

O DIREITO AUTÔNOMO À PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Livia Mayer Totola Britto¹

Lorena Rodrigues Lacerda²

Tatiana Mascarenhas Karninke³

Resumo: O presente estudo se dispõe a analisar o direito autônomo à prova materializado no procedimento de produção antecipada de provas, previsto no artigo 381 a 383 do CPC/2015. Busca delinear, também, o direito autônomo à prova sob seus aspectos processuais e constitucionais, diferenciando-o do direito de provar exercido no processo em que se busca a declaração de um direito material.

Palavras-chave: Direito autônomo à prova; Produção antecipada de provas; Direito de provar; Direito processual civil.

INTRODUÇÃO

Com o início da fase denominada “neoprocessualismo”, o processo passou a ser pensado e analisado como sendo o meio de regulamentação para a solução dos conflitos existentes na sociedade, e não meramente como um fim em si mesmo. Para o professor José Roberto dos Santos Bedaque, ele – o processo -, é um “simples método” e, por assim ser, se dedica “a possibilitar que o resultado da atividade estatal contribua decisivamente para a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, a eliminação dos litígios e a pacificação social” (2006, p. 18).

A atividade estatal reconhecida como sendo responsável pela manutenção da integridade do ordenamento, da eliminação dos litígios e da pacificação social é denominada Jurisdição. A jurisdição, por sua vez, é uma conquista do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a conclusão que se chega é que o processo, como sendo meio de concretização da jurisdição, é pilar de sustentação do Estado Democrático de Direito.

Em outras palavras, o processo somente será considerado como instrumento válido do Estado Democrático de Direito quando cumprir e garantir a própria razão de ser desse Estado, qual seja, a manutenção da paz social.

¹ Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo, Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

² Advogada, Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

³ Advogada, Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

A fim de cumprir o referido preceito - ou seja, atribuir ao processo o *status* de pilar do Estado Democrático de Direito -, o CPC/2015 estabeleceu a Constituição Federal de 1988 como seu norte e consagrou, no seu artigo 1º, a era da constitucionalização do processo no Brasil.

Dentre os diversos direitos de garantias constitucionais, interessa ao presente estudo abordar aqueles previstos no art. 5º, incisos XXXV e LV da Constituição Federal de 1988, quais sejam, a inafastabilidade da jurisdição – também denominado como direito de ação-, e o contraditório e ampla defesa.

O recorte supracitado se justifica em razão de serem as referidas garantias constitucionais aquelas que se dignam a respaldar o direito autônomo à prova, materializado no procedimento de produção antecipada de prova independente do requisito da urgência, previsto nos artigos 381 e 383 do CPC/2015.

O referido procedimento foi autorizado pelo legislador, no art. 381, incisos I a III, do CPC/2015, nas hipóteses de (i) fundado receio de que venha a se tornar impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; (ii) de que a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição; ou quando o (iii) prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

Em relação à inafastabilidade da jurisdição, prevista no artigo 5º, inciso XXXV da CF, – também denominado como direito de ação -, é imperioso registrar, inicialmente, que o CPC 2015, ao desvincular a medida da produção antecipada de provas do requisito do perigo, positivou o que a doutrina optou por denominar como “direito autônomo à prova” (YARSHELL, 2015, p. 1027).

Para o professor Flávio Luiz Yarshell, a medida probatória autônoma encontra fundamento no poder ou direito de ação (CF, art. 5º, XXXV), haja vista representar uma autorização de provocação da jurisdição pelo interessado sem propriamente obrigá-lo a invocar a declaração de um direito material em dado caso concreto (YARSHELL, 2015, p. 1027). Ou seja, a medida de produção antecipada de prova, ao permitir a atuação estatal dirigida à busca e à produção de providências de instrução, amplia o espectro do acesso à jurisdição, outrora destinada, quase em exclusividade, ao conhecimento de direito material.

Importante destacar, ainda, que além de se afeiçoar ao escopo jurídico da jurisdição – qual seja, o cumprimento do ordenamento jurídico -, o direito autônomo à prova se alinha umbilicalmente ao escopo social da jurisdição – cristalizado na pacificação social pela superação da controvérsia -, uma vez que, quanto melhor o interessado conhecer dados relativos a sua controvérsia, maior será a chance de propor uma demanda bem instruída, transigir ou, até mesmo, deixar de interpô-la (YARSHELL, 2015, p. 1027).

Além disso, o direito autônomo à prova assegura ao jurisdicionado uma forma de produção de provas, o que, via de regresso, permite uma maior robustez da instrução processual, privilegiando, indiscutivelmente, as garantias do contraditório e da ampla defesa, previstas no artigo 5º, inciso LV da CF.

DIREITO DE PROVAR VS. DIREITO AUTÔNOMO À PROVA

Conforme anotado anteriormente, no Estado Constitucional, a relação entre o processo e a garantia dos direitos e garantias constitucionais é estreita. A Constituição é o norte que o processo, enquanto instrumento do Estado Democrático de direito, deve seguir. Nesse sentido, a ideia do acesso à justiça e da inafastabilidade da jurisdição, previstos no artigo 5º, XXXV, da CF, foi reproduzida, *ipsis litteris*, no artigo 3º do CPC/2015.

