

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

**A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS - A POSSIBILIDADE DE
DEFESA E OS REFLEXOS PROBATÓRIOS NO PROCESSO PRINCIPAL**

Trabalho de Conclusão do Curso de Pós-Graduação em Processo Civil
na PUC-SP/COGEAE

Orientador: Professor Doutor William Santos Ferreira

Orientando: Felipe Vilela Ramalho

São Paulo – 2020

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC-SP

Felipe Vilela Ramalho

**A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS - A POSSIBILIDADE DE
DEFESA E OS REFLEXOS PROBATÓRIOS NO PROCESSO PRINCIPAL**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, como exigência parcial para a obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito Processual Civil, sob a orientação do Prof. Dr. William Santos Ferreira.

SÃO PAULO

2020

BANCA EXAMINADORA

Dedico este trabalho aos meus pais, Salvador e Maria Goreti, ao meu irmão, Mateus, a minha cunhada, Camila, ao meu sobrinho, Adrian, a minha namorada, Isabela Botega, e aos meus irmãos de coração, Arthur, Victor e Bruno, que sempre juntos me mostraram que sem amor, respeito, integridade e humildade, de nada vale o conhecimento e a nossa vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, aos meus pais, Salvador e Maria Goreti, por sempre não medirem esforços, dedicação, apoio e amor para que eu seguisse meus sonhos e meus estudos. Este trabalho, sem dúvida nenhuma, também é de vocês.

Ao meu irmão, Mateus, por sempre me apoiar e incentivar, nos momentos mais difíceis, e sempre transmitindo que o estudo e a dedicação são o caminho correto para o sucesso. A minha cunhada, Camila, que com seu jeito conquistou a todos e também sempre me apoiou.

A minha namorada, colega de profissão e colega de Pós-Graduação, Isabela Botega, que sempre me apoiou durante o trabalho, me escutando e me ajudando nas minhas reflexões, ensinando assim o verdadeiro significado de amor e companheirismo.

Ao meu Tio, Rogério Vilela, e toda a sua Família, que durante toda a minha caminhada acadêmica não poupou incentivo e auxílio.

Ao meu irmão de coração e colega de profissão, Arthur, que sem dúvida nenhuma é um grande espelho a minha caminhada. Obrigado por sempre estar ao meu lado e pelas inúmeras discussões acadêmicas, que com certeza apenas nos engrandece.

Aos meus irmãos de coração, Victor e Bruno, que estiveram sempre comigo, mostrando os verdadeiros valores da amizade, lealdade e respeito.

As minhas cunhadas de coração, Paola, Maria Fernanda e Carolina.

Ao meu amigo da PUC/SP, Caio, com quem dividi por muitos anos a graduação, estágio e monitoria. Seu apoio, incentivo e dedicação ao estudo sempre me foram exemplo. Agradeço você e sua família sempre por todos os momentos.

Aos meus amigos que a PUC/SP me deu, Gabriel e Nicola, que sempre fomentaram o desejo de estudar mais e se aprofundar na vida acadêmica. Sem vocês, sem dúvida, a caminhada até aqui teria sido mais difícil.

Indispensável também agradecer meu mestre, William Santos Ferreira, há quem devo muito, que foi meu professor na graduação, professor e orientador nesta pós-graduação e colega no escritório, e meu grande mentor profissional e acadêmico. Agradeço demais, sendo que todos os dias aprendo, não só direito, mas também sobre a vida. Obrigado por todas as oportunidades.

Agradeço também a Dr. Joaquim da Silva Ferreira, que sem sombra de dúvidas, me ensinou muito com toda sua experiência e sempre me ensinou que a vida sem estudo e trabalho sério e honestidade, não valem a pena; suas lições jamais serão esquecidas. A Dra. Andrea Santos Ferreira, que desde há muito me ensina, me orienta e me escuta em momentos difíceis; nossas conversas e seus ensinamentos jamais serão esquecidos.

RESUMO

O trabalho tem por objetivo o estudo do direito à prova em contraposição ao direito de defesa do requerido na produção antecipada de prova, eis que a prova ali produzida poderá ser utilizada em eventual processo futuro, de modo que há que se ter a garantia do direito de defesa, a fim de que a parte possa influir na produção da prova que poderá ser utilizada contra ela em processo futuro e até discutir se há ou não o direito de produzir aquela determinada prova.

Também irá se analisar a vinculatividade desta prova produzida antecipadamente, em relação às partes em eventual processo principal, levando em consideração que na produção antecipada de provas não se faz um juízo valorativo da prova ali produzida.

Portanto, resumidamente, este trabalho irá se ater ao direito de defesa na produção antecipada de provas (observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa), bem como seus eventuais reflexos e vinculação às partes em eventual processo principal, inclusive de eventual possibilidade de nova produção de provas em sede do processo principal.

PALAVRAS-CHAVE: Produção antecipada de prova. Contraditório e ampla defesa. Possibilidade de defesa. Vinculação da prova antecipada.

ABSTRACT

The objective of this article is to study the right of proof as opposed to the right of defense required in an advanced production of evidence, as the evidence produced there may be used in any future process, so that the right of defense must be guaranteed, and the party can influence the production of evidences that can be used against it in a future process and even discuss whether or not there is the right to produce that particular evidence.

It will also analyze the binding of this evidence in advance, in relation to the parties in the possible main proceedings, taking into account the anticipated production of evidence that does not make a valuable judgment of the evidence across the screen.

Therefore, summarized, this article will obtain the right of defense in the advance production of evidence (observance of the principles of the adversary and the broad defense), as well as its possible reflexes and binding on the parties in the possible main proceedings, including in the eventual possibility of new production of evidence in the main proceedings.

KEYWORDS: Advance production of evidence. Contradictory and broad defense. Possibility of defense. Binding of advance evidence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I. Dos direitos fundamentais: à prova e ao contraditório e ampla defesa ..	12
CAPÍTULO II. Da produção antecipada de prova e suas características:	21
a) conceituação:	21
i) Evolução histórica da produção antecipada de prova:	22
ii) Código de Processo Civil de 2015 e a nova concepção da produção antecipada de prova:	27
b) natureza jurídica:	28
c) função:	29
i) Vedação ao <i>fishing expedition</i>	32
d) procedimento	34
i) legitimidade ativa:	34
ii) legitimidade passiva: contra quem ajuizar e a possibilidade de ampliação subjetiva:	34
iii) competência	36
iv) tutela provisória	37
v) honorários advocatícios	41
v) Custas e Despesas processuais	44
vi) entrega dos autos	45
e) possibilidade de o requerido requerer a produção antecipada de prova no mesmo procedimento:	49
f) meios de prova admitidos:	51
g) natureza da sentença:	53
h) Dos princípios norteadores na produção da prova	55
Princípio da Máxima Eficiência dos meios probatórios:	55
Princípio do Dever-Poder Instrutório do Juiz:	56
Princípio da Cooperação:	58
g) possibilidade de realizar a produção antecipada de prova de forma incidental	61

CAPÍTULO III. O DIREITO DE DEFESA NA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA⁶³

a) Da impossibilidade de aplicação da interpretação literal – impossibilidade de se violar os princípios do contraditório e da ampla defesa	64
b) Da antinomia entre o art. 382, §1º e §4º do CPC:	67
c) Da possibilidade de defesa em relação a possibilidade ou não da produção da prova:	68
d) Da possibilidade de defesa/recursos – matérias cognoscíveis de ofício:	71
e) Da possibilidade de defesa/recursos com fundamento nas regras procedimentais da prova que está sendo produzida:	73
f) Da limitação da defesa/recurso:	75
g) Do Prazo para Apresentação da Defesa ou Recurso:	76
h) Dos Efeitos da Revelia e da Preclusão na Produção Antecipada de Provas:	79

CAPÍTULO IV. A VINCULAÇÃO DA PROVA PRODUZIDA ANTECIPADAMENTE 84

a) Sujeito passivo que não fez parte da produção antecipada de prova	85
b) Da prova que foi produzida de forma insuficiente e/ou inconclusiva – “necessidade de rediscussão ou de uma segunda perícia”;	87
c) Da realização de uma nova prova por conta de existência de um “fato novo”:	89

CAPÍTULO V. CONCLUSÃO..... 91

BIBLIOGRAFIA 93

INTRODUÇÃO

A produção antecipada de prova, com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, sofreu grande alteração em seu procedimento, eis que de acordo com os arts. 381 a 383 do Código de Processo Civil, a produção antecipada de provas pode ser realizada por qualquer pessoa para que tenha um prévio conhecimento dos fatos que possam vir a justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

É salutar o avanço que emerge deste procedimento, eis que garante e sedimenta o “direito fundamental à prova”, ou seja, toda e qualquer pessoa possui o direito a ir ao Poder Judiciário e obter provas que esclareçam determinado fato, sem que necessariamente haja urgência ou que se tenha que ajuizar uma ação futura.

A par deste avanço, o presente trabalho abordará a importância do direito de defesa neste procedimento de produção antecipada de provas, eis que se de um lado houve avanço em garantir a produção de prova por qualquer pessoa, por outro, há contra quem o pedido de produção de prova será manejado, sendo fundamental garantir o contraditório ao requerido nesta produção antecipada de provas.

Destaca-se que a prova produzida em sede de “produção antecipada de prova” poderá ser utilizada em eventual processo principal, de modo que a garantia de defesa (contraditório) na “produção antecipada de prova” é fundamental.

E, ao final, abordar-se-á qual é a vinculatividade da prova produzida antecipadamente em relação ao processo principal, no sentido de que se há prova produzida antecipadamente, poderá ou não poderá haver uma nova produção de prova no processo principal, sobre o mesmo fato que já houve produção de prova.

CAPÍTULO I.

Dos direitos fundamentais: à prova e ao contraditório e ampla defesa

Para o estudo e análise da possibilidade ou não da defesa na produção antecipada de prova e como se daria tal defesa, é indispensável entender, primeiramente, acerca dos direitos fundamentais, especificamente o direito à prova, ao contraditório e a ampla defesa.

Celso Antônio Bandeira de Melo define que os princípios são vetores interpretativos, ou seja, utilizar-se os princípios como norteadores da interpretação do sistema jurídico:

Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.¹

Salienta-se, que o entendimento de que princípios são diferentes de normas, todavia, autores como Alexy entendem que princípio é norma e o diferenciam de regra. Passar-se-á ao largo desta discussão, visto não ser o escopo desta monografia, apenas deixando claro que tal existe². Assim, adverte William Santos Ferreira:

¹ BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2004, p. 841/842.

² Assevera Kildare Gonçalves Carvalho: Os princípios e regras são espécies de normas jurídicas, porque ambas dizem que dever ser. A distinção entre os dois é uma distinção entre dois tipos de norma. Jorge Miranda esclarece que os princípios “não se colocam além ou acima do direito (ou do próprio direito positivo); também eles – numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais – fazem parte do completo ordenamento. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas princípios e normas disposições. (GONÇALVES. Kildare Carvalho. *Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo*. 15ª Edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009, p. 646).

Para Alexy, muito influenciado por Dworkin, os princípios também são normas, isto é, normas são o gênero do qual os princípios e as regras são espécie, a diferença entre elas seria qualitativa e não de grau.³

Assim, todo desdobramento normativo do sistema, deve ser elaborado ou interpretado com respeito aos ditos princípios fundamentais. Assim ensina José Afonso da Silva:

Os princípios constitucionais fundamentais, pelo visto, são de natureza variada. Não será fácil pois, fixar-lhes um conceito preciso em um enunciado sintético. Recorremos, no entanto, mais uma vez à expressiva lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, segundo a qual os “princípios fundamentais visam essencialmente definir e caracterizar a colectividade política e o Estado e enumerar as principais opções político-constitucionais”. Relevam a sua importância capital no contexto da constituição e observam que os artigos que os consagram “constituem por assim dizer a síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais, que àquelas podem ser directa ou indirectamente reconduzidas”. No mesmo sentido que, já nos tínhamos pronunciado antes, em monografia publicada em 1968, a propósito da lição de Crisafulli sobre as normas-princípio. Então, escrevemos que “mais adequado seria chamá-las de normas fundamentais, de que as normas particulares são mero desdobramento analítico”, e demos como exemplo as normas dos arts. 1º a 6º da Constituição de 1969.⁴

No mesmo sentido, entende Heitor Vitor Mendonça Sica⁵ que atualmente no Brasil há a denominada “Constitucionalização do Direito”, a qual impõe que todas as normas jurídicas, inclusive as de direito processual civil (ramo de direito público), tem de ser promulgadas, compreendidas e aplicadas a partir da Constituição, que é a matriz de todo o ordenamento jurídico.

Ademais, em relação especificamente ao princípio do contraditório, este princípio está previsto no art. 5º, LV, da CF:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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;

³ FERREIRA, William Santos. *Princípios Fundamentais da Prova Cível*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, p. 30.

⁴ AFONSO, José da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 93/94.

⁵ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O Direito de Defesa no Processo Civil Brasileiro – um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

Tradicionalmente, como diz William Santos Ferreira⁶, o princípio do contraditório era definido como sendo a ciência bilateral dos atos aliada a possibilidade de manifestação sobre tais atos.

Tal noção é intimamente ligada ao Estado Democrático de Direito e ao devido processo legal (*due process of law*), pois garante ao particular que seus bens não serão privados sem que tenha ciência de um ato de constrição e a possibilidade de impugná-lo com oportunidade de influir na decisão judicial, por exemplo.

Importa salientar que há, atualmente, uma definição mais completa acerca de contraditório, que atende mais precisamente os preceitos constitucionais, é no sentido de que o contraditório seria além do binômio ciência e oportunidade dos atos, também é o direito do particular de influir na decisão do julgador (portanto, um trinômio de ciência-oportunidade-consideração judicial).

Acerca do assunto, aduz William Santos Ferreira:

Finalmente, de nada adianta o cumprimento das suas etapas prévias, ciência e oportunidade, quando o ato realizado é desconsiderado pelo juiz. O contraditório não é exclusivamente uma garantia das partes, é um instrumento do sistema, concebido para atuar imantado à determinação de que todas as decisões do Poder Judiciário serão fundamentadas (artigo 93, IX, da CF), na busca da eficiência do ato estatal (de julgamento), exigida pelo disposto no artigo 37 da CF. (...) O exposto não significa que tudo que a parte alega ou mesmo todas as provas apresentadas devem constar sempre exaustivamente nas decisões judiciais, o que representaria ônus excessivo e inútil. O que é inadmissível é a desconsideração. O relevante é que não poderá faltar explicitamente na decisão;(...).⁷

Ou seja, em um Estado Democrático de Direito é inadmissível que as manifestações das partes não sejam consideradas pelo julgador no momento da tomada de decisão, sob pena de transgressão ao direito do contraditório, eis que de

⁶ O primeiro componente do contraditório é a imprescindibilidade de informação sobre os atos processuais realizados ou a ocorrer. O réu precisa ser citado, as partes comunicadas da audiência e da oportunidade para apresentação do rol de testemunhas e tantas situações em que o conhecimento é a primeira etapa do contraditório. (...) É inócuo a parte de uma ação proposta, da juntada de documentação, de contestação e comprovação de seus argumentos. Cumpre-se aqui o segundo estágio do contraditório. A oportunidade deve ser compatível com o ato a ser realizado, caso isso não se verifique, o contraditório está sendo inobservado. FERREIRA, William Santos. *Princípios Fundamentais da Prova Cível*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2014, p. 46.

⁷ FERREIRA, William Santos. *Princípios Fundamentais da Prova Cível*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2014, p. 49/50.

nada adianta ter ciência e oportunidade de se manifestar, se tal manifestação não foi considerada no momento da apreciação pelo julgador.⁸

Neste mesmo sentido, ensina Nicolò Trocker:

Il principio di partecipazione, al giudicante determina il dovere così la vera ragion d'essere e lo scopo dell'audizione. Ne consegue una prima importante indicazione: l'obbiettivo principale della garanzia in esame non è la difesa intesa in senso negativo ossia come opposizione o resistenza all'agire altrui, bensì la > influenza < intesa come Mitwirkungsbefugnis (Zeuner) o Einwirkungs-möglichkeit (Baur), ossia come diritto o possibilità di incidere attivamente sullo svolgimento e sull'esito del giudizio.⁹

Já em relação a ampla defesa, que está prevista no artigo 5, inciso LV¹⁰, da Constituição Federal de 1988, esta é intrinsecamente conectada ao contraditório, eis que sem a ampla defesa, o contraditório ficaria esvaziado (isto, pois, a parte poderia ter o direito à manifestação, mas não teria os instrumentos para exercer seu efetivo contraditório).

A ampla defesa nada mais é do que a garantia de utilização de todos os meios necessários para que se possa exercer o direito constitucional ao contraditório.

