caráter homologatório da sentença.¹⁸⁹

Uma outra visão é a de MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, que sustentam que a medida de produção antecipada de provas pode ter caráter contencioso ou não. Na visão apresentada, a obtenção da prova antecipada sem caráter contencioso é a que tem como único propósito documentar algo. Ou seja, entendem que não há caráter contencioso quando aquele a quem interessa produzir a prova tem como único objetivo resguardar seus direitos, sem intuito de empregar a prova em processo futuro e eventual.¹⁹⁰ Já a produção antecipada da prova com caráter contencioso compreenderia a totalidade das hipóteses dos incisos I, II e III do artigo 381. Na perspectiva dos autores, seria possível produzir prova independente, fora dessas hipóteses e sem caráter contencioso.

TALAMINI e WAMBIER apresentam ceticismo quanto à visão da produção antecipada de prova como “simples ‘jurisdição voluntária’”. Isso porque, ainda que não tenha por *escopo* direto resolver um conflito, ela se dá em um *contexto* de conflito.¹⁹¹

LEONARDO GRECO, por sua vez, defende que apenas o instituto da justificação é de jurisdição voluntária, e que a natureza jurídica do procedimento da produção antecipada da prova dependeria do processo principal.¹⁹²

De fato, é uma leitura complexa. Isso porque o mesmo instituto dispõe sobre três pretensões distintas, mas a visão do presente trabalho alinha-se a natureza contenciosa do instituto. Isso porque embora não haja *resolução* da lide no mesmo processo, a existência de conflito é geralmente elemento subjacente à demanda probatória.¹⁹³ Parece que claro que, nas hipóteses em que não se trata de prova unilateral, há sempre dois litígios potenciais: um acerca

¹⁸⁸ DIDIER JR, Fredie. Produção antecipada da prova. In DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord). *Coleção grandes temas do Novo CPC: Direito probatório*. v. 5, 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 495.

¹⁸⁹ CRUZ, Isabela Raposo. *O impacto da produção antecipada de provas para a obtenção da duração razoável do processo*. 2021. 137 f. Dissertação (Mestrado). Direito, Programa de Estudos Pós Graduated em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2021, p. 85.

¹⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. V. 2, 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 357.

¹⁹¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 5ª ed (e-book). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 185.

¹⁹² GRECO, Leonardo. *Apud* MEIRELES, Carolina Costa. *Reflexões sobre a produção antecipada de prova*. Revista de Processo v. 1.015. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2020, p. 279.

¹⁹³ Nesse sentido também PINHO, Américo Andrade. *Ações probatórias autônomas*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 307, set 2020.

apenas do direito autônomo à prova e outro potencial, que decorre dos fatos probandos que podem vir a ser, ou não, objeto de uma ação futura.¹⁹⁴

Resta, ainda nesse ponto, analisar o objeto do instituto: questiona-se *sobre o que se comporta a produção antecipada da prova*. Pela leitura do artigo 381, todo meio de prova comporta produção antecipada. Ao contrário do que dispunha o CPC/73, que admitia apenas o interrogatório, a inquirição de testemunha e o exame pericial, o CPC/15 ampliou seu espectro de incidência para admitir a antecipação de qualquer meio de prova.¹⁹⁵ Evidente, porém, que certas medidas instrutórias não poderão ser utilizadas na produção antecipada da prova, porque isso depende de *valoração*, o que não é permitido no instituto.¹⁹⁶

Nesse mesmo sentido, ARAKEN DE ASSIS afirma que “o artigo 382, caput, absteve-se de indicar a espécie de prova passível de antecipação. Quis indicar, naturalmente, a admissão de qualquer meio de prova. O objeto virtual necessitará cotejo com as três pretensões que, a rigor, submetem-se ao procedimento dos artigos 381 a 383 (...) ressalva feita à justificação, cujo objeto é a prova testemunhal, delimitando-se a respectiva admissibilidade em todos os casos”.¹⁹⁷ No mesmo sentido que a ressalva feita no parágrafo anterior, os meios de prova podem apresentar problemas que urjam por tratamentos peculiares.

2.4.2 Ainda sobre o artigo 381: considerações sobre a competência e prevenção na produção antecipada de prova.

A competência para julgamento da produção antecipada da prova foi campo de dúvidas e controvérsias na vigência do CPC/73. No regramento anterior, o foro competente para julgar a ação cautelar de produção antecipada de prova era o mesmo que julgaria, posteriormente, a ação principal. De modo análogo, quando já houvesse ação principal, o juízo tonava-se preventivo para analisar a cautelar. Tal situação gerava diversos problemas, inclusive de ordem prática.¹⁹⁸

¹⁹⁴ CRUZ, Isabela Raposo. *O impacto da produção antecipada de provas para a obtenção da duração razoável do processo*. 2021. 137 f. Dissertação (Mestrado). Direito, Programa de Estudos Pós Graduated em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2021, p. 85.

¹⁹⁵ AMARAL, Paulo Osternack. *Produção antecipada de prova no novo CPC: a produção antecipada de prova foi profundamente reformulada no CPC/15*. setembro de 2015. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/226528/producao-antecipada-de-prova-no-novo-cpc>> Acesso em 5 abr 2022.

¹⁹⁶ Artigo 382, § 2.º: “O juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas”.

¹⁹⁷ ASSIS, Araken. *Processo Civil Brasileiro, Volume II: parte geral: institutos fundamentais*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1480.

¹⁹⁸ ARSUFÍ, Arthur Ferrari. *Produção antecipada da prova: eficiência e organização do processo*. Orientadora: Thereza Celina Diniz de Arruda Alvim. 2018. 233 p. Dissertação (Mestrado). Direito, Pontifícia Universidade

Para tentar resolver a questão, o CPC/15 trouxe três dispositivos que endereçassem a competência para a ação autônoma de produção de prova.

O primeiro deles está no § 2.º do artigo 381, e estabelece que a produção antecipada da prova é de competência do juízo do foro onde a prova deve ser produzida ou do foro de domicílio do réu.¹⁹⁹ Prevê, portanto, foro concorrente de competência, que cabe a escolha do autor. Diz DIDIER JR que se trata de *fórum shopping* e, diante da inexistência de ressalva legal, é caso de competência relativa.²⁰⁰ Por disposição do artigo 63 do CPC/15, é coerente falar também na possibilidade de incidir cláusula de eleição de foro.²⁰¹

Pertinente é a crítica de DANIEL NEVES no sentido de que a disposição foi precipitada. Em sua visão, a única opção de competência deveria ser o local de produção da prova, já que a opção pelo domicílio do réu poderia ensejar processo que tramitasse substancialmente por carta precatória. Também critica e discorda da doutrina que busca fixar o foro do domicílio do réu como excepcional, admitido apenas quando a prova a ser produzida for o depoimento pessoal do réu, vez que tal interpretação revogaria parcialmente o dispositivo na prática.²⁰² Em vista disso, ressalta DIDIER que a escolha do juízo competente deve ser feita a partir dos princípios da competência adequada e da boa-fé processual, uma vez que não faria sentido produzir uma prova pericial sobre um imóvel em foro distinto do local do imóvel, por exemplo.^{203_204_205}

Católica de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 156 e MEIRELES, Carolina Costa. *Reflexões sobre a produção antecipada de prova*. Revista de Processo v. 1.015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 285.

¹⁹⁹ BRASIL. Congresso. *Senado. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2016. Código de Processo Civil*. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 4 abr. 2022.

²⁰⁰ DIDIER Jr, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, v. 2, 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 146-147.

²⁰¹ BRASIL. Congresso. *Senado. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2016. Código de Processo Civil*. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 4 abr. 2022.

²⁰² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 673.

²⁰³ DIDIER JR, Fredie. Produção antecipada da prova. In DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord). *Coleção grandes temas do Novo CPC: Direito probatório*. V. 5, 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 498.

²⁰⁴ Vale esclarecer que, embora construções de Fredie Didier Jr e Daniel Amorim Assumpção Neves apareçam juntas, Didier Jr é um dos processualistas que sustenta a ideia de foro excepcional criticada por Neves. Seus pensamentos foram apresentados conjuntamente apenas nos pontos em que parecem se alinhar: a ideia é que a competência deveria ser o local da produção da prova, mas, em razão da disposição legal que favorece uma escolha, esta deve ser feita a partir dos princípios da competência adequada e da boa-fé.

²⁰⁵ Nesse ponto, comenta Yarshell: “Diante da expressa concorrência (ou alternatividade) de foros que a lei consagrou, não há como simplesmente dizer que qualquer outro – que não o do local em que as fontes de prova se encontram – seria absolutamente incompetente; nem estabelecer um caráter subsidiário que a lei não previu. Mas, consideradas as peculiaridades do caso concreto, desde que isso não prejudique o devido processo legal e o acesso à justiça, é possível dar-se preferência à foto em que se situam as fontes de prova; ainda que em eventual detrimento à conveniência do réu de ser demandado em seu próprio domicílio. Tal entendimento é coerente com o caráter autônomo da medida que, de qualquer modo, não gerará prevenção para o processo “principal” para o qual deverá ser observada a regra própria de competência territorial (que, eventualmente, poderá até prestigiar o domicílio do réu). (YARSELL, Flávio Luiz. Produção antecipada de prova. In In ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda;

A segunda disposição digna de destaque é a que está prescrita no § 3.º do artigo 381 do CPC/15. Mais uma controvérsia do CPC/73 foi solucionada quando firmado que a produção antecipada de prova não previne a competência do juízo para ação futura e eventual que venha a ser proposta. Como enuncia EDUARDO TALAMINI, essa norma é compreensível diante “(a) do caráter não construtivo da medida; (b) da ausência de juízo, nem mesmo sumário, sobre o mérito da pretensão principal; (c) da eventualidade de uma ação principal”. É mais um elemento que enfatiza e evidencia a autonomia do direito à prova no CPC/15.²⁰⁶⁻²⁰⁷

Por fim, a terceira disposição é a que está presente no § 4.º do artigo 381. Trata-se de inovação quanto à competência por delegação que está disposta no artigo 109, §§ 3.º e 4.º da Constituição Federal. Dispõe o parágrafo que o juízo estadual tem competência para produzir prova antecipadamente requerida em face da União, entidade autárquica ou de empresa pública federal quando, na localidade em que se pretende produzir a prova, não há vara federal.²⁰⁸ Vale ressaltar que a disposição estava prevista no artigo 15, inciso II da Lei n.º 5.010/1966 para o procedimento de justificação quando em face de ente federal e na hipótese de não haver na localidade vara federal. Em razão da unificação das ações probatórias, o legislador optou por generalizar a regra, alcançando a produção antecipada de prova no geral.²⁰⁹

2.4.3 Ainda sobre o regramento da produção antecipada da prova no CPC/15: análise do procedimento do artigo 382.

O procedimento de tramitação da produção antecipada de provas é simples. Inicia-se com a propositura da petição inicial, que, não havendo disposição específica em sentido contrário,

DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 1ª ed (ebook) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 987.

²⁰⁶ TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015*. Revista de Processo v. 260. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 76.

²⁰⁷ Nesse ponto, o trabalho discorda da crítica tecida por Daniel Neves. O professor entende que a “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, é até 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 de juiz, respeitar o princípio da imediatidade, não havendo justificativa plausível na distribuição livre, dentro da mesma competência territorial, do processo principal.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 690-691) Como exposto no texto, a eventual prevenção para posterior ação principal poderia gerar um problema ainda maior de formação de convicção e valoração da prova (ainda que indiretamente), em procedimento que busca justamente evitar tais fins.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 673.

²⁰⁹ DIDIER JR, Fredie. Produção antecipada da prova. In DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord). *Coleção grandes temas do Novo CPC: Direito probatório*. V. 5, 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 499.

deve-se adequar aos requisitos do artigo 319 do CPC/15, naquilo que lhe couber – especialmente porque é possível que não exista polo passivo a ser indicado e em razão da inadequação dos procedimentos de conciliação e mediação.²¹⁰

Como dispõe o artigo 382, “o requerente apresentará as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair”.²¹¹ Portanto, deve apontar *o que* justifica a necessidade de antecipação da prova, que consiste na causa de pedir e, também, *os fatos* sobre os quais a prova deve recair, o que é necessário para a determinação do pedido. Por fim, o autor também deve demonstrar a relevância e utilidade da produção da prova. Como já foi amplamente abordado aqui, as razões que justificam o pleito de produção antecipada da prova são as que constam nos incisos I, II e III do artigo 381 do CPC/15. Vale dizer também que o § 1.º do mesmo artigo prevê a hipótese em que se busca apenas o arrolamento de bens com finalidade exclusivamente probatória sem conotação constritiva.²¹²

Importante salientar também que, à luz do inciso IV do artigo 319, seria necessário que o autor, na petição inicial, indicasse as provas com que pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados. Parece claro que, neste processo específico, cuja pretensão principal é produzir a própria prova, tal disposição precisa ser interpretada de modo adequado. Dessa forma, é necessário consignar ainda que pode ser necessário que exista dilação probatória para que a parte demonstre seu direito autônomo à prova.²¹³

Ou seja, o autor tem a incumbência de demonstrar a relação jurídica processual que o autoriza a produzir aquela determinada prova. Tão-somente, é necessário ainda apontar, mesmo que em tese, como aquela prova está relacionada com *eventual* direito material, e de que forma tem o potencial de ser útil.²¹⁴ Trata-se de exigência imprescindível para que o juiz analise de modo adequado o *interesse processual* e a *legitimidade*.

De fato, não é porque o procedimento traduz uma pretensão autônoma à prova que a necessidade de demonstração de interesse e legitimidade é dispensável. Até porque, como

²¹⁰ NEVES, op.cit., p. 673.

²¹¹ BRASIL. Congresso. Senado. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2016. Código de Processo Civil. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 28 mar. 2022.