Ocorre, todavia, que para que o referido direito fundamental seja exercido de modo pleno, é necessária a garantia à instrução adequada da causa, a qual passa, necessariamente, pelo direito à prova (MARINONI e ARENHART, 2014, p. 256). Nesse sentido, Adriano Caldas e Marco Félix Jobim (2018, p. 681) asseveram que:

A prestação da tutela jurisdicional efetiva pressupõe o correto acerto dos fatos sobre os quais irá pronunciar-se o juiz, razão pela qual resta evidenciado que o direito à prova é corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, elevando-se igualmente a condição de direito fundamental. Repousando, assim, sua legitimidade no modelo constitucional de processo eleito pela CF de 1988.

Flávio Luiz Yarshell, em sua obra dedicada exclusivamente ao estudo da antecipação da prova sem o requisito da urgência e do direito autônomo à prova, esclarece que o direito à prova compreende “as prerrogativas de buscar a prova e a ela ter acesso; de requerê-la, de tê-la admitida; de participar da respectiva produção e, finalmente, de obter a correspondente valoração” (YARSHELL, 2009, p. 210).

O referido autor, todavia, acrescenta que a referida concepção sobre o direito de prova revela-se restritiva, ao passo que apresentada exclusivamente sobre a ótica do julgador, ou seja, como um fenômeno exclusivo ao âmbito processual. Nesse contexto, Yarshell apresenta um conceito bipartido e mais abrangente, que compreende o “direito de provar e o direito à prova em sentido estrito” (CALDAS e JOBIM, 2018, p. 682).

Em relação ao *direito de provar*, entende-se como sendo “compreendido nos direitos de ação e de defesa, deles sendo uma espécie de desdobramento” (YARSHELL, 2009, p. 233), ou seja, é o direito de utilizar todos os meios disponíveis para a demonstração da verdade dos fatos levados a um processo cujo objeto é a declaração de um direito.

Por sua vez, o *direito autônomo à prova* independe de uma vinculação a um processo que discuta direito material, ou seja, “limita-se a postular a atuação estatal direcionada à busca, a obtenção e a produção de certa providência de instrução”, tendo como destinatárias as partes, e não o processo ou o juiz (YARSHELL, 2009, p. 313).

O Código de Processo Civil de 1973, pela exegese dos seus artigos 846 a 849, permitia a produção antecipada de provas somente na hipótese em que o interessado demonstrasse a presença do justo receio que, ao tempo de sua produção no processo ulterior, a prova já não mais existisse ou fosse muito difícil ou impossível a sua verificação.

Nesse sentido, a legislação derogada, no que se referia à produção antecipada de provas, privilegiava exclusivamente o direito de provar, visto que cabível apenas nas hipóteses

de preservação da prova em razão do tempo, e tendo como resguardo máximo a sua utilização em processo ulterior. Tratava-se, portanto, de uma ação autônoma de produção antecipada de provas de natureza exclusivamente cautelar (VIEIRA, 2001, p. 28).

Feitas essas colocações, o que se pode concluir é que o CPC/2015, ao prever a possibilidade de um procedimento de produção antecipada de provas para além da hipótese em que esteja demonstrado o requisito da urgência, privilegiou o direito autônomo à prova, e viabilizou a ocorrência do procedimento antecipatório nas hipóteses em que se demonstre que a prova produzida poderá promover a autocomposição e, ainda, quando o prévio conhecimento dos fatos puder justificar ou evitar o ajuizamento da ação.

ASPECTOS PROCESSUAIS

Natureza jurídica

O procedimento de produção antecipada de prova, nos moldes insculpidos no CPC/2015, pode ser compreendido como um processo autônomo. Isso quer dizer, portanto, que o procedimento de antecipação de provas não mais será compreendido como um processo cautelar, visto que desvinculado de qualquer outra demanda que verse sobre direito material, e da obrigatoriedade de atender ao requisito da urgência.

Além disso, não obstante haja controvérsias⁴, o procedimento de produção antecipada de provas deve ser compreendido como um procedimento de jurisdição voluntária, uma vez que, nos casos do art. 381, I e II, não há necessidade de afirmação do conflito em torno da produção da prova (DIDIER, 2018, p. 161).

Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero, todavia, a obtenção antecipada de prova poderá ter caráter contencioso ou voluntário, a depender do caso concreto. Exemplificam (2017, p. 315-316):

O procedimento de obtenção antecipada de prova sem caráter contencioso tem o único propósito de documentação do interessado. Assim, aquele que tem interesse, apenas, em obter prova para resguardar seus direitos – sem qualquer intuito de emprega-la em processo futuro ou eventual – pode também valer-se desta medida. Neste caso, não é necessário sequer aludir a qualquer litígio ou pretensão, bastando a existência justificável na obtenção da prova. A medida de obtenção antecipada de prova, sem caráter contencioso, sequer exige a citação de outros sujeitos (art. 381 §1º). [...] Já a obtenção antecipada de prova com caráter contencioso será admitida em três casos. Segundo o art. 381, essa medida pode ser empregada sempre que 'I- haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; II - a prova a ser

⁴ Em sentido contrário, TALAMINI, Eduardo. *Da produção antecipada da prova. Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Antonio do Passo de Cabral e Ronaldo Cramer (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 589. Para THEODORO JUNIOR, Humberto, possui natureza administrativa. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do direito Processual Civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 58 ed.rev., atua. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 945.

produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação. ' Ou seja, o art. 381, em suas hipóteses, regula apenas a obtenção antecipada de prova com caráter contencioso.