Segundo Fredie Didier Jr.: “Convém lembrar, ainda, que a ampla defesa é “direito fundamental de ambas as partes”, consistindo no conjunto de meios adequados para o exercício adequado do contraditório”.¹¹

Para Cassio Scarpinella Bueno¹² a ampla defesa tem, necessariamente, que ser entendida conjuntamente com o princípio do contraditório, como a garantia ampla de

⁸ No mesmo sentido, dispõe Heitor Vitor Mendonça Sica: “(...) Ao réu é dada a mesma chance de influir na decisão do juiz, para que ela lhe seja favorável. Sob essa perspectiva, a contestação também haveria de ser considerada como exercício do direito de ação, pois também por intermédio dela o réu reclama do Estado a tutela jurisdicional, em princípio por meio de uma sentença que reconheça ter ele, réu, razão. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O Direito de Defesa no Processo Civil Brasileiro – um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

⁹ TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione – problemi di diritto tedesco e italiano*. Milão-Itália: Editora: Dott. A. Giuffrè, 1974, p. 371.

¹⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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;

¹¹ DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil* – Vol. 01. São Paulo: Editora Juspodivm, 2016, p. 88.

¹² Não há razão para deixar de entender a ampla defesa, mais ainda a partir do que se ocupou de demonstrar o n. 5, supra, a respeito do “princípio do contraditório”, como garantia ampla de todo e qualquer acusado em sentido amplo (que é nomenclatura mais empregada para processo penal) e qualquer réu (nomenclatura mais utilizada no processo civil) ter condições efetivas, isto é, concretas de

qualquer réu ter condições efetivas (concretas) para responder as imputações que lhe estão sendo dirigidas, antes que os efeitos destas imputações sejam “sentidos”.

Em uma visão tradicional, somente se falava nos princípios acima mencionados, contraditório e ampla defesa.

Contudo, começou-se a extrair que para o exercício do contraditório e ampla defesa¹³, era indispensável que houvesse o direito (fundamental) a prova, eis que não é possível exercer o contraditório (ciência-manifestação-consideração judicial), sem que provas sejam produzidas¹⁴ para o esclarecimento do *fato probando* e de modo que a manifestação da parte possa ter reflexos efetivos no momento do julgamento (apreciação).

Destarte, a ausência do direito fundamental à prova é, em verdade, violadora do contraditório, eis que sem a produção da prova, em determinadas hipóteses, haveria a limitação da “manifestação” e da consideração judicial, de modo que, por conseguinte, haveria violação do contraditório.

É exatamente por isto que se entende atualmente que por decorrência principalmente do princípio do contraditório, há o direito fundamental à prova.

se responder às imputações que lhe são dirigidas antes que seus efeitos decorrentes possam ser sentidos. Alguém que seja acusado de violar ou, quando menos, de ameaçar a violar normas jurídicas tem o direito de se defender amplamente. Neste sentido e considerando a ressalva que diz com relação ao contraditório no sentido de “participação” e “cooperação”, de “colaboração”, a ampla defesa desempenha, na Constituição Federal, o papel que tradicionalmente era reservado ao contraditório, quase que confundido, desta forma, com a “ampla defesa”. (SCARPINELLA, Cassio Bueno. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil – Vol. 01. 6ª Edição*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 151).

¹³ “As distinções acima propostas são importantes para que se possa compreender, ainda, qual o conteúdo semântico associado ao vocábulo “ampla” quando ele adjetiva a ideia de “defesa”. A esse respeito, Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero ponderam no sentido de que por ampla defesa se deve entender “o conteúdo de defesa necessário para que o réu possa se opor ao pedido de tutela jurisdicional do direito (ao pedido de sentença de procedência) e à utilização de meio executivo inadequado ou excessivamente gravoso”. Essa acepção toma a questão a partir da perspectiva dos limites do direito de defesa, o qual não pode sofrer restrições para além do estabelecido pelo postulado da proporcionalidade”. (REICHELTL, Luis Alberto. *Sobre o conteúdo do direito fundamental à ampla defesa e sua densificação no novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo – Repro – Vol. 270/2017, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017).

¹⁴ Reconhece Francisco dos Santos Dias Bloch, em relação ao direito à prova:

“(…) Disto se conclui que a atividade probatória, em sede processual, é uma garantia decorrente dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, especialmente por tratar diretamente da participação dos jurisdicionados no processo, legitimando a própria jurisdição em um Estado Democrático de Direito (...)”. (BLOCH, Francisco dos Santos Dias Bloch. *Direito à prova e Cerceamento de defesa*. São Paulo: Editora Lualri, 2016, p. 26).

Como dito acima, para Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, tem-se que o direito à prova nada mais é do que o conteúdo do direito fundamental ao contraditório, sendo que é a dimensão substancial do princípio do contraditório. E, desta forma, por ser consequência lógica, o direito à prova também é um direito fundamental¹⁵.

E continuam os mencionados autores, destacando principalmente que o direito fundamental à prova detém um conteúdo complexo no sentido de que não se garante tão somente o direito de produzir à prova em si, mas também o direito da oportunidade de requerer mais provas, de se manifestar sobre as provas, de participar da produção da prova e, evidentemente, o direito a que as provas sejam apreciadas e consideradas pelo órgão julgador (consideração judicial)¹⁶.

Portanto, conforme Eduardo Cambi¹⁷, a efetividade do direito fundamental à prova é uma busca por uma tutela jurisdicional justa em que se efetiva realmente o contraditório e o devido processo legal (art. 5º, LIV¹⁸ da CF).

Por fim, vale destacar que Paulo Osternack Amaral¹⁹, complementa essa noção de direito fundamental à prova deduzindo que com este direito à prova traz duas grandes consequências:

- a) A primeira consequência seria de que as partes terão o direito de produzir todas as compatíveis com a lei (típicas ou atípicas), que sejam idôneas e que que sirvam para a comprovação das alegações;

¹⁵ “O direito à prova é conteúdo do direito fundamental ao contraditório. A dimensão substancial do princípio do contraditório o garante. Nesse sentido, o direito à prova é também um direito fundamental. (...)”. DIDIER JR. Fredie, BRAGA, Paula Sarno; ALEXANDRIA, Rafael de Oliveira. *Curso de Direito Processual Civil* – Vol. 02. 11ª Edição. São Paulo: Editora Juspodivm, 2016, p. 46.

¹⁶ “O direito fundamental à prova tem conteúdo complexo.

Ele compõe-se das seguintes situações jurídicas: a) o direito à adequada oportunidade de requerer provas; b) o direito de produzir provas; c) o direito de participar da produção da prova; d) o direito de manifestar-se sobre a prova produzida; e) o direito ao exame, pelo órgão julgador da prova produzida”. DIDIER JR. Fredie, BRAGA, Paula Sarno; ALEXANDRIA, Rafael de Oliveira. *Curso de Direito Processual Civil* – Vol. 02. 11ª Edição. São Paulo: Editora Juspodivm, 2016, p. 47.

¹⁷ CAMBI, Eduardo. *Curso de Direito Probatório*. Curitiba: Editora Juruá, 2014, p. 258/259.

¹⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

¹⁹ AMARAL, Paulo Osternack. *Provas – atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 33.

- b) A segunda consequência é que as partes poderão se contrapor às provas produzidas no processo (inclusive requerendo novas provas a partir da realização de outra – seria um fato novo que geraria o direito à prova), influenciando ativamente em todas as fases da atividade probatória;
- c) A terceira consequência é a de que o direito fundamental à prova dirige um comando ao julgador que deverá admitir todas as provas idôneas a contribuir para o convencimento judicial e o esclarecimento do *fato probando*, inclusive deverá o julgador valorar as provas produzidas, indicando quais fatos foram provados e quais não se reputam provados, com exame crítico-valorativo sobre as provas produzidas, deixando claro os fundamentos (e as provas) que nortearam a conformação da convicção do julgador.²⁰

Ademais, é importante salientar que o direito fundamental à prova teve um forte reforço com a vigência do Código de Processo Civil de 2015.

O primeiro ponto que se pode destacar em relação ao direito fundamental à prova em relação ao Código de Processo Civil de 2015 é a previsão do art. 369:

²⁰ Aliás, em relação a esta terceira consequência, extrai-se que o art. 370 do CPC, em seu “caput” é expresso no sentido de que o juiz deverá deferir todas as provas necessárias, e somente no parágrafo único é que diz que indeferirá as provas meramente protelatórias ou inúteis. Assim sendo, extrai-se da literalidade do artigo (morfologia do artigo), que a regra atual é o deferimento da prova e a exceção é o indeferimento. Neste sentido, aduziu William Santos Ferreira:

“2. Regra: deferimento da prova. Exceção: indeferimento, mediante decisão fundamentada. No CPC/1973 a norma vinha prevista no início do Código ao tratar dos poderes, deveres e responsabilidade do juiz, tendo sido deslocada para a parte geral das provas, o que é mais adequado. A modificação relacionando o art. 370 e o art. 369 é paradigmática, porque embora caiba ao juiz o deferimento ou indeferimento de provas, que antes estavam na mesma “cabeça” do art. 130 no CPC/1973, agora o caput do art. 370 traz o deferimento da prova, relegando separadamente o indeferimento para o parágrafo único, como norma de exceção e esta ainda depende de decisão fundamentada, tanto que o direito da parte de emprego de meios lícitos e morais está estampado no art. 369. A “titularidade da prova” não é do juiz e nem das partes (princípio da comunhão da prova – qualquer um pode se utilizar da prova independentemente de quem a produziu), mas a parte tem “direito aos meios”. Embora os requisitos devam ser observados (v. próximo item), tanto para o deferimento de uma prova, quanto para o seu indeferimento, não se pode deixar de reconhecer que, na dúvida, é preferível a autorização para produção de uma prova, isto porque um julgamento desfavorável é natural, mas um julgamento escorado em um obstáculo para que o fato pudesse ser demonstrado, além de um violação das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, representa uma ruptura gravíssima do estado de direito, configurando violação do devido processo legal. Afinal, como ser atingido por um processo no qual a prova do fato necessário lhe foi obstaculizada? Em casos assim, a decisão judicial tomada é ilegítima constitucionalmente. (FERREIRA, William Santos. ARRUDA ALVIM, Teresa; DIDIER, Fredie Jr.; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. FERREIRA, William Santos (et al). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1062).

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Ora, o art. 369 do CPC é expresso em determinar que as partes têm o direito de empregar todos os meios de prova, ou seja, é um direito intrínseco às próprias partes em empregar todos os meios de prova (o que coaduna com a terceira consequência da existência do direito fundamental à prova descrito acima).

Aliás, William Santos Ferreira²¹ já ensinava que a nova redação do artigo supramencionado garante às partes o direito de produzir todas as provas para provar a verdade dos fatos. Ou seja, a nova redação do artigo explicita e garante o direito à prova às partes, o que é de fundamental importância, pois é a garantia legal de que o direito à prova é das partes, o que refletirá na produção antecipada de prova e no destinatário da prova não ser mais tão somente o juiz, conforme será detalhado abaixo.

O mesmo art. 369 do CPC determina a utilização da máxima eficiência dos meios probatórios, eis que a artigo supramencionado dispõe o direito das partes em “empregar” “todos os meios” “para provar a verdade dos fatos”.

Assim ensina William Santos Ferreira²²:

²¹ FERREIRA, William Santos. ARRUDA ALVIM, Teresa; DIDIER, Fredie Jr.; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. FERREIRA, William Santos (et al). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1062.

²² Mas, modernamente, a disciplina legal, o estudo e a aplicação concreta das ações probatórias são enriquecidos pela constatação – essa sim, bem mais recente – da existência de um direito autônomo à prova. Supera-se a noção de que as provas têm por destinatário único o juiz, não dizendo respeito às partes. Reconhece-se que as partes têm, em relação às provas, não apenas uma faculdade estritamente instrumental e interna ao processo, atinente ao exercício da ação e da defesa. Mais do que isso, as partes têm direito à produção ou à aferição da veracidade da prova, antes e independentemente do processo, por uma série de razões: avaliar suas chances efetivas numa futura e eventual disputa litigiosa, estimar os custos de tal disputa, verificar as possibilidades e termos de um possível acordo com o adversário – e assim por diante. Como se vê, esses objetivos guardam relação instrumental com uma possível disputa litigiosa, em que aquela prova poderia vir a ser usada. Mas essa disputa litigiosa não é apenas futura, e sim também eventual. Pode vir a não existir. Mais do que isso, o resultado da ação probatória pode ser decisivo para que ela não ocorra. Evidencia-se assim que a prova, ainda que não perdendo seu caráter de instrumentalidade, não se destina apenas à demonstração de fatos dentro de um específico processo. Tem um papel que vai muito além disso, ao fornecer previamente balizas para as partes, como acima destacado. (TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada de prova no código de processo civil de 2015*. Revista de Processo – Repro. Vol. 260/2016. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016, pág. 76.).

(...) O art. 369 expressamente destacou, inovando em relação à legislação anterior, o direito a quem é parte de “empregar” “todos os meios” “para provar a verdade dos fatos” e “influir eficazmente na convicção do juiz”. Em síntese, o emprego dos meios tem uma extensão qualitativa fundamental, porque de nada adiantaria o acesso aos meios se estes não contassem com um sistema apto a ter seus objetivos alcançados efetivamente, isto é, se a produção de uma prova foi deferida, os modos de comportamento em sua produção devem sempre ser orientados para que o procedimento instrutório seja eficiente (art. 37, da CF e art. 8.º do CPC/2015) e não por atos como se fossem apenas uma etapa a ser superada, enfim, que as atividades tenham aptidão para alcançar os resultados esperados, considerando-se aqui um mandado de otimização na aplicação das regras processuais probatórias (princípio da máxima eficiência dos meios probatórios).²³

Em verdade, a própria produção antecipada de prova é a positivação do direito fundamental à prova das partes, tanto é que o art. 381 do CPC prevê um direito autônomo à prova, no sentido de que a parte poderá produzir a prova para simplesmente ter o esclarecimento de um determinado fato *probando*, especialmente o art. 381, II e III do CPC:

Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

- II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;
- III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

Aliás é exatamente neste sentido que José Miguel Garcia Medina²⁴ dispõe que o Código de Processo Civil de 2015 com o art. 381 reconhece e positiva o direito fundamental à prova através de uma ação autônoma (e não mais cautelar) e, por consequência, traz à tona que o juiz não é o único destinatário da prova, mas também as partes (como será abaixo detalhado e abordado).

²³ FERREIRA, William Santos. ARRUDA ALVIM, Teresa; DIDIER, Fredie Jr.; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. FERREIRA, William Santos (et al). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 1062.

²⁴ A produção antecipada de prova tem por finalidade preservar os elementos de prova, a fim de que os mesmos sejam admitidos e avaliados em outro processo. Está-se aqui, pois, diante de consectário de direito à prova, de que se tratou no início do presente item.

(...) Mas o CPC/2015 inova ao permitir a produção antecipada de provas sem que se exija a demonstração de risco, ou de urgência na produção da prova. Admite-se a produção antecipada de prova, também, com o intuito de se viabilizar a realização de conciliação ou outro modo de composição de conflito (art. 381, II, do CPC/2015) bem como para se justificar ou, até, evitar o ajuizamento de ação (art. 381, III, do CPC/2015). (...) O CPC/2015 reconhece expressamente, pois, que o direito à prova é exercitável através de ação autônoma. Não se trata de ação cautelar, diversamente da disciplina procedimental que lhe dava o CPC/1973. A previsão de uma ação com o intuito de obter a prova também importa no reconhecimento de que não apenas o juiz, mas também as partes são destinatárias da prova. (MEDINA. José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. 2ª Edição. Editora Revista dos Tribunais: 2016, São Paulo, p. 321).

CAPÍTULO II.

Da produção antecipada de prova e suas características:

a) conceituação:

As provas em geral são produzidas no curso do processo, isto é, após encerrada a fase postulatória, inicia-se a fase de instrução do processo, em que observadas as determinações legais, há a produção das provas. Excetuando-se, evidentemente, a juntada de provas com a petição inicial, contestação e demais manifestações que ocorram.

Já na produção antecipada de prova, há um adiantamento temporal do momento da produção da prova, de modo que as partes produzem a prova antes mesmo de que se tenha a instauração de uma lide (pretensão resistida).

Portanto, sinteticamente, este instituto nada mais é do que a produção da prova antes do momento “oportuno”, “próprio”.²⁵

Desta forma, entende-se que a ação de produção antecipada de prova é a demanda através da qual se consubstancia o direito autônomo à produção de prova (direito fundamental à prova), em momento anterior ao processo que se visa ajuizar (ou para conhecimento do fato ou para tentar conciliação), ou mesmo em momento antecipado em relação à fase instrutória de a ação que tem por objeto o direito material controvertido (incidentalmente).²⁶

Para Moacyr Amaral Santos²⁷, as provas, em regra, são produzidas na inicial, contestação e audiência de instrução. Ocorre que, em certos casos, por conveniência, ou por necessidade, há que se produzir determinada prova (para invocar em controvérsia futura) antes do momento próprio de sua produção, é aí que surge a produção antecipada de prova – ou seja, é a produção da prova antes do seu momento próprio de produção (é a antecipação temporal da produção da prova).