²¹² DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, v. 2, 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 143.

²¹³ ARSUFÍ, Arthur Ferrari. *Produção antecipada da prova: eficiência e organização do processo*. Orientadora: Thereza Celina Diniz de Arruda Alvim. 2018. 233 p. Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 152.

²¹⁴ FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. *Breves reflexões sobre a produção antecipada da prova no NCPC*. In DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); MACÊDO, Lucas Buriel; PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre. (Coord.). *Novo CPC doutrina selecionada*, v. 3: *provas*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 683.

dispõe o artigo 17 do CPC/15, interesse e legitimidade são requisitos para postulação em juízo – ou ainda “condições da ação”.²¹⁵

Nesse ponto, afirmam MARINONI, ARENHART e MIDITIERO que, para a propositura da produção antecipada da prova, basta ao demandante demonstrar o seu *interesse* na segurança da prova – ainda que não seja necessário indicar desde logo o direito material que será eventualmente sustentado com a prova assegurada. Por isso, é necessário demonstrar que a prova que se pretende produzir pode incentivar o ajuizamento de uma demanda futura ou a autocomposição.²¹⁶ No mesmo sentido falam NELSON NERY JR e ROSA MARIA NERY que “a necessidade de pedir a antecipação da prova é, na verdade, o interesse processual no ajuizamento da medida (CPC 485 VI). Não demonstrando o requerente a existência de necessidade de antecipação, o pedido deve ser extinto sem conhecimento do mérito”.²¹⁷

Assim, pode-se afirmar que é *legitimado* para pleitear a produção antecipada de determinada prova quem demonstrar interesse jurídico na sua produção. A posição jurídica da parte na PAP não implica vinculação em eventual demanda principal, pois, pode ser o requerente legitimado ativo na produção antecipada da prova, e legitimado passivo, requerido, quando de sua utilização.²¹⁸

Ao que parece, o interesse e legitimidade na produção antecipada da prova em muito se aproximam e até quase se confundem. Isso se dá porque “a legitimidade é verificada a partir da própria utilidade da prova para quem a pleiteia”.²¹⁹ Afirma YARSHELL que “para que se possa permitir a antecipação da prova, é preciso que ela se revele útil para quem a demanda; e, embora em posição contraposta, também para aquele em face de quem se demanda”.²²⁰ Vale destacar que não são essas as únicas questões suscitadas pela análise do interesse e legitimidade, apresentadas nesse tópico com viés introdutório e principalmente descritivo. Tais apontamentos ainda serão objeto de estudo mais atento no próximo capítulo.

Em seguida, prevê o § 1.º do artigo 392 do CPC/15 que “o juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a citação de interessados na produção da prova ou no fato a ser

²¹⁵ No presente momento, o trabalho não pretende adentrar na discussão acerca de interesse e legitimidade como condições da ação. Por isso limita-se aos termos legais.

²¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MIDITIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 495-496.

²¹⁷ NERY JR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 17ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 1009.

²¹⁸ MEIRELES, Carolina Costa. *Reflexões sobre a produção antecipada de prova*. Revista de Processo v. 1.015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 286.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 286.

²²⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. Produção antecipada de prova. In ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 1ª ed (ebook) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 984.

provado, salvo se inexistir caráter contencioso”.²²¹ Portanto, determina a citação dos interessados para acompanhar a produção antecipada da prova. Tal medida é imperiosa, pois, a citação é condição de eficácia da prova perante aqueles contra quem se pretende que a prova seja utilizada.²²² Até porque a utilização de uma prova contra quem não teve oportunidade de participar de sua formação constitui violação à garantia do contraditório e a ampla defesa.²²³

Interessante também que a disposição autoriza que o juízo, de ofício, determine a citação de interessados. Esse é outro ponto de controvérsia doutrinária, cujo aprofundamento não é de todo proveitoso aqui. Em suma, a possibilidade de *citação* de ofício dos interessados constituiria a integração coercitiva deles, no polo passivo da relação jurídica processual, em virtude da natureza da citação.²²⁴ Parte da doutrina suscitou que se trata de intervenção *iussu iudicis*, presente no CPC/39²²⁵.²²⁶ Parece mais adequado depreender do dispositivo que o poder do juiz será, na realidade, de intimação de terceiro ou de intimação do réu para emendar a petição inicial e incluir um terceiro como réu, sob pena de indeferimento da petição inicial e extinção do processo sem resolução de mérito.

O § 2º do artigo 381 trata da amplitude da cognição que o juiz deve exercer e dispõe que “o juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas”.²²⁷ Por se tratar de medida de procedimento sumário, pressupõe apenas cognição sumária horizontal, em que o juízo averigua superficialmente o pressuposto para antecipar a prova, e vertical, em que o juiz não se pronuncia sobre o mérito da pretensão ou defesa para qual a prova pode vir a servir.²²⁸ Mais um dispositivo que se alinha ao pressuposto de autonomia do direito à prova e que é coerente com a natureza da sentença, que é constitutiva e homologatória da prova.

²²¹ NERY JR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 17ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 1009.

²²² DIDIER Jr, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, v. 2, 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 148.

²²³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 676.

²²⁴ *Ibid.*, p. 676.

²²⁵ O artigo 91 do CPC/39 consagrava a *iussu iudicis* genérica e dispunha “Art. 91. O juiz, quando necessário, ordenará a citação de terceiros, para integrarem a contestação. Se a parte interessada não promover a citação no prazo marcado, o juiz absolverá o réu da instância”.

²²⁶ DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, v. 2, 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 148.

²²⁷ BRASIL. Congresso. Senado. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2016. Código de Processo Civil. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 28 mar. 2022.

²²⁸ TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015*. Revista de Processo v. 260. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 76.

Por fim,²²⁹ há ainda que se falar sobre o § 4.º do artigo 382 que afirma não ser admissível defesa ou recurso no procedimento de produção antecipada de prova, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente. Parece evidente a inconstitucionalidade quando analisado à luz do artigo 5.º, inciso XXXVI, LIV e LV da Constituição Federal.²³⁰ Por isso a doutrina busca apresentar interpretações que o tornem admissível. TALAMINI e WAMBIER, por exemplo, sustentam que “a suposta proibição de defesa deve ser compreendida apenas como (a) ausência de uma via específica para apresentação de contestação e (b) não cabimento de discussão sobre o mérito da pretensão (ou defesa) para a qual a prova pode servir no futuro”.²³¹

No mesmo sentido, ainda que a doutrina tenha tentado formular diversas alternativas para que o dispositivo não fosse encarado de *forma literal*,²³² o direito de defesa do requerido precisa ser analisado com mais atenção. Principalmente porque a produção antecipada de prova não está imune de uma utilização abusiva. É o que será discutido com mais profundidade no próximo capítulo.

2.5 Considerações parciais

A partir dos apontamentos realizados no presente capítulo, é possível concluir que a produção antecipada da prova foi formulada no CPC/15 a partir de uma madura construção de um direito autônomo à prova. Não somente isso, o instituto também foi pensado como uma alternativa para construção de um sistema processual mais eficiente – endereçando uma possível solução a uma das mais extensas fases processuais, a instrutória – além de objetivar, em sua literalidade legal, o seu uso para fins autocompositivos.

Também ficou claro, a partir da investigação dos institutos da *discovery* e *disclosure* do direito norte-americano e inglês, respectivamente, que o regramento da produção antecipada da

²²⁹ Há ainda a disposição do § 3º do artigo 382, que versa sobre a cumulação dos meios de prova e diz: “Os interessados poderão requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato, salvo se a sua produção conjunta acarretar excessiva demora.”

²³⁰ Os dispositivos dispõem, respectivamente: XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; e LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

²³¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: volume 2: cognição jurisdicional: processo comum de conhecimento e tutela provisória*. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 188.

²³² São os exatos termos utilizados por Didier Jr em seu Curso de Direito Processual Civil: “parece mais razoável compreender o dispositivo de modo não literal”. In DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, v. 2, 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 150.

prova foi *inspirado* em experiência estrangeira – muito embora não seja deles uma cópia, apresentando substanciais diferenças.

Por fim, a partir da análise das disposições específicas contidas nos artigos 381 e 382 do CPC/15, foi possível compreender como o procedimento se dá, e quais são as suas implicações. Apesar de sua sumariedade, foi possível constatar a necessidade de maior atenção ao direito de defesa que pode exercer o requerido, principalmente diante do possível uso abusivo do instituto, ponto que será o objeto do próximo capítulo.

CAPÍTULO III - USOS ABUSIVOS DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA.

A necessidade de um olhar mais atento para o interesse processual do requerente e defesa do requerido afim de coibir usos abusivos da produção antecipada de prova.

O terceiro capítulo deste estudo, por fim, dedica-se a considerar lacunas na legislação processual que podem cooperar para o uso abusivo do instituto da produção antecipada de provas. Para isso, atém-se a duas questões principais a partir da redação dos artigos 381 e 382 do CPC/15: as dificuldades na adequada aferição do interesse de agir e os entraves ao exercício do direito de defesa – e como ambos, juntos, podem favorecer a prática abusiva de *fishing expedition* na produção antecipada de prova.

3.1 Recapitulando

Até então, o trabalho preocupou-se em investigar a importância da prova como instrumento legitimador do processo e como peça fundamental para a obtenção de uma tutela jurisdicional adequada. Desse modo, o primeiro capítulo tratou sobre a teoria da prova em seus aspectos gerais, discorrendo sobre a prova no processo, a garantia fundamental do contraditório e a conquista da autonomia do direito à prova. Por fim, versou sobre a disciplina probatória no novo Código de Processo Civil.

O segundo capítulo, no que lhe concerne, dedicou-se ao estudo específico do instituto da produção antecipada de prova. Com as substanciais alterações destinadas à ferramenta instrutória no CPC/15, foi necessário considerar a inovação da produção antecipada da prova fora dos requisitos de urgência como uma alternativa processual para a construção de uma litigância mais efetiva. Para tanto, foi necessário tecer considerações sobre a experiência estrangeira que inspirou a implementação do instituto nos moldes atuais. Logo em seguida, passou-se à análise do regramento específico dado pelo diploma processual ao instituto, considerando os aspectos práticos de sua utilização.

Dessa forma, foram estabelecidas as bases para que a produção antecipada de prova fosse vista com maior clareza. Parece nítido, até aqui, que o instituto é fruto de uma considerável evolução teórico-normativa, e que a autonomia do direito à prova é uma importante conquista para efetivar direitos fundamentais direta e indiretamente, seja por tutelar especificamente o direito à prova ou ainda por ser útil à construção de um processo civil mais efetivo e de duração mais razoável.

Contudo, também foi possível observar a pobreza normativa de algumas de suas modalidades, a saber: a falta de especificidade nas hipóteses de admissibilidade da prova, assim como a falta de critérios claros para aferição do interesse processual, e, também, a infeliz disposição sobre o direito de defesa do requerido. Tudo isso importa para que o trabalho possa analisar, por fim, como tais aberturas normativas viabilizam o uso abusivo do instituto. É o que será investigado a seguir.

3.2 A deturpação de um instituto: o uso abusivo da produção antecipada de provas.

A (re)construção do direito autônomo à prova no novo Código de Processo Civil, a partir das disposições dos incisos II e III do artigo 381, buscou servir ao propósito de obtenção de uma tutela adequada, tempestiva e efetiva de direitos. Nesse ponto, não há dúvidas que a produção antecipada de prova enquanto ação probatória autônoma²³³ foi pensada justamente para garantir a persecução de um processo civil mais efetivo.²³⁴

Sabe-se, como foi amplamente tratado neste trabalho, da importância que carrega a prova dentro da disputa processual. Em suas acepções objetivas e subjetivas, a prova envolve *atividades, ações e meios de ação*, ao mesmo tempo que fornece elementos necessários a formulação do convencimento do juízo.²³⁵ Prova-se o fato que sustenta a pretensão da parte, por isso, no processo, é elemento essencial para que as leis sejam aplicadas de modo mais adequado. De igual forma, é também elemento essencial para obtenção de uma solução jurídica justa. Assim, a possibilidade de produzir prova de maneira autônoma ou antecipada parece, ao primeiro olhar, uma construção irrepreensível. Existe um problema de congestionamento do poder judiciário, que decorre da “hiperlitigância” do povo brasileiro, e que precisa ser enfrentado para que direitos fundamentais sejam garantidos.

Produzir prova de forma autônoma pode servir para viabilizar a autocomposição entre as partes ou mesmo outro meio adequado de solução de conflitos (artigo 381, inciso II do CPC/15). Do mesmo modo, produzir prova de forma autônoma pode ainda justificar ou evitar o

²³³ Nesse ponto, além do que anteriormente mencionado nos capítulos passados, faz-se necessário esclarecer que, na mesma linha de compreensão de Wambier e Talamini, a produção antecipada de prova é uma das três ações probatórias. São as outras duas a exibição de documento e a arguição de falsidade (WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: volume 2: cognição jurisdicional: processo comum de conhecimento e tutela provisória*. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 185)

²³⁴ DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR, Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In ZANETI JR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 45-46.

²³⁵ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 38-39.

ajuizamento de ação (artigo 381, inciso III do CPC/15).²³⁶ É possível constatar que se trata de uma resposta específica para problema de engarrafamento do judiciário, visando, então, a redução da litigiosidade.²³⁷

Portanto, em sua possível utilização para além dos já conhecidos fins acautelatórios, a demanda probatória autônoma proporciona o *conhecimento* de fatos que possam esclarecer acerca da conveniência de demandar ou não demandar, ou de obter composição extrajudicial para as controvérsias.²³⁸ Nesse ponto, está alinhada ao sistema multiportas e, ao menos em tese, busca materializar a aplicação do princípio da cooperação ao processo.²³⁹

Entretanto, a prática revela que o instituto de produção antecipada da prova não é tão irrepreensível assim. Mais do que isso, o regramento deficitário dado pelo Código de Processo Civil é uma porta aberta para sua utilização de modo abusivo.