Já para Yarshell, o procedimento de produção antecipada de provas possui natureza dúplice, haja vista que as peculiaridades desta atividade probatória produzirão efeitos, tanto para o demandante quanto para o demandado. Ou seja, a "procedência", que nada mais é do que a produção da prova requerida, atua de igual forma para ambas as partes ou, mais ainda, poderá quanto ao seu conteúdo, favorecer o réu sem que este tenha demandado ou alargado o objeto do processo de produção probatória (YARSHELL, 2009, p. 329 e 330). Para estas autoras, é o entendimento mais adequado.

Competência

Em relação à competência para propositura da medida de produção antecipada de prova, o Código de Processo Civil de 2015, nas palavras do professor Flávio Luiz Yarshell, foi "coerente com o caráter autônomo do processo cujo objeto é a prova antecipada". (YARSHELL, 2015, p. 1028). A afirmação do referido processualista se justifica, precipuamente, pelo que dispõe o §3º do art. 381 do CPC, que nega a ocorrência de prevenção e dispõe, *in verbis*, que: "a produção antecipada da prova não previne a competência do juízo para a ação que venha a ser proposta".

Diante dessa característica, é possível afirmar, mais uma vez, que o procedimento da produção antecipada de prova privilegia o *direito autônomo à prova*, cuja finalidade é a busca de elementos probatórios, independente do vínculo com um processo existente, ou futuro, haja vista que, na eventualidade de uma ação posterior, esta seguirá as regras gerais de competência, independente do procedimento probatório anteriormente deflagrado. (DIDIER, 2013, p. 165).

Quanto à competência de foro, o art. 381, § 2º do CPC estabeleceu que: "A produção antecipada da prova é da competência do juízo do foro onde esta deva ser produzida ou do foro de domicílio do réu". Duas, portanto, foram as possibilidades estabelecidas pelo legislador. A primeira se refere à competência vinculada ao local onde a prova deva ser produzida. A segunda, por sua vez, fixou como foro competente o domicílio do réu. Neste ponto, todavia, reside uma controvérsia.

Da leitura do dispositivo pode-se extrair, em um primeiro momento, a ideia de concorrência entre os foros que a lei fixou. Ocorre, entretanto, que ao adotar o critério *territorial funcional* – referente ao lugar da produção da prova e da conseqüente proximidade entre o órgão judicial e as fontes da prova -, o legislador privilegiou o interesse público, e criou uma regra de competência absoluta, cuja inobservância provoca uma série de impactos processuais e, até mesmo, a nulidade. Já a segunda possibilidade, referente ao foro de

residência do réu, atende ao caráter *territorial puro* e, por tanto, refere-se a uma regra de competência relativa.

Nesse sentido, embora a lei não tenha sido expressa ao estabelecer uma subsidiariedade entre as possibilidades de foro competente, nada justifica – consideradas as particularidades de cada caso – privilegiar uma regra de competência relativa em detrimento de uma regra de competência absoluta. Sobre o tema, anota Fredie Didier (2018, p. 165):

Uma vez existente, o direito de escolha do juízo competente deve ser exercido conforme os princípios da competência adequada e da boa-fé processual. A observação é importante, pois não há sentido algum, por exemplo, na propositura de uma produção antecipada de prova pericial sobre um imóvel em foro distinto do local do imóvel, onde a prova será produzida – se assim fosse, seria uma ação para pedir ao juízo a expedição de carta precatória, o que sob qualquer ponto de vista, inclusive a partir do princípio da eficiência (art. 8º, CPC), não faz sentido algum.

Desse modo, cabe afirmar que desde que não prejudique o devido processo legal e o acesso à justiça, é possível que se prefira o foro em que se situam as fontes de prova, ainda que em detrimento da conveniência do réu em ser demandado em seu domicílio, que eventualmente poderá ser privilegiada quando, por exemplo, for o caso de se colher sua oitiva. (YARSHELL, 2015, p. 1029).

Por fim, em relação à justiça competente, estabeleceu o art. 381, § 4º do CPC que “o juízo estadual tem competência para produção antecipada de prova requerida em face da União, de entidade autárquica ou de empresa pública federal se, na localidade, não houver vara federal”. Compreende-se, nesse sentido, que o legislador conferiu competência à justiça estadual para processar e julgar os procedimentos de produção antecipada de prova em face da União (e entidades autárquicas e empresas públicas federais) quando, na localidade, não houver vara federal⁵.