²⁵ Neste sentido, ensina Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: “Em regra, a produção da prova ocorre no curso do processo, especialmente na audiência de instrução e julgamento. Excepcionalmente, essa produção ocorre em momento diverso, como ocorre com a prova pericial, com a inspeção judicial, e com a prova documental. De todo modo, porém, a produção da prova normalmente ocorre dentro do processo para qual ela é destinada. (MARINONI, Luiz Guilherme (coord.), ARENHART, Sérgio Cruz (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil – artigos 381 ao 484* – Vol. VII, 2ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 35/36).

²⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 367

²⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Vol. 01. 5ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 1983, p. 315.

Continua o mencionado autor²⁸, dizendo que a produção antecipada de prova pode ter a natureza preventiva, conservatória ou assecuratória (cautelar – por conta da urgência preciso preservar o direito à prova). Ou então, a produção antecipada de prova possui uma natureza preparatória para eventual ação futura, sem contar a possibilidade de se ter a produção antecipada de provas para obtenção de informações (esclarecimento de um determinado fato) ou para fins de mediação e/ou conciliação.

i) Evolução histórica da produção antecipada de prova:

Antes de se iniciar o estudo detalhado sobre a produção antecipada da prova no Código de Processo Civil, far-se-á, de forma sintética, uma breve contextualização histórica, acerca do surgimento da produção antecipada de prova no sistema processual brasileiro e sua evolução.

Como afirma Graciela Iurk Marins²⁹, as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas tiveram forte influência no direito brasileiro, servindo de base à legislação que se seguiu.

Assim, tem-se que a produção antecipada de prova era prevista nas Ordenações Filipinas, mesmo que não sistematicamente prevista como atualmente, havia a previsão no Livro III, Título LV §7º em relação à produção antecipada de prova testemunhal, tendo em vista o caráter da urgência:

§7º E se o autor, antes da demanda começada, requerer ao julgador, que lhe sejam perguntadas, algumas testemunhas sobre a causa, que entende demandar, alegando que são muito velhas, ou enfermas de grande enfermidade, ou estão aviadas para se partir para fora Reino, e que seus ditos estejam cerrados para os dar em ajuda de sua prova e se abrirem e se publicarem ao tempo, que com direito se deva fazer, manda-las-á o Julgador perguntar, sendo ele primeiramente informado da dita velhice e enfermidade, ou longa ausência, e sendo outrossim a parte contrária citada, para ver como juram, em sua pessoa, se puder ser achada, se não à porta de sua casa, presente sua mulher ou vizinhança, que lho hajam de notificar.³⁰

²⁸ SANTOS, Moacir Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Vol. 01. 5ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 1983, p. 315/316.

²⁹ MARINS, Graciela Iurk. *Produção Antecipada de Prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 25.

³⁰ <http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/l3p645.htm>. Acesso em 27/02/2020, às 22:15

Já o §8º do mesmo livro e título, previa a possibilidade do réu (como um pedido de prova contraposto), requerer também a produção de prova testemunhal, mesmo que não houvesse urgência comprovada naquele momento:³¹

§8º. E se por parte do réu for feito semelhante requerimento, ainda que as testemunhas não sejam velhas, nem enfermas, nem esperem ser ausentes, serão perguntadas em todo caso, sendo a parte citada em sua pessoa, ou em sua casa, para ver como juram, e as inquirições cerradas, assim como dito é no requerimento, feito por parte do autor; porque o dito réu não sabe, quando lhe será feita a demanda, nem está em seu poder de lhe ser feita tarde ou cedo; e se lhe assim não fossem perguntadas as testemunhas em todo tempo por ele requerido, poderão falecer ao tempo da demanda feita, e perecer o seu direito. ³²

Ou seja, deduz-se que as Ordenações Filipinas, apesar de não trazer uma sistematização da produção antecipada de prova, já continha elementos importantíssimos que irão influenciar e muito a construção histórica da produção antecipada de prova no Direito Processual Civil brasileiro, inclusive estando previsto, mesmo que de forma primitiva, o direito à produção antecipada de prova sem o requisito da urgência (apesar de suas peculiaridades), que terá reflexos até no Código de Processo Civil de 2015, como será detalhado no item a seguir.

Como afirma Graciela Iurk Marins³³, nas Ordenações Manuais as previsões sobre a produção antecipada de prova foram mantidas, inclusive no sentido de garantir a produção antecipada de prova tão somente para o caso de prova testemunhal e de urgência. Por isto que por muito tempo se associou a produção antecipada de prova a prova testemunhal e a urgência, a meu ver.

Salienta-se que o requisito de urgência somente não era necessário se comprovar, quando o réu requeresse a produção antecipada de provas, eis que nos termos do §8º acima mencionado, o réu não poderia prever quando eventual ação seria ajuizada e, por assim ser, teria o direito de produzir sua prova sobre aquele fato, sob pena de seu direito perecer.

³¹ Neste sentido, Moacir Amaral Santos comenta sobre as Ordenações Filipinas: Conquanto, em regra, as provas devessem ser dadas depois da contestação da lide e dentro do termo probatório, se podia fazer prova *ad perpetuam rei memoriam*, testemunhal ou por depoimento do adversário, se requerida pelo autor, em caso de doença, avançada idade ou próxima ausência das testemunhas ou da parte contrária e, se requerida pelo réu, em todo e qualquer caso. SANTOS, Moacir Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Vol. 01. 5ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 1983, p. 321.

³² <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p645.htm>. Acesso em 27/02/2020, às 22:15

³³ MARINS, Graciela Iurk. *Produção Antecipada de Prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 25.

Ou seja, o que se tenta demonstrar é que para fazer o pedido de produção antecipada de prova, nos termos das Ordenações, indispensavelmente o pedido do “autor” deveria ser baseado na urgência (característica assecuratória).

Já em relação à legislação processual brasileira, a primeira aparição da produção antecipada de prova surge com o Regulamento 737, que em seu art. 178 previa:

Art. 178. Si alguma testemunha houver de ausentar-se, ou por sua avançada idade ou estado valetudinario houver receio de que ao tempo da prova já não exista, poderá, citada a parte, requerida a requerimento dos interessados, aos quaes será entregue o depoimento para delle se servirem quando e como lhe convier.³⁴

Desta forma, extrai-se do art. 178 do Regulamento 737 muito da ideia das Ordenações Filipinas, permitindo tão somente o pedido de produção antecipada de prova para a produção de prova testemunhal.

Para Graciela Iurk Marins³⁵, o próximo registro de produção antecipada de provas se deu no Código de Processo Civil do Paraná (também denominado de “Código de Processo Civil e Comercial”), promulgado pela Lei 1.915 de 23.02.1920, que estabeleceu nos arts. 562 a 565 o seguinte “qualquer fato ou relação jurídica pode ser provado por testemunhas, em processo especial, que poderá depois ser utilizado como prova em ações ou negócios futuros”.

Assim, há ponderações interessantes em relação ao mencionado artigo:

- a) Se tinha uma disposição mais abrangente no sentido de provar “qualquer fato ou relação jurídica”;
- b) Não se previa a produção de prova apenas testemunhal;
- c) Não se previa a necessidade de *periculum in mora*;
- d) E, por fim, falava-se em “negócios futuros” e não tão somente a utilização para fins judiciais.³⁶

³⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm. Acesso em 27/02/2020, às 22:35.

³⁵ MARINS, Graciela Iurk. *Produção Antecipada de Prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 30.

³⁶ MARINS, Graciela Iurk. *Produção Antecipada de Prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 31.

Em relação aos Códigos Estaduais, como o Código do Paraná acima citado, Moacir Amaral Santos³⁷, afirma que tais Códigos foram calcados no regulamento 737 de 1850, bem como na doutrina e na jurisprudência que haviam se formado baseado no regulamento 737, mas que alguns Códigos Estaduais previam situações específicas (como o caso do Código do Paraná).

A próxima previsão que se destaca neste trabalho é a produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 1939.

No referido Código acima, não havia a denominação de “produção antecipada de prova”, mas sim medidas acautelatórias que visavam à produção da prova para o seu não perecimento (novamente se destacando a característica assecuratória).

A primeira previsão que merece destaque é o do art. 676 do referido Código: “Art. 676. As medidas preventivas poderão consistir: VI – em vistorias, arbitramentos e inquirições ad perpetuam memoriam”. Ou seja, o mencionado artigo ainda restringia muito a produção antecipada de prova.

Ainda relacionado a este Código, vale destacar a existência do art. 250 que previa, expressamente, a possibilidade de produção antecipada de prova, no caso de prova testemunhal e diante da urgência:

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.

Denota-se que a redação do mencionado art. 250 do CPC/1939 remete muito ainda às Ordenações Filipinas, demonstrando a forte influência que as ordenações possuíram na legislação brasileira, conforme destacado no início desse tópico.

Mas, cabe ainda ressaltar que combinando o art. 676 com o art. 229, §1º, daquele Código, já se podia deduzir a possibilidade de produção antecipada de prova também em relação ao depoimento pessoal (e não só testemunhal ou vistoria): “Art. 229. O depoimento da parte será sempre determinado com a cominação de confessa. § 1º A parte será inquirida na forma prescrita para a inquirição das testemunhas”.

³⁷ SANTOS, Moacir Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Vol. 01. 5ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 1983, p. 324.

Com o advento do Código de Processo Civil de 1973 (último antes do atual Código que será abordado separadamente abaixo), houve inúmeros avanços em relação ao que demais já havia existido.

O art. 846 do CPC/1973 previa expressamente que caberia a produção antecipada de prova em relação ao depoimento pessoal, a prova testemunhal e o exame pericial: “Art. 846. A produção antecipada da prova pode consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial”.

Ou seja, um enorme avanço legislativo em comparação com o que existia na legislação brasileira, eis que expressamente se previu a possibilidade de a realização de produção antecipada de prova em relação ao depoimento pessoal e a prova pericial (eis que a prova testemunhal era sempre prevista a sua possibilidade nas demais legislações).

Ocorre que, no CPC/73 (ressalvados entendimentos a parte que não se entrará por não ser o objeto do presente trabalho), a produção antecipada de prova era prevista no Livro III, “Do Processo Cautelar”.

Isto é, somente se poderia realizar a produção antecipada de prova caso houvesse a comprovação do *periculum in mora*, como pode se extrair dos arts. 847 e 849 do CPC/1973 ³⁸ (novamente a característica assecuratória da produção antecipada de provas se destaca).

Ou seja, permaneceu no Código de Processo Civil de 1973 a indispensabilidade da “urgência” para que fosse possível o pedido de produção antecipada de prova.

Assim, o escopo do presente tópico era demonstrar a evolução legislativa da produção antecipada de prova (conjuntamente a fortificação do reconhecimento do direito fundamental à prova cível), para que se tenha o completo entendimento do que o Código de Processo Civil de 2015 positivou, inclusive para criticar ou elogiar, eis que conhecendo a história do instituto há mais segurança para se tecer considerações sobre a produção antecipada de prova.

³⁸ Art. 847. Far-se-á o interrogatório da parte ou a inquirição das testemunhas antes da propositura da ação, ou na pendência desta, mas antes da audiência de instrução:

I - se tiver de ausentar-se;

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

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

ii) Código de Processo Civil de 2015 e a nova concepção da produção antecipada de prova:

Como dito anteriormente, a produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 1973 era de natureza cautelar, ou seja, era indispensável conter o requisito da urgência para que fosse possível a utilização deste instrumento.³⁹

Contudo, mesmo com a vigência do Código anterior, já havia doutrinadores que defendiam a ideia de que poderia ter a produção antecipada de prova mesmo sem o requisito da urgência (imposto pelo Código anterior).

Neste sentido, ensina o doutrinador Flávio Luiz Yarshell:

Na linha de raciocínio seguida nos tópicos precedentes, ao se propor a existência de um direito à prova com os contornos indicados, outra exclusão precisa ser feita. Com efeito, quando se cogita daquele, não se pensa no direito à conservação da prova diante do risco de que, pelo decurso do tempo, venha a se perder (e, assim, a ter sua produção inviabilizada no momento procedimental reservado para tanto no processo instaurado para a declaração do direito). Portanto, outra exclusão que deve ser feita, para isolar e melhor delimitar o direito à prova nos moldes aqui preconizados, diz com a produção antecipada da prova mediante tutela tipicamente cautelar.

Certo que, tratando-se de antecipação da prova com o escopo de conservá-la, a pretensão deduzida efetivamente se resume a essa providência: o que pretende o interessado é exclusivamente produzir prova para futuro processo (ou fase de um dado processo já em curso), cujo objeto, por seu turno, é a declaração do direito no caso concreto. A providência, como frequentemente se diz, é satisfativa, na medida em que o pleito e a atuação estatal se esgotam na produção da prova. Portanto, quando se afirma, como aqui se faz, a existência de um direito autônomo. À prova (entendido como direito de obtê-la de forma não necessariamente vinculada à declaração do direito), poder-se-ia até mesmo pensar que a ideia abrangeria o direito à produção de prova com natureza cautelar, isto é, com o escopo de conservação. Não pareceria propriamente incorreto, em suma, reconhecer que existe um direito autônomo à prova – isto é, que se esgota na produção dessa última – quando a providência é pedida e concedida para evitar o perecimento da mesma.⁴⁰

Assim, seguindo o entendimento de parte da doutrina, uma das grandes inovações do Código de Processo Civil de 2015 foi a positivação de que para o requerimento de produção antecipada de prova não se tem mais a necessidade da

³⁹ Vale ressaltar, como um adendo, que o Código de Processo Civil português adota, nos dias atuais, a produção antecipada de prova somente em caso de urgência, de modo que, denota-se o avanço do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 em relação ao direito autônomo à prova.

Veja-se o art. 419 do Código de Processo Civil Português. *Artigo 419.º. Produção antecipada de prova. Havendo justo receio de vir a tornar-se impossível ou muito difícil o depoimento de certas pessoas ou a verificação de certos factos por meio de perícia ou inspeção, pode o depoimento, a perícia ou a inspeção realizar-se antecipadamente e até antes de ser proposta a ação.*

⁴⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, pág. 243.

“urgência”, não havendo mais que se falar em natureza cautelar da produção antecipada de prova, mas sim caracteriza-se por ser uma ação probatória autônoma, com requisitos próprios e, dentre estes requisitos, evidentemente, há a possibilidade de se ter a urgência como fundamento para a produção antecipada de prova, mas não é mais condição *sine qua non* para a realização da produção antecipada de prova⁴¹.

Portanto, a produção antecipada de prova instituída pelo Código de Processo Civil de 2015, nada mais é do que o exercício pleno do direito fundamental à prova em que a parte poderá, sem uma pretensão resistida e sem necessariamente a urgência, requerer a produção de uma prova, às vezes tão somente para descobrir a verdade sobre determinado fato.

Aliás, neste sentido, há o enunciado 50 da I Jornada de Direito Processual Civil que preconiza: “A eficácia da produção antecipada de provas não está condicionada a prazo para a propositura de outra ação”.

Confirmando, por conseguinte, que atualmente a produção antecipada de prova é um meio pelo qual há a produção de provas sobre determinado fato, sem que necessariamente haja a obrigação de ajuizamento de ação (o que só demonstra o acima mencionado sobre a efetivação do direito fundamental à prova), sem que se imponha a urgência como requisito – é, sinteticamente, a concretização do direito fundamental à prova.

b) natureza jurídica:

A produção antecipada de prova é um processo autônomo e de jurisdição voluntária. O que há é a indicação do polo passivo contra quem a prova será produzida ou quem deverá esclarecer determinado fato (sendo que a litigiosidade potencial não desnatura a jurisdição voluntária).

⁴¹ Neste sentido, ensina Maria Elizabeth de Castro Lopes: “No Código de 1973, a produção antecipada da prova era disciplinada como medida cautelar e, por isso, exigia, para sua admissibilidade, a presença do periculum in mora. Ademais, era necessária a citação do réu que, portanto, podia oferecer defesa com o objetivo de demonstrar a desnecessidade de antecipação. A inovação introduzida pelo novo CPC não qualifica a produção antecipada de prova como medida cautelar e, partindo do pressuposto de que a prova constitui um direito autônomo, assegura sua produção independentemente da existência do periculum in mora. Vale ressaltar que a concepção da prova como direito é relativamente recente, mas também é possível qualifica-la como aspecto do princípio do contraditório. (...) Cuida-se, pois, de ação probatória autônoma com requisitos de admissibilidade próprios”. (LOPES, Maria Elizabeth de Castro. SCARPINELLA, Cassio Bueno (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil. Arts. 318 a 538 – Parte especial*. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 269/270).