Isto é, não se ignora a importância que a produção antecipada de provas tem e pode ter para aprimorar a laboriosa fase instrutória do processo civil. Também não se olvida que a consagração do direito autônomo à prova é de grande valor para a construção de um processo mais efetivo. Contudo, também parece de extrema importância discorrer sobre os seus limites e sobre a utilização abusiva do instituto para também para voltar a atenção à necessidade de disposição do instrumento de modo mais cauteloso.

Até porque a prática vem revelando casos em que o requerente, sob a justificativa de evitar conflitos ou mesmo justificar a propositura de uma ação judicial, aduz um conjunto de situações ou um determinado contexto fático genérico, e sustenta que a melhor compreensão sobre o contexto só é possível com a respectiva produção de prova. Ocorre que, nessas situações, quer o requerente, na realidade, *constituir fatos* (ou *mesmo provas* que induzam a ocorrência de determinado fato) para justificar em juízo uma pretensão de direito material. RODRIGO DE ABREU, em sua dissertação de mestrado, coloca que, nesses casos, “o que busca o requerente não é elucidar ou comprovar um fato já conhecido, mas criar o fato em si e,

²³⁶ ALVIM, Eduardo Arruda. CUNHA, Ígor Martins. Produção antecipada de provas no Código de Processo Civil de 2015. In FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnado; ANTUNES, Thiago Caversan (coord.). *Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos*. São Paulo: Editora Tooth, 2019, p. 164-165.

²³⁷ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *A prova no processo civil: principais inovações e aspectos contraditórios*. 3ª ed. Londrina: Editora Thoth, 2019, p. 62.

²³⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Volume I*. 56 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 1.163.

²³⁹ ABREU, Rodrigo. *O interesse processual na produção antecipada de prova fundada nos incisos II e III do art. 381 do Código de Processo Civil*. Orientador: Pedro Miranda de Oliveira. 2021. 212 p. Dissertação (Mestrado). Direito, Departamento de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021, p. 139.

consequentemente, *forjar* uma pretensão legitimada pela intervenção do judiciário sob o pretexto de satisfação do direito autônomo à prova” (g.n).²⁴⁰

Ou seja, a observância da necessidade de apresentação de uma “petição circunstanciada”, em conjunto com a atenta análise ao exame da admissibilidade das provas que se pretende produzir, é imperativa para vedar as práticas conhecidas como “*fishing expedition*” ou “*document hunting*” do direito estrangeiro,²⁴¹ muito comuns nos países de tradição de *common law* que dispõem de mecanismos de instrução preliminar.²⁴² Por isso, parece necessário encontrar caminhos mais objetivos, que não firam o direito autônomo da prova, mas que também coíbam tais práticas deletérias.

Em vista disso, a abordagem sobre a utilização abusiva da produção antecipada de provas será debatida a partir de duas possíveis lacunas do regramento processual. A primeira delas é a dificuldade de aferição do *interesse processual*, ainda que o artigo 382 do CPC/15 pressuponha a exposição das “razões que justificam a antecipação da produção da prova” com menção precisa aos “fatos sobre os quais a prova há de recair”; a segunda, com um viés mais consequencial e em vista do interesse de agir, será realizada a partir dos abusos que podem ser perpetuados por consequência dos entraves colocados para o exercício do *direito de defesa*, com base na leitura que se faz do § 4º do artigo 382. Por fim, como consequência do exposto, o trabalho considerará a disposição da produção antecipada da prova para a prática da *fishing expedition*, situação já comum nos países de *common law* que contam com uma forte fase de instrução preliminar, e que se sustenta a ocorrência no Brasil em virtude da positivação de um mecanismo autônomo de produção probatória e das lacunas normativas deixadas pelo CPC/15.

3.3 O interesse processual na produção antecipada da prova.

O artigo 381, em seus incisos I, II e III, estabelece as hipóteses em que a produção antecipada da prova é admitida. Além do inciso I, que não é objeto do presente estudo, os incisos II e III preveem, respectivamente, o cabimento do instituto em casos em que “a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução

²⁴⁰ ABREU, Rodrigo. *O interesse processual na produção antecipada de prova fundada nos incisos II e III do art. 381 do Código de Processo Civil*. Orientador: Pedro Miranda de Oliveira. 2021. 212 p. Dissertação de Mestrado - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021. p. 141.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 143-144.

²⁴² ARSUFÍ, Arthur Ferrari. O abuso da produção antecipada da prova: direitos fundamentais, sigilo, boa-fé objetiva e custos. In FUGA, Bruno. RODRIGUES, Daniel Colnago. ANTUNES, Thiago Caversan. *Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos*. 3ª ed. São Paulo: Editora Thoth, 201X, p. 531-533.

de conflito” e “o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento da ação”. Ou seja, tais dispositivos tratam das hipóteses em que, supostamente, se verifica *interesse processual* para pleitear em juízo a produção antecipada de provas.²⁴³

O interesse de agir e a legitimidade, estão previstos no artigo 17 do novo CPC/15 e constituem, hoje, *requisitos para postulação em juízo*. O novo diploma processual excluiu o termo “condições da ação” e, ao optar por tratar apenas de interesse e legitimidade, também suprimiu a possibilidade jurídica do pedido.²⁴⁴

O presente trabalho não pretende realizar incursão nos acalorados debates acerca da subsistência ou não das condições da ação no novo Código de Processo Civil.²⁴⁵ Tampouco pretende discorrer sobre a tentativa de classificação de legitimidade e interesse de agir como pressupostos processuais, o que não parece acertado.²⁴⁶⁻²⁴⁷ Do que interessa à discussão, é suficiente compreender que a produção antecipada de provas, enquanto *espécie* de postulação em juízo, demanda a correta análise da presença de interesse e legitimidade – ou adequado

²⁴³ NERY JR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 17ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 1007.

²⁴⁴ Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.

²⁴⁵ Neste ponto, ler THAMAY, Rennan Faria Kruger. *Condições da Ação no Novo CPC*. Revista Jurídica Luso-brasileira, Lisboa. Ano 2, 2016. P. 1243-1268. Disponível em <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/3/2016_03_1243_1268.pdf> Acesso em 11 abr 2022.

²⁴⁶ Com a elaboração do anteprojeto do CPC/15, Fredie Didier Jr publicou artigo na Revista de Processo (v. 197/2011) com o seguinte título: “Será o fim da categoria ‘condição da ação’? Um elogio ao projeto do novo código de processo civil”. Nele, propõe que, em razão da ausência de menção expressa ao termo “condições da ação”, situação controvertida na doutrina, “legitimidade e o interesse passarão, então, a constar da exposição sistemática dos pressupostos processuais de validade: o interesse, como pressuposto de validade objetivo intrínseco; a letigimidade, como pressuposto de validade subjetivo relativo às partes” (DIDIER JR, Fredie. *Será o fim da categoria ‘condição da ação’? Um elogio ao projeto do novo código de processo civil*. Revista de Processo. vol. 197, jul 2011. Disponível em <<https://bit.ly/3xnMltT>> Acesso em 12 mar 2022, p. 256-260). Em resposta, Alexandre Câmara publicou o texto “Será o fim da categoria ‘condição da ação’? uma resposta a Fredie Didier Junior”, também na revista de processo (v. 197/2011) em que afirma que “estou de acordo com Didier quando ele afirma serem apenas dois os exames que devem ser feitos pelo juiz: o da admissibilidade e o do mérito. Isto não significa, porém, que todas as questões atinentes à admissibilidade (e o mesmo se poderia dizer acerca das questões sobre o mérito) tenham a mesma natureza, ou integram a mesma categoria jurídica. (...) O fato de serem os pressupostos processuais e as “condições da ação” requisitos necessários à emissão de um provimento de mérito não retira desta categoria a heterogeneidade que sempre se lhes reconheceu. E isto porque, embora ligados ambos à admissibilidade do provimento de mérito, dizem eles respeitam a distintos institutos da teoria do direito processual. Com todas as vênias, pretender incorporar aos pressupostos processuais a categoria das “condições da ação” só poderá ser admitida a partir do momento em que se parar de distinguir os próprios fenômenos da ação e do processo.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Será o fim da categoria “condições da ação”? uma resposta a Fredie Didier Junior*. Revista de Processo, v. 1197, jul., 2011. Disponível em <<https://bit.ly/3uzPnJT>>. Acesso em 12 abr 2022, p. 261-269). Nesse ponto, o presente trabalho alinha-se a proposta do Professor Alexandre Câmara, em razão da distinção necessária entre ação e processo.

²⁴⁷ Nesse ponto, também é válido pontuar a compreensão do professor Leonardo Greco, que sustenta que “as condições da ação são requisitos da existência do direito ao exercício da função jurisdicional sobre determinada pretensão de direito material. Sem elas, as partes não devem ter direito à jurisdição, a um provimento jurisdicional que possa vir a assenhoreá-las do bem da vida postulado (...). Distinguem-se dos pressupostos processuais porque estes são requisitos de validade e regularidade do processo, ou seja, requisitos da relação jurídico-processual através da qual será exercida a jurisdição” (GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no Processo Civil*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 18-19).

exame das “condições da ação” – para processamento do pedido.²⁴⁸⁻²⁴⁹ Sem olvidar da importância da análise da legitimidade, importa destacar que, para os fins do presente trabalho, o foco será voltado à análise da aferição do interesse processual.

Para DINAMARCO, BADARÓ e CARRILHO LOPES, o interesse de agir consiste em *utilidade*. Isto significa que, no direito processual, o interesse de agir traduz-se no proveito prático ou jurídico que determinada medida pode conferir àquele que postula em juízo. Dessa forma, para sua aferição em concreto, existem dois indicadores importantes: a *necessidade*, consubstanciada na necessidade de um processo para buscar do poder judiciário situação mais favorável; e a *adequação*, que consiste na adequação da tutela jurisdicional pleiteada frente a situação posta pelo demandante.²⁵⁰

Em sentido parecido, MARCATO sustenta, a partir da leitura de ALDO ATTARDI, que “o interesse de agir resulta da conjugação de dois elementos que lhe são intrínsecos: a necessidade concreta do processo e a adequação do provimento e do procedimento desejado”. O professor explica que, sendo possível a resolução do conflito pela utilização de qualquer dos instrumentos adequados postos à sua disposição, não há *necessidade concreta* do processo e, por isso, não há *interesse de agir*. De igual modo, o procedimento só será adequado quando o exercício da função jurisdicional estiver condicionado a um provimento jurisdicional *útil*, a partir da sujeição da parte requerida aos rigores de um processo justo.²⁵¹

Ou seja, para exigir do Estado o exercício jurisdicional sobre determinada pretensão de direito material – ou exercer a *ação*²⁵² – é necessário comprovar o interesse processual.²⁵³

²⁴⁸ MEZZOMO, Marcus Víctor; ANDRADE, Tiago Gabriel Waculicz. *Pressupostos processuais e a defesa na produção antecipada de provas*. Revista de Processo, v. 322, ano 46. p. 157-181. São Paulo: Revista dos Tribunais, dezembro 2021.

²⁴⁹ Também nesse debate, vale transcrever as considerações de Wambier e Talamini “A aceitação (ou não) da autonomia dessa categoria é eminentemente uma questão de teoria jurídica. Na hipótese de não haver sentido em diferenciar a condição da ação do pressuposto processual, então jamais terá havido sentido nessa distinção. Na hipótese contrária, não é a ausência da expressão “condições da ação” no texto do CPC/15 que mudará esse panorama”. (WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo, volume 1*. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 112.)

²⁵⁰ DINAMARCO, C. R.; LOPES, B. V. C.; BADARÓ, G. H. R. I. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2020.

²⁵¹ MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 48-49.

²⁵²²⁵² “A ação, portanto, é o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o poder de exigir esse exercício). Mediante o exercício da ação provoca-se a jurisdição, que por sua vez se exerce através daquele complexo de atos que é o processo” in CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 285.

²⁵³ SHCENK, Leonardo Faria. *Da jurisdição e da ação*. In ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 51.

Vale dizer que as condições da ação, em sua formulação tríplice²⁵⁴, foram introduzidas no direito brasileiro a partir dos pensamentos de LIEBMAN, que, através de sua teoria eclética,²⁵⁵ influenciou fortemente a construção do CPC/73.²⁵⁶ Ocorre que tal formulação criava certa dificuldade na separação entre as “condições da ação” e o mérito da causa. Assim, para análise de interesse e legitimidade, o novo Código de Processo Civil aderiu à teoria da asserção, que restringe a análise do interesse e da legitimidade à postulação inicial do demandante.²⁵⁷ Portanto, definiu-se que as “condições da ação” devem ser aferíveis em abstrato e, por isso, *in statu assertionis*.²⁵⁸ Assim, a partir dos fatos afirmados pelo autor, a existência de interesse processual e a legitimidade devem ser verificáveis desde logo. No que tange ao interesse processual, deve ser atestado a partir do chamado binômio “necessidade-utilidade” ou mesmo trinômio “necessidade-utilidade-adequação”.²⁵⁹ Sendo, portanto, requisito para postulação em juízo, verificada a ausência de interesse – bem como de legitimidade – o Código de Processo Civil firma a necessidade de julgar extinto o processo sem resolução de mérito. É a disposição do artigo 485, inciso VI do CPC/15.²⁶⁰⁻²⁶¹ Não apenas, o Código trata a matéria como

²⁵⁴ A formulação tríplice inclui, além do interesse e legitimidade, a possibilidade jurídica do pedido – categoria excluída do CPC/15.