⁵ Quanto à hipótese de alargamento da competência estadual para julgar as demandas de produção antecipada da prova em face da União nas localidades em que não houver vara federal, o professor Flávio Yarshell tece uma crítica acerca da opção do legislador, chamando-a de uma “escolha infeliz”, que diverge da jurisprudência já firmada no STF durante a vigência do CPC 73, visto que extrapola a exceção contida no §3º do art. 109 da CF – que deve ser interpretado de forma restritiva, de modo que a exceção do referido artigo comporta apenas o julgamento das causas relacionadas à previdência, e não qualquer ação em face da União (YARSHELL, 2015, p. 1029). Nesse sentido o RE – 228955: “O dispositivo contido na parte final do § 3º do art. 109 da Constituição é dirigido ao legislador ordinário, autorizando-o a atribuir competência (*rectius* jurisdição) ao juízo estadual do foro do domicílio da outra parte ou do lugar do ato ou fato que deu origem à demanda, desde que não seja sede de varas da Justiça Federal, para causas específicas dentre as previstas no inciso I do referido art. 109. [...] Considerando que o juiz federal também tem competência territorial e funcional sobre o local de qualquer dano, impõe-se a conclusão de que o afastamento da jurisdição federal, no caso, somente poderia dar-se por meio de referência expressa à Justiça estadual, como a que fez o constituinte na primeira parte do mencionado § 3º em relação às causas de natureza previdenciária, o que no caso não ocorreu”. RE 228.955, rel. min. Ilmar Galvão, j. 10-2-2000, P, DJ de 24-3-2000.]

Fundamentos do pedido e hipóteses de cabimento

Para uma completa análise dos fundamentos do pedido, devem ser observados três aspectos, quais sejam: a *necessidade*, a *relevância* e a *adequação*.

De acordo com o que dispõe o artigo 382 do CPC/2015, o requerente deverá apresentar, em sua petição inicial, “as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair”. Os requisitos fixados no aludido dispositivo se prestam a determinar o pedido e fazer com que a petição inicial não seja declarada inepta.

Nesse sentido, quanto à justificativa da *necessidade de antecipação da prova*, deve-se compreender que, salvo se a própria intervenção estatal for dispensável ao que se postula, não haverá espaço para a negativa jurisdicional na produção antecipada da prova haja vista que, “para dizer desnecessária a antecipação, seria preciso negar a função que a prova desempenha em relação às partes, de permitir a avaliação de suas chances em juízo” (YARSHELL, 2015, p. 1031).

Em relação à *necessidade de especificação*, com precisão, do substrato fático sobre o qual a prova deve recair, o que se verifica, nesse aspecto, é que a referida exigência guarda íntima relação com a preservação da garantia das liberdades individuais dos envolvidos. Dessa forma, ao evidenciar fatos, o procedimento deve ser preciso em seu objeto, sob pena de impor restrições a direitos como o sigilo, intimidade, privacidade e, até mesmo, a propriedade. (YARSHELL, 2015, p. 1031).

Já a *relevância da antecipação da prova* guarda relação não somente com a relevância da prova em si, mas também com a sua produção de forma antecipada, e nos impactos que essa antecipação pode causar no cumprimento dos escopos da jurisdição e, em especial, com o escopo social do processo, traduzido na pacificação social. Nesse sentido, a produção antecipada de prova, sob o prisma da relevância, promove a clarificação das circunstâncias, e auxilia as partes no deslinde da controvérsia, seja no bojo de um processo judicial, seja nas tratativas negociais que podem antecipar seu ajuizamento e, até mesmo, evitá-lo.

A *adequação da produção antecipada de prova* decorre, de igual modo, dos escopos da jurisdição, uma vez que (YARSHELL, 2015, p. 1033):

[...] a investigação, a busca e a produção da prova permitem aos interessados uma visão mais clara acerca da controvérsia, com projeção sobre ônus, riscos e chances no âmbito judicial. De posse de tais elementos, com objetividade e responsabilidade, as partes podem se encaminhar para soluções de autocomposição ou, não sendo esse o caso, fazer instaurar o processo declaratório – ou resistir à pretensão nele deduzida – com maior segurança.

Analisados os requisitos sob os três prismas mencionados, cumpre verificar as hipóteses de cabimento legalmente previstas para fins de produção antecipada de provas.

O inciso I do artigo 381 do CPC prevê a produção antecipada de prova quando houver “fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação”.

Tem-se, nesse inciso, a hipótese mais conhecida de aplicação do instituto em voga, qual seja, o receio de que a prova se perca ou se torne muito difícil de ser produzida. Fredie Didier Jr. elenca, como exemplos de situações fáticas aplicáveis ao inciso I do artigo 381 do CPC, as seguintes hipóteses: “uma testemunha que está para morrer; o objeto da perícia que está para perecer; o dano ambiental está, aos poucos, sendo absorvido pela própria natureza”. (2018, p. 162).

Verifica-se, portanto, a natureza cautelar do procedimento, haja vista que, nesta hipótese, a intenção do demandante é a de resguardar o direito material a ser futuramente postulado (CALDAS e JOBIM, 2018, p. 688). O inciso I do art. 381 não descortina nenhuma grande novidade para o ordenamento jurídico processual que, ainda sob a vigência do CPC de 1973, já dispunha sobre a possibilidade de produção antecipada da prova na hipótese de urgência.

