

A NATUREZA DO PROCEDIMENTO DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

THE NATURE OF THE PROCEDURE FOR EARLY TEST PRODUCTION

Francisco Silveira de Aguiar Neto¹

Fabio Rychecki Hecktheuer²

RESUMO

O presente trabalho tem como propósito estudar a natureza jurídica do procedimento na produção antecipada de provas de acordo com o CPC/2015, buscando analisá-la à luz da legislação, da jurisprudência e da doutrina, além de tratar de algumas controvérsias e particularidades sobre o assunto.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Probatório. Produção antecipada das provas. Procedimento. Sentença. Natureza Jurídica.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to study the legal nature of the discovery according to the Brazilian Civil Procedure Code of 2015, seeking to analyze it in the light of legislation, jurisprudence and doctrine, in addition to addressing some controversies and particularities about the subject.

KEYWORDS: Evidence law. Discovery. Procedure. Verdict. Legal Nature.

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 veio com o foco de realizar uma releitura dos institutos existentes, com o intuito de solucionar o eterno problema da

¹ Procurador do Estado de Rondônia. Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza. Pós-Graduado 'lato sensu' em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. <http://lattes.cnpq.br/2653963824154796> - E-mail: franciscoaguiar@pge.ro.gov.br.

² Pós-doutorado em Psicologia da Aprendizagem pela Universidad Autonoma de Madrid (UAM); Doutor pela Universidad Autonoma de Madrid (UAM), com título apostilado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor dos Programas de Pós-Graduação em: Ciência Política da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Reitor da Faculdade Católica de Rondônia. <http://lattes.cnpq.br/5818827305881563> - E-mail: fabioheck@fcr.edu.br.

morosidade judiciária. Tudo isto com o objetivo de adotar a conhecida máxima de Chiovenda, a qual diz que "O processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tem um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir."³

Com este objetivo, novos institutos foram incluídos e alguns já conhecidos da ciência processual foram alterados, ampliando sua aplicabilidade. No âmbito probatório, o procedimento de produção antecipada das provas foi repaginado, ampliando suas hipóteses de cabimento.

O Código vigente permite o uso deste em três hipóteses, as quais serão melhor detalhadas abaixo. Suficiente dizer, por ora, que a produção não busca unicamente a produção de provas em decorrência da urgência. Logo, necessário se indagar, com a expansão de sua aplicação, qual a natureza do procedimento.

Com a possibilidade de se utilizar a produção antecipada como forma de compor a lide, ou de levar a própria desistência da mesma, imprescindível se reavaliar o que a doutrina clássica entende como destinatário da prova. Em tal quadro, seria apenas o juiz? Não seriam as partes também figuras interessadas neste caso?

Ademais, qual a natureza deste procedimento? Estar-se-ia tratando de uma mera jurisdição voluntária, um procedimento administrativo, ou se trata de um processo judicial com contraditório e uma decisão de mérito ao final?

A relevância de tais questões importa nos poderes que tanto o estado-juiz quanto as partes tem durante este procedimento. Existindo um mérito a ser analisado, apesar da previsão no CPC, qual tipo de discussão é aceitável? Poderia a parte se recusar a participar do procedimento, ou haveria um direito autônomo a prova?

Por fim, qual é a natureza da sentença que encerra tal lide? Declaratória, constitutiva, condenatória ou meramente homologatória? A importância de tal

³ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Tradução de Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. v. 1.

indagação decorre que a depender da natureza da sentença o procedimento deverá se igualar ao mesmo.

1. O DIREITO À PROVA

Imprescindível para se compreender a problemática específica que se propõe neste trabalho, que antes façamos breves acenos quanto o direito à prova, sua abrangência, e destinatário. Apenas após, teremos a base necessária para se compreender as suas particularidades.

1.1. A Definição do Direito à Prova

A compreensão deste instituto parte da noção do que vem a ser prova. O que é uma prova e o que seria o ato de provar algo no contexto do processo jurisdicional. Deve-se partir do pressuposto de que a aplicação do direito no caso concreto depende da solução de questões de fato e de direito.

Deste modo, o que é mais importante é a noção de que uma decisão judicial justa depende da correta aplicação do direito no caso concreto. Porém, isto é apenas possível se o jurista sabe as circunstâncias fáticas envolvendo a lide. Como, em regra, é impossível que este tenha conhecimento direto de todos os elementos da causa, necessário que se produzam provas com o intuito de buscar criar uma **certeza** sobre as questões fáticas.

Para a doutrina clássica, provar é “fazer conhecidos para o juiz os fatos controvertidos e duvidosos e dar-lhe a certeza de seu modo precioso de ser.”⁴. Quanto a questão de a prova ser direcionada unicamente a autoridade julgadora, trataremos abaixo. No momento, necessário que se faça considerações quanto a ideia de certeza.