²⁵⁵ Não é objeto do presente trabalho adentrar profundamente ao tema, mas a teoria eclética é a corrente intermediária entre a teoria concreta e abstrata da ação, adotada no CPC/73 e também no CPC/15. A teoria concreta do direito de agir foi a primeira teoria autonomista da ação, elaborada por Wach na Alemanha, a quem filiou-se Chiovenda. Nas palavras de Araken de Assis, a teoria concretista “incidiu no exagero de relacionar a ação à busca de uma sentença de conteúdo determinado, favorável ao autor”. Ou seja, pretendia satisfeita a pretensão à tutela jurídica apenas quando o autor logra êxito, de modo que “existiria o processo com ação, na sentença de procedência, e o processo sem ação, verificando-se a improcedência”. A teoria abstrata da ação é a segunda teoria autonomista, criada por Dagenkolb também na Alemanha. que entende que, para agir em juízo, “basta afirmar um direito na convicção que ele exista, almejando uma sentença conforme as disposições legais. Não obsta a formação do processo a efetiva existência os fatos alegados pelo autor”. Ou seja, para a teoria abstrata, não há correspondência necessária entre a pretensão e o êxito, de modo que... “(...) ninguém ‘carece de ação’. Vedá-la a alguém implicaria obstruir direito fundamental processual de acesso à justiça. Daí porque a falta das condições não obsta o ‘próprio e verdadeiro direito de agir em juízo’. A teoria eclética, por sua vez, cujo termo “eclética” foi cunhado por Galeno Lacerda, busca fazer a síntese entre as duas teorias anteriormente explicadas e propõe a ação distinta do direito alegado pelo autor, mas condicionada a presença de alguns pressupostos de legitimidade para seu exercício – sem que se afaste, porém, da autonomia conquistada em relação ao direito material. Diz Araken de Assis que “as ‘condições’ da ação retratariam os requisitos mínimos necessários ao juiz examinar o mérito em qualquer sentido. Logo, nesse raciocínio a ação é direito à sentença de mérito. Faltando uma das condições, o juiz proferirá juízo de ‘carência’”. (ASSIS, Araken. *Processo civil brasileiro: volume I: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 445-449).

²⁵⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.p. 285.

²⁵⁷ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 21ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 430-431.

²⁵⁸ *Ibid.*, p.430-431.

²⁵⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo, volume 1*. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 112.

²⁶⁰ Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: (...) VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

²⁶¹ Com alterações substanciais (a exemplo da exclusão da possibilidade jurídica do pedido), o dispositivo reproduz o artigo 267, inciso VI do Código de Processo Civil de 1973, que dispunha: “Extingue-se o processo, sem

cognoscível de ofício e, por isso, auferível em qualquer etapa ou grau de jurisdição antes do trânsito em julgado.²⁶² Sua ausência constitui hipótese de carência de ação.²⁶³

Ou seja, a análise da presença das “condições da ação” atuaria de modo a evitar o prolongamento das demandas que desde então não se mostrassem *aptas* a obter um provimento jurisdicional.²⁶⁴ Por isso, há quem justifique que a utilidade da análise das condições da ação está voltada para a construção de um processo mais efetivo.²⁶⁵ LEONARDO GRECO vai além e sustenta que a necessidade das “condições da ação” advém das garantias fundamentais do Estado de Direito, pois “essa eficácia estará completamente comprometida se o titular de direito puder ser molestado, sem qualquer limite, no seu pleno gozo, por ações temerárias ou manifestamente infundadas contra ele propostas”.²⁶⁶

Trata-se de um tema complexo, carregado de divergências doutrinárias. Desse modo, ainda há diversas controvérsias sobre como as “condições da ação” são efetivamente encaradas no novo Código de Processo Civil. Em levantamento doutrinário feito por MEZZOMO e ANDRADE, interesse e legitimidade passaram a ser considerados (i) para MARINONI, ARENHARDT e MITIDIERO, requisitos para apreciação do mérito; (ii) para TALAMINI, WAMBIER e DIDIER, pressupostos de admissibilidade do pronunciamento do mérito; e, por fim, (iii) para THEODORO, uma categoria intermediária entre os pressupostos de validade e o mérito da causa.²⁶⁷ Sobre o momento processual de verificação das “condições da ação”, ARAKEN DE ASSIS propõe que o interesse processual deve estar caracterizado nos atos postulatórios. Isso pois, à luz do artigo 330 do CPC/15,²⁶⁸ a falta de interesse e legitimidade são também causas de indeferimento da petição inicial.²⁶⁹

juízo do mérito: (...) VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual”.

²⁶² Art. 485, § 3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.

²⁶³ ABREU, Rodrigo. *O interesse processual na produção antecipada de prova fundada nos incisos II e III do art. 381 do Código de Processo Civil*. Orientador: Pedro Miranda de Oliveira. 2021. 212 p. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021. p. 170.

²⁶⁴ MEZZOMO, Marcus Victor; ANDRADE, Tiago Gabriel Waculicz. *Pressupostos processuais e a defesa na produção antecipada de provas*. Revista de Processo, v. 322, ano 46. p. 157-181. São Paulo: Revista dos Tribunais, dezembro 2021.

²⁶⁵ Nesse ponto, ainda que em obra antiga, ver GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no Processo Civil*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 20-21.

²⁶⁶ GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no Processo Civil*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 20-21.

²⁶⁷ MEZZOMO, Marcus Victor; ANDRADE, Tiago Gabriel Waculicz. *Pressupostos processuais e a defesa na produção antecipada de provas*. Revista de Processo, v. 322, ano 46. p. 157-181. São Paulo: Revista dos Tribunais, dezembro 2021. Acesso em: 13 abr 2022.

²⁶⁸ Art. 330. A petição inicial será indeferida quando: (...) II - a parte for manifestamente ilegítima; III - o autor carecer de interesse processual.

²⁶⁹ ASSIS, ARAKEN. *Processo civil brasileiro: volume I: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 465).

Feitas tais considerações, é preciso ponderar que, apesar de se tratar de uma demanda probatória autônoma e, por isso, ter várias peculiaridades que vão desde o tipo do seu objeto até a extensão de cognição permitida, a produção antecipada de prova ainda é uma forma de postular em juízo e a aferição do interesse e da legitimidade são fundamentais para que o instituto não seja desvirtuado. Ou seja, sugere-se que o raciocínio de exame das condições da ação como de “admissibilidade” para produção antecipada da prova também é aplicável a esse tipo de provimento (até porque são requisitos para o exercício do direito de *ação*). Por isso, à luz da teoria da asserção, propõe-se que a existência de interesse processual na produção antecipada da prova deve ser investigada, de pronto, a partir dos três critérios que o compõem: utilidade, adequação e necessidade do provimento jurisdicional pretendido.²⁷⁰

3.3.1 O interesse-utilidade na produção antecipada de provas.

Inicia-se com o interesse-*utilidade*. De pronto, convém esclarecer que alguns processualistas não entendem o interesse de agir como um trinômio, mas como um binômio. Nesses casos, a utilidade geralmente é lida em conjunto com alguma das outras categorias. Pela clareza do texto – e até irrelevância prática – aqui será tratada separadamente. A despeito das divergências em sua classificação, é certo dizer que não há interesse de agir quando o provimento pretendido não tem potencial para ser *útil*. E para ser útil, o processo tem de poder proporcionar ao demandante um resultado favorável.²⁷¹

Esclarece FLÁVIO LUIZ YARSHELL que, no direito à prova, o interesse de agir aparece sob a forma de interesse de provar e, mais que isso, provar antecipadamente. Portanto, a produção antecipada de provas não foge à regra: há de ser útil.²⁷²

Também é possível depreender da leitura/que as hipóteses dos incisos II e III do artigo 381 que a produção antecipada de provas não tem pretensão meramente declaratória. Por isso, parece também que sua utilidade está correlacionada à demonstração da litigiosidade do fato sobre o qual se pretende produzir a prova – mesmo que essa litigiosidade seja *potencial*.²⁷³ ANDRÉ BRUNI VIEIRA ALVES esclarece que é por isso que o artigo 382, *caput*, demanda a

²⁷⁰ Também é assim estruturada a análise de Rodrigo de Abreu na sua já citada dissertação de mestrado.

²⁷¹ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 21ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p.423.

²⁷² YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 339.

²⁷³ ABREU, Rodrigo. *O interesse processual na produção antecipada de prova fundada nos incisos II e III do art. 381 do Código de Processo Civil*. Orientador: Pedro Miranda de Oliveira. 2021. 212 p. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021. p. 190-191.

explanação das “razões que justificam a necessidade de antecipação da prova”, – no sentido que o requerente deve explicar de forma clara e transparente a relação jurídica existente e as circunstâncias fáticas que devem ser comprovadas, e demonstrar uma potencial controvérsia que poderá vir a ser instaurada. Assim, o juízo analisará a utilidade, relevância e pertinência, além da idoneidade dos meios de prova que se pretende utilizar.²⁷⁴

Portanto, para que o provimento seja útil, parece razoável compreendê-lo à luz da controvérsia que pode ser evitada ou confirmada, ou do incentivo à composição que se busca por meio da prova pretendida. Dessa forma, a demonstração adequada, clara e transparente de potencial controvérsia, a identificação dos fatos sobre os quais deverão recair a prova e a finalidade pretendida – seja de evitar ou confirmar um litígio, ou mesmo incentivar a autocomposição, são elementos essenciais à demonstração do interesse processual e, simultaneamente, aferição de *utilidade* do provimento jurisdicional pretendido.²⁷⁵

Esse ponto é importante e será mais bem analisado com as próximas categorias que serão a seguir explicadas. Dessa exposição, importa que se entenda como a aferição de *utilidade* do provimento de produção antecipada de provas é essencial para que fiquem demonstradas a relação jurídica existente e a controvérsia futura ou potencial que poderá ser instaurada, pois, quanto mais bem delimitadas forem essas questões, menores as chances de utilização abusiva do instituto.

3.3.2 O interesse-adequação na produção antecipada de provas.

Nesta subseção, será feita a análise do interesse-*adequação*. A adequação diz respeito a situação jurídica relatada pelo autor ao vir a juízo e o provimento jurisdicional solicitado. Por isso, o provimento deve ser apto a corrigir a situação relatada, sob pena de não ter razão de ser.²⁷⁶

Se, portanto, o autor escolhe um provimento jurisdicional inadequado para obter a tutela que resolve a situação jurídica em que se encontra, isso não significa que não tenha direito a

²⁷⁴ ALVES, André Bruni Vieira. *Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito de urgência*. In DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord). *Coleção grandes temas do NCPD: Direito probatório*, v. 5, 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 465.

²⁷⁵Ibid., p. 465.

²⁷⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 296-297.

essa tutela jurisdicional, mas apenas que o meio adotado é impróprio, o que faz com que o juiz não possa exercer a jurisdição no caso concreto – seria ineficiente e contraintuitivo.²⁷⁷⁻²⁷⁸

TALAMINI e WAMBIER pontuam que “quando se estiver diante da propositura da ação inadequada, estar-se-á, também, diante da inutilidade do pedido para os fins que se pretenda alcançar. (...) No entanto, é possível imaginar hipóteses em que o instrumento utilizado pelo autor, embora lhe sendo útil, é objetivamente inadequado”.²⁷⁹

Portanto, à luz do interesse-adequação, na produção antecipada de prova o requerente deve demonstrar a higidez do direito à prova a partir da inexistência de qualquer limitação normativa para sua produção, além da idoneidade do meio probatório eleito. Ou seja, a lógica seria que se o requerente tem direito à prova e escolheu meio idôneo para satisfazê-lo, há interesse processual em sua produção. Isso significa que não deve ser admitido o pedido de produção antecipada que, de algum modo, ultrapasse as suas limitações, tais como: prova ilícita, prova que subverta a ordem processual ou mesmo constitucional (que afronte garantias constitucionais como de privacidade, intimidade, honra, imagem e outras), ou mesmo provas de fatos que dispensem produção da prova – fatos notórios,²⁸⁰ negativos e fatos já provados.²⁸¹

Portanto, sumariza RODRIGO DE ABREU que “haverá carência de ação de produção antecipada de prova, a impor o indeferimento da petição inicial e a consequente extinção imediata do feito, se o requerente não demonstra higidez do direito à prova, (...), ou a

²⁷⁷ GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no Processo Civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 36-37.

²⁷⁸ Quanto a esse ponto, discorda Fredie Didier Jr. Na exposição que faz em seu Curso de Direito Processual Civil, sugere que “não há erro de escolha do procedimento que não possa ser corrigido, por mais discrepantes que sejam o procedimento indevidamente escolhido e aquele que se reputa correto”. O processualista parece entender que o procedimento inadequado não é capaz de desconstituir o *interesse* que tenha o demandante em determinado provimento jurisdicional (DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 21ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p.428-429).

Quanto a isso, não parece assistir razão pelo fato de se tratar de uma situação concernente a natureza procedimental do processo, que é propriamente formal. Não se questiona a existência de *pretensão*, tampouco do *direito de exigir do estado um provimento jurisdicional*, mas tais elementos não são sinônimos. Parece claro que a exigência da via adequada é coerente com o sistema processual brasileiro. Ver também GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no Processo Civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 37.

²⁷⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo, volume 1*. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 112.