Os incisos II e III do artigo 381, todavia, são a grande inovação do Código de Processo Civil de 2015 no tema da produção antecipada de provas. Os aludidos dispositivos descrevem as possibilidades de o procedimento ocorrer por meio de uma ação de natureza satisfativa⁶, independente da comprovação de urgência e da proteção de eventual direito material.

O inciso II do artigo 381 do CPC prevê que “a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito”. Ou seja, não se exige a demonstração de urgência, tampouco risco de que a prova não seja possível de ser produzida no futuro. A ideia aqui consiste em, além de concretizar o direito autônomo à prova por meio de uma tutela satisfativa, privilegiar os métodos autocopositivos de solução de controvérsias.

Para Fredie Didier Jr., essa previsão reforça a ideia de que o destinatário da prova não é apenas o juiz, e que a prova também se dirige às partes, bem como se presta a que os envolvidos na controvérsia formem o seu convencimento sobre a causa (2018, p. 162).

Por fim, o inciso III do artigo 381 do CPC prevê a possibilidade de produção antecipada de provas quando o “prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação”. Mais uma vez, a ideia subjacente à inteligência do referido dispositivo guarda relação com a afirmação de que as provas se destinam às partes, e não ao processo ou ao juiz.

Trata-se, portanto, de uma ferramenta colocada à disposição dos jurisdicionados que permite a realização de diligências na construção de um conjunto probatório mínimo e prévio, o qual poderá servir tanto para o ajuizamento de uma demanda futura, quanto para fixar a certeza de que não há direito material a ser socorrido pela prestação jurisdicional.

⁶ Para José Roberto dos Santos Bedaque, as tutelas satisfativas são aquelas que “destinam-se a resolver as crises de direito material, os litígios trazidos ao processo pelas partes, a fim de reestabelecer o ordenamento jurídico e a paz social. Tais tutelas proporcionam a plena e definitiva satisfação do direito, declarando-se e atuando-o praticamente” (2006, p. 109).

Vê-se, portanto, que as inovações trazidas pelo CPC de 2015 em relação ao procedimento de produção antecipada de provas com finalidades aclaratórias promoverão aos interessados a oportunidade de refletir e amadurecer suas convicções sobre os fatos que possivelmente ensejariam uma pretensão judicial (CALDAS e JOBIM, 2018, p. 690). Privilegia-se o sistema multiportas⁷, homenageia-se a inibição da litigiosidade e contribui-se efetivamente para o tratamento da crise do judiciário⁸.

Poderes instrutórios do juiz e a valoração da prova

Fixadas as premissas sobre se tratar de procedimento autônomo, ora com característica de tutela cautelar, ora com feições de tutela satisfativa, é indiscutível que a produção antecipada de prova, enquanto processo, pressupõe o requerimento da parte interessada, ideia esta que decorre da própria inércia da jurisdição – art. 2º do CPC/2015.

Dessa forma, apesar da discussão acerca da contenciosidade, ou não, do procedimento, o exercício dessa pretensão exige a provocação do interessado e, tanto é assim, que é necessário ao interessado justificar sua pretensão, bem como demonstrar interesse jurídico na produção dessa prova. Não é por outra razão, inclusive, que o juiz deverá reconhecer a ilegitimidade da parte, quando não demonstrado algum dos requisitos necessários na petição inicial⁹.

Ademais, a ideia de impossibilidade de atuação do ofício do magistrado na produção antecipada de prova decorre da própria sistemática do CPC/2015, que trata esse direito à produção antecipada de prova como um direito autônomo¹⁰. Outro argumento, apesar de apenas formal, decorre do próprio texto legal, que exige requerimento da parte interessada por meio de uma petição, nos termos do art. 382 do CPC/2015.

⁷ O Sistema Multiportas, importado do direito norte americano, consiste na ideia de integração, em um único espaço físico, de vários modos de processamento de conflitos. Dessa forma, em vez de se oferecer apenas um caminho – o processo judicial – o tribunal “multiportas” considera vários tipos de procedimentos, em que o Estado conduz os litigantes para a melhor opção de resolução caso, a melhor “porta”.

⁸ “A crise da justiça, representada principalmente por sua inacessibilidade, morosidade e custo, põe imediatamente em realce o primeiro fundamento das vias conciliativas”. (GRINOVER, 2008, p. 24).

⁹ Em sentido contrário, sob a égide do CPC/73: PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. INAPLICABILIDADE DO ART. 458 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE ILEGITIMIDADE DE PARTE, FALTA DE INTERESSE DE AGIR OU DE CHAMAMENTO AO PROCESSO. 1. O processo cautelar de produção antecipada de provas não tem natureza contenciosa e o seu procedimento assemelha-se ao do processo de jurisdição voluntária, cabendo ao juiz tão-somente conduzir a documentação judicial de fatos, com efeito meramente homologatório da prova produzida. 2. Não se exige do magistrado a fundamentação da sentença homologatória com todos os requisitos do art. 458, do CPC e não é possível a discussão de questões relativas a preliminares de mérito ligadas ao processo principal de conhecimento a ser ajuizado, tais como ilegitimidade de parte, falta de interesse de agir e chamamento ao processo. 3. Precedentes desta Corte. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (REsp 771.008/PA, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/09/2007, DJ 02/10/2007, p. 231).