Certeza é um estado de espírito, no íntimo do indivíduo, no qual, mesmo com a existência de argumentos contrários, ele chega à conclusão que alcançou a

⁴ LESSONA, Carlos. *Teoría General de la Prueba em Derecho Civil*. Trad. Enrique Aguilera de Paz. Madrid: Hijos de Reus Editores, 1897. p. 09

AGUIAR NETO, Francisco Silveira de; HECKTHEUER, Fabio Rycheki. A natureza do procedimento da produção antecipada de provas. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.1, 1º quadrimestre de 2020. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

verdade sobre uma determinada questão. Difere de probabilidade, a qual admite a existência e validade de argumentos contrários. E da verdade que é a conformidade ideológica com o mundo físico.

Sobre este tema, necessário citar as considerações de Malatesta sobre o tema:

Eis como já é fácil estabelecer a diferença entre a probabilidade, de um lado, e a certeza com motivos divergentes, de outro. A probabilidade procura os motivos convergentes e divergentes, e os julga todos dignos de serem tomados em conta, se bem que mais os primeiros e menos os segundos. A certeza acha, ao contrário, que os motivos divergentes da afirmação não merecem racionalmente consideração e por isso afirma. Esta afirmação surge para o espírito humano como correspondente à verdade; e a certeza que dela deriva, como qualquer outra certeza, não é senão a consciência da verdade.⁵

João Batista Lopes, por sua vez, aponta que seria preferível falar do convencimento do juiz sobre os fatos controversos no processo:

Não se cuida, portanto, de apurar a verdade ou falsidade do fato – os fatos, em si mesmos, não são verdadeiros, nem falsos, eles existem ou não – mas sim se os elementos carreados aos autos são suficientes para que o juiz neles lastreie seu julgamento. O que se almeja com a prova judiciária é convencer o juiz a respeito da procedência ou não das alegações sobre fatos.⁶

Em sentido similar, Marinoni e Arenhart⁷ falam que a prova seria “todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito

⁵ MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1960. p. 64

⁶ LOPES, João Batista. *Comentários ao CPC* (Coord. Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2017, vol. 2. p. 238.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. *Prova e Convicção*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 68.

AGUIAR NETO, Francisco Silveira de; HECKTHEUER, Fabio Rycheki. A natureza do procedimento da produção antecipada de provas. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.1, 1º quadrimestre de 2020. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo.”

Pode-se falar, da mesma forma, da função epistêmica da prova. Sendo o objetivo da prova a reconstrução, aos olhos do julgador, dos fatos alegados pelas partes⁸.

Sob este ponto de vista, de prova como forma de influenciar a convicção do juiz, necessário se analisar se a prova é um direito, uma garantia ou um aspecto do princípio do contraditório.

Não é uma unanimidade a existência de uma diferença entre direito e garantia. Partindo-se do pressuposto que existe uma diferença entre direito e garantia⁹, sendo essa última o poder do particular de exigir a proteção à um direito, devemos entender que a prova é uma garantia. Trata-se não apenas da obrigação de o Estado-juiz decidir com base fundamentada das provas no processo, mas também do direito da parte de apresentar provas e requerer sua produção quando for do seu interesse.

Deste modo, é seguro dizer que o direito a requerer e produzir prova, assim como ter essa apreciada pelo Estado-Juiz, é parte da garantia constitucional de ação e do direito de defesa¹⁰.

A prova, ainda, também pode ser vista como integrante do princípio do contraditório¹¹. Pois, um devido processo legal substantivo requer a efetiva participação das partes no desenvolver da relação processual. Deste modo, sem o direito/garantia à prova, o princípio do contraditório estaria fragilizado.

⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo. FERRI, Corrado. TARUFFO, Michele. *Lezioni sul Processo Civile*. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 2011. p. 458.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 192.

¹⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo. FERRI, Corrado. TARUFFO, Michele. *Lezioni sul Processo Civile*. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 2011. p. 461.

¹¹ LOPES, João Batista. Direito à prova, Discricionariedade Judicial e Fundamentação da Sentença. in *Direito Probatório*. 3 ed. Coord. JOBIM, Marco Félix e FERREIRA, William Santos. Salvador: Jus Podium, 2018, p. 51.

AGUIAR NETO, Francisco Silveira de; HECKTHEUER, Fabio Rycheki. A natureza do procedimento da produção antecipada de provas. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.1, 1º quadrimestre de 2020. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Joan Picó I Junoy define o direito à prova, por sua vez como “aquél que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido em el proceso.”¹² Avança o autor espanhol em apontar o caráter subjetivo do direito a prova, sendo que este depende de ação das partes. Tal direito implica na admissão do pedido de produção da prova, respeitados os limites legais, a produção de tal prova e, por último, a valoração desta pela autoridade jurisdiccional.