²⁸⁰ Art. 374. Não dependem de prova os fatos: I – notórios, II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos no processo como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

²⁸¹ ABREU, Rodrigo. *O interesse processual na produção antecipada de prova fundada nos incisos II e III do art. 381 do Código de Processo Civil*. Orientador: Pedro Miranda de Oliveira. 2021. 212 p. Dissertação (Mestrado). Direito, Departamento de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021, p. 177-178.

inidoneidade do meio probatório eleito pelo interessado”. São, portanto, hipóteses de ausência de interesse processual por inadequação do provimento pretendido.²⁸²

3.3.3 O interesse-necessidade na produção antecipada de provas.

O interesse-*necessidade*, por último, é verificável diante da impossibilidade de obter a satisfação de determinada pretensão sem a intervenção do Estado – seja porque a parte contrária se negou a satisfazê-la (por ser vedado o uso da autotutela), seja pela exigência legal de acesso ao judiciário para exercício de tal direito.²⁸³ Isto é, para que o interesse processual reste configurado, é fundamental que o processo seja um remédio *necessário* para aplicação do direito objetivo no caso concreto.²⁸⁴

Na análise do interesse-necessidade no âmbito da produção antecipada da prova, YARSHELL, à luz da redação do artigo 382 do CPC/15, sustenta que a amplitude do texto legal deixa pouco espaço para um eventual juízo negativo do órgão judicial no que diz respeito à necessidade da medida. Porém, pondera que se a intervenção estatal se mostrar, de fato, dispensável para obtenção da prova, não há *necessidade* em sua produção.²⁸⁵

É a hipótese, por exemplo, dos casos em que o requerente da produção antecipada tem condições de obtê-la ou produzi-la por via administrativa ou extrajudicial. Nessas situações, o requerente simplesmente não necessita do aparato estatal para alcançar a finalidade que ele pretende.²⁸⁶ A partir de tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de julgamento de recursos repetitivos, os Tribunais têm aplicado à produção antecipada de provas o entendimento que uma vez foi firmado em sede de cautelar de exibição de documentos – não mais existente no CPC/15. Na oportunidade, o STJ considerou falta de interesse de agir postular

²⁸² ABREU, Rodrigo. *O interesse processual na produção antecipada de prova fundada nos incisos II e III do art. 381 do Código de Processo Civil*. Orientador: Pedro Miranda de Oliveira. 2021. 212 p. Dissertação (Mestrado). Direito, Departamento de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021, p. 179.

²⁸³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 298.

²⁸⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Volume I*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 56ª ed. 2015. p. 227.

²⁸⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. Da produção antecipada da Prova. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (coords.) *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 980.

²⁸⁶ ABREU, Rodrigo. *O interesse processual na produção antecipada de prova fundada nos incisos II e III do art. 381 do Código de Processo Civil*. Orientador: Pedro Miranda de Oliveira. 2021. 212 p. Dissertação de Mestrado - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021, p. 179.

a exibição de documentos em juízo sem prévio pedido administrativo contra quem os detenha ou possa fornecê-los.²⁸⁷

Não pode se olvidar, portanto, a indispensabilidade da conferência da presença de interesse processual caso a caso, pois só assim será possível atestar as circunstâncias concretas, a existência de relação jurídica entre as partes²⁸⁸ e principalmente de uma *pretensão resistida* que qualifique a necessidade de produção da prova.^{289_290}

Também se mostra de importante destaque a distinção feita por YARSHELL acerca da diferenciação que deve ser feita na análise do interesse-necessidade da *antecipação* da produção probatória com o interesse-necessidade da *prova em si*. Em outras palavras, a necessidade de antecipar não deve ser confundida com a necessidade de uma providência instrutória. Isso pois:

“à necessidade da prova – e não apenas da instrução – depende da exposição de um substrato fático mínimo e coerente com à medida que se quer produzir. A prova, independentemente do momento em que produzida, tem por objeto os fatos. Eventual deficiência na narrativa dos fatos que se quer investigar interfere com a antecipação porque, na verdade, prejudica a admissibilidade da prova. A atividade probatória representa – com maior ou menor intensidade – forma de invasão na esfera individual, a impor restrições a direitos como o sigilo, a intimidade, a privacidade, a inviolabilidade domiciliar e até mesmo a propriedade”.²⁹¹

Ou seja, mais do que a discussão sobre o interesse em *antecipar* a prova – que, pela leitura da disposição legal, admite justificativas amplas para configuração do interesse-necessidade, até pela admissão de prova autônoma²⁹² –, o Professor destaca a necessidade de justificar adequadamente o interesse-necessidade de *provar*, uma vez que a atividade probatória representa, em algum grau, invasão à esfera individual do requerido.

²⁸⁷ MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, (14ª Câmara Cível), Apelação 5145882-03.2017.8.13.00024/MG. Apelante: Banco Bradesco Cartões S.A. Apelada: Maria Aparecida as Silva. Relatora: Evangelina Catilho Duarte. Belo Horizonte, 9 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/939560418/apelacao-civel-ac-10000180656027001-mg>>. Acesso em 10 abr 2022. No superior Tribunal de Justiça, trata-se do Tema n.º 915.

²⁸⁸ Ainda que a *legitimidade* não tenha sido abordada no presente trabalho, considera-se legítima a parte em razão da existência de uma relação jurídica entre as partes.

²⁸⁹ MEZZOMO, Marcus Victor; ANDRADE, Tiago Gabriel Waculicz. *Pressupostos processuais e a defesa na produção antecipada de provas*. Revista de Processo, vol. 322, ano 46. p. 157-181. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez 2021.

²⁹⁰ Vale apenas pontuar, em vista do que considera Humberto Theodoro Júnior ao tratar de interesse e legitimidade em seu curso, que o interesse do autor pode se limitar a declaração da existência ou inexistência de relação jurídica, ou da autenticidade ou falsidade de documento. É o teor do artigo 19, incisos I e II do CPC/15, que assim dispõe: “Art. 19. O interesse do autor pode limitar-se à declaração: I - da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica; II - da autenticidade ou da falsidade de documento.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Volume I*. 56 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 228).

²⁹¹ YARSHELL, Flávio Luiz. Da produção antecipada da Prova. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (coords.) *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015 p. 981.

²⁹² Que aqui remete-se, principalmente, a admissão da produção antecipada da prova fora dos requisitos de cautelaridade.

É por isso que, ao seu ver, o artigo 382 *caput* do CPC/15 demanda a exposição de um “substrato fático mínimo e coerente com à medida que se pretende produzir”.²⁹³ Contudo, ressalta que o ônus de alegação deve ser interpretado considerando a amplitude e finalidade que o legislador optou por dar ao instituto da produção antecipada da prova, que também teria por objetivo permitir o conhecimento prévio dos fatos, por força do inciso III do artigo 381. Ou seja, sustenta que a redação do novo Código foi intencional em admitir generalidade e certo grau de abstração no pedido de produção antecipada da prova, o que não poderia ser restringido quando da disposição do instituto.²⁹⁴ Essa parece ser uma das situações que demanda atenta análise e aplicação para evitar a utilização do instituto de modo abusivo.

Não apenas, outra situação delicada no âmbito de demonstração do interesse-necessidade é a permitida pelo inciso II do artigo 381 do CPC/15. Pontua também YARSHELL que, em razão da pretensão estatal de utilizar o instituto da produção antecipada de provas para viabilizar a autocomposição, a finalidade de se buscar meramente o esclarecimento a respeito dos fatos deve ser suficiente para a admissibilidade da produção da prova. Ao seu ver, são os ônus de se buscar a obtenção de uma solução negociada entre as partes, além de que “se a autocomposição fosse algo fácil de atingir, seria de se presumir que determinado tema sequer chegasse ao judiciário”.²⁹⁵ Não se questiona que a interpretação dada pelo professor é à vista da disposição legal e o que ela permite e possibilita em autos de produção antecipada de prova. Entretanto, alguns problemas parecem aparecer a partir da avaliação do interesse-necessidade.

Pois, a abertura normativa para aferição do interesse-*necessidade* na admissão de pretensões de produção de prova de maneira autônoma parece possibilitar o uso abusivo do instituto. Como será discorrido a seguir, em conjunto com os entraves colocados ao exercício do direito de defesa do parágrafo 4.º do artigo 382, os litigantes podem se valer do instituto para ter acesso a informações sensíveis da parte contrária sob o falso pretexto que querem provar algo; que o fato que pretendem provar estaria relacionado a um conflito futuro ou que se pretende evitar; ou mesmo que tais informações poderiam incentivar a autocomposição.

O que merece atenção, e é o que tenta suscitar o presente trabalho, é que as formas de aferição de *interesse* para a produção antecipada de provas – sejam pelo olhar de utilidade, adequação ou necessidade – são extremamente amplas. Toda essa amplitude, associada a

²⁹³ YARSHELL, Flávio Luiz. Da produção antecipada da Prova. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (coords.) *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 980-981.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 980-981.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 982.

dificuldade de defesa, constituem uma porta aberta para práticas abusivas como a *fishing expedition*.

3.4 O direito de defesa na produção antecipada de prova.

O artigo 382, em seu parágrafo 4.º, prevê que “neste procedimento, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário”. Trata-se de disposição alarmante que, desde a vigência do CPC/15, desafia acadêmicos, advogados e as próprias partes a arquitetar malabarismos interpretativos para que a aplicação do dispositivo não expresse a sua manifesta inconstitucionalidade.

Como foi amplamente tratado no primeiro capítulo deste trabalho, o ordenamento constitucional instrui não apenas o direito a um processo, mas o direito a um *processo justo*. Trata-se, portanto, de um direito fundamental, instituído por força da garantia do devido processo legal, prevista no artigo 5.º, inciso LIV da Constituição Federal. Por consequência, o direito a um processo justo deve orientar a atividade do Estado – tanto legislativa e executiva quanto jurisdicional – para que sejam alcançadas, finalmente, *decisões justas*.²⁹⁶ É também por isso que o legislador infraconstitucional previu, no artigo 6.º do CPC/15, que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, uma decisão de mérito justa e efetiva.”²⁹⁷

Portanto, não há como pretender decisões justas sem que a justiça processual seja adequada – ou seja, sem que haja uma *justa estruturação do processo*. Isso implica que, dentro do devido processo legal, às partes deve ser garantido o adequado exercício do direito de ação, de ampla defesa e do contraditório.²⁹⁸⁻²⁹⁹

Nesse ponto, é imperioso destacar a função fundamental que exerce a prova. Como ensina CAMBI, “a decisão judicial se legitima pelo procedimento, legalmente preestabelecido, porque possibilita que as partes participem do convencimento do juiz”. Nesse ínterim, é possível perceber que a *prova*, além de ser um componente essencial para a concretização das garantias constitucionais da ação e da defesa, é um aspecto fundamental do contraditório na medida em

²⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 1.0549-1.050.

²⁹⁷ BRASIL. Congresso. Senado. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2016. Código de Processo Civil. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 28 mar. 2022.

²⁹⁸ MARINONI, op.cit., p. 1.052;

²⁹⁹ CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 110.

que permite que cada uma das partes contradiga o alegado pela parte adversa, dispondo de todos os elementos que possam influir no convencimento do juiz.³⁰⁰ Logo, é instrumento de legitimação das decisões judiciais.

Percebe-se, então, que a “impossibilidade de defesa” enunciada pelo § 4.º do artigo 382 prediz, ao menos, dois problemas fundamentais: (i) produzir provas, ainda que antecipadamente, sem o adequado exercício do contraditório, parece desvirtuar a finalidade própria das provas no processo; e (ii) o regramento parece desconsiderar que não há direito absoluto e, evidentemente, o direito de produzir provas autonomamente assim também não o é.

Esses pontos serão analisados a seguir, mas antes disso, faz-se necessário esclarecer que não se descuida da autonomia que desfruta o direito à prova. Sabe-se, nos termos que foram desenvolvidos os capítulos anteriores, que a produção antecipada de prova fora dos requisitos de urgência consagra a autonomia da prova em relação ao direito material e exige limitação de cognição pelo juízo: interessa, apenas, produzir a prova, sem qualquer valoração sobre do que foi produzido. E, nessa lógica de superficialidade de cognição, seria razoável que fossem colocados entraves para qualquer discussão material.

No mesmo sentido, o presente trabalho também não ignora a utilidade que tem a prova produzida autonomamente, tampouco sua disposição para consecução do escopo social da jurisdição. Ocorre, contudo, que tal raciocínio parece desconsiderar que nem todo contraditório diz respeito a uma pretensão material. Como reconheceu YARSHELL, em formulação citada no tópico anterior, a atividade probatória por si só representa forma de invasão na esfera individual.³⁰¹ É por isso que nem toda prova requerida deve ser produzida, e na eventual falha de verificação dos elementos constitutivos do *interesse processual*, deve ser oportunizado ao réu defesa. Mas essa questão será melhor abordada ainda no presente tópico.

3.4.1 A proibição de defesa e a desvirtuação da prova.

Os pontos suscitados no ponto anterior merecem consideração mais atenta. Como mencionado, sabe-se que o processo da produção antecipada de provas foi formulado para ser

³⁰⁰CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 134-136.

³⁰¹ YARSHELL, Flávio Luiz. Da produção antecipada da Prova. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (coords.) *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 981.

um procedimento simples e célere, justamente por restringir-se à produção da prova.³⁰² Contudo, à luz da Constituição Federal, vedar a possibilidade de defesa é absolutamente inconstitucional.³⁰³

DANIEL NEVES, ao tratar sobre o tema, afirma ser o dispositivo “um dos piores do Novo Código de Processo Civil”. Ele corresponde parcialmente ao artigo 865 do CPC/73³⁰⁴ e, embora no diploma normativo anterior tenha sido pensado para o procedimento de justificação, alcança, no presente Código, a produção antecipada de provas – um procedimento de natureza contenciosa, diga-se. Nessas circunstâncias, é nítido que impedir o exercício do direito de defesa e interposição de recursos viola flagrantemente o direito ao contraditório.³⁰⁵

Até mesmo processualistas que compreendem a produção antecipada de provas como procedimento de jurisdição voluntária reconhecem que o legislador infraconstitucional ultrapassou limites com tal disposição. É caso de DIDIER JR, que afirma “(...) daí a dizer, como faz o § 4.º do art. 382, que neste procedimento não haverá defesa nem recurso é um salto que o legislador infraconstitucional não poderia dar. Além de revelar incoerência; afinal, no mesmo art. 382 há determinação de citação de todos os interessados, até mesmo de ofício”.³⁰⁶

Por isso, todos esses sugerem a necessidade de “compreender o dispositivo de modo não literal”,³⁰⁷⁻³⁰⁸ aplicar o artigo com “temperança”,³⁰⁹ realizar “interpretação que o salve da inconstitucionalidade”,³¹⁰ ou mesmo “a bem do próprio dispositivo”, não o interpretar de modo literal³¹¹. Sem dúvidas, um esforço doutrinário hercúleo.