¹⁰ Enunciado da I Jornada de Direito Processual Civil – A eficácia da produção antecipada de provas não está condicionada a prazo para a propositura de outra ação.

Percebe-se, portanto, que, por conta da necessidade de demonstração do interesse jurídico e da causa de pedir restrita ao artigo 381, caput e 381, §5º, não poderá o juiz atuar de ofício dando iniciativa ao processo.

Não obstante a inércia da jurisdição ser plenamente aplicável a essa espécie de processo, remanesce a discussão acerca da ideia do princípio do impulso oficial, também descrito no art. 2º do CPC/2015, especificamente em relação à possibilidade, pelo magistrado, de alargar o rol de medidas inicialmente postuladas pelo interessado.

No entanto, no direito à produção antecipada da prova, o referido princípio deve ser visto com restrições, haja vista que, diferentemente da produção probatória que ocorre durante a instrução processual, que tem como destinatário o próprio Juiz, na produção antecipada de prova, os destinatários são os próprios interessados.

Dessa forma, o juiz não terá amplos poderes para conduzir a produção antecipada de prova, já que deverá se restringir aos “fatos sobre os quais a prova há de recair” artigo 382 do CPC, última parte. Além disso, sempre que possível, deverá se ater ao meio de prova requerido pelo interessado, não podendo indeferir, sem fundamentação, o meio de prova requerido pela parte, salvo se houver, em lei, um procedimento específico, como, por exemplo, a ação de exibição de documento ou coisa¹¹ - art. 396 do CPC e seguintes - e inspeção judicial - art. 481 do CPC e seguintes.

Coadunando com a ideia ora explanada, decidiu o TJES recentemente:

EMENTA APELAÇÃO CÍVEL PEDIDO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA PERICIAL ANÁLISE SOBRE A OCORRÊNCIA DO FATO E DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA PRODUÇÃO DA PROVA IMPOSSIBILIDADE PETIÇÃO INICIAL INSTRUÍDA COM ELEMENTOS SUFICIENTES PARA O PROCESSAMENTO DO PEDIDO RECURSO PROVIDO. 1. O procedimento de antecipação de prova previsto no art. 381 e ss. do CPC, não comporta análise substancial sobre a situação fática alegada, nem sequer um juízo sobre as consequências jurídicas advindas de eventual prova, nos exatos termos do §2º, do art. 382 do CPC. 2. No caso concreto, o piso da sociedade Apelante possui avarias que dificultam o funcionamento regular da atividade empresária, sendo imprescindível a realização tempestiva de reparos. 3. Mostra-se plausível a realização de prova para viabilizar possível autocomposição ou garantir eventual ressarcimento. 4. O não conhecimento do pleito com alicerce na possibilidade de ajuizamento de demanda e requerimento da prova na fase instrutória, destoa das linhas principiológicas do novo Código de Processo Civil (art. 1º, §§ 2º e 3º do CPC). 5. É admissível a juntada de documentos novos, inclusive na fase recursal, desde que não se trate de documento indispensável à propositura da ação, inexistam má-fé na sua ocultação e seja observado o princípio do contraditório (art. 435 do CPC/2015) (REsp 1721700/SC, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/05/2018, DJe 11/05/2018) . 6. Recurso provido para determinar o retorno dos autos ao Juízo de origem e o regular processamento do pedido de antecipação da prova pericial. (EMENTA 0012707-95.2016.8.08.0048 - TJES, Classe: Apelação, 048160114590, Relator: ARTHUR JOSÉ NEIVA DE ALMEIDA, Órgão julgador:

¹¹ Sobre a possibilidade de ação de exibição de documentos como ação probatória autônoma. Informativo nº 0637. REsp 1.774.987-SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, por unanimidade, julgado em 08/11/2018, DJe 13/11/2018. Destaque: É admissível o ajuizamento da ação de exibição de documentos, de forma autônoma, na vigência do novo CPC.

QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 25/06/2018, Data da Publicação no Diário: 05/07/2018).

Dentro dessa perspectiva autônoma da prova, esta autora entende que os poderes instrutórios do juiz são limitados em relação àqueles exercidos no processo em que se objetiva a declaração de um direito material, tal como abordado nos tópicos anteriores do presente trabalho. Ao julgador é possível a atuação judicial mais ativa apenas no sentido de possibilitar o alargamento do rol de medidas de instrução pelo juiz, desde que mantidos os limites fáticos estabelecidos pelas partes, para melhor investigá-los e registrá-los¹².

A valoração da prova é feita pelas partes, que são suas principais destinatárias, não se pretende que o juiz reconheça que os fatos foram provados, ou que o juiz certifique situações jurídicas decorrentes de fatos jurídicos. O que se busca, simplesmente, é uma decisão que reconheça que a prova foi colhida regularmente.

RESTRIÇÕES PREVISTAS NO ART. 382, § 4º, DO CPC/2015: DEFESA E RECURSO

Feitas as colocações sobre os aspectos processuais para o ajuizamento da demanda de produção antecipada de prova, cabe, neste espaço, a análise sobre o rito a ser seguido pelo magistrado, e as possíveis reações da parte requerida.