Todavia, como será melhor trabalhado abaixo, o direito a prova deve ser visto não apenas como uma forma de influenciar a certeza ou convencimento do estado-juiz, mas também como um direito autônomo da parte.

Necessário, ainda, que se faça uma distinção breve entre meios de prova e fontes da prova. Meios, consideradas provas no caráter objetivo, são a forma pela se cria a convicção sobre uma determinada questão fática. Enquanto as fontes são os elementos dos quais se extrai dita convicção, tais como pessoas ou documentos.

1.2. Do Destinatário da Prova

Feitos estas breves considerações quanto o direito à prova, necessário que se compreenda quanto o destinatário da prova. Ainda que hoje não se discuta mais se as partes possuem direito à produção de prova, não apenas de poder produzir, mas também de requisitar a produção e de ter esta prova analisada pelo juiz, ainda se mantém a noção de que esta é produzida apenas para a avaliação do magistrado.

Inicialmente, necessário se falar sobre a função de pacificação do processo judicial. A decisão judicial, ao deliberar sobre a questão entre as partes, de forma que substitui a vontade destas, tem entre seus propósitos o restabelecimento da harmonia social. O alcance deste patamar depende, além da

¹² PICÓ I JUNOY, Joan. *El Derecho a la Prueba em El Proceso Civil*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, S.A., 1996. p. 18-19.

AGUIAR NETO, Francisco Silveira de; HECKTHEUER, Fabio Rycheki. A natureza do procedimento da produção antecipada de provas. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.1, 1º quadrimestre de 2020. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

força e imutabilidade da decisão judicial, do sentimento das partes de que a justiça foi realizada no processo¹³.

A mera imposição da decisão judicial, conquanto os recursos que podem ser interpostos, não é o suficiente para promover a paz interior do consumidor de serviços jurisdicionais. Como posto por Perelman¹⁴, “Somos juízes do valor, da força e da pertinência dos argumentos...”. Necessário que, além de ser ouvido, o jurisdicionado possa compreender os argumentos utilizados pelo juiz ainda que não concorde com a conclusão.

Isso não quer dizer que as partes estarão felizes com a decisão. Não raramente, ambas estão descontentes, em níveis diversos, com a conclusão do Estado-juiz. Obviamente que o processo ao solucionar a crise deixará uma das partes, quase como regra, na posição de sucumbência. Todavia, é necessário que as partes, principalmente a desfavorecida, entendam que foram ouvidas e tiveram suas alegações devidamente analisadas.

Neste sentido:

Contudo, a prova não tem função meramente persuasiva ou retórica no que se refere à posição das partes. E tem para as partes também uma função epistêmica, fornecendo-lhes elementos cognitivos que a tornam igualmente destinatárias. É que a expectativa de cada uma das partes quanto ao resultado da causa depende dos fatos que lhes são conhecidos e, em alguma medida, das provas que podem ser obtidas. Assim, o resultado da produção da prova lhes fornece subsídios e elementos de calibração das expectativas quanto ao potencial resultado da causa, seus riscos e suas chances de sucesso, informações que podem inclusive estimular a composição consensual dos conflitos.¹⁵

¹³ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. [tradução: Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos]. São Paulo: Marcial Pons. 2015. p. 337.

¹⁴ PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes: 2004. p. 164.

¹⁵ MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios Processuais e Desjudicialização da Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 193.

AGUIAR NETO, Francisco Silveira de; HECKTHEUER, Fabio Rycheki. A natureza do procedimento da produção antecipada de provas. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.1, 1º quadrimestre de 2020. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Portanto, ainda que a afirmação de Moacyr Amaral dos Santos de que “a prova visa, como fim último, inculir no espírito do julgador a convicção da existência do fato perturbador do direito a ser restaurado. ‘A finalidade da prova não é outra senão convencer o juiz, nesta qualidade, da verdade dos fatos sobre os quais ela versa.’”¹⁶ não esteja equivocada, é necessário compreender o papel das partes.

Da mesma forma, a instrução probatória poderá revelar fatos desconhecidos por umas das partes. Como posto acima, além de convencer o juiz de um argumento ou outro, a prova tem o propósito de levar as partes a entenderem melhor seu próprio pleito e a justeza, ou ao menos a viabilidade, de seu argumento.

Tal papel apenas ganhou mais destaque com as previsões do art. 381 do CPC/2015 nas quais, em dois casos, o propósito da instrução probatória claramente apenas interessa as partes. Busca-se solucionar a crise entre as partes, seja por meio da autocomposição ou a desistência da ação, sem o início da lide processual. Quanto a essa possibilidade, será melhor tratada abaixo.