Neste sentido, ensina Fredie Didier Jr.:

O processo autônomo de produção antecipada de prova é de jurisdição voluntária. Não é processo cautelar – não há sequer a necessidade e alegar urgência. A circunstância de poder haver conflito quanto à existência do direito à prova não o desnatura: é da essência da jurisdição voluntária a existência de uma litigiosidade potencial. É jurisdição voluntária pelo fato de que não há necessidade de afirmação do conflito em torno da produção da prova.⁴²

Com o Código de Processo Civil de 2015, não se exige mais a urgência como requisito para a produção antecipada de prova. De acordo com o art. 381 do CPC, até pode haver urgência na produção da prova, mas essa não mais é requisito indispensável para o ajuizamento da produção antecipada de prova.

A produção antecipada de prova, em regra, não mais pode ser caracterizada como sendo uma tutela cautelar, eis que de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, não se impõe mais a necessidade obrigatória de urgência para o ajuizamento da produção antecipada de prova.

Contudo, para Arthur Ferrari Arsuffi⁴³, apesar de concordar que a produção antecipada de prova é uma demanda autônoma e não mais um processo cautelar, tal doutrinador entende que a produção antecipada de prova é uma demanda autônoma, mas de caráter contencioso.

Com o devido respeito, o presente trabalho se filia ao entendimento exposto acima de Fredie Didier Jr., como sendo uma demanda de jurisdição voluntária que poderá ter litigiosidade (litigiosidade potencial), mas tal fato não desnatura a natureza de jurisdição voluntária⁴⁴.

c) função:

É preciso destacar que apesar de o Código de Processo Civil de 2015 não ter inserido a produção antecipada de prova como sendo uma medida cautelar, ou seja, não ter exigido que necessariamente que exista *periculum in mora*, para poder realizar

⁴² DIDIER JR, Fredie. FUGA, Bruno Augusto Sampaio (coord.) et al. *Produção Antecipada da Prova – Questões Relevantes e Aspectos Polêmicos*. Londrina-PR: Editora Thoth, 2018, pág. 199.

⁴³ ARSUFFI, Arthur Ferrari. *A nova produção antecipada da prova. Estratégia, eficiência e organização do processo*. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 228.

⁴⁴ DIDIER JR, Fredie. FUGA, Bruno Augusto Sampaio (coord.) et al. *Produção Antecipada da Prova – Questões Relevantes e Aspectos Polêmicos*. Londrina-PR: Editora Thoth, 2018, pág. 199.

uma produção antecipada de prova, o Código também não excluiu a possibilidade de se ter a produção antecipada de prova fundada na urgência.

Feita a primeira ressalva, vamos a previsão do art. 381 do CPC:

Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

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

A produção antecipada de prova possui as funções de: a) preservar o fato a ser provado; b) utilizar na tentativa de autocomposição; c) ser utilizada simplesmente para o conhecimento dos fatos para ulteriormente deliberar sobre o ajuizamento ou não de uma futura ação.⁴⁵

A primeira função da produção antecipada de prova continua sendo a função corriqueira (clássica) dentro do nosso ordenamento jurídico, qual seja, a preservação da prova diante do *periculum in mora* (característica assecuratória).

Ora, esta era a função da produção antecipada de prova no Código anterior (CPC/73), sendo que o Código atual (2015) manteve essa função, até por conta de sua relevância para o sistema jurídico.

A garantia da produção antecipada de prova fundada no *periculum in mora* é, além da efetivação do direito à prova, também do contraditório, e da ampla defesa e do devido processo legal.

⁴⁵ Como já advertido, acolhendo à moderna visão doutrinária que alarga o conceito de interesse legítimo na produção antecipada de prova para além do simples risco de impossibilidade física da futura instrução no juízo contencioso, o novo código admitiu a medida em duas outras situações: (a) quando a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; e (b) quando o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação. O novo código reconhece, pois, riscos ou motivos jurídicos distintos da impossibilidade de produção futura da prova, mas que se mostram relevantes para ulterior tomada de decisões pela parte promovente. A falta de prova atual, por si só, pode obstar, dificultar, ou simplesmente comprometer a futura defesa de interesses em juízo. Por isso, antes de decidir sobre o ingresso em juízo, ou mesmo sobre a conveniência ou não de demandar, é justo que o interessado se certifique da realidade da situação fática em que se acha envolvido. Obtendo provas elucidadoras previamente, evitar-se-ia demanda temerária ou inadequada à real situação da controvérsia. Esclarecida a quadra fática, facilitar-se-ia a autocomposição, ou até mesmo se evitaria o ingresso em juízo com demanda desnecessária e inviável. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2016. p. 913.

Isto, pois, caso não fosse possível a realização da produção antecipada de prova, o objeto da prova poderia perecer, prejudicando a parte requerente no futuro processo.

Assim, esta primeira função de garantia da realização da produção da prova em casos que haja o *periculum in mora* é de suma importância para a efetivação do direito à prova.

Já a segunda função da produção antecipada de prova começa as inovações do Código de Processo Civil de 2015, é a realização da produção da prova como um instrumento fomentador da autocomposição das partes.

Mister se faz salientar que o Código de Processo Civil de 2015, como uma de suas principais características, o fomento a autocomposição⁴⁶. Assim, não poderia ser diferente em relação a produção antecipada de prova.

Ora, o art. 381, II, do CPC, prevê a realização da produção antecipada de prova como um meio influenciador da autocomposição ou qualquer outra solução amigável.

Tal propósito, é sim, muito coerente e acertado, eis que a ideia desta previsão é a de que as partes, tendo ciência e contato com a prova ali já produzida, consigam realizar uma análise de risco, caso haja futuramente o ajuizamento de um processo. E, diante desta análise de risco (já diante de provas produzidas), é que se propõem a tentativa de autocomposição.

Para Roberto Omar Berizonce⁴⁷, a ideia, sem dúvida alguma, é muito boa, eis que remete as partes a uma solução autocompositiva, mas já com uma perspectiva

⁴⁶ Vide, por exemplo, o art. 3º do CPC (parte geral):

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

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

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

⁴⁷ “(...) La incorporación a nuestros ordenamientos de los mecanismos y técnicas de instrucción preliminar porbatoria constituiría, sin duda, un avance transcendental para el mejoramiento del sistema de justicia común, por todas las razones ya analizada. (...).

Em cuanto al modelo procesal, se hace menester regular las diversas etapas y procedimientos que conforman la mentada instrucción preliminar, imaginada com uma doble finalidade: i) como mecanismo auxiliatorio facilitador de la negociación entre las partes, en cuanto contribuye al esclarecimiento, siquiera provisional de los hechos conducentes y decisivos para la solución del conflicto. De modo que las partes queden en las mejores condiciones de conocimiento e información sobre la fundabilidad de los derechos que esgrimen y, em consecuencia, puedan acordar de modo libre, deliberado y consciente, si veren convenirle, uma solución amistosa; (...). BERIZONCE, Roberto Omar. DIDIER, Fredie Jr. (coord.); FERREIRA, William Santos (coord.); JOBIM, Marco Félix (coord.). *Direito Probatório*. Vol. 05. 2ª Edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 648/649.

analítica muito satisfatória, tendo em vista a já produção de prova, fazendo com que, ao menos em tese, haja mais soluções autocompositivas.

Há, ainda, a função de meramente conhecer e produzir prova sobre determinado fato e, a partir deste conhecimento, realizar ou não o ajuizamento de ação futura.

Esta função retro referida é a positivação e a manifestação clara e explícita do direito fundamental à prova, eis que a parte poderá requerer a produção da prova tão somente para o conhecimento de determinado fato.

Sendo que após a realização da produção da prova, a parte requerente poderá não ajuizar nenhuma ação judicial, ou seja, realizou o procedimento da produção antecipada de prova apenas para conhecimento do fato (direito fundamental à prova).

Vale salientar, também, que esta última função é muito válida em determinados *hard cases*, eis que poderá realizar uma produção antecipada de prova (como uma prova pericial), apenas para “conhecimento dos fatos” e, após a prova ser produzida, realizar uma análise (já com uma produção de prova) sobre o ajuizamento ou não de uma ação.

Enfim, a produção antecipada de prova possui, atualmente, um importante e destacado papel dentro do processo civil brasileiro, sendo, inclusive, que os aplicadores do direito devem analisá-lo com mais atenção, dado que há inúmeros recursos estratégicos que podem (licitamente) serem utilizados baseando-se na produção antecipada de prova.

i) Vedação ao *fishing expedition*

Como já foi dito ao longo deste trabalho, há uma grande conquista com a positivação e organização do direito autônomo à prova, inclusive com a possibilidade de se realizar a produção da prova de forma antecipada apenas para esclarecimento do fato e/ou para tentar a autocomposição.

Contudo, é necessário se ressaltar um problema, que é o *fishing expedition*.

Para André Bruni Vieira Alves⁴⁸, o *fishing expedition* é um termo advindo do direito inglês, que traduzido pode ser entendido como “pescar informações”. Ocorre

⁴⁸ ALVES, André Bruni Vieira. DIDIER, Fredie Jr. (coord.); FERREIRA, William Santos (coord.); JOBIM, Marco Félix (coord.). *Direito probatório*. Vol. 05. 2ª Edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 570.

que essa prática é nociva ao direito fundamental à prova, eis que as partes buscam as ações autônomas a prova como uma forma de “pescar” informações relevantes com claro escopo abusivo, para tentar gerar e/ou provocar uma ação imaginada, mas que até então não passa de mera especulação.

Em outras palavras, é uma forma de se utilizar das ações probatórias para intimidar o requerido, partindo de elucubrações do requerente utilizando o instrumento para buscar ou realizar uma investigação partindo de pressupostos hipotéticos, desvirtuando assim os benefícios e os propósitos do direito autônomo à prova. Configurando, assim, um abuso de direito à prova, que nada mais é do que um ato ilícito nos termos do art. 187⁴⁹ do Código Civil e, por conseguinte, não pode ser permitido.

Desta forma, para solucionar esta celeuma e tentar vedar o *fishing expedition* no direito brasileiro, André Bruni Vieira Alves⁵⁰ propõe que ao se requerer a produção de prova sem o requisito da urgência, que haja a demonstração da *relevância* da prova, isto é, que se demonstre a potencial controvérsia que poderá a vir ser instalada e a *utilidade* da prova para evitar (ou confirmar) a necessidade de uma ação judicial futura ou a possibilidade de composição das partes.

Em síntese, mesmo diante do direito fundamental à prova, a fim de evitar abusos e distorções, há a necessidade de demonstração do interesse processual naquela produção de prova, com a demonstração da relevância de determinada prova e alguma potencial controvérsia⁵¹.

⁴⁹ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁵⁰ ALVES, André Bruni Vieira. DIDIER, Fredie Jr. (coord.); FERREIRA, William Santos (coord.); JOBIM, Marco Félix (coord.). *Direito probatório*. Vol. 05. 2ª Edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 569/570.

⁵¹ Em suma, em que pese a ação probatória sem o requisito da urgência decorrer de um direito autônomo à prova e que seja diferente de um direito de provar (compreendido no direito de ação e defesa), a admissibilidade do procedimento deve ter – como em qualquer produção de prova judicial – a relevância como requisito, devendo necessariamente referir-se a uma conexão lógica com os fundamentos (mesmo que em abstratos e meramente potencial, repita-se) de alguma potencial controvérsia que poderá se instaurar em ação judicial futura. (ALVES, André Bruni Vieira. DIDIER, Fredie Jr. (coord.); FERREIRA, William Santos (coord.); JOBIM, Marco Félix (coord.). *Direito probatório*. Vol. 05. 2ª Edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 570).

d) procedimento

i) legitimidade ativa:

Em relação à legitimidade ativa da produção antecipada de prova, de qualquer pessoa que justifique a utilidade futura daquela prova produzida, independentemente de o requerente da produção antecipada ser autor, réu ou interessado em eventual e futura ação que poderá ser ajuizada.

Neste sentido, ensina o doutrinador Eduardo Talamini:

A legitimidade ativa recai sobre todo aquele que justifique a utilidade da produção da prova à luz de uma possível e eventual pretensão ou defesa. Para legitimar-se ativamente para a produção antecipada, é irrelevante a posição que o sujeito ocuparia no eventual e futuro processo em que usaria a prova: autor, réu, terceiro interveniente.⁵²

ii) legitimidade passiva: contra quem ajuizar e a possibilidade de ampliação subjetiva:

Em regra, o sujeito passivo da produção antecipada de prova é contra quem a prova será produzida e poderá ser utilizada (se for o caso), em possível ação que for ser ajuizada.

Um dos grandes problemas que surge no aspecto do polo passivo da produção antecipada de prova é no caso de o autor da produção que arrolou apenas um sujeito no polo passivo, mas, posteriormente ao ajuizar a ação principal (se for o caso) utiliza aquela produção antecipada de prova contra mais de uma pessoa, formando um litisconsórcio passivo apenas no processo principal.

Aqui a celeuma se instaura, eis que haveria a utilização da produção antecipada de prova contra pessoa da qual não participou (ou sequer estava ciente) da produção antecipada de prova. Problema este que será abordado detalhadamente no Capítulo 4 abaixo.

Outro ponto importante de ser destacado é a possibilidade de ampliação do polo passivo na produção antecipada de prova.

Ora, como dito acima, há casos em que a produção antecipada da prova somente foi ajuizada em face de um sujeito passivo, mas por vezes essa prova poderá ser utilizada no processo principal (caso este venha a existir) contra outras pessoas

⁵² TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada de prova no código de processo civil de 2015*. Revista de Processo – Repro. Vol. 260/2016. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016, pág. 83.

que não fazem parte daquela produção antecipada de prova (ou seja, essas pessoas possuem interesse jurídico naquela produção antecipada de prova).

Assim, o sujeito passivo da produção antecipada de prova, que já tiver ciência que o processo principal poderá conter novos sujeitos, poderá pleitear a ampliação subjetiva do polo passivo da produção antecipada de prova (até em observância dos princípios da cooperação e eficiência).

Casos como litisconsórcio, assistência simples, chamamento ao processo, denunciação da lide, são hipóteses em que se a produção antecipada de prova foi ajuizada somente em face de um sujeito passivo, este poderá, com base em um desses institutos, por exemplo, requerer a ampliação subjetiva do polo passivo.⁵³

Neste sentido, ensina Fredie Didier Jr.:

Vamos imaginar uma situação: o requerido, na produção antecipada de prova, pode vir a ser réu em futuro processo de conhecimento – uma ação de indenização, por exemplo; neste futuro processo, o requerido poderá denunciar a lide a terceiro; a prova que será utilizada contra o requerido é exatamente a prova cuja produção se pretende antecipar; o requerido certamente desejará utilizar a prova em face do futuro denunciado a lide.

Para casos assim, Cândido Dinamarco cogitou a possibilidade de o requerido, ainda na produção antecipada de prova, trazer ao processo o futuro denunciado a lide, com o propósito de inclui-lo no âmbito de eficácia da prova; com isso, outra pessoa também ficaria submetida à prova produzida, que, na futura denunciação da lide, poderia ser utilizada.

As regras que permitem a intervenção *iussu iudicis* e a formulação de pedido contraposto de produção de prova sobre o mesmo fato indicam que a intervenção atípica proposta por Dinamarco não apenas é permitida, ela é recomendada. De um lado, há o indicativo de que é preciso incluir no processo de produção de prova todos quantos possa interessar-se pela produção da prova; de outro lado, admite-se claramente o alargamento do processo de produção antecipada de prova, desde que o processo permaneça restrito aos meus fatos.⁵⁴

⁵³ Em relação a intervenção de terceiros, Daniel Amorim Assumpção Neves: “Após as considerações feitas, resta inequívoco o cabimento da assistência no processo cautelar de produção antecipada de provas, até porque, já que a melhor doutrina cria uma espécie de intervenção de terceiro, chamada de assistência provocada, não há dúvida de que a assistência tradicional – voluntária, portanto – é totalmente permitida no processo cautelar de produção antecipada de provas. Os sujeitos que tenham qualquer interesse jurídico na solução de eventual e futuro processo principal – serão admitidos no processo cautelar como assistentes, o que permitirá que a prova produzida gera também contra eles efeitos no processo principal”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações Probatórias Autônomas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 162/163.

⁵⁴ DIDIER JR, Fredie. FUGA, Bruno Augusto Sampaio (coord.) et al. *Produção Antecipada da Prova – Questões Relevantes e Aspectos Polêmicos*. Londrina-PR: Editora Thoth, 2018, pág. 208.