O artigo 382, § 1º do CPC afirma que deverá o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, promover a citação dos interessados na produção da prova, salvo se inexistente o caráter contencioso.

Nota-se que enquanto o artigo 381 prevê, com fundamento no direito de ação, a possibilidade de o interessado produzir antecipadamente as provas que pretende, o artigo 382 § 1º, por sua vez, garante a citação dos interessados. Ou seja, o referido dispositivo foi inserido no ordenamento processual pelo legislador para, em tese, assegurar o direito de defesa.

Quanto ao tema, Humberto Theodoro Júnior assevera que o direito de resposta do réu é paralelo e simétrico ao direito de ação, na medida em que também representa um direito público subjetivo voltado contra o Estado (2017, p. 183). No contexto específico da produção antecipada de provas, a citação se destina, sobretudo, a assegurar a eficácia da prova perante aqueles em face dos quais foi proposta a medida (CARVALHO, 2018, p. 769).

Ocorre, contudo, que a própria legislação processual, em que pese ter previsto a citação do interessado, restringiu a sua participação ao vedar a apresentação de defesa ou recurso,

¹² “[...] a intervenção deve ser subsidiária e limitada aos fatos postos pelas partes, inclusive para que sejam preservadas a isonomia e a imparcialidade. Quanto a esse aspecto é irrelevante o fato de que o juiz que preside a antecipação da prova não ser, eventualmente, o mesmo juiz a valorá-la no processo declaratório. [...] O campo propício para a atuação oficial é a dos direitos indisponíveis e onde vigora a desigualdade substancial das partes. Fora daí, é mais prudente atribuir aos interessados o ônus de alegar o que requer” YARSHELL, F.L. *Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autônomo à prova* São Paulo: Malheiros, 2009, p. 1041.

excetuando os casos em que houver o total indeferimento da produção da prova pleiteada. É o que dispõe o artigo 382, § 4º do CPC/2015.

Segundo Flávio Luiz Yarshell, andou mal o CPC de 2015 ao pretender restringir de forma supostamente absoluta a possibilidade de reação por parte do demandado. Afirma, ainda, que o referido dispositivo rompe com a lógica dos limites estabelecidos para a produção antecipada de prova – art. 382, § 3º - e defende se tratar de uma ideia antiquada que, inclusive, já havia sido suplantada pela jurisprudência durante a vigência do código anterior. (YARHELL, 2015, p. 1041).

Embora notória a contradição do texto legal, especificamente se analisado mediante interpretação conforme a Constituição Federal – art. 5º, LIV e LV –, os Tribunais vêm seguindo a tese de impossibilidade de defesa ou recurso, salvo na hipótese de indeferimento total da produção de prova. Nesse sentido:

RECURSO – APELAÇÃO - PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS – PRETENSÃO RECURSAL QUE VISA À ALTERAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DA VERBA DE SUCUMBÊNCIA – PROCEDIMENTO EM QUE SÓ SE ADMITE RECURSO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIR TOTALMENTE A PRODUÇÃO DA PROVA PLEITEADA PELO REQUERENTE – ART. 382, § 4º, DO CPC/15 – RECURSO NÃO CONHECIDO. (TJSP; Apelação 1009599-63.2016.8.26.0008; Relator (a): Paulo Roberto de Santana; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VIII - Tatuapé - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/03/2017; Data de Registro: 27/03/2017).

Desse modo, não obstante parte da doutrina pender para a necessidade de afastamento da interpretação literal do texto da lei (DIDIER, 2018 p. 169 e CARVALHO, 2018, p. 770), os tribunais vêm se manifestando pela impossibilidade de apresentação de defesa ou recurso, exceto na hipótese expressamente prevista em lei (indeferimento total da medida).

Por sua vez, Daniel Amorim Assumpção Neves nos recorda, todavia, que embora o CPC/2015 preveja a irrecorribilidade das decisões proferidas no bojo da ação autônoma probatória, havendo violação de direito líquido e certo, ainda resta ao interessado a possibilidade de se socorrer por meio de mandado de segurança (2016, p. 678).

Extrai-se, portanto, do texto legal que, quanto à possibilidade de interposição de recurso, havendo rejeição total do pedido, a sentença é recorrível por apelação – essa é, inclusive, a única possibilidade de recurso prevista em lei. Na hipótese, porém, de o juiz não admitir parte dos pedidos, ou seja, indeferir a produção de determinadas provas, a decisão será tomada por meio de decisão interlocutória contra a qual não caberia recurso.

Todavia, apesar de a produção antecipada de prova ser um procedimento simples, destinado à flexibilização procedimental, não se coaduna com o modelo constitucional de processo a vedação contida nos art. 382, § 4º, do CPC/2015 quanto à impossibilidade de apresentação de defesa pela parte demandada¹³, bem como a de interposição de recurso nos

¹³ Para Didier Jr., o “[...] processos de produção antecipada de prova, por restringir-se à produção da prova, é bem simples e, em razão dessa simplicidade, o contraditório realmente não poderia ter a extensão que costuma ter no procedimento comum. Mas daí a dizer, como o faz o § 4º, do art. 382, que neste

casos de indeferimento parcial, pela parte requerente, ou, pela parte demandada, nos casos em que o deferimento da medida viole direitos fundamentais concernentes, por exemplo, à intimidade, ao sigilo de correspondência e à privacidade de informações¹⁴. A leitura desses dispositivos requer uma interpretação conforme a constituição, a fim de que se preserve a paridade de armas e isonomia das partes relação processual, possibilitando a recorribilidade da decisão, seja por agravo de instrumento ou medida impugnativa autônoma¹⁵.