Tendo em vista tais considerações, podemos concluir que o principal destinatário da prova é o magistrado, porém as partes também o são, podendo vir a ser as únicas destinatárias. Tendo em vista tal quadro, pode-se falar, inclusive, de um direito autônomo a prova, como será desenvolvido abaixo.

1.3. O Direito Autônomo a Prova

Do ponto de vista da ciência probatória, sempre houve uma importante diferenciação entre a postura adotada entre países do sistema romano-germânico, também chamado de *civil law*, e do sistema anglo-saxão, conhecido como *common law*. Enquanto em países do primeiro sistema o direito e controle da prova, sua produção e valoração é centrada na figura do juiz, no segundo as partes assumem um certo protagonismo.

Tal diferença resta ainda mais claro quando se leva em consideração o sistema adversarial. A possibilidade de realizar diretamente as perguntas para as

¹⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Vol. I. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 15.

AGUIAR NETO, Francisco Silveira de; HECKTHEUER, Fabio Rycheki. A natureza do procedimento da produção antecipada de provas. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.1, 1º quadrimestre de 2020. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

testemunhas, inclusive gerando uma pressão psicológica, difere seriamente do procedimento comum no *civil law*. Tal posicionamento se justifica uma vez que a compreensão do processo no sistema adversarial é de solução de disputa e não de descoberta da verdade¹⁷.

O sistema brasileiro, em específico, tem como propósito a descoberta da verdade, conforme podemos inferir pelos arts. 77, 80, 369, 378, 504 e outros do CPC/2015. Razão pela qual o art. 370 claramente estabelece a competência do magistrado de requerer a produção de provas.

Tal sistemática, a qual não difere em demasiado das legislações anteriores, levou a conclusão de que o direito a prova seria o direito de produzir provas para influenciar o estado-juiz. Levando-se a conclusão de que seria este o único destinatário das provas. Porém, como foi exposto acima, existe um interesse genuíno e legítimo das partes na produção probatória. A partir desta constatação, pode-se falar de um direito autônomo à prova.

O adjetivo autônomo decorre que o direito à prova não é visto como apenas a possibilidade de requerer prova e buscar influenciar a decisão do juiz. Mas sim, o direito ao conhecimento dos fatos pelas próprias partes. Trata-se da função epistêmica da prova, porém com foco nas partes, e não no juízo.

A redação do art. 381 demonstra claramente que o propósito da prova, ao menos no procedimento de produção antecipada, vai além do convencimento do juiz, adentrando na possibilidade de as partes avaliarem suas chances em eventual lide. Tal mudança de paradigma reforça a ideia de se tratar de um direito autônomo¹⁸.

O propósito deste é garantir que as partes tenham conhecimento dos fatos envolvendo a causa, independente de estes serem utilizados como argumentos

¹⁷ DAVIDSON, Fraser P. *Evidence*. Edimburgo: W. Green & Son, 2007. p. 17.

¹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Siva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao novo código de processo civil* [livro eletrônico]: artigo por artigo/coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Art. 381.

em frente a um julgador, e dissociados de uma eventual urgência. Portanto, entre as várias funções diversas do direito à prova, percebe-se que o direito à requisição de prova independe de uma apreciação judicial. Podendo ser exercido pelas partes sem que esteja vinculado a uma resolução de lide.

Sobre este direito autônomo à prova:

Dessa forma, a prerrogativa de busca e de obtenção de certa prova – primeiro dos aspectos que integram o que se convencionou chamar de direito à prova – sugere a existência de um direito de pedir ao Estado que intervenha tão-somente para permitir a pesquisa e o registro de certos fatos. E, se isso é correto, o direito à prova pode ser entendido, então, como direito simplesmente à obtenção de certa providência de instrução, sem a necessária vinculação direta com o direito de ação exercido para se pleitear a declaração do direito (ou com o exercício da defesa no processo instaurado nesses termos) relativamente a uma dada situação substancial. Sob esse prisma, o direito à prova ganha, em certo sentido, autonomia.¹⁹

Obviamente que isso não permite pleitear do Estado a produção probatória sem que se atenda a certos requisitos, como aqueles previstos no art. 381. O direito autônomo à prova, do mesmo modo, não viabiliza as chamadas *fishing expeditions*, ou seja, uso da produção probatória para se buscar informações pessoais das partes, ou até mesmo causas de pedir.

Deste modo, mesmo antes do CPC/2015, já era possível falar de um direito autônomo à prova. Porém, com a nova redação do art. 381, resta claro que existe um direito das partes ao procedimento probatório, mesmo quando não haja pretensão de após se adentrar com um processo principal, ou quando não haja urgência.

Ainda que o direito autônomo a prova vá além da produção antecipada, tal procedimento é a melhor representação deste direito no ordenamento atual.