Aliás, vale salientar o entendimento de Lia Carolina Batista Cintra⁵⁵, que por força do art. 382, §1º do CPC, garante o juiz citar interessados “de ofício”, caso a produção antecipada de provas seja manejada contra apenas um requerido e, caso o juiz já preveja que aquela prova poderá ser utilizada contra quem não figura no polo passivo (contra eventual “chamado” ou “denunciado”), poderá então determinar a citação de todos os requeridos que ele entenda que possam ter relação com a demanda, de modo que o próprio juiz faria a ampliação subjetiva da lide⁵⁶.

iii) competência

Em relação à competência, tem-se que o art. 381, §2º do Código de Processo Civil, em grande parte, pacifica a celeuma envolvendo a competência do ajuizamento da ação de produção antecipada de provas, eis que determina: a) que a competência para o ajuizamento da produção antecipada de prova é do foro onde a prova será produzida⁵⁷; ou então b) no foro de domicílio do réu. *Ipsis litteris*:

Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

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

Portanto, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, a questão da competência foi pacificada, cabendo o ajuizamento tanto no domicílio do réu ou então

⁵⁵ CINTRA, Lia Carolina Batista. *Intervenção de terceiro por ordem do juiz – a intervenção iussu iudicis no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 168/169.

⁵⁶ “O dispositivo permite trazer para o processo aqueles que seriam denunciados ou chamados no processo em que a prova seria afinal utilizada, contemplando uma assistência provocada. Mas muito além: em primeiro lugar, o dispositivo não se limita a afirmar que seria possível a citação somente daqueles que poderiam ser denunciados ou chamados em futuros processos; a locução ‘interessados na produção da prova ou no fato a ser provado’ é extremamente ampla. Além disso, permite que o próprio juiz, de ofício, determine a citação de referidos interessados. (...)”

A *mens legis* não deve ser vista exclusivamente no fato de viabilizar futuramente uma intervenção de terceiro dentre aquelas já disciplinadas no ordenamento e que não poderiam ter lugar ou que teriam sua utilidade mitigada no caso de a prova produzida não ser oponível ao interveniente que não participou do contraditório da sua produção. É possível enxergar além e ver aí mais uma abertura do sistema para a realização prática do acesso à justiça, do contraditório, da economia processual e da harmonia dos julgados. (CINTRA, Lia Carolina Batista. *Intervenção de terceiro por ordem do juiz – a intervenção iussu iudicis no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 168/169).

⁵⁷ Este dispositivo do Código de Processo Civil de 2015 brasileiro foi inspirado pelo art. 78 do CPC português (ou art. 83º do CPC/1961 português): 1 - Quanto a procedimentos cautelares e diligências anteriores à proposição da ação, observa-se o seguinte: (...) d) As diligências antecipadas de produção de prova são requeridas no tribunal do lugar em que hajam de efetuar-se.

no local aonde a prova será produzida (este último com o intuito de facilitar a produção da prova).

Vale destacar que para Fredie Didier Jr., o §2º do art. 381 do CPC criou uma regra de foros concorrentes, além de ser uma regra de competência territorial e, por não haver ressalva, é o caso de competência relativa. Ademais, complementa o autor que o direito de escolha do juízo competente dever ser exercido conforme os princípios da competência adequada e da boa-fé processual⁵⁸.

O que também merece destaque em relação à competência é que o art. 381, §3º do CPC resolveu a problemática em relação a prevenção, de modo que define o mencionado artigo que não haverá prevenção do juízo do qual tramitou a ação de produção antecipada de prova com eventual ação que venha a ser proposta, mesmo que decorra de provas produzidas na produção antecipada de provas.

Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

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

iv) tutela provisória

Apesar de a produção antecipada de prova ser um procedimento de jurisdição voluntária, em determinados casos, já pode haver uma peculiaridade na demanda que possa justificar o pedido e a concessão de tutela provisória de urgência.

Ora, primeiramente, cabe destacar que o art. 300 e seguintes do CPC em momento algum vedam a aplicação da tutela provisória de urgência em processos de jurisdição voluntária, exigindo, tão somente que haja a probabilidade do direito e o perigo da demora ou risco ao resultado útil do processo.

Para entender a tutela provisória e sua aplicabilidade nos casos de produção antecipada de prova, é necessário compreender a sistemática da concessão de tutela provisória em processo contencioso (com pretensão resistida).

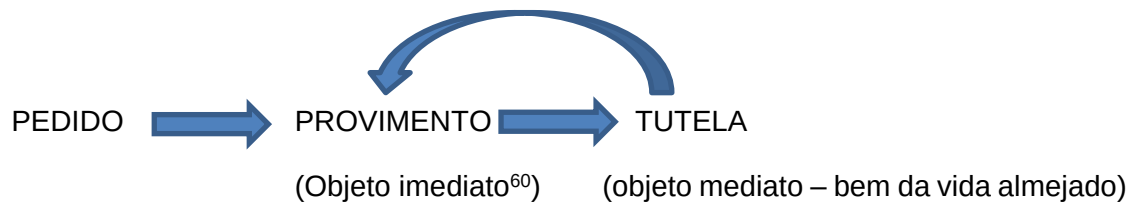
Para José Roberto dos Santos Bedaque⁵⁹, a concessão de tutela provisória antecipada nada mais é do que a antecipação no tempo do objeto mediato (bem da vida almejado) do pedido realizado pelo autor da ação. Em outras palavras é a técnica

⁵⁸ DIDIER JR, Fredie. FUGA, Bruno Augusto Sampaio (coord.) et al. *Produção Antecipada da Prova – Questões Relevantes e Aspectos Polêmicos*. Londrina-PR: Editora Thoth, 2018, pág. 203.

⁵⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. SCARPINELLA, Cassio Bueno (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 01. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 922.

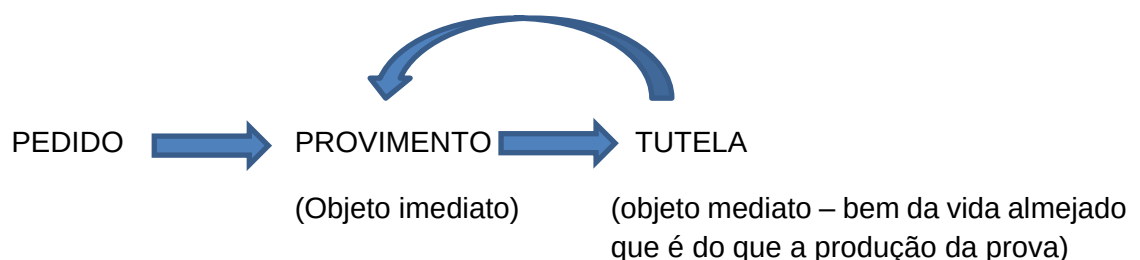
pela qual há uma antecipação provisória dos efeitos da tutela final (natureza satisfativa, eis que se obtém o bem da vida almejado de forma antecipada).

Para ilustrar o que ocorre nos casos de tutela provisória antecipada nos processos contenciosos, far-se-á o diagrama abaixo:



No caso da produção antecipada de prova, o objeto mediato (bem da vida almejado) do pedido na “produção antecipada de provas” é a própria realização da produção de determinada prova. Diante disto, nada mais coerente e razoável, que por meio de interpretação sistemática, se entender como possível a concessão de tutela provisória antecipada também em sede de produção antecipada de prova, eis que o adiantamento temporal do objeto mediato é possível (como demonstrado acima) e, por consequência, se faz possível então a antecipação no tempo da realização da prova (objeto mediato).

Para ilustrar o que ocorre nos casos de tutela provisória antecipada na produção antecipada de prova, far-se-á o diagrama abaixo:



Ora, o art. 382, §1º do CPC determina a citação daquele contra quem a prova será produzida. Em certos casos pode haver uma dificuldade/demora para citação do requerido ou então em casos em que não há tempo de se esperar o procedimento transcorrer (citação e defesa) para que haja a produção da prova, sob pena de

⁶⁰ Vale destacar que o objeto mediato se caracteriza pelo provimento jurisdicional pleiteado.

perecimento do objeto sobre o qual se pretende produzir a prova, por consequência, perecendo também a prova.

Imagina-se, por conseguinte, uma testemunha com doença terminal, podendo falecer a qualquer momento. Em casos como este, evidentemente, não se poderia aguardar o transcorrer dos procedimentos para que a testemunha seja inquirida, sob pena de perecimento do direito à prova⁶¹.

Assim, pode-se ter uma tutela provisória de urgência para primeiro inquiri-la e, posteriormente, se prosseguiria com os procedimentos. Inclusive, após a citação e a testemunha ainda tendo condições de ser inquirida, com respeito ao contraditório e a ampla defesa, é recomendável que se tenha uma nova inquirição da testemunha com a presença de todos, para que se tenha efetividade do contraditório e da ampla defesa.

A concessão de tutela provisória de urgência em sede de produção antecipada de prova, à primeira vista, poderia parecer uma violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, eis que por vezes se poderia ter uma produção de prova apenas com contraditório *a posteriori* (ou seja, após a produção da prova).

Ocorre que, com base na teoria do mal menor, a problemática se esclarece. Sobre a teoria do mal menor, ensina Cândido Rangel Dinamarco⁶² que em sede de

⁶¹ Alfredo Jorge de Iorio aduz que na Argentina, há a previsão de realização da prova antecipadamente sem a intimação da parte contrária em razão da urgência, sendo que somente posteriormente é que o requerido integrará o procedimento, sob pena de perecimento do direito à prova. O que se assemelha, guardada as peculiaridades sistêmicas, ao que é aqui defendido:

“El Código contempla la situación cuando admite que en caso que la citación resultare imposible por razones de urgencia pueda obviarse con la intervención del defensor oficial.

Este requisito resulta una gradación de la simple urgencia que hace a la procesabilidad de la medida en cuanto debe tratarse de una urgencia tal que impida demorar el lapso necesario que insume una notificación.

(...) Aunque el Código no lo ordena, el juez luego de practicada la prueba deberá ineludiblemente ordenar la notificación, pudiendo hacerlo de oficio, sin perjuicio de la obligación que al respecto le cabe al defensor oficial (....).”

JORGE DI IORIO, Alfredo. *Prueba Anticipada* (art. 326 del cod. Proc. civil y com. de la nacion), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, 52/54.

⁶² Tal é o juízo do mal maior, indispensável tanto em relação às antecipações de tutela quanto às medidas cautelares. Quanto mais intensa for a atuação da medida sobre a esfera de direitos da parte contrária, tanto mais cuidado deve ter o juiz, mas a variação de intensidade dos efeitos invasivos não é determinada rigidamente pela natureza antecipatória ou cautelar; mesmo no campo das cautelares, convivem algumas que não causam mal algum, como a inocente produção antecipada de prova, e outras mais severas e invasivas, como o arresto, o sequestro ou a busca-e-apreensão. É por isso incorreto pensar que as antecipações de tutela dependam invariavelmente de uma probabilidade maior do que a exigida para conceder cautelares, ou, pior ainda, que seja necessário algo mais que a probabilidade. Eventuais diferenças de graus de probabilidade suficiente não infirmam o que é essencial, a saber, a suficiência da probabilidade e dispensa da certeza em relação a todas as medidas urgentes.

apreciação de tutelas, por exemplo, há que analisar qual é a maior probabilidade do direito (para o autor, há graus de probabilidades diferente) é o mais forte e sopesar qual trará menos repercussões, no sentido de que tem que se evitar o maior prejuízo diante de quem tem mais probabilidade (*o mau que se vai causar, é menor do que o mau que se vai evitar*), admitindo, portanto, que a concessão da tutela poderá trazer consequências, mais que, em uma análise de probabilidade e de repercussão, se opta por aquela menos danosa (e para quem tem mais probabilidade do direito).

Ou seja, caso não fosse possível a concessão de tutela provisória de urgência, poderia se ter a total supressão do direito fundamental à prova, eis que a prova poderia perecer (como a testemunha morrer ou a destruição do local ou objeto a ser periciado), ao passo que, com a concessão da tutela provisória de urgência há a garantia do direito à prova e uma pequena restrição do direito ao contraditório, posto que o contraditório ficaria diferido a momento posterior da prova, quando não fosse possível (temporalmente) a presença do requerido na produção da prova.

Assim, “o mau que se vai evitar”, que seria a supressão total do direito à prova, “é menor do que o mau que se vai causar”, que seria uma restrição parcial o direito ao contraditório, tendo em vista o diferimento do contraditório.

É necessário ressaltar que, caso não seja uma urgência agônica, deve-se seguir o procedimento normalmente, com produção da prova apenas após a citação do polo passivo, não podendo a exceção virar regra.

Aliás, para Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira⁶³, também é possível a concessão de tutela provisória de urgência em sede de produção antecipada de prova, diante de uma urgência agônica, em que não haveria tempo material para a citação do requerido e a produção da prova.

[...] Ao juízo do mal maior associa-se o juízo do direito mais forte, que deve aconselhar o juiz a ponderar adequadamente as repercussões da medida que concederá, redobrando cuidados antes de determinar providências capazes de atingir valores de tão elevada expressão econômica, política ou humana, que somente em casos extremos devam ser sacrificados; assim é nos casos em que se trate de interferir na economia interna de uma empresa, ou de impedir uma privatização, ou de autorizar ou impedir a realização de uma cirurgia etc. Em hipóteses assim, o juízo do mal maior deverá ser mais severo, sob pena de lesar bens ou valores dos quais possa depender a vida das pessoas, a vitaliciedade das empresas, a estabilidade de uma economia estatal etc. Tal critério tanto servirá, conforme o caso, para legitimar a concessão de medidas urgentes ou para sua negação – dependendo de ser mais forte o direito de quem as pede ou do adversário. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Editora Malheiros Editores Ltda., 2007, p. 74/75).

⁶³ DIDIER JR. Fredie, BRAGA, Paula Sarno; ALEXANDRIA, Rafael de Oliveira. *Curso de Direito Processual Civil* – Vol. 02. 11ª Edição. São Paulo: Editora Juspodivm, 2016, p. 147/148.

v) honorários advocatícios

Outro ponto que merece destaque é a existência ou não de honorários advocatícios na produção antecipada de prova.

Primeiramente, vale destacar que os honorários advocatícios são regidos pelo princípio da causalidade, que nada mais é do que aquele que deu “causa” àquele ajuizamento e, ao final, obteve um pronunciamento judicial desfavorável, deverá pagar os honorários advocatícios.

Neste sentido, ensina Yussef Said Cahali⁶⁴:

Deve-se ter presente, contudo, que a ideia da causalidade não se dissocia necessariamente da ideia da sucumbência. Quando se responde à indagação singela a respeito de qual das partes terá dado causa ao processo, o bom-senso sugere, imediatamente, a resposta: a parte que estava errada (*la parte che há torto*); “ciò vuol dire nel processo di cognizione, il soccombente; e nel processo di esecuzione, il debitore, contro il qual esta la prova costituita del titolo executivo”.

O que se explica pelo próprio Carnelutti: o pressuposto da obrigação de reembolso das despesas consiste em que tenha dado causa às mesmas uma pessoa diversa daquela que as antecipou. Em outras palavras, “la spesa è definitivamente suportada da chi la ha cagionato”, o que quer dizer que a responsabilidade da parte pelas despesas é uma responsabilidade objetiva, estando seu fundamento na “relazione causale tra il danno e la attività de un uomo”.

Esta relação causal é denunciada segundo indícios, entre os quais o primeiro é a sucumbência. Não há, por isso, nenhuma antítese entre o princípio da causalidade e o princípio da sucumbência como fundamento da responsabilidade pelas despesas do processo; se o sucumbente as deve suportar, isto acontece porque a sucumbência demonstra que o processo foi causado por ele. Mas o princípio da causalidade é mais amplo que o da sucumbência, no sentido de que esta é apenas um dos indícios da causalidade; outros indícios seriam a contumácia, a renúncia ao processo e, conforme o caso, a nulidade do ato a que a despesa se refere.

O art. 85 do CPC disciplina que a sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor: “Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor”.

Destaque-se que o artigo retro mencionado, em momento algum, disciplina que nas sentenças de produção antecipada de prova não haveria a fixação de honorários (ou seja, não há excludente legal para a fixação de honorários).

⁶⁴ CAHALI, Yussef Said. *Honorários Advocatícios*. 3ª Edição. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, pág. 43.

Contudo, para que haja fixação de honorários advocatícios, há que se ter a resistência do requerido (polo passivo), pois se o requerido não resistiu na fase pré-processual, nem na fase processual (de produção antecipada de prova) não haveria dado “causa” e, por conseguinte, não há que se ter fixação de honorários advocatícios em seu desfavor.⁶⁵

É neste sentido, inclusive o enunciado 118 da II Jornada de Direito Processual Civil da Justiça Federal: “É cabível a fixação de honorários advocatícios na ação de produção antecipada de provas na hipótese de resistência da parte requerida na produção da prova”.