³⁰² DIDIER JR, Fredie. Produção Antecipada da Prova. In DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord). *Coleção grandes temas do NCPC: Direito probatório*. v. 5. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 501.

³⁰³ ABREU, Rodrigo. *O interesse processual na produção antecipada de prova fundada nos incisos II e III do art. 381 do Código de Processo Civil*. Orientador: Pedro Miranda de Oliveira. 2021. 212 p. Dissertação (Mestrado). Direito, Departamento de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021, p. 126.

³⁰⁴ Art. 865. No processo de justificação não se admite defesa nem recurso.

³⁰⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil: volume único*. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 760.

³⁰⁶ DIDIER JR, Fredie. Produção Antecipada da Prova. In DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord). *Coleção grandes temas do NCPC: Direito probatório*, v. 5. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 501-502.

³⁰⁷ Ibid., p. 501-502.

³⁰⁸ ARSUFI, Arthur Ferrari. *Produção antecipada da prova: eficiência e organização do processo*. Orientadora: Thereza Celina Diniz de Arruda Alvim. 2018. 233 p. Dissertação (Mestrado). Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 193.

³⁰⁹ Meirelles Carolina.

³¹⁰ TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015*. Revista de Processo v. 260. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 87.

³¹¹ CARVALHO FILHO, João Francisco Liberato de Mattos. *Prova antecipada no código de processo civil brasileiro*. 2017. 245 f. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017, p. 180.

Sabe-se que a produção antecipada da prova fora dos requisitos de urgência foi pensada para dar relevância à solução consensual de conflitos, privilegiando a assunção não apenas do escopo jurídico da jurisdição, mas também do escopo social.³¹² Como abordado no segundo capítulo, o legislador buscou dispor do instituto como um instrumento apto a garantir efetividade ao processo,³¹³ e não há críticas quanto a isso. Porém, é preciso ater-se. É absolutamente equivocado que, em prol dessa *efetividade*, sejam feitas concessões tão importantes e fundamentais como o direito de defesa e contraditório.

Muitas são as interpretações sugeridas pela doutrina, e elas parecem indicar que, com tal dispositivo, o legislador buscou manter a simplicidade do procedimento e impedir a instauração de qualquer controvérsia atrelada à pretensão de direito material – privilegiando a autonomia do direito à prova. Tal hipótese é razoável quando concebida a limitada extensão de cognição que deve ser exercida no processo – trata-se de um procedimento sumário, de cognição sumária horizontal (em que o juiz averigua os pressupostos para admitir a antecipação da prova) e vertical (em que o juiz não deve se pronunciar sobre o mérito ou defesa para qual a prova poderá servir).³¹⁴

O raciocínio do legislador parece ser o retratado por JOÃO FRANCISCO CARVALHO FILHO “se posso viabilizar um procedimento célere, de cognição limitada e que tem por objeto apenas a produção de determinada prova, sabendo que tal procedimento poderia evitar um outro maior, com incerteza de resultados (...), nada mais racional do que prever tal hipótese e disciplinar a sua forma”.³¹⁵

O desacerto está em crer que a simplificação ao extremo – por meio da vedação ao direito de defesa – poderia gerar um processo mais efetivo. Isso porque *produzir prova* sem assegurar o contraditório *até mesmo sobre a sua produção* é uma forma de esvaziar o sentido da prova (que é, em si, um instrumento de consecução de um processo justo, inclusive por meio da

³¹² Trata da consecução dos escopos sociais da jurisdição através da produção antecipada de provas YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 274 e ss.

³¹³ Ver JOBIM, Marco Félix. PEREIRA, Rafael Caselli. Produção antecipada de provas como técnica processual de incentivo à composição consensual. In FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnado; ANTUNES, Thiago Caversan (coord.). *Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos*, São Paulo: Editora Tooth, 2019. p. 336.

³¹⁴ TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015*. Revista de Processo v. 260. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 87.

³¹⁵ CARVALHO FILHO, João Francisco Liberato de Mattos. *Prova antecipada no código de processo civil brasileiro*. 2017. 245 f. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017, p. 108.

defesa) e, mais que isso, esvaziar a eficácia da prova produzida,³¹⁶ pois uma prova só pode ser oposta contra quem efetivamente participou de sua produção.

São muitas as *nuances* em que o direito de defesa é fundamental para a produção antecipada de prova. Por isso, importa dizer mais uma vez que o presente trabalho não sustenta a possibilidade de discussão das pretensões eventuais e futuras de direito material e a valoração que a elas devem ser dadas. Não é essa a finalidade do instituto e este ponto não é questionado. O que demanda atenta análise é como a questão é mais complexa do que fez parecer o regramento legal, e até o que faz parecer certas parcelas da doutrina.

Diante da problemática, e em razão da impossibilidade de conceber a vedação completa à defesa e ao contraditório, há quem suscite que o melhor caminho interpretativo é por meio da compreensão que as matérias cognoscíveis de ofício, por serem de ordem pública, podem ser matéria de defesa.³¹⁷⁻³¹⁸ Assim, a produção antecipada de prova comportaria discussão quanto ao direito à produção da prova; à competência do órgão jurisdicional; à legitimidade; ao interesse; ao modo de produção da prova.³¹⁹ Portanto, interpretando dispositivo conforme a Constituição (em seu artigo 5.º, incisos LIV e LV), presumir-se-ia que a limitação ao direito de defesa só se justifica no limite que consta do § 2.º do artigo 382 do CPC/15.³²⁰

Com base no que foi construído no presente capítulo, uma questão paradoxal se coloca: pela natureza da “questão de ordem pública” dada pela doutrina, seria possível que o requerido apresentasse defesa contra a falta de interesse de agir do requerente na produção antecipada de provas. Essa seria uma forma razoável de exercício de contraditório. Assim, na hipótese em que o requerente fosse a juízo e apresentasse sua pretensão de produzir determinada prova, adentrando na esfera individual do requerente e até mesmo violando seus direitos fundamentais, seria possível que este opusesse defesa demonstrando a “falta de interesse” em produzir aquela determinada prova.

³¹⁶ MEIRELES, Carolina Costa. *Reflexões sobre a produção antecipada de prova*. Revista de Processo v. 1.015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 288.

³¹⁷ CARVALHO FILHO, João Francisco Liberato de Mattos. *Prova antecipada no código de processo civil brasileiro*. 2017. 245 f. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017, p. 182.

³¹⁸ Daniel Neves também considera que “é ineficaz a norma quanto às matérias de defesa do réu que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz. Ora, se a matéria pode ser conhecida de ofício pelo juiz, não há como lei impedir que o réu alegue no caso concreto”. In *Manual de Direito Processual Civil: volume único*. 10ª ed. Salvador: Juspodvim, 2018. p. 761.

³¹⁹ CARVALHO FILHO, op.cit., p. 182.

³²⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. Da produção antecipada da Prova. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (coords.) *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 1ª. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 991.

Ocorre, contudo, e eis aqui o grande problema, que a redação dos incisos II e III confere “interesse de agir” a praticamente qualquer possibilidade de produção antecipada de provas. Basta que a parte alegue que precisa esclarecer melhor certos fatos, ou que a prova produzida possa proporcionar meios alternativos para a resolução de conflito. Como bem ressaltou DANIEL NEVES, trata-se de amplitude de cabimento praticamente absoluta.³²¹

É por isso que essa tímida “ampla defesa diferida”³²² não parece ser suficiente diante das expansivas hipóteses de cabimento da produção antecipada da prova. Por mais que a linha de entendimento que se contenta com a oposição de defesa às questões de ordem pública leve à não incidência dos efeitos da revelia, por mais que a sentença seja meramente homologatória e sobre ela não incida os efeitos da coisa julgada,³²³ a mera deferência da antecipação de produção de determinadas provas é capaz de violar direitos constitucionalmente assegurados³²⁴ – e que ultrapassam as meras questões de ordem pública suscitadas. Diferir para outro *eventual* processo contraditório sobre uma prova *já produzida* e que violou direitos fundamentais não faz sentido (uma vez que os direitos já foram violados), tampouco é admissível, pois, a prova produzida na PAP é prova judicial.

Vale ressaltar, também por isso, que o direito à produção de determinada prova em qualquer processo jurisdicional não é absoluto – muito embora seja fundamental. Isso porque, como qualquer outro direito, deve ser compreendido dentro de seus limites, que podem ser outros direitos fundamentais, por exemplo.

Ou seja, parece que são essas lacunas que viabilizam a utilização abusiva do instituto da produção antecipada de provas. Por meio delas os litigantes acessam informações sensíveis da contraparte sobre o incerto pretexto que pretendem conhecer determinada situação, viabilizar soluções autocompositivas ou provar outro fato relacionado a um determinado conflito.³²⁵ À luz da experiência estrangeira com disposições abusivas dos mecanismos de instrução

³²¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil: volume único*. 10ª ed. Salvador: Juspodvim, 2018. p. 744.

³²² HASHIMOTO, Marcos Noboru. Inadmissibilidade de oferecimento de defesa ou recurso na produção antecipada de provas (CPC/2015, art. 382, parágrafo 4º). In FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnado; ANTUNES, Thiago Caversan (coord.). *Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos*. São Paulo: Editora Toth, 2019. p. 357.

³²³ *Ibid.*, p. 357.

³²⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. Da produção antecipada da Prova. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (coords.) *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 991.

³²⁵ ARSUFÍ, Arthur Ferrari. O abuso da produção antecipada da prova: direitos fundamentais, sigilo, boa-fé objetiva e custos. In FUGA, Bruno. RODRIGUES, Daniel Colnado. ANTUNES, Thiago Caversan. *Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos*. 3ª ed. São Paulo: Editora Thoth, 201X, p. 531-533.

preliminar, convencionou-se chamar essa prática no direito brasileiro também de “*fishing expedition*”, que será tratada a seguir.

3.5 *Fishing expedition* na produção antecipada de prova.

O abuso de direito na relação jurídica processual, em especial na atuação das partes, não é um tema novo ao processo. Porém, poucos são os trabalhos que se preocupam com a análise do abuso do direito na produção antecipada da prova – talvez pela novidade do instituto. No direito estrangeiro, no entanto, em específico nos países de tradição de *common law* que dispõem de mecanismos de instrução preliminar, o tema já é objeto de reflexão.³²⁶ Trata-se da prática de *fishing expedition*.

Como exposto no capítulo II do presente trabalho, o *discovery* é um processo formal de obtenção de informações da parte contrária no sistema judicial norte-americano. Em tese, esse processo viabiliza que as partes conheçam as evidências que se pretende apresentar no julgamento, antes mesmo que esse aconteça – a ideia é que, por assim proceder, o sistema reduziria as surpresas, diminuiria os custos das disputas e aumentaria a porcentagem de acordos.³²⁷

A litigância civil nos Estados Unidos tem a *discovery* como uma etapa fundamental do processo em razão das suas finalidades, que HOLTZOFF sumariza como: (i) a *discovery* estreita as questões, para que, na eventual necessidade de produzir provas no julgamento, sejam referentes apenas as questões residuais e que se encontrem efetivamente controvertidas; (ii) para obtenção de provas para uso no julgamento; e (iii) para garantir informações quanto à existência de provas que possam ser usadas no julgamento e para determinar como e de quem foram obtidas.³²⁸ Ocorre, contudo, que ao decorrer dos anos, e com a expansão do instituto, o *discovery* passou a ser utilizado também como uma “ferramenta tática”, valendo-se as partes do instituto para fins abusivos.³²⁹

³²⁶ ARSUFI, Arthur Ferrari. O abuso da produção antecipada da prova: direitos fundamentais, sigilo, boa-fé objetiva e custos. In FUGA, Bruno. RODRIGUES, Daniel Colnago. ANTUNES, Thiago Caversan. *Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos*. 3ª ed. São Paulo: Editora Thoth, 201X, p. 531-533.

³²⁷ HOPWOOD, William; PACINI, Carl; YOUNG, George. *Fighting Discovery Abuse in Litigation*. Journal of Forensic & Investigative Accounting, vol. 6, Issue 2, July – December, 2014. Disponível em <http://web.nacva.com/JFIA/Issues/JFIA-2014-2_2.pdf>. Acesso em 17 abr 2022. P. 53.

³²⁸ HOLTZOFF, Alexander. *Instruments of Discovery under Federal Rules of Civil Procedure*. Michigan Law Review, vol. 42, issue 2, oct., 1942, pp. 205-224.

³²⁹ HOPWOOD, William; PACINI, Carl; YOUNG, George. *Fighting Discovery Abuse in Litigation*. Journal of Forensic & Investigative Accounting, vol. 6, Issue 2, July – December, 2014. Disponível em <http://web.nacva.com/JFIA/Issues/JFIA-2014-2_2.pdf>. Acesso em 17 abr 2022. p. 53.