¹⁹YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 211.

AGUIAR NETO, Francisco Silveira de; HECKTHEUER, Fabio Rycheki. A natureza do procedimento da produção antecipada de provas. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.1, 1º quadrimestre de 2020. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Figura importante é a previsão do parágrafo terceiro o qual define claramente que não haverá prevenção de juízo. Ou seja, as provas realizadas pertencem as partes, *podendo* ser utilizadas em eventual processo. Não há uma vinculação necessária entre as provas e o poder judiciário.

2. DA NATUREZA DO PROCEDIMENTO

Restando estabelecido que existe um direito autônomo á prova, independente da existência de urgência, necessário se compreender como vem a funcionar este procedimento e qual a sua natureza jurídica.

2.1. Do Procedimento

Como já afirmado, o CPC/2015 trouxe algumas alterações para a já conhecida Produção Antecipada da Prova, no art. 381 e seguintes.

Como afirmado anteriormente, não obstante de se falar de um direito autônomo à prova, tal direito não é ilimitado. Tendo a norma estabelecido requisitos para que possa ter o procedimento início. Tais requisitos devem ser plenamente demonstrados quando da petição inicial, a fim de atender ao princípio da substanciação:

Sem embargo de não se cuidar de ação cautelar, porque dispensável o *periculum in mora*, não poderá o autor deixar de atender ao *princípio da substanciação*, ou seja, terá de narrar com precisão os fatos e indicar o fundamento jurídico do pedido. Assim, a lei visa evitar que a medida seja manejada indiscriminadamente.²⁰

O art. 381 elenca as três hipóteses em que se admite a realização da produção antecipada: perigo de impossibilidade de produção probatória futura, possibilidade de autocomposição e o conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar a proposição da ação. Portanto, quando da petição inicial, cabe ao autor demonstrar ao juízo que seu pleito se adequa a uma dessas previsões.

²⁰ LOPES, Maria Elizabeth Castro. *Comentários ao CPC* (Coord. Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2017, vol. 2. p. 271.

AGUIAR NETO, Francisco Silveira de; HECKTHEUER, Fabio Rycheki. A natureza do procedimento da produção antecipada de provas. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.1, 1º quadrimestre de 2020. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

O §1º do art. 381 prevê o cabimento deste procedimento no caso de arrolamento de bens quando se busca apenas a identificação e descrição destes. O §5º também dispõe quanto a aplicação deste procedimento para casos de justificação de fato e de relação jurídica.

O § 2º prevê que a competência será ou do local da produção da prova ou o domicílio do réu. A possibilidade de se elencar o domicílio do réu cria um problema de ordem fática. Ainda que não caiba ao réu reclamar, vez que é beneficiado²¹, cria-se um problema de ordem prática. Tendo em vista que o procedimento busca, principalmente, a realização de instrução probatória, praticamente todos os atos deverão ser realizados via carta precatória?

Ainda que em muitos casos não se insurgirá a necessidade de requerer a cooperação de outro juízo, tendo em vista as possibilidades ocasionadas pelos avanços tecnológicos, questiona-se a sabedoria do legislador neste ponto. Afinal, qual o propósito de se realizar um procedimento cujos atos dependerão de outro juízo?

O §4º, por sua vez, prevê a competência da justiça estadual em caso de causa federal, mas na ausência de vara federal. O §3º possui regra de grande importância, a inexistência de prevenção de competência em decorrência do procedimento. Trata-se de discussão existente no código anterior que foi solucionada com o presente dispositivo.

Tal regra vem a reforçar a independência desta ação, vez que a produção probatória não fica vinculada a uma ação principal a ser proposta posteriormente. Deste modo, conjuntamente com a desnecessidade de urgência, afasta-se ainda mais o procedimento da natureza cautelar que apresentava na legislação de 1973²².

²¹ LOPES, Maria Elizabeth Castro. *Comentários ao CPC* (Coord. Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2017, vol. 2. p. 270.

²² FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *A Prova no Processo Civil*. 3 ed. Londrina: Thoth, 2019. p. 62.

AGUIAR NETO, Francisco Silveira de; HECKTHEUER, Fabio Rycheki. A natureza do procedimento da produção antecipada de provas. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.1, 1º quadrimestre de 2020. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

O art. 382 define as demais regras do procedimento. Como já apontado, deverá a parte justificar o pedido de realização da prova. O §1º define a necessidade de constituição do contraditório caso se aplique, como não poderia ser diferente. O §2º deixa claro que o juiz não se pronunciará sobre os fatos elencados pelo material probatório.

Tal regra fortalece a noção do direito autônomo à prova. Ainda que a instrução probatória possa ser submetida futuramente a um magistrado, enquanto isso não houver, os únicos interessados são as partes. Estes, neste momento, são os únicos destinatários da prova, podendo se utilizar dela sem nunca levar a apreciação de um juiz.