Assim, não se pode também entender que toda e qualquer produção antecipada de prova gere, automaticamente, a condenação em honorários advocatícios.

Em relação a fixação de honorários em relação ao sujeito passivo:

Com base inclusive no princípio da causalidade, se o sujeito passivo não deu causa ao ajuizamento da produção antecipada de prova, ou então não resistiu (contestou, impugnou, enfim), entendo que não haveria “causa” para que fosse fixado honorários advocatícios.

Ora, poderá ter hipóteses que houve o ajuizamento de produção antecipada de prova, sem que o autor tenha sequer procurado ou instado extrajudicialmente o sujeito passivo e, ao ajuizar a produção antecipada, o sujeito passivo prontamente disponibilizou o que fora requerido. Neste caso, a meu ver, tem-se claro uma hipótese de ausência de “resistência” tanto na fase pré-processual como na fase processual, de modo que, com base no princípio da causalidade, entendo que não deveria se ter a fixação de honorários advocatícios.

⁶⁵ Neste sentido: ademais, ainda que judicialmente haja a determinação da produção ou apresentação da prova, o réu se recuse, crie resistência imotivada, ou ainda que apresente justificativa seja vencido em seus argumentos, deverá arcar com o ônus da sucumbência em custas e honorários (...). NEIVA, Flávio Rezende. FUGA, Bruno Augusto Sampaio (coord.), RODRIGUES, Daniel Colnago (coord.), ANTUNES, Thiago Caversan (coord.). *Produção Antecipada da Prova – Questões Relevantes e Aspectos Polêmicos*. 2ª Edição, Londrina: Editora Thoth, 2019, p. 191.

Aliás, vale mencionar que há julgado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP) que mantendo e, inclusive, majorou os honorários advocatícios em caso de produção antecipada de prova, com fulcro exatamente no art. 85 do CPC e no princípio da causalidade, tendo em vista a resistência pré-processual na entrega dos documentos ali solicitados, como exemplo, há a apelação nº 1088439-68.2017.8.26.0100, 34ª Câmara de Direito Privado do TJ-SP⁶⁶.

Há também julgado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP) que disciplina que também somente haveria a condenação em advocatícios caso houvesse resistência do sujeito passivo à produção antecipada de prova (aqui houve uma resistência da fase processual), e neste sentido há a apelação 1005934-91.2015.8.26.0002 da 26ª Câmara de Direito Privado do TJ-SP⁶⁷ e STJ-3ª Turma, Min. Menezes Direito, R. Especial 401.003, D.J.U. 26.082002.

Deste modo, no mesmo liame dos julgados que têm sido prolatados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e até pelo Superior Tribunal de Justiça, entende-se que há que se ter a “causa” (causalidades), ou seja, há que se ter resistência, podendo ser esta resistência na fase pré-processual ou na fase processual.

⁶⁶ Ementa: Produção antecipada de provas. Honorários advocatícios fixados por equidade. Princípio da causalidade. Valor ponderadamente arbitrado a remunerar condignamente o advogado. Apelo provido. Destaques do Acórdão: (...) O documento somente foi entregue após a interposição da demanda, pelo princípio da causalidade e ante o resultado de procedência, deve a ré arcar com custas e despesas processuais e com honorários advocatícios. O valor arbitrado por equidade em R\$ 2.000,00 remunera condignamente o patrono do autor e será majorado para R\$ 2.300,00 nos termos do artigo 85, § 11, do CPC. (Apelação nº 1088439-68.2017.8.26.0100, 34ª Câmara de Direito Privado do TJ-SP. Relator: Soares Levada. Data do Julgamento: 25/06/2019).

⁶⁷ EMENTA: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. HONORÁRIOS. 1. É pacífico o entendimento do STJ no sentido de que “não são devidos honorários na produção antecipada da prova”, no entanto “deve ser condenado a pagar honorários o réu que resiste à pretensão cautelar de produção antecipada de prova, ao final fica vencido”. 2. Os custos da produção antecipada da prova é de quem a promove, nos termos do artigo 82, § 1º, do CPC, vez que, nos termos do parágrafo segundo do mesmo artigo, na ação principal, é que a sucumbência será aferida. Sentença reformada, neste ponto. Recurso provido em parte para fixar os honorários do advogado do apelante em R\$1.000,00.

Destaques do Acórdão: “(...) No entanto, o mesmo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sempre entendeu que “deve ser condenado a pagar honorários o réu que resiste à pretensão cautelar de produção antecipada de prova, ao final fica vencido” (STJ 3ª Turma, R.Especial 826.805, Min. Gomes de Barros, 06.12.2007, DJU18.12.2007). Ora, “in casu”, a apelada resistiu bravamente à pretensão da apelante de produzir a antecipação da prova, deduzindo longa e prolixa contestação de mais de vinte laudas, segundo se vê de fls. 150/170 (...). (Apelação 1005934-91.2015.8.26.0002 da 26ª Câmara de Direito Privado do TJ-SP. Relator: Felipe Ferreira. Data do Julgamento: 08/03/2018).

Em relação a fixação de honorários em relação ao sujeito ativo:

É preciso destacar também que o sujeito ativo também poderá ter em seu desfavor a fixação de honorários advocatícios sucumbenciais.

Isto porque, como dito, baseando-se no princípio da causalidade, se o requerente pleitear uma produção antecipada de prova e, ao final, considerando inclusive a eventual manifestação do requerido, ficar comprovado que o requerente (sujeito ativo) não teria direito à produção daquela determinada prova, por exemplo, foi o requerente (sujeito passivo) quem deu causa a um procedimento de forma desnecessária e, por assim ser, o ônus sucumbencial será do requerente.

Para Flávio Rezende Neiva⁶⁸: “caso a parte ré apresente justificativa ou resistência plausível a não apresentação ou produção da prova, ou alguma forma seja vencedora em seus argumentos, o ônus sucumbencial será do autor, também em custas e honorários”.

v) Custas e Despesas processuais

Em relação as custas e despesas processuais, salvo se o autor obter a concessão do benefício da justiça gratuita, será o autor quem adiantará as custas e despesas processuais, inclusive eventual perícia que vier a ser requerida e determinada, isto com fulcro nos art. 82 do CPC:

Art. 82. Salvo as disposições concernentes à gratuidade da justiça, incumbe às partes prover as despesas dos atos que realizarem ou requererem no processo, antecipando-lhes o pagamento, desde o início até a sentença final ou, na execução, até a plena satisfação do direito reconhecido no título.

§ 1º Incumbe ao autor adiantar as despesas relativas a ato cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público, quando sua intervenção ocorrer como fiscal da ordem jurídica.

§ 2º A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou.

⁶⁸ NEIVA, Flávio Rezende. FUGA, Bruno Augusto Sampaio (coord.), RODRIGUES, Daniel Colnago (coord.), ANTUNES, Thiago Caversan (coord.). *Produção Antecipada da Prova – Questões Relevantes e Aspectos Polêmicos*. 2ª Edição, Londrina: Editora Thoth, 2019, p. 191.

Neste sentido, ensina Cassio Scarpinella Bueno: “Eventuais custas processuais deverão ser fixadas e correrão, se não adiantadas, por conta do autor.”⁶⁹

O que merece destaque é que, caso haja o ajuizamento da ação principal, o autor poderá pleitear o reembolso das custas e despesas processuais gastos na produção antecipada de prova e, caso evidentemente, ao final a ação seja julgada procedente. Isto se dá por interpretação do art. 82, §2º⁷⁰ do CPC, eis que o pagamento das custas na produção antecipada de prova nada mais é do que despesas antecipadas pelo requerente em relação a relação processual entre as partes.

vi) entrega dos autos

Ao final da produção antecipada de provas, o art. 383 do CPC determinou que os autos da produção antecipada de prova serão entregues após o prazo de 1 mês para o autor da produção antecipada de prova.

Art. 383. Os autos permanecerão em cartório durante 1 (um) mês para extração de cópias e certidões pelos interessados.
Parágrafo único. Findo o prazo, os autos serão entregues ao promovente da medida.

Há que se salientar que este artigo, ao menos no meu entender, merece alguns apontamentos críticos.

Primeiramente, o art. 383, parágrafo único, do CPC, inobserva os processos que tramitam da forma eletrônica, que atualmente está em quase todos os Tribunais Estaduais e Federais.

Isto, porquanto, tratando-se de autos eletrônicos (digitais) não haveria como “entregar” os autos ao autor da produção antecipada de prova, exatamente por conta de o processo tramitar de forma eletrônica.

⁶⁹ SCARPINELLA, Cassio Bueno. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 02. São Paulo: Editora Saraiva, 2019, p. 233.

⁷⁰ Art. 82. Salvo as disposições concernentes à gratuidade da justiça, incumbe às partes prover as despesas dos atos que realizarem ou requererem no processo, antecipando-lhes o pagamento, desde o início até a sentença final ou, na execução, até a plena satisfação do direito reconhecido no título.
§ 2º A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou.

Assim, um Código que irá regular o processo para o futuro, que muito provavelmente chegará o dia apenas de processos eletrônicos, equivocou-se ao determinar a entrega dos autos ao autor, eis que tal é impossível. Sendo que o processo, no caso de ser eletrônico, ficará sob a guarda do Poder Judiciário e as partes poderão obter cópias deste procedimento.

Inclusive, neste sentido, dispuseram Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

Obviamente, o código não se preocupou em regulamentar a situação de processo eletrônico. Em tal caso, é certo que será impossível a entrega dos autos ao promovente da medida, podendo-se quando muito, cogitar a entrega ao promovente de uma cópia de todo o procedimento.

Nessa situação, torna-se inviável cumprir o disposto no art. 383, parágrafo único, do código, impondo-se a guarda dos autos eletrônicos de dados do Judiciário.⁷¹

Um outro ponto que merece crítica, é a relação entre a entrega dos autos para de analisar o referido artigo, mister se faz o entendimento sobre o destinatário da prova.

A visão tradicional sobre o destinatário da prova era o de que o destinatário da prova seria o Juiz, eis que seria ele o julgador do processo e, portanto, ele teria que ser “convencido” e, por assim ser, seria o juiz o destinatário da prova.⁷²

Aliás, parte da jurisprudência, mesmo nos dias atuais, ainda continua entendendo que o destinatário da prova é o juiz:

(...) Há que se ter em mente que o Magistrado é o destinatário da prova, a teor do art. 130 do Código de Processo Civil, e que, por conseguinte, não há que se falar em prejuízo à defesa pelo indeferimento do pedido

⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme (coord.), ARENHART, Sérgio Cruz (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil – artigos 381 ao 484* – Vol. VII, 2ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, pág. 52.

⁷² Neste sentido: “(...) Por força da compreensão clássica de que a finalidade da prova é propiciar o convencimento do juiz, tem-se dito que ele, juiz, é o seu principal destinatário: ele é quem precisa saber a verdade quanto aos fatos, para que possa decidir. Sucede que, tal como vimos no item anterior, a prova não tem finalidade apenas de propiciar o convencimento do juiz, senão também convencer as partes, permitindo-lhes decidir acerca das condutas que vão adotar no processo ou mesmo fora dele. Daí a necessidade de concluir que também elas, partes, são destinatárias da prova – e, tal como o juiz, destinatárias diretas, visto que o resultado da atividade probatória pode determinar, independentemente da atuação judicial, o rumo de um processo já instaurado – pense na hipótese de autocomposição após a realização da perícia em que os fatos que sustentam a demanda ficaram devidamente demonstrados – ou mesmo evitar a judicialização de conflito.”. (DIDIER JR. Fredie, BRAGA, Paula Sarno; ALEXANDRIA, Rafael de Oliveira. *Curso de Direito Processual Civil* – Vol. 02. 11ª Edição. São Paulo: Editora Juspodivm, 2016, p. 45).

de produção de prova ou de repetição da perícia quando o julgador reputar suficientes as provas já produzidas nos autos. (TJ-SP. Apelação: 1022799-22.2014.8.26.0554. 17ª Câmara de Direito Privado. Relator: NUNCIO THEOPHILO NETO. Data do Julgamento: 29/03/2016).⁷³

Contudo, evidentemente respeitando a posição de parte da doutrina e de parte da jurisprudência, entendo que, atualmente, em um modelo constitucional de processo, não se pode admitir que o juiz seja o único destinatário da prova.

Faz-se mister deixar claro que não se exclui aqui o juiz também como um destinatário da prova. O que se propõe é que não apenas o juiz seja o destinatário, mas sim o processo, ou seja, são todos aqueles que podem lícitamente utilizarem-se do acervo probatório.

Aliás, como já dito acima, com o advento do art. 369⁷⁴ do CPC, ficou expresso que “as partes” possuem o direito de empregar todos os meios legais para a produção da prova. Ficando, claro, portanto, que as partes têm o direito fundamental a prova.

Destarte, o destinatário da prova tem que ser o processo (os autos)⁷⁵, e não tão somente o juiz. Até porque todos poderão utilizar aquele acervo probatório, inclusive para julgamento de eventual recurso perante o Tribunal competente.

De modo que afirmar que apenas o juiz seria o destinatário da prova, *data maxima venia*, é reduzir o direito fundamental a prova e direcionar apenas a uma das figuras processuais a condução da demanda, o que está equivocado.

Respeitosamente, não há mais como se sustentar o Juiz como a figura central do processo. É evidente que ele é o julgador e investido de jurisdição. Contudo, o direito a prova é das partes, portanto, estas possuem o direito de produzir e esclarecer

⁷³ No mesmo sentido: TJ-SP. Agravo de Instrumento 2082757-56.2019.8.26.0000. 10ª Câmara de Direito Privado. Relatora: Silvia Maria Facchina Esposito Martinez.

⁷⁴ Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

⁷⁵ Neste sentido, vale os ensinamentos de José Joaquim Calmon Passos: “A prova não é feita no exclusivo interesse das partes, mas antes e acima dele, no interesse da verdade, para que haja uma justa aplicação do direito. Como por nos já referido, a boa aplicação é aquela que corresponde a exata incidência, que tem alicerce nos fatos da vida. Logo, a deficiência de prova atinge não somente ao interesse da parte, porém desvirtua e desfigura, principalmente, a função jurisdicional”. (PASSOS, José Joaquim Calmon. *Da revelia do demandado*. São Paulo, Editora Livraria Progresso, 1960, p. 93).

os fatos, inclusive devendo se atribuir mais responsabilidade às partes na condução do processo.

A fim de corroborar com o exposto acima, traz-se à tona os ensinamentos de William Santos Ferreira⁷⁶, concluindo que o destino das provas é o processo e não tão somente o juiz:

(...) O destino das provas são os autos, mas os destinatários são todos que possam, dentro dos limites legais, utilizarem-se do acervo probatório. Atualmente, o juiz não pode ser considerado único destinatário. O sistema probatório é extremamente amplo, repleto de funções no estado de direito, não podendo ficar circunscrito ao convencimento judicial, que é um elemento importante, mas a este não se restringe. É preciso se reconhecer que as partes não têm o dom da “onisciência”, portanto, podem ter um conflito de interesses, porém não necessariamente terem certeza se o fato que lhes benéfica ocorreu ou não. Imagine-se situação envolvendo empresa e discussão de dois funcionários em ambiente absolutamente reservado. Ou acidente de trânsito em que a vítima foi motorista que estava sozinho em veículo e foi levado desacordado para o hospital sem saber até o que o atingiu. Nestes casos, apurações são fundamentais, contudo exigir-se convicção de plano da parte interessada é impor conduta incompatível com a realidade. Não é por outro motivo que o disposto no art. 381, I, II e III, do CPC/15 admite a busca de informações sobre fatos, independentemente de demanda previamente proposta e mesmo que não haja risco de perecimento da fonte de prova (a até então unicamente admitida literalmente no CPC 73 como “produção antecipada de prova”). Uma prova produzida no processo pode ser de base para um recurso, questionando uma decisão judicial que avaliou erroneamente o conjunto probatório, portanto, neste momento, quem utiliza a prova não é o juiz, mas sim a parte recorrente. (...) ⁷⁷

Neste sentido, já há julgados, inclusive do TJ-SP⁷⁸, que acatam a ideia de que o destinatário da prova é o processo e não tão somente o juiz, apesar de ressaltar que

⁷⁶ FERREIRA, William Santos. ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER, Fredie Jr.; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coords.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 1114.