HOPWOOD sumariza a disposição abusiva do *discovery* em duas práticas: a primeira consiste no uso excessivo ou impróprio dos seus mecanismos para “assediar”, causar atraso ou desgastar o adversário por meio do aumento de custos do procedimento; a segunda prática consiste na “obstrução” ou oposição das solicitações de informações da parte contrária com o propósito de frustrar a contraparte. Essas práticas abusivas no sistema norte-americano aumentam os custos da litigância, contribuem para a insatisfação com o sistema de justiça e até incentivam acordos injustos.³³⁰

Um dos exemplos do uso abusivo da *discovery* consiste na “*fishing expedition*”, termo que faz referência a uma investigação excessiva ou a exigência de informações de um indivíduo, ou de uma organização.³³¹ No mundo jurídico, o termo é utilizado no contexto da fase de *discovery*, e significa exigir informações com base em palpites e circunstâncias infundadas. Como a *discovery* permite que as partes exijam uma quantidade muito grande de informações umas das outras, que podem, inclusive, ser confidenciais, essas ferramentas podem ser muito deletérias se não forem bem fiscalizadas.³³² Em outras palavras, *fishing expedition* é um termo utilizado pela defesa para se referir à tentativa de realizar buscas mais intrusivas na propriedade, na pessoa ou nas posses de um réu quando não há causa provável para realizar tanto.³³³

É evidente que a produção antecipada da prova não corresponde ao *discovery*, e as razões para isso foram adequadamente delimitadas no capítulo II do presente trabalho. Porém, o termo tem sido utilizado no direito brasileiro – ainda que timidamente – para descrever circunstâncias e práticas abusivas quando, na produção antecipada de provas, o requerente dispõe do instituto

³³⁰ HOPWOOD, William; PACINI, Carl; YOUNG, George. *Fighting Discovery Abuse in Litigation*. Journal of Forensic & Investigative Accounting, vol. 6, Issue 2, July – December, 2014. Disponível em <http://web.nacva.com/JFIA/Issues/JFIA-2014-2_2.pdf>. Acesso em 17 abr 2022. p. 53.

³³¹ Um exemplo de *fishing expedition* apresentado por Hopwood, Pacini e Young foi o caso Regan-Thouhy v. Walgreen Co... Explicam que “*Ms. Touhy sued Walgreen Co. alleging intentional infliction of emotional distress, breach of duty of confidentiality, invasion of privacy, and disclosure of confidential medical information. Document production requests included a request for log files or other documents capable of identifying which employees had access to her pharmacy account information, a request for all manuals concerning any computer system or program housing data about Ms. Touhy, a request for an employee’s personnel file, a request for all e-mails from one employee’s e-mail account and a request for all documents that relate in any way to Ms. Touhy. The Tenth Circuit Court of Appeals upheld a district court order that these requests were overly broad. A litigant has a duty to state discovery requests with “reasonable particularity.” A request for document production should be sufficiently definite to “appraise a person of ordinary intelligence what documents are required and to enable the court ... to ascertain whether the requested documents have been produced.*” (HOPWOOD, William; PACINI, Carl; YOUNG, George. *Fighting Discovery Abuse in Litigation*. Journal of Forensic & Investigative Accounting, vol. 6, Issue 2, July – December, 2014. Disponível em: <http://web.nacva.com/JFIA/Issues/JFIA-2014-2_2.pdf>. Acesso em 17 abr. 2022. p. 64-65).

³³²Cf. Cornell legal information institute, disponível em <https://www.law.cornell.edu/wex/fishing_expedition#:~:text=Fishing%20expedition%20refers%20to%20someone,based%20on%20hunches%20and%20accusations.>> Acesso em 17 abr 2022.

³³³ ARAÚJO, Rômulo Aguiar. *Fishing expedition e a produção antecipada da prova no Código de Processo Civil*. In FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnado; ANTUNES, Thiago Caversan (coord.). *Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos*. São Paulo: Editora Tooth, 2019. p. 483.

para ter acesso a informações sensíveis ou confidenciais da parte contrária,³³⁴ violando suas garantias fundamentais como são as da privacidade, intimidade, honra, imagem, entre outros.

Antes mesmo da vigência do novo CPC, ANDRÉ BRUNI VIEIRA ALVES colocou que não era difícil imaginar os grandes problemas que poderiam vir a ocorrer caso “(...) se fo[ssem] admitidas toda sorte de ações probatórias autônomas, pela só alegação de que haveria um suposto direito e daí um, também suposto, direito de produzir uma prova em que a necessidade e utilidade só à parte competiria avaliar”.³³⁵

Apesar das inúmeras recomendações doutrinárias da necessária avaliação da *relevância* da prova, parece nítido que as hipóteses dos incisos II e III do artigo 381 do CPC/15 para produção da prova são demasiado amplas. Com isso, a novidade abre espaço para que o requerente fundamente suas pretensões na satisfação do seu direito autônomo à prova, e, sem a intenção “real” de provar fatos específicos, adentre em um “contexto ou situação genericamente considerada, com a intenção de nele encontrar fatos que, aí sim, possam justificar a propositura de demanda futura”³³⁶. E, nisso, acabam por adentrar também no âmbito da imagem, da honra, intimidade e privacidade da contraparte.³³⁷ Isso quando a questão não se refere a obtenção de informações de sigilo decorrente de segredo industrial ou direito de propriedade intelectual.³³⁸

Fato é que, nas palavras de ARTHUR ARSUFÍ “o capítulo que trata da produção antecipada da prova no CPC/15 não traz as balizas necessárias à correta utilização do instituto, cabendo à doutrina e à jurisprudência esse importante papel”. Por isso, parece necessário pontuar que a aparente única saída para coibir tais práticas deletérias, é a correta disposição do instituto não apenas pelas partes, mas também pelo juízo.

A prática de *fishing expedition* vale-se do instituto da produção antecipada da prova para dele dispô-lo como exceção aos *standards* constitucionais de um processo justo, e isso não é

³³⁴ ARSUFÍ, Arthur Ferrari. O abuso da produção antecipada da prova: direitos fundamentais, sigilo, boa-fé objetiva e custos. In FUGA, Bruno. RODRIGUES, Daniel Colnago. ANTUNES, Thiago Caversan. *Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos*. 3ª ed. São Paulo: Editora Thoth, 2021, p. 528.

³³⁵ ALVES, André Bruni Vieira. Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito de urgência. In DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord). *Coleção grandes temas do NCPC: Direito probatório*, v. 5, 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 477-478.

³³⁶ SANTOS, Evaristo Aragão. HENK, Suelen Mariana. *A produção antecipada da prova e a vedação ao fishing expedition*. Migalhas. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/coluna/questao-de-direito/340972/a-producao>> Acesso em 17 abr. 2022.

³³⁷ ABREU, Rodrigo. *O interesse processual na produção antecipada de prova fundada nos incisos II e III do art. 381 do Código de Processo Civil*. Orientador: Pedro Miranda de Oliveira. 2021. 212 p. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021. p. 16.

³³⁸ ARSUFÍ, Arthur Ferrari. *Produção antecipada da prova: eficiência e organização do processo*. Orientadora: Thereza Celina Diniz de Arruda Alvim. 2018. 233 p. Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 152.

permitido. O processo, por natureza, não pode ser utilizado para fins meramente especulativos, como pretende esse tipo de prática.

Não apenas, faz-se necessário rememorar que o presente Código é norteado pelo princípio da cooperação ou colaboração³³⁹, e o instituto da produção antecipada da prova é um desses exemplos. Nesse ponto, o sistema brasileiro conta com vantagem em relação ao anglo-saxão, pois a produção da prova antecipadamente e autonomamente ocorre perante o juízo, que *deve* fiscalizar ativamente a pretensão apresentada pelo requerente na produção antecipada de provas e, mais do que isso, assumir uma posição *proativa* para buscar um processo mais efetivo.³⁴⁰

Assim, é possível compreender que não basta a fria aplicação da letra da lei para garantir a adequada disposição do instituto da produção antecipada da prova. É preciso que, em conjunto, o Estado-juiz e as partes zelem da aplicação do instituto, para que este se preste aos fins aos quais foi criado: garantir às partes o direito autônomo à prova e viabilizar um processo mais efetivo. É preciso boa-fé e, quando isso não ocorrer, é preciso que seja oportunizada defesa e a assunção de postura proativa do juízo para que as consequências nefastas que o abuso da produção antecipada de provas pode ocasionar não desvirtuem por completo o instituto da produção antecipada de provas.

³³⁹ Não parece necessário que o presente trabalho discorra sobre as divergências doutrinárias acerca da cooperação, colaboração ou mesmo participação no processo civil. Até porque o que se pretende demonstrar é como o processo deve ser orientado pela boa-fé objetiva e lealdade processual – e claro, a produção antecipada da prova não deve fugir à regra.

³⁴⁰ Nesse sentido, ver MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CONCLUSÕES E CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se dedicou a investigar a disciplina dada pelo CPC/15 ao instituto da produção antecipada da prova, especialmente às modalidades que dispensam os requisitos de urgência – ou seja, as modalidades previstas nos incisos II e III do artigo 381. Assim, a partir da reflexão acerca do papel e da importância da prova no processo, o trabalho dedicou-se a pensar na autonomia do direito à prova, na positivação da produção antecipada de provas que agora traduz essa autonomia, e em como o instituto expressa o objetivo do CPC/15 de construção de um processo civil mais efetivo.

Portanto, logo de início foi possível constatar que a prova, dentro de uma trama jurídica, é fundamental para que seja garantido às partes um processo justo. Isso porque a prova proporciona o adequado exercício do direito de ação e defesa dentro de um procedimento, e por isso possibilita que tanto a pretensão (tese) apresentada pelo autor quanto a refutação dessa pretensão (antítese) ofertada pelo réu sejam exercidas de modo pleno. Ou seja, em todas as suas acepções – sejam como atividade, meio ou resultado – a prova confere conteúdo substancial ao direito de ação e de defesa, proporcionando, ao fim, uma decisão justa.

Nesse mesmo sentido, verificou-se também que a prova no processo, afirmada pelo *direito de provar*, é elemento que exprime o direito ao contraditório e, conseqüentemente, concretiza a norma constitucional para assegurar o devido processo legal. Por isso, o direito de provar manifesta o contraditório no processo e coopera para que os escopos da jurisdição – de pacificação de conflitos – sejam alcançados, conferindo qualidade ao provimento jurisdicional.

Compreendida a importância da prova e do direito de provar, fez-se necessário dar um passo além para enxergar que, para além de sua finalidade instrumental, a prova pode ser compreendida de modo autônomo. Isso significa que existe um *direito autônomo à prova* que se manifesta como um fim em si mesmo e expressa um direito a obter determinada prova, mesmo quando desvinculada de uma declaração de direito. Ou seja, trata-se da possibilidade de provocar a jurisdição para obter um provimento cujo objeto central é a própria prova – e isso tem uma série de conseqüências. É a partir dessa concepção de autonomia que é possível pensar que as provas não se destinam exclusivamente ao juiz, mas atuam para possibilitar que as partes tomem conhecimento de suas reais chances em uma eventual disputa processual.

Não sendo mais o juiz o único destinatário da prova, e vislumbrada a possibilidade de produzir prova desvinculada de uma pretensão de direito material, (seja cautelar ou não), fez-se possível tecer breves considerações acerca de sua finalidade – nela compreendida como, ao menos, a *orientação* de persecução da verdade dos fatos em exame no processo. Mas não

apenas, agora considerando a autonomia do direito à prova, tornou-se possível vislumbrar também a sua finalidade para até mesmo evitar a instauração de conflitos.

Assim, após considerados aspectos primordiais da teoria da prova, o final do primeiro capítulo ainda se dedicou a examinar o regramento probatório dado pelo CPC/15, orientado por um viés cooperativo. À luz do princípio da eficiência e da cooperação na disciplina probatória – que se refere a atuação conjunta dos sujeitos processuais por meio de um procedimento dado em adequado contraditório, foi possível conceber a estrutura da atual produção antecipada de provas.

A partir das considerações específicas sobre o instituto da produção antecipada de prova tecidas no segundo capítulo, tornou-se possível perceber o instituto da produção antecipada da prova como uma alternativa conferidora de *efetividade* ao sistema processual, e também como modalidade capaz de contribuir com respostas não jurisdicionais à resolução de conflitos. A produção antecipada de prova é, portanto, um instrumento apto a incentivar soluções extrajudiciais, promover a composição consensual e conferir celeridade ao processo – é também o que se constatou ao olhar para a experiência estrangeira com os mecanismos de “instrução preliminar” (*discovery* e *disclosure*) do direito anglo-saxão, que embora guardem divergências com a produção antecipada da prova fora dos requisitos de urgência, apontam para a possibilidade de se alcançar soluções *menos*, ou ainda *não* litigiosas, por meio de um conhecimento prévio das provas que se pretende utilizar em um processo possível e eventual.

O estudo seguiu e abordou, enfim, aspectos práticos do regramento do instituto: as inovações trazidas pelos incisos II e III do artigo 381 do CPC/15, a natureza e o objeto da produção antecipada de prova, o regime de competência e a não geração de prevenção, assim como o procedimento do artigo 382. Dessa análise, foi possível concluir que a PAP tem natureza jurídica contenciosa e materializa a concepção teórica do direito autônomo à prova. Também foi possível perceber o equívoco no regramento dado ao regime de competência, que estabelece um *fórum shopping*, uma vez que seria mais coerente e efetivo que a competência restasse fixada no local de produção da prova. Por último, nesse ponto, também foi possível compreender a importância de a produção antecipada da prova não gerar prevenção – tal medida possibilita que a ação seja voltada apenas à produção da prova, desvinculando-a, então, da pretensão de direito material e de qualquer tipo de valoração pelo juízo.

Contudo, o estudo elaborado no capítulo apontou para um ponto de alarde: a necessidade de reflexão mais atenta acerca do exercício do direito de defesa na produção antecipada da prova, principalmente diante do possível uso abusivo do instituto.