O §3º permite que mais de uma prova seja requerida desde que relacionadas ao mesmo fato e não seja demasiadamente excessiva. A cumulação de pedidos aqui segue a regra geral prevista no CPC.

Interessante dispositivo é o previsto no §4º, o qual, teoricamente, limitaria o direito de defesa de uma das partes. Ainda que o escopo do presente trabalho não permita uma análise aprofundada de qual seria efetivamente o limite de eventual discussão no processo. Necessário se indagar sobre a possibilidade de a parte se indispor com o pedido fundado no inciso II ou III do art. 381.

Nos mesmos moldes, a proposição do §4º que a parte não pode apresentar defesa não pode ser aceite na sua literalidade. Como posto acima, prova é um direito, uma garantia e um aspecto do contraditório. Logo, o pedido de instrução probatória deve ser analisado pelo Estado-juiz. Nada mais justo que permitir que a parte ré se manifeste sobre o direito do autor à prova. Cola-se excerto doutrinário sobre a matéria:

Ao prever a citação dos interessados (§1º) a lei está possibilitando seu ingresso nos autos para arguir matérias de conteúdo processual ou descumprimento, pelo autor, dos requisitos da petição inicial, notadamente os requisitos para a antecipação. Também poderá o réu alegar que a inicial não atende ao princípio da substanciação ou descumpre regra de competência ou, ainda, não esclarece o vínculo existente entre a narração dos fatos e o pedido de antecipação. Pense-se,

também, na hipótese de ilegitimidade de parte (por exemplo, se o autor não for titular da relação jurídica descrita na inicial).

Como se vê, o parágrafo deve ser interpretado no sentido de que não será admitida defesa ou recurso que envolva matéria de mérito, e não questões preliminares com as retroindicadas.²³

Eventualmente, pode a parte não possuir interesse qualquer na conciliação. O que não se espera, porém, uma realidade comum na prática judiciária em nosso país²⁴. Ou ainda, que a parte deseje a propositura da ação, por quaisquer estratégias que possua. Poderia este se insurgir contra a produção antecipada da prova?

Acreditamos que não, por dois motivos. Como já dito antes, existe um direito autônomo à produção probatória. Portanto, atendidos os requisitos, a parte possui direito e interesse na realização da prova. Por segundo, a autocomposição, art. 3º, §2º, e a solução em tempo hábil do mérito, at. 4º, são valorizados pelo CPC/2015. Assim, como as partes possuem o dever de cooperação, art. 6º, nada mais justo que se auxilie na produção probatória.

2.2. Da Natureza da Sentença

Familiarizados com o direito à prova e com o procedimento, podemos averiguar sobre a natureza do procedimento. Como disposto acima, atualmente a mesma se encontra distanciada do procedimento de natureza cautelar. Como posto por Calamandrei²⁵, a principal característica do procedimento cautelar é sua função auxiliar, não necessariamente provisória.

A produção antecipada de provas não busca simplesmente auxiliar um processo principal, mas se trata do exercício das partes do seu direito autônomo à prova.

²³ LOPES, Maria Elizabeth Castro. *Comentários ao CPC* (Coord. Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2017, vol. 2. p. 270-271.

²⁴ WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 79.

²⁵ CALAMANDREI, Piero. *Providencias Cautelares*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1984. p. 140

AGUIAR NETO, Francisco Silveira de; HECKTHEUER, Fabio Rycheki. A natureza do procedimento da produção antecipada de provas. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.1, 1º quadrimestre de 2020. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Logo, não há que se falar forçosamente de um caráter auxiliar. Ainda que a colheita de evidências possa ser utilizada em uma ação subsequente, isso não transmuta a natureza do procedimento para meramente preparatório.

Não se trata, também de uma jurisdição voluntária. Como se expôs acima, a ação deve preencher requisitos para que haja pronúncia sobre o direito da parte à prova. Igualmente, poderá a parte ré se manifestar quanto a este direito, sendo cabível um debate sobre a si mesmo. Ainda que não se discuta o mérito da questão, ou a verdade dos fatos de que as provas tratam, o réu do processo poderá debater sobre o direito da parte à instrução probatória, como visto acima.

Debate este que deve ser respondido pelo Estado-juiz. Não raramente, as provas a serem produzidas irão entrar no âmbito da privacidade e vida íntima do réu, ou ir ao encontro de sigilos garantidos constitucionalmente como o bancário ou fiscal. Em tais casos, caberá ao magistrado analisar o pedido da parte para que possa afastar as garantias constitucionais da parte.