Dessa forma, embora existentes vedações legais, conclui-se que o direito de defesa deve ser exercido dentro dos limites estabelecidos pela própria natureza do procedimento, assim como o de recorrer também deve ser exercido quando a decisão interlocutória indeferir parte do pedido, seja com fundamento no art. 1015, inciso II, do CPC/2015, seja com fundamento no recente entendimento do STJ acerca da taxatividade mitigada do rol de hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, traçado pelo artigo 1.015 do CPC/2015¹⁶.

CONCLUSÃO

Conclui-se que o Código de Processo Civil de 2015, ao normatizar em seus artigos 381 a 383 o procedimento de produção antecipada de prova sem a necessidade de demonstração de perigo do dano, reconheceu o direito autônomo à prova sem a necessidade de demonstração do requisito de urgência, conferindo ao interessado, tanto em caráter antecedente, quanto em caráter incidental, a possibilidade de requerer a admissibilidade de determinada providência de instrução, de busca e de investigação para o esclarecimento de fatos, desvinculadas de sua utilização em processos futuro.

A produção antecipada de prova tem por objetivo a investigação de fatos, a fim de que as partes possam avaliar a viabilidade do pleito principal e, por consequência, prevenir litígios, por meio da composição ou soluções adequadas de conflitos. O direito autônomo à prova, dentro desta concepção, aperfeiçoa-se não apenas ao escopo da jurisdição, mas também ao escopo social de pacificação dos conflitos pela solução da controvérsia, configurando, inclusive, caso bem recepcionado pela prática forense, um potencial redutor de litigiosidade.

Dessa forma, superando a ideia de ser a finalidade da prova destinada apenas à formação e ao convencimento do Juiz, o direito autônomo à prova prescinde de vinculação

procedimento não haverá defesa nem recurso é um salto que o legislador infraconstitucional não poderia dar [...]. Há, sim, contraditório reduzido, mas não zerado: discute-se o direito à produção da prova". *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 13. ed. Salvador, Bahia, Ed. Jus Podivum, 2018, v.2. p. 168-169.

¹⁴ Nesse sentido, YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários aos arts. 381-383. In: *Breves Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2017, p. 1042.

¹⁵ A propósito, menciona-se as doutrinas de DIDIER JR., Fredie, 2018, p. 168-169, YARSHELL, Flávio Luiz, 2017, p. 1042 e MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, 2017, p. 318-319. TALAMINI, Eduardo. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235462,51045-Producao+antecipada+de+prova>>. Acesso em 01/10/2018.

¹⁶ REsp 1.696.396 e REsp 1.704.520.

a um processo em que se discuta uma determinada situação de direito material. Destina-se às partes, fornecendo elementos indispensáveis para possam formar as suas convicções e avaliarem suas reais chances em juízo. O destinatário da prova, portanto, não é o juiz, mas sim as partes.

Observa-se, assim, que o procedimento rígido que possibilitava a produção antecipada de prova só nas hipóteses prevista no CPC/73 não se coaduna com as premissas constitucionais normativas do CPC/2015, que cristalizou o que se convencionou chamar de constitucionalização do processo. No cenário atual, merece destaque a observância do direito fundamental à prova, da sua dupla finalidade e da sua obtenção como elemento inseparável do processo justo, que é desenvolvido mediante o devido processo legal, o modelo cooperativo, o contraditório substancial, a inafastabilidade da jurisdição e a vedação à prova ilícita.

REFERÊNCIAS

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e a técnica processual. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela antecipada. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Felix. A produção antecipada de prova e o novo CPC. In: Direito Probatório. 3 ed. Salvador; Editora Juspodvm. 2018.
- CARVALHO, Fabrício de Farias. A prova e sua produção antecipada no novo código de processo civil. In: Direito Probatório. 3 ed. Salvador; Editora Juspodvm. 2018.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 13 ed. Salvador: Juspudivm, 2018.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. Revista da Escola Nacional da Magistratura. Brasília. v.2, n. 5, p. 22-27. 2008. Disponível em < <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/21448> > Acesso em 15 jan. 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo cautelar. 6. Ed. Ver. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil. 3 ed. Re., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.
- TALAMINI, Eduardo. Da produção antecipada da prova. In: Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- _____. A produção antecipada de prova. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/DePeso/16,MI235462,51045-Producao+antecipada+de+prova>>. Acesso em 01/10/2018.

THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 58 ed. Ver., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. Processo Cautelar. 22ª ed. São Paulo: Leud, 2005.

_____. Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do direito Processual Civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 58 ed.rev., atua. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VIEIRA, Christian Garcia. Asseguração de prova. São Paulo: Saraiva, 2001.

YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Comentários aos arts. 381-383. In: Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.