Dessa forma, o terceiro capítulo ateve-se, então, a possíveis utilizações abusivas da PAP. Trata-se de um ponto crucial: ao longo de todo o trabalho, foi possível vislumbrar com clareza que o instituto da produção antecipada de provas é fruto de uma considerável evolução teórico-normativa, e que a autonomia do direito à prova é uma importante conquista para efetivar direitos fundamentais direta e indiretamente, seja por tutelar especificamente o direito à prova ou ainda por ser útil à construção de um processo civil mais efetivo e de duração mais razoável.

Contudo, o trabalho demonstrou que a pobreza normativa e a falta de critérios mais claros para análise de alguns pontos podem fazer com que a utilização do instituto seja deturpada, e o mecanismo se torne um viabilizador de práticas como a *fishing expedition*, por exemplo.

Portanto, foi possível concluir acerca de duas lacunas no regramento da PAP no CPC/15: a primeira consiste na dificuldade de aferição de interesse processual, como consequência às hipóteses extremamente abertas e genéricas dadas pela redação do artigo 381 e a segunda, na dificuldade de exercício do direito de defesa quando proposta uma PAP que tem finalidades abusivas. O problema é quase que circular, e um existe em razão do outro. Esse tipo de situação, considerando práticas reprováveis que podem advir da disposição do instituto, fazem com que todos os objetivos para os quais ela foi pensada sejam desvirtuados.

Assim, quando utilizada de modo abusivo, o requerente não tem em vista elucidar situações, dirimir ou evitar conflitos, mas apenas criar determinado fato, ou mesmo ter acesso a informações confidenciais ou que adentrem, desnecessariamente, na esfera individual do requerido. É a consequência de uma hipótese de propositura muito aberta e da tolerância doutrinária de um dispositivo que veda a defesa e, portanto, é manifestamente inconstitucional.

Por isso, a tentativa de conferir os mais diversos tipos de interpretação ao § 4.º do artigo 382 pode até ser compreensível do ponto de vista teórico, mas parece desconsiderar a dificuldade de controle e aferição da interpretação adequada na prática: principalmente porque se trata de um processo que se limita ao primeiro grau de jurisdição e, quando recorrido, não alcança os parâmetros de admissibilidade de um Tribunal uniformizador de jurisprudência, como é o caso do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, parece imperativo que a análise do interesse de agir seja submetida ao adequado contraditório, sob pena de esvaziar o instituto. Ainda que seja matéria de ordem pública e, portanto, cognoscível de ofício pelo juízo, a questão parece sensível demais para que não seja oportunizado à parte o adequado exercício do direito de defesa.

Dessa forma, não restam dúvidas acerca da importante inovação que é o instituto no regramento processual brasileiro. Todavia, não se descarta a necessidade de uma aplicação prática da PAP que não ofenda a própria natureza da prova – instrumento conferidor de justiça ao processo e apto a garantir a persecução dos escopos da jurisdição (seja produzida antecipadamente ou não).

Referências

ABREU, Rodrigo. **O interesse processual na produção antecipada de prova fundada nos incisos II e III do art. 381 do Código de Processo Civil**. Orientador: Pedro Miranda de Oliveira. 2021. 212 p. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021.

ALVIM, Eduardo Arruda. CUNHA, Ígor Martins. Produção antecipada de provas no Código de Processo Civil de 2015. In FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnado; ANTUNES, Thiago Caversan (coord.). **Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos**. São Paulo: Editora Tooth, 2019.

AMARAL, Paulo Osternack. **Produção antecipada de prova no novo CPC: a produção antecipada de prova foi profundamente reformulada no CPC/15**. Migalhas, 2015. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/226528/producao-antecipada-de-prova-no-novo-cpc>> Acesso em: 5 abr. 2022.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A verdade e a prova no processo**. São Paulo Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart\(2\)%20%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart(2)%20%20formatado.pdf)> Acesso em: 21.mar. 2022.

ARSUFI, Arthur Ferrari. O abuso da produção antecipada da prova: direitos fundamentais, sigilo, boa-fé objetiva e custos. In FUGA, Bruno. RODRIGUES, Daniel Colnago. ANTUNES, Thiago Caversan. **Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos**. 3ª ed. São Paulo: Editora Thoth, 2018.

ARSUFI, Arthur Ferrari. **Produção antecipada da prova: eficiência e organização do processo**. Orientadora: Thereza Celina Diniz de Arruda Alvim. 2018. 233 p. Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

ASSIS, Araken. **Processo Civil Brasileiro, Volume II: parte geral: institutos fundamentais**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual (Nona Série)**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

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

BRASIL. Congresso. Senado. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2016. Código de Processo Civil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 mar. 2022.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. São Paulo: Pilares, 2013, p. 43.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Será o fim da categoria “condições da ação”? uma resposta a Fred Didier Junior**. Revista de Processo, v. 1197, jul., 2011. Disponível em <<https://bit.ly/3uzPnJT>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

CAMBI, Eduardo. **Direito à prova no processo civil**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. v. 34. Curitiba, Paraná, 2000.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CAMBI, Eduardo. PITTA, Rafael Gomiero Pitta. **Discovery no processo civil norte-americano e a efetividade da justiça brasileira**. Revista de Processo. Vol. 245, jul., 2015.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil: parte geral, o conceito jurídico da prova.** 2ª ed. São Paulo: Pillares, 2016.

CARNELUTTI, Francesco. *Apud* SILVA, Blecaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: DIDIER JUNIOR, Fred; MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Provas.** 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CARVALHO FILHO, João Francisco Liberato de Mattos. **Prova antecipada no código de processo civil brasileiro.** 2017. 245 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

_____ Cf. Enunciado nº 369 do FPPC reforça que o rol de Normas Fundamentais do Código de Processo Civil não é exaustivo. A teor: “O rol de normas fundamentais previsto no Capítulo I do Título Único do Livro I da Parte Geral do CPC/15 não é exaustivo. (Grupo: Normas Fundamentais)”.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CRUZ, Isabela Raposo. **O impacto da produção antecipada de provas para a obtenção da duração razoável do processo.** 2021. 137 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2021.

CUNHA, Leonardo Carneiro. O princípio da eficiência no novo Código de Processo Civil. In DIDIER JR, Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (coord.). **Normas Fundamentais.** Salvador, Juspodivm, 2016.

DE ASSIS, Araken. **Processo Civil Brasileiro, volume II: parte geral, institutos fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 21 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

DIDIER JR, Fredie. Produção antecipada da prova. In DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord). **Coleção grandes temas do Novo CPC: Direito probatório**. v. 5. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JR, Fredie. **Será o fim da categoria ‘condição da ação’? Um elogio ao projeto do novo código de processo civil**. Revista de Processo. vol. 197, jul. 2011. Disponível em <<https://bit.ly/3xnMltT>> Acesso em: 12 mar. 2022.

DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR, Hermes. Justiça multiportas e tutela jurisdicional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In ZANETI JR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). **Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

DIDIER Jr, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. v. 2. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DINAMARCO, C. R; LOPES, B. V. C; BADARÓ, G. H. R. I. **Teoria Geral do Processo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

ECHANDIA, apud DIDIER Jr, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. v. 2. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. *Breves reflexões sobre a produção antecipada da prova no NCPC*. In DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); MACÊDO, Lucas Buriel; PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre. (Coord.). **Novo CPC doutrina selecionada, v. 3: provas**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. A produção antecipada da prova: aspectos gerais e natureza da sentença. In FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnado; ANTUNES, Thiago Caversan (coord.). **Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos**. 3ª ed. São Paulo: Editora Tooth, 2021.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **A prova no processo civil: principais inovações e aspectos contraditórios**. 3ª ed. Londrina: Editora Thoth, 2019.

GIANNICO, Maricé. **A prova no código civil – natureza jurídica**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRECO, Leonardo. **A teoria da ação no Processo Civil**. São Paulo: Dialética, 2003.

GRECO, Leonardo. *Apud* MEIRELES, Carolina Costa. **Reflexões sobre a produção antecipada de prova**. Revista de Processo v. 1.015. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2020, p. 279.

GRECO, Leonardo. **Publicismo e Privatismo no processo civil**. Revista de Processo, v. 33, nº 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Apud* ABREU, Rodrigo. **O interesse processual na produção antecipada de prova fundada nos incisos II e III do art. 381 do Código de Processo Civil**. Orientador: Pedro Miranda de Oliveira. 2021. 212 p. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021.

HASHIMOTO, Marcos Noboru. Inadmissibilidade de oferecimento de defesa ou recurso na produção antecipada de provas (CPC/2015, art. 382, parágrafo 4º). *In* FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnado; ANTUNES, Thiago Caversan (coord.). **Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos**. São Paulo: Editora Tooth, 2019.

HOFFMANN JÚNIOR, Lírio. **Os limites objetivos da coisa julgada nas ações probatórias autônomas**. Revista de Processo, v. 326. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

HOLTZOFF, Alexander. **Instruments of Discovery under Federal Rules of Civil Procedure**. Michigan Law Review, vol. 42, issue 2, oct., 1942.

HOPWOOD, William; PACINI, Carl; YOUNG, George. **Fighting Discovery Abuse in Litigation**. Journal of Forensic & Investigative Accounting, vol. 6, Issue 2, July – December, 2014. Disponível em <http://web.nacva.com/JFIA/Issues/JFIA-2014-2_2.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2022.

JOBIM, Marco Félix. PEREIRA, Rafael Caselli. **Produção antecipada de provas como técnica processual de incentivo à composição consensual**. In FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnado; ANTUNES, Thiago Caversan (coord.). *Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos*. 2ª ed. São Paulo: Editora Tooth, 2019.

LAUX, Francisco de Mesquita; RODRIGUES, Daniel Colnago. Antecipação da prova sem o requisito da urgência: primeiras reflexões a luz do novo CPC. In DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord). **Coleção grandes temas do Novo CPC. Direito probatório**. v. 5. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

LAUX, Francisco de Mesquita; RODRIGUES, Daniel Colnago. Produção antecipada da prova sem o requisito da urgência: a experiência estrangeira e o CPC/15. In FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnado; ANTUNES, Thiago Caversan (coord.). **Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos**. São Paulo: Editora Tooth, 2019.

MACÊDO, Lucas Buriel. PEIXOTO, Ravi. **Ônus da prova e sua dinamização**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 6ª ed. v. 2. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2019.

MARINS, Graciela. Produção antecipada de prova. In CRUZ E TUCCI, José Rogério; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert. **Código de Processo Civil anotado**. 2019.

MEIRELES, Carolina Costa. **Reflexões sobre a produção antecipada de prova**. Revista de Processo v. 1.015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MEIRELES, Edilton. **Processo Judicial “pré” e “extrajudicial”: cooperação, negócio processual e produção antecipada de prova**. Revista Jurídica Luso-brasileira, Lisboa. Ano 6, 2020. P. 619-660. P. 620. Disponível em <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/3/2020_03_0619_0660.pdf> Acesso em: 29 mar. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEZZOMO, Marcus Victor; ANDRADE, Tiago Gabriel Waculicz. **Pressupostos processuais e a defesa na produção antecipada de provas**. Revista de Processo, v. 322, ano 46. São Paulo: Revista dos Tribunais, dezembro 2021.

MINAS GERAIS, **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. (14ª Câmara Cível), Apelação 5145882-03.2017.8.13.00024/MG. Apelante: Banco Bradesco Cartões S.A. Apelada: Maria Aparecida as Silva. Relatora: Evangelina Catilho Duarte. Belo Horizonte, 9 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/939560418/apelacao-civel-ac-10000180656027001-mg>>. Acesso em 10 abr 2022.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 3ª ed (ebook), São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil: volume único**. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

NEVES, Daniel Amorim de Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

PASCHOAL, Thais Amoroso. **Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual**. Orientador: Eduardo Talamini. 2018. 382 f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018.

PINHO, Américo Andrade. **Ações probatórias autônomas**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 307, set., 2020.

PITTA, Rafael Gomiero. **Pre-suit e pretrial: as lições do sistema anglo-americano para as necessárias reformas do procedimento probatório brasileiro**. Orientador: Eduardo Augusto Salomão Cambi. 2019. 258 f. Tese (doutorado) - Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2019.

RAMOS, Vitor de Paula. Das provas: disposições gerais. In CRUZ E TUCCI, José Rogério; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert. **Código de Processo Civil anotado**. 2019.

SAID FILHO, Fernando Fortes. **A crise do poder judiciário: os mecanismos alternativos de solução de conflitos como condição de possibilidade para a garantia do acesso à justiça**. Revista da Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul (Ajuris), v. 42. Porto Alegre. n. 142., 2017.

SHCENK, Leonardo Faria. **Da jurisdição e da ação**. In ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, Beclaute Oliveira. **Verdade como objeto do negócio jurídico processual**. In: DIDIER JUNIOR, Fred; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Provas**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

TALAMINI, Eduardo. **Produção antecipada de prova no código de processo civil de 2015**. Revista de Processo v. 260. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

TARUFFO, Michele. **A prova**: tradução João Gabriel Couto. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 20.

TARUFFO, Michele. **Simplemente la verdade**. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 219. Trad: Daniela Accatino Scagliotti.

THAMAY, Rennan Faria Kruger. **Condições da Ação no Novo CPC**. Revista Jurídica Luso-brasileira, Lisboa. Ano 2, 2016. P. 1243-1268. Disponível em <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/3/2016_03_1243_1268.pdf> Acesso em: 11 abr. 2022.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil, vol. I**. 56ª ed. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2015.

VIEIRA, André Bruni. Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito de urgência. In DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord). 1ª ed. **Coleção grandes temas do NCPC: Direito probatório**. v. 5. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo, volume 1**. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: volume 2: cognição jurisdicional: processo comum de conhecimento e tutela provisória**. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

YARSHELL, Flávio Luiz. Produção antecipada de prova. *In* ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 1ª ed (ebook) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.