⁷⁷ No mesmo sentido: 11. Destinatário da prova. É o processo. O juiz deve julgar segundo o alegado no processo, vale dizer, o instrumento que reúne elementos objetivos para que o juiz possa julgar a causa. Portanto, a parte faz a prova para que seja adquirida pelo processo. Feita a prova, compete à parte convencer o juiz da existência do fato e do conteúdo da prova. Ainda que o magistrado esteja convencido da existência de um fato, não pode dispensar a prova se o fato for controvertido, não existir nos autos prova do referido fato e, ainda, a parte insistir na prova. Caso indefira a prova, nessas circunstâncias, haverá cerceamento de defesa. No mesmo sentido: Sentís. Prueba, p. 20. (NERY, Nelson Jr.; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo civil – novo CPC – lei 13.105/2018*. Editora Revistas dos Tribunais, São Paulo: 2015, e-book, comentários ao art. 369.)

⁷⁸ No mesmo sentido, há julgado do C. STJ: “(...) 3. O Código de Processo Civil de 2015 buscou reproduzir, em seus termos, compreensão há muito difundida entre os processualistas de que a prova, na verdade, tem como destinatário imediato não apenas o juiz, mas também, diretamente, as partes envolvidas no litígio. Nesse contexto, reconhecida a existência de um direito material à prova, autônomo em si — que não se confunde com os fatos que ela se destina a demonstrar, tampouco com as consequências jurídicas daí advindas a subsidiar (ou não) outra pretensão —, a lei adjetiva civil estabelece instrumentos processuais para o seu exercício, o qual pode se dar incidentalmente, no bojo de um processo já instaurado entre as partes, ou por meio de uma ação autônoma (ação probatória

o Juiz também é um destinatário, mas não sendo o único, conforme salientado aqui também neste trabalho⁷⁹.

e) possibilidade de o requerido requerer a produção antecipada de prova no mesmo procedimento:

Mister se faz ainda destacar que na produção antecipada de prova o requerido, poderá pleitear tal como disposto no art. 382, §3º do CPC. *In verbis*:

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

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

Ora, o Código neste ponto foi muito eficiente, eis que autoriza que no mesmo procedimento de produção antecipada de prova, o requerido, uma vez instado, possa também requerer uma produção de prova para esclarecer aquele *fato probando*, dando eficiência ao instituto.

Diz-se isto, pois, em diversas oportunidades e hipóteses, o requerido poderá entender que há outro meio de prova indispensável para esclarecer aquele *fato probando*, e poderá requerê-lo no mesmo procedimento de produção antecipada de

lato sensu) (...). RECURSO ESPECIAL Nº 1.803.251 - SC (2018/0235823-3). Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Terceira Turma. Data do Julgamento: 22/10/2019. DJe: 08/11/2019.

⁷⁹ No mesmo sentido:

“O destinatário imediato da prova é o processo. Portanto, ainda que esteja convencido da existência de um fato, o Juiz, destinatário mediato, não deve dispensar a realização da prova se aquele (fato) for controvertido nos autos. (Agravado de Instrumento nº 2218973-97.2014.8.26.0000. Relatora: Cristina Zucchi. 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Data do Julgamento: 29/04/2015).

PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. MAGISTRADO QUE É O DESTINATÁRIO DA PROVA E A QUEM CABE DECIDIR ACERCA DA PERTINÊNCIA DE SUA PRODUÇÃO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA QUE SE MOSTROU SUFICIENTE À ADEQUADA COGNIÇÃO DOS FATOS RELEVANTES AO JULGAMENTO DA DEMANDA. DEFESA REJEITADA (...) Primeiro, porque as provas são produzidas para o convencimento do Magistrado. Segundo, porque determinar a sua produção é faculdade do juiz. Não é só. Destinatário da prova é o juiz. Ele, portanto, é que deve aferir sobre sua necessidade ou não. Se entende suficiente à formação de sua convicção as provas documentais apresentadas nos autos, pode o magistrado dispensar a produção de prova que entende inútil, prestigiando a economia e celeridade processual. Mesmo porque, no caso em comento, não se atina em que medida a produção de outras provas poderia alterar de qualquer forma a sorte da demanda, uma vez que os documentos constantes dos autos eram mais que suficientes para a solução da demanda, como se verá. (Apelação nº 1002873-94.2015.8.26.0271. 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator do Desembargador Vitor Guglielmi. Data do Julgamento: 07/06/2018).

prova, havendo uma ampliação do mérito, eis que há uma formulação de uma demanda em face do autor, sem a necessidade de novo processo⁸⁰, sempre respeitando os limites impostos pelo autor em relação ao *fato probando* e sem que o requerimento de prova gera excessiva demora no procedimento (art. 382, §3º do CPC), em observância inclusive ao princípio da razoável duração dos processos (art. 5º, LXXVIII⁸¹ e art. 4º⁸² do CPC).

Fredie Didier Jr.⁸³ denomina esse requerimento como um pedido contraposto, que seria a demanda formulada pelo réu, em um mesmo processo em que está sendo demandado, só que restrito aos fatos discutidos na causa (lembrando que quem delimita os fatos é o autor na petição inicial – princípio da adstrição e da congruência).

Ademais, vale ressaltar também que Fredie Didier Jr.⁸⁴ faz uma crítica em relação ao termo “mesmo fato” existente no §3º do art. 382 do CPC, eis que a produção antecipada de prova também pode atingir a uma “relação jurídica” (art. 381, §5º⁸⁵ do CPC), seria indispensável se estender a possibilidade do pedido contraposto de produção antecipada de prova também para essa hipótese.

⁸⁰ Neste sentido, Fredie Didier Jr.: “O CPC permite que os interessados possam requerer, no procedimento de produção antecipada de prova, a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato probando (art. 382, §3º do CPC). Há ampliação do mérito do processo, com a formulação de demanda de produção antecipada de prova pelo requerido, sem a necessidade de instauração de novo processo. Os interessados poderão formular esse requerimento, no prazo que têm para manifestar-se (art. 382, §3º do CPC), respeitados os limites temporais da regra da estabilização objetiva do processo e a necessidade de “produção conjunta” das provas sem “acarretar excessiva demora” (art. 382, §3º do CPC).

DIDIER JR, Fredie. FUGA, Bruno Augusto Sampaio (coord.) et al. *Produção Antecipada da Prova – Questões Relevantes e Aspectos Polêmicos*. Londrina-PR: Editora Thoth, 2018, pág. 207.

⁸¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

⁸² Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

⁸³ DIDIER JR, Fredie. FUGA, Bruno Augusto Sampaio (coord.) et al. *Produção Antecipada da Prova – Questões Relevantes e Aspectos Polêmicos*. Londrina-PR: Editora Thoth, 2018, pág. 207.

⁸⁴ DIDIER JR, Fredie. FUGA, Bruno Augusto Sampaio (coord.) et al. *Produção Antecipada da Prova – Questões Relevantes e Aspectos Polêmicos*. Londrina-PR: Editora Thoth, 2018, pág. 207.

⁸⁵ Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

§ 5º Aplica-se o disposto nesta Seção àquele que pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica para simples documento e sem caráter contencioso, que exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção.

f) meios de prova admitidos:

A produção antecipada de prova, como mencionado acima, objetiva-se a realização de determinada prova para o esclarecimento de determinado *fato probando*.

O questionamento deste item é delinear quais são os meios de prova que são permitidos na produção antecipada de prova.

Primeiramente, para Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira⁸⁶, os meios de prova são as técnicas desenvolvidas para se extrair prova de onde ela jorra (da fonte), sendo que os meios de prova obrigatoriamente devem ser idôneos⁸⁷.

Para Humberto Ávila⁸⁸, os meios de prova são aqueles instrumentos ou atividades que servem para comprovar a hipótese, sendo que abrangem qualquer elemento utilizado com a finalidade de amparar a ocorrência ou veracidade da hipótese. Do ponto de vista lógico, portanto, os meios de prova constituem as premissas empregadas para respaldar a conclusão.⁸⁹

Isto posto, tem-se que na produção antecipada de prova poderá ser utilizada todo e qualquer meio de prova que é possível ser utilizado no processo principal.

⁸⁶ DIDIER JR. Fredie, BRAGA, Paula Sarno; ALEXANDRIA, Rafael de Oliveira. *Curso de Direito Processual Civil* – Vol. 02. 11ª Edição. São Paulo: Editora Juspodivm, 2016, p. 45.

⁸⁷ Vale destacar que no entendimento de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, meios de prova e fonte de prova são conceitos distintos: “Distinguem-se os *meios* das *fontes* de prova: os meios são as técnicas desenvolvidas para se extrair prova de onde ela jorra (ou seja, da fonte). São fontes de prova as coisas as pessoas e os fenômenos. Os meios de prova são “pontes através dos quais os fatos passam para chegar, primeiro, aos sentidos depois à mente do juiz”. DIDIER JR. Fredie, BRAGA, Paula Sarno; ALEXANDRIA, Rafael de Oliveira. *Curso de Direito Processual Civil* – Vol. 02. 11ª Edição. São Paulo: Editora Juspodivm, 2016, p. 45.

⁸⁸ Os meios de prova (*factum probans*) são os instrumentos ou as atividades que servem para comprovar a hipótese. Abrangem quaisquer elementos utilizados com a finalidade de amparar a ocorrência ou veracidade da hipótese. Do ponto de vista lógico, os meios de prova constituem as premissas empregadas para respaldar a conclusão. Sua relevância está em indicar, lógica e juridicamente, aquilo que fundamenta a existência da hipótese. (ÁVILA, Humberto. *Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória*. Revista de Processo – Repro – Vol. 282/2018, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018).

⁸⁹ João Batista Lopes distingue fonte de prova de meio de prova: “(...) fonte de prova é o fato do qual se serve o juiz para chegar à verdade, e o meio de prova, a atividade que ele desenvolve no processo. (LOPES, João Batista. *A Prova no Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 32).

Aqui se inclui todos os meios de produção típicos, ou seja, previstos em lei, como a prova documental (art. 405 a 441 do CPC), prova pericial (art. 464 a 480 do CPC), testemunhal (art. 442 a 463 do CPC), depoimento pessoal (art. 385 a 388), ata notarial (art. 384 do CPC), inspeção judicial (arts. 481 a 484 do CPC).

Mas, também poderão ser utilizadas todas as medidas atípicas de prova, com base no art. 369 do CPC, que prevê que poderão ser empregados todos os meios de legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que especificados no código (atipicidade). *Ipsis litteris*:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Ou seja, seja meio de prova típico ou atípico, este poderá ser utilizado na produção antecipada de prova⁹⁰. Neste sentido, ensina Arthur Ferrari Arsuffi: “nesse sentido, entendemos que todo e qualquer meio de prova pode ser produzido no curso de ação de produção antecipada da prova, incluindo meios atípicos”⁹¹.

Há que salientar, contudo, que parte da doutrina entende que medidas instrutórias, ou seja, que não se enquadram no conceito de “meios de prova” não poderiam ser utilizadas em sede de produção antecipada de prova.

Arthur Ferrari Arsuffi⁹² dispõe que como não se pode aplicar medidas instrutórias na produção antecipada de prova pois se estaria valorando o material probatório (o que não pode em sede de produção antecipada de prova). E, para exemplificar, utiliza-se do exemplo da acareação – que pressuporia a avaliação do

⁹⁰ Neste mesmo sentido, ensina Belén Rizo Gómez: “Se trata de um derecho, que se predica de cualquier orden jurisdiccional y que se confiere a la partes del proceso com el propósito de facultarlas a impulsar una actividad probatoria acorde con sus intereses, o dicho en otros términos, al objeto de que puedan acreditar los hechos jurídicamente relevantes que conforman su posición de parte. A su vez, conviene poner de manifiesto que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa se encuentra (...)”. (GÓMES, Belén Rizo. *La Anticipación de la prueba en el proceso civil*. Vol. 709. Valência: Editora Tirant Monografías, 2010, p. 26/27) .

⁹¹ ARSUFFI, Arthur Ferrari. *A nova produção antecipada da prova. Estratégia, eficiência e organização do processo*. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 228.

⁹² ARSUFFI, Arthur Ferrari. *A nova produção antecipada da prova. Estratégia, eficiência e organização do processo*. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 228/229.

depoimento para se buscar contradição – e o interrogatório da parte – pois pressuporia que o Juiz teria dúvidas sobre os fatos ali para serem esclarecidos.

Ora, respeitosamente, entendo a preocupação da doutrina em evitar e coibir que o Juiz da produção antecipada de prova realize atos de valoração da prova, eis que este não é objetivo e a intensão em tal procedimento.

Todavia, a meu ver, não me parece crível coibir toda e qualquer medida instrutória do juiz, dado que há hipóteses em que, sem valorar a prova, poderá tomar medidas para auxiliar no esclarecimento do fato (art. 139, IV do CPC).

Aliás, a própria acareação entre testemunhas não pressupõe necessariamente a valoração da prova. Se o juiz, no momento de a colheita da prova testemunhal em sede de produção antecipada de prova constatar no ato que duas testemunhas disseram exatamente o oposto sobre o mesmo fato, seria ineficiente que homologasse ali a prova produzida para que somente a *posteriori* (somente no processo principal), pudesse haver a acareação.

É evidente que este trabalho não almeja que o Juiz da produção antecipada realize a valoração da prova. Mas, também não entende correto que o Juiz “vende os olhos” e, mesmo percebendo no momento da audiência, por exemplo, a contradição, deixe de fazer a acareação.

Como dito, o Juiz, em todo e qualquer ato, possui um dever-poder e, ainda, todo e qualquer ato do Poder Judiciário deve ser eficiente. De modo que, a percepção instantânea de alguns elementos, nos parece, que será permitido ao Magistrado a realização de determinadas medidas instrutórias, sendo, evidentemente, coibidas as medidas que pressupõe valoração da prova.

g) natureza da sentença:

Em relação a natureza da sentença na produção antecipada de prova, mister se faz destacar, que em verdade, há dois momentos (ou duas fases) que há manifestação judicial e, por isto, é necessário separar as duas fases para se estudar a natureza jurídica de cada decisão.

Para Arthur Ferrari Arsuffi ⁹³, há assim, primeiramente, uma decisão interlocutória de mérito, decisão está que reconhece ou não o direito a produção antecipada de prova, sendo está a decisão mais relevante da produção antecipada de prova.

Ora, está é uma decisão interlocutória de mérito, porquanto, quando se ajuíza a produção antecipada de prova, o que se requer ali é o reconhecimento do direito fundamental à prova e que determinada prova seja produzida. Assim, quando há a decisão interlocutória reconhecendo a produção antecipada de prova e determinando a sua realização, tem-se o mérito da produção antecipada de prova⁹⁴, pois se define a pretensão da parte (ARSSUFI, 2019).

Vale destacar que como a decisão sobre o deferimento ou indeferimento da parte é uma decisão de mérito, está poderá, como dito, ser uma decisão interlocutória de mérito, caso haja o deferimento da prova, ou então poderá ser uma sentença (é uma decisão de mérito que põe fim ao procedimento – conceito gizado pelo art. 203, § 1º⁹⁵ do CPC).

Já ao final do procedimento da produção antecipada de prova, há uma sentença homologatória.

Portanto, haverá, como dito, duas decisões: a) a primeira será, em regra, uma decisão interlocutória de mérito, que irá analisar o direito fundamental a prova e a sua realização ou não e, ao final, uma sentença que irá homologar as provas ali produzidas.

⁹³ ARSUFFI, Arthur Ferrari. *A nova produção antecipada da prova. Estratégia, eficiência e organização do processo*. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 232.

⁹⁴ Segundo Cândido Rangel Dinamarco, mérito “é aquilo que alguém vem a juízo pedir, postular, exigir”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo civil moderno*. 2º edição. São Paulo: Malheiros, 1987, p. 202).

⁹⁵ Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. § 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.

§ 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º.

Esta distinção realizada é importantíssima, eis que tal classificação importa em consequência direta no sistema recursal, além de alterar todo o entendimento sobre a produção antecipada da prova.

h) Dos princípios norteadores na produção da prova

Em relação aos princípios que regem a produção antecipada de prova, a meu ver, se aplicarão todos aqueles que incidem sobre a produção da prova no processo. Sendo que, a fim de não se afastar do escopo do presente trabalho, discorrer-se-á apenas sobre três princípios que aqui se acredita serem fundamentais reiterar sua aplicação e relevância, quais sejam: máxima eficiência dos meios probatórios, dever-poder instrutório do juiz e cooperação.

Princípio da Máxima Eficiência dos meios probatórios:

Primeiramente, é preciso destacar que o Juiz nada mais é do que um agente público pertencente a Administração Pública, de modo que, deve também respeitar os ditames desta Administração.

Ora, o art. 37 da Constituição Federal prevê que a administração pública será regida, dentre outros princípios pela eficiência:

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: (...)

Intrinsicamente ligado a eficiência estatal, há também a garantia do contraditório e principalmente da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), no sentido de que há que se garantir não só o acesso ao Poder Judiciário, mas também o direito das partes de se utilizar de todos os instrumentos possíveis para comprovação de seu direito (acesso a ordem jurídica justa).