Ademais, é passível de haver tutela jurisdicional sobre matéria estritamente processual. Sendo um exemplo claro disto o mandado de segurança contra ato judicial. Citemos a doutrina sobre o assunto:

É certo que a produção de prova, quando feita de forma antecipada, não encerra – tal como se passa na sentença de mérito – uma declaração do direito aplicável ao caso concreto. Como não há, em tese e sob o ângulo estatal, incursão pelo conteúdo da prova (que, por isso, não é valorada pelo juiz naquele momento, tal declaração fica realmente excluída até mesmo em termos lógicos. Contudo, não se pode dizer que, na hipótese sob exame, o resultado da atividade estatal não contenha algum componente declaratório. Há, quando menos, a declaração do direito à produção da prova; e, ainda que esse direito possa – aqui, para argumentar – ser meramente processual e, mais que isso, ser tido e qualificado como desdobramento dos direitos de ação e defesa, isso não parecer ser suficiente para negar que no

provimento estatal em questão haja a afirmação de um direito.²⁶

Não se pode falar de uma jurisdição voluntária, pois exige-se do judiciário uma manifestação jurídica sobre o pleito. O direito a prova se caracteriza como um direito, uma garantia e decorre do princípio do contraditório. O exercício deste requer uma manifestação estatal, inclusive de cunho negativo a depender do caso.

Por exemplo, podemos imaginar eventual pedido que venha a infringir o sigilo bancário de uma das partes. Cabe ao estado juiz analisar o caso, podendo decidir a favor do autor ou não. Não se pode discutir que há mérito jurídico a ser avaliado pelo magistrado. A violação do sigilo bancário de uma das partes não pode ser tratado como se fosse uma questão não contenciosa.

A produção antecipada de provas gera uma lide própria e está inserta em uma situação conflituosa entre duas partes em polos diversos²⁷. A jurisdição voluntária presta a tratar de casos em que a intervenção judicial se impõe por lei, não por necessidade de solucionar uma disputa entre indivíduos.

Portanto, trata-se de uma ação autônoma, cuja sentença deverá tratar do direito da parte à produção probatória, possuindo natureza declaratória-constitutiva. Repita-se a importância de se reconhecer que o Estado-juiz deverá apreciar a existência, ou não, de um direito, ainda que apenas processual.

Não se trata de uma sentença de mera homologação, pois não se enquadra entre as previsões do art. 487, III, do CPC/2015. Não há ato a ser meramente homologado pelo magistrado. Existe um pedido a ser analisado, uma possível resistência da parte do réu. A necessidade de verificar se os requisitos elencados pelo art. 382 estão sendo cumpridos.

²⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 271.

²⁷ TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova. **Migalhas**, 2020. Disponível em :< <https://www.migalhas.com.br/depeso/235462/producao-antecipada-de-prova>>. Acesso em: 02 de fev. de 2020.

A sentença deverá concluir o processo tratando sobre o direito do autor de produção probatória e a realizando, portanto a natureza declaratória-constitutiva. Não se homologa nenhum ato das partes, tanto que o procedimento admite algum grau de contraditório. Ademais, mesmo na ausência de tal contraditório, não poderá o juiz simplesmente permitir a produção das provas se não atendidos os requisitos legais.

Cita-se a doutrina pátria:

A sentença (art. 203, §1º) a ser proferida será com fundamento no art. 487, I (salvo extinção sem julgamento de mérito), sem qualquer juízo de valor sobre os fatos apurados. A sentença julga então o direito da parte de produzir a prova (declaratória constitutiva), assim como também a sentença poderá julgar o direito da parte de não produzir prova (CPC, art. 382, §4º); porém em qualquer hipótese não haverá análise do mérito de eventual ação principal.²⁸

Na homologação, o Estado-juiz busca apenas referendar os atos das partes, analisando se os requisitos legais foram preenchidos. No presente caso, existe uma necessidade de se decidir sobre um direito, ainda que seja meramente processual.

Deste modo, a produção antecipada de provas se constitui como uma ação autônoma cuja sentença irá analisar o direito da parte à produção probatória. Ademais, como já exposto, a ação pode ser um fim em si mesmo, levando a uma desistência ou autocomposição a ser realizado pelas partes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A produção antecipada de provas foi repaginada com o CPC/2015, aproximando-se das figuras do direito anglo-saxão *discovery/disclosure*. Obviamente, que não poderemos oferecer o mesmo tratamento das figuras do direito estrangeiro,

²⁸ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *A Prova no Processo Civil*. 3 ed. Londrina: Thoth, 2019. p. 74.

tanto porque isto não foi o desejo do legislador, como a importação de conceitos estrangeiros deve ser feito com o máximo de cuidado.

Tal cautela é justificada por dois pontos: a diferença fundamental entre os sistemas e o propósito das provas no direito anglo-saxão. O Brasil segue a tradição do direito romano-germânico, o qual possui conceitos diferentes de regras jurídicas, assim como do papel do judiciário. O poder do juiz no *common law* para criar o direito é decididamente maior do que no *civil law*. O que não quer dizer que neste último não caiba ao juiz "criar" direito.

Ademais, como já exposto, enquanto no sistema brasileiro existe uma busca pela verdade, pela justiça, no sistema inglês, assim como o americano, o foco está na solução do conflito. Esta visão diversa do papel da prova é de suma importância quando se compara os ordenamentos.

Entretanto, mesmo antes da promulgação da codificação processual vigente, já se podia falar de um direito autônomo à prova. Colocando as partes não apenas como requerentes de instrução probatória, mas também como destinatárias da prova. Sendo a prova não apenas uma forma de se buscar influenciar o juiz, mas também uma ferramenta que pode trazer maior clareza a autor e réu sobre os seus direitos.

Neste espírito, o art. 381 do CPC previu dois casos de possibilidade de produção probatória nos quais não há de se falar de necessidade da instrução em decorrência de urgência. Casos estes que não exigem, logicamente, a oferta de uma ação principal posteriormente. Não se falando mais de natureza cautelar.

Considerando que o art. 382 prevê requisitos, assim como a possibilidade de uma discussão contenciosa, também não há que se falar de um procedimento de jurisdição voluntária. Ainda, também não se pode falar que a sentença que extingue a lide teria um caráter homologatório, vez que se é analisado um direito, ainda que processual, assim como não se homologa nenhum dos atos das partes.

É plenamente possível que o réu demonstre que o autor não possui direito a produção probatória, uma vez que não há relação entre estes. Poderá apontar

AGUIAR NETO, Francisco Silveira de; HECKTHEUER, Fabio Rycheki. A natureza do procedimento da produção antecipada de provas. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.1, 1º quadrimestre de 2020. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

que não há urgência ou impossibilidade em eventual acordo. Necessário perceber que se aceita uma eventual discussão quanto a existência do direito a produção probatória.

Ainda que seja um direito meramente processual, não existe dúvida que se é previsto um contraditório sobre a existência deste direito.

Nestes moldes, trata-se ação autônoma de produção de provas. A sentença, caso seja possível se analisar a ação, terá caráter declaratório constitutivo se procedente, ou meramente declaratório se não.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

CALAMANDREI, Piero. **Providencias Cautelares**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1984.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Tradução de Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. v. 1.

COMOGLIO, Luigi Paolo. FERRI, Corrado. TARUFFO, Michele. **Lezioni sul Processo Civile**. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 2011.

DAVIDSON, Fraser P. **Evidence**. Edimburgo: W. Green & Son, 2007.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **A Prova no Processo Civil**. 3 ed. Londrina: Thoth, 2019.

LESSONA, Carlos. **Teoría General de la Prueba em Derecho Civil**. Trad. Enrique Aguilera de Paz. Madrid: Hijos de Reus Editores, 1897.

LOPES, João Batista. **Comentários ao CPC** (Coord. Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2017, vol. 2.

LOPES, João Batista. Direito à prova, Discricionariedade Judicial e Fundamentação da Sentença. **in Direito Probatório**. 3 ed. Coord. JOBIM, Marco Félix e FERREIRA, William Santos. Salvador: Jus Podium, 2018.

AGUIAR NETO, Francisco Silveira de; HECKTHEUER, Fabio Rychecki. A natureza do procedimento da produção antecipada de provas. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.1, 1º quadrimestre de 2020. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

LOPES, Maria Elizabeth Castro. **Comentários ao CPC** (Coord. Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2017, vol. 2.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1960.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. Prova e Convicção. 5 ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios Processuais e Desjudicialização da Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PERELMAN, Chaïm. **Retóricas**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes: 2004. p. 164.

PICÓ I JUNOY, Joan. **El Derecho a la Prueba em El Proceso Civil**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, S.A., 1996. p. 18-19.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**. Vol. I. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1952.

TALAMINI, Eduardo. **Produção antecipada de prova**. Migalhas, 2020. Disponível em :< <https://www.migalhas.com.br/depeso/235462/producao-antecipada-de-prova>>. Acesso em: 02 de fev. de 2020.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. [tradução: Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos]. São Paulo: Marcial Pons. 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Siva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros Comentários ao novo código de processo civil** [livro eletrônico]: artigo por artigo/coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WOLKART, Erik Navarro. Análise Econômica do Processo Civil. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2019.

AGUIAR NETO, Francisco Silveira de; HECKTHEUER, Fabio Rychecki. A natureza do procedimento da produção antecipada de provas. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.1, 1º quadrimestre de 2020. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.

Recebido em: 10/02/2020

Aprovado em: 24/03/2020