Diante disto, tem-se que o princípio da máxima eficiência dos meios probatórios, sinteticamente, é o princípio pelo qual toda prova deferida deve ser, em seu máximo, eficiente – no sentido de buscar sempre e de todas as maneiras lícitas possíveis o esclarecimento do *fato probando*.

Neste sentido, ensina William Santos Ferreira:

Portanto, toda prova deferida traz intrinsicamente garantida a maximização da utilidade, devendo ser entendida “como comando para conseguir a maior utilidade possível com os meios existentes”, é a máxima eficiência, direcionando tanto a interpretação crítica dos dispositivos textuais normativos que regulam o meio probatório, bem como as condutas de todos que de alguma forma participam do momento instrutório. (...) ⁹⁶

E, ainda, William Santos Ferreira ⁹⁷, para se ter a efetivação da máxima eficiência probatória, se faz indispensável que após o deferimento das provas, no momento da produção, haja a adoção de técnicas executivas para o esclarecimento do *fato probando*, sejam técnicas executivas típicas e atípicas, para fins de conduzir da produção de provas e ter maior eficiência naquela determinada produção.

Princípio do Dever-Poder Instrutório do Juiz:

Em relação ao princípio do dever-poder instrutório do juiz, divergência doutrinária a parte, nos filiamos à corrente que entende que há o dever-poder instrutório no juiz, no sentido de que o juiz tem de intervir na produção de prova para determinar atos (se assim entender necessário) para o esclarecimento do *fato probando*.

Como dito acima, o Juiz é um agente estatal; e como um agente estatal, o Juiz tem o dever-poder, em todos os seus atos, de sempre buscar a persecução do melhor interesse público. Diante disto, é intrínseco a todos os atos do Juiz os seus deveres-poderes, inclusive na atividade instrutória, tudo isto conforme lições de William Santos Ferreira. ⁹⁸

⁹⁶ FERREIRA, William Santos. *Princípios Fundamentais da Prova Cível*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2014, p. 186.

⁹⁷ FERREIRA, William Santos. DIDIER, Fredie Jr. (coord.); FERREIRA, William Santos (coord.); JOBIM, Marco Félix (coord.). *Direito probatório*. Vol. 05. 2ª Edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 456.

⁹⁸ FERREIRA, William Santos. *Princípios Fundamentais da Prova Cível*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2014, p. 237/238.

Com fundamento do art. 370⁹⁹ do CPC, entende-se que o juiz tem o dever-poder instrutório, inclusive determinando todas as provas que entender necessária para o esclarecimento do fato.

E salienta-se que a determinação de provas pelo Juiz não o torna “parcial”, eis que o Juiz simplesmente determina a prova para o esclarecimento do fato, sem saber ou vincular o resultado desta prova que foi determina¹⁰⁰.

Aliás, é assim que entende Sidnei Amendoeira Jr¹⁰¹, eis que na visão do autor, quando o juiz determina a produção de determinada prova, poderá esta prova ser favorável tanto ao autor ou quanto ao réu (seja quem for a parte mais “forte”), uma vez que no momento do deferimento da prova não se conhece o resultado daquela prova, não havendo que se falar, por conseguinte, em imparcialidade.

Destarte, como mencionado, o Juiz ao determinar prova não figura como “advogado” da parte (não há imparcialidade). Mas, sim como um agente público, imbuído de dever-poder, e que almeja o esclarecimento do fato, seja qual for a sua consequência jurídica (“melhor para réu ou autor”).

Neste sentido, ensina Eduardo Cambi:

O juiz não atua como *substituto da parte*, não *usurpa* suas funções, seus poderes instrutórios não são sucedâneo da iniciativa da parte, atuando como magistrado empenhado em julgar bem. Deve-se combater a ideia do Juiz-Pilatos que, diante da passividade, lamenta a injustiça da decisão. Portanto, deve o magistrado zelar pela *dignidade da jurisdição*, não ser mero refém das condutas ou das omissões das partes.¹⁰²

⁹⁹ Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

¹⁰⁰ É exatamente neste sentido que ensina Eduardo Cambi: “O magistrado não é adivinho; não pode saber de antemão qual dos litigantes será beneficiado com o êxito da diligência probatória. Por exemplo, quando o juiz, de ofício, determina a realização de perícia, não saberá até ser concluída a atividade do perito, qual dos litigantes será beneficiado. Por outro lado, ainda que ele suponha qual das partes será beneficiada com o resultado da perícia, ter-se-ia que argumentar que a omissão do juiz também comprometeria a sua imparcialidade, porque é evidente que a falta da prova beneficiará a parte a quem ela resultaria desfavorável, o que daria margem a decisões injustas. (CAMBI, Eduardo. *Curso de Direito Probatório*. Curitiba: Editora Juruá, 2014, p. 262).

¹⁰¹ AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Poderes do Juiz e Tutela Jurisdicional – a utilização racional do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 111.

¹⁰² CAMBI, Eduardo. *Curso de Direito Probatório*. Curitiba: Editora Juruá, 2014, p. 262.

Assim, novamente para esclarecer e fundamentar o princípio do dever-poder instrutório do juiz, as lições de William Santos Ferreira:

(...) Mas, quando o Estado-juiz é chamado a resolver o conflito, da mesma forma que somente cabe a solução conforme a lei, para questões de direito, somente cabe conclusões conforme os fatos, na medida em que for possível a investigação para, até de ofício, determinar a produção de provas, porque os deveres-poderes instrutórios do juiz são a ponde entre o dever de julgar (elemento estático) e o livre convencimento motivado¹⁰³ (elemento dinâmico). A atuação jurisdicional deve ser informada pelo Estado Democrático de Direito, estabelecido na Constituição Federal, visando a formação de uma *sociedade justa* (cf. art. 3º, I, da CF), o que não se verificará se não houver uma solução da questão fática, pelo menos em harmonia com, no mínimo, a mais provável hipótese do que ocorreu.¹⁰⁴

Por fim, reitera-se a possibilidade de dever-poder instrutório do juiz, agora conforme Luiz Alberto Reichelt¹⁰⁵, que a participação ativa do Juiz no caso concreto é legítima, eis que não subtrai qualquer dos poderes das partes em ainda por cima, é uma atuação eminentemente pública, sempre tutelando pelos interesses de todos os sujeitos do processo, realizando um trabalho conjunto e dialético.

Princípio da Cooperação:

Ademais, há que se salientar também o princípio da cooperação, que foi introduzido no art. 6º¹⁰⁶ do CPC, é incidente e relevante para a produção antecipada de prova.

¹⁰³ Adendo: com o advento do Código de Processo Civil de 2015, só há que se falar em “convencimento motivado” e não mais “livre convencimento motivado”.

¹⁰⁴ FERREIRA, William Santos. *Princípios Fundamentais da Prova Cível*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2014, p. 237/238.

¹⁰⁵ Toda essa construção é possível quando se parte de um pressuposto: a participação ativa do julgador no desenvolvimento da atividade de investigação processual é legítima na medida em que não acarretar a subtração dos poderes da parte no que se refere à liberdade de pleitear ou não a tutela jurisdicional e à liberdade de delimitar qual será a situação em torno da qual o debate será estabelecido. Sua atuação deve ser situada em uma dimensão eminentemente pública, permeada pelo compromisso com a proteção de interesses que concernem à esfera jurídica de todos os sujeitos do processo, na qual as atuações dos litigantes e do julgador são estruturadas como um trabalho conjunto. Nessa dimensão, o agir do órgão jurisdicional não se confunde com o emprego de um saber privado que lhe seja exclusivo; ao contrário, todos os instrumentos por ele empregados com vistas à formação do seu convencimento a respeito das alegações sobre fatos trazidas pelas partes são, antes, de comum conhecimento de todos os participantes da dialética processual. (REICHELT, Luis Alberto. *O direito fundamental à prova e os poderes instrutórios do juiz*. Revista de Processo – Repro – Vol. 281/2018. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018).

¹⁰⁶ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Como ensina Arthur Fonseca Cesarini¹⁰⁷, o Código de Processo Civil de 2015, em verdade, harmonizou-se com a Constituição Federal (art. 5º, LXXVII, da CF), no sentido de que todas as partes devem cooperar entre si (partes – autor e réu – e Estado-Juiz), para que em tempo razoável, haja uma decisão justa e efetiva para todas as partes.

Aliás, vale destacar que o princípio da cooperação já poderia ser extraído do princípio da boa-fé, contudo, é evidente o benefício de sua introdução expressa do Código de Processo Civil de 2015.

Ademais, a cooperação é relevante para a produção da prova, eis que é baseado no princípio da cooperação, ambas as partes têm o dever de empregar os meios para o esclarecimento do *fato probando*.

Neste sentido, ensina Darci Guimarães Ribeiro:

Cooperação significa, segundo o dicionário da língua portuguesa de Caldas Aulete: “prestação de auxílio para um fim comum. Auxiliar, atuar com outro(s) para a realização do mesmo objetivo. Este termo, portanto, pressupõe que indivíduos pensem e atuem visando sempre o coletivo em detrimento do individual, já que buscam necessariamente objetivos em comum. Traduz, dessa maneira, a renúncia do individual em prol do social, para um desiderato maior e compartilhado entre os vários sujeitos envolvidos, na medida em que ambos serão beneficiados pelo trabalho em conjunto.”¹⁰⁸

Portanto, a ideia do autor Darci Guimarães Ribeiro é exatamente a cooperação entre as partes como sendo atitudes em prol de um bem maior, que é a sociedade e o Estado Democrático de Direito.

E, pensando em um Estado Democrático de Direito (e Social), não é crível que as partes se utilizem do “não ser obrigado a produzir prova contra si” para evitar o princípio da colaboração.

Ora, o princípio da cooperação não determina que qualquer das partes acuse seu equívoco ou assuma eventual responsabilidade ou faça “perguntas contrárias a seu interesse”. O que impõe o princípio da cooperação é que as partes colaborem

¹⁰⁷ <https://oabcampinas.org.br/a-cooperacao-jurisdicional-na-recuperacao-judicial-2/>. Acesso em 20/02/2020, às 21hrs.

¹⁰⁸ GUIMARÃES, Darci Ribeiro. SCARPINELLA, Cassio Bueno (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil. Arts. 1º a 317 – Parte Geral*. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 109/110.

para o esclarecimento do fato, sendo as consequências jurídicas discutidas e debatidas para a decisão o Poder Judiciário e em prol de um bem maior (interesse público).

Destaca-se que o princípio da cooperação, como ensinam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero¹⁰⁹, não é exatamente a cooperação com a parte contrária, mas sim uma colaboração com o Estado Constitucional, sendo que os autores dispõem que é evidente que as partes não colaborarão entre si por conta dos interesses opostos e, por isto a razão de que a cooperação é para com o Juiz e o Estado Constitucional.

Vale salientar, ainda, que a vedação de produzir prova contra si somente atinge o aspecto penal e não o aspecto civil. Ora, o próprio art. 5º, LXIII¹¹⁰ que garante a não produção contra si, faz em relação ao “preso”, dando a ideia de plano de ser somente em aspecto penal.

Ademais, não há em qualquer elemento ou princípio que garanta as partes no processo civil este direito, sendo que segundo Arenhart, Mitidiero e Marinoni¹¹¹ não existe para o processo civil uma “regra geral” de direito ao silêncio e o direito a não produzir prova contra si.

Vale dizer, portanto, que o art. 379 do CPC é equivocado e tem que ser interpretado conforme à Constituição, no sentido de que não pode a parte, no processo civil, se esquivar de responder perguntas tão somente baseado no princípio de não produzir prova contra si, eis que este foi introduzido na Constituição Federal tão somente para garantir a liberdade individual do cidadão (prisão) e não para os demais casos.¹¹²

¹⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil – artigos 1º ao 69. Vol. 01*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2018, p. 157.

¹¹⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

¹¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015, p. 404.

¹¹² Neste sentido, ensinam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: “Por outro lado, a prerrogativa da escusa do dever de depor, outorgada àquele que, depondo, praticará o crime de violação de sigilo – tal como definido pelo art. 154 do CP, que estabelece que comete crime quem revelar, sem justa causa, ‘segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou

Aliás, o enunciado 51 do Fórum de Processualistas Civis dispõe exatamente neste sentido:

(art. 378; art. 379) A compatibilização do disposto nestes dispositivos com o art. 5º, LXIII, da CF/1988, assegura à parte, exclusivamente, o direito de não produzir prova contra si em razão de reflexos no ambiente penal. (Grupo: Direito Probatório)

Portanto, apesar de parte da doutrina questionar a aplicabilidade da cooperação nos processos contenciosos, entendo que em um Estado Democrático de Direito (e Social), não se faz possível utilizar a escusa da vedação de produção de prova contra si, no sentido de que a cooperação, como dito, não se almeja a confissão de fatos ou algo similar, mas tão somente a cooperação das partes e do Poder Judiciário para o esclarecimento do *fato probando* para que se tenha, ao final, uma decisão justa e efetiva para ambas as partes¹¹³.

Até porque, conforme ensina Marinoni e Arenhart¹¹⁴, mesmo que exista o direito ao silêncio e o direito a não produzir prova contra si, tais princípios não autorizam a parte a mentir em juízo e conturbar o andamento do processo com ocultação de fatos. Diante disto, de qualquer forma, considerando ou não a incidência destes princípios do Processo Civil, as partes deveriam colaborar com o descobrimento da verdade, respeitando assim o Estado Constitucional.

g) possibilidade de realizar a produção antecipada de prova de forma incidental

Um ponto importante que merece ser destacado é a possibilidade de realizar a produção antecipada de prova de forma incidental.

profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem' –, está fundada em razões óbvias. O privilégio contra a autoincriminação é garantia constitucional da liberdade. A exigência de que o acusado confesse seu crime ou de que a pessoa indique fato que pode lhe resultar sanção penal é ofensiva à tendência universal que aponta a necessidade de preservação da liberdade. (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção – de acordo com o CPC de 2015*. 3ª Edição. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo. 2015, p. 184).

¹¹³ Neste sentido, William Santos Ferreira, comentando sobre o art. 379 do CPC: “O art. 379 inova, ressaltando que a vedação de se exigir da parte a produção de prova contra si, porém isto tem um objetivo específico para atender disposição constitucional e só se refere a ilícitos penais, conforme art. 379 e enunciado 51 do Fórum Permanente de Processualistas (...)” FERREIRA, William Santos. DIDIER, Fredie Jr. (coord.); FERREIRA, William Santos (coord.); JOBIM, Marco Félix (coord.). *Direito probatório*. Vol. 05. 2ª Edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 451.

¹¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção – de acordo com o CPC de 2015*. 3ª Edição. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo. 2015, p. 187.

Ora, pela intelecção do art. 381, §§ 2º, 3º e 4º do CPC e até pelo próprio *nomen iuris* do instrumento “produção antecipada de prova” dessume-se que o instrumento é “pré-processual”, ou seja, antes do ajuizamento do denominado processo principal.

Veja-se a literalidade do artigo:

Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

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

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

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

Contudo, nada impede que seja manejada uma produção antecipada de prova de forma incidental ao processo.

O instrumento nada mais é do que a positivação do direito à prova, de modo que, se há o direito fundamental à prova e, se há um instrumento típico que materializa esse direito, não vejo óbice para garantir essa produção antecipada de prova, inclusive com juntada nos autos desta prova produzida, devendo integrar o conjunto probatório.

Exatamente neste sentido, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira¹¹⁵, dispõem que, apesar do silencio normativo é sim possível o requerimento de produção antecipada de prova de forma incidental (com um processo já em curso), valendo-se do regramento da produção antecipada autônoma como modelo, especialmente nas questões de urgência.

Vale destacar, contudo, que esta posição não é uníssona na doutrina, de modo que há autores que entendem que não poderia haver a produção antecipada de prova quando já ajuizada a ação principal, por desnaturar a natureza antecipatória do próprio procedimento.¹¹⁶

¹¹⁵ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. *Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10ª edição, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 142.

¹¹⁶ Portanto, a ação de produção antecipada é utilizável apenas quando não houver processo em curso, no qual se vá usar a prova. Se tal processo já estiver em curso, e houver a necessidade da antecipação de uma prova (i.e., sua produção antes da fase instrutória), aplica-se o art. 139, VI, do CPC/2015 (LGL\2015\1656), que confere ao juiz o poder de alterar a ordem de produção dos meios de prova.

CAPÍTULO III. O DIREITO DE DEFESA NA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA

O cerne que este trabalho pretende abordar é o estudo sobre a defesa na produção antecipada de prova.

Desta forma, primeiramente, é necessário mencionar o art. 382, §4º do CPC:

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

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

Ora, o presente trabalho, partindo do entendimento do modelo constitucional de processo civil (Scarpinella, 2019¹¹⁷), apresentará algumas considerações críticas em relação ao direito de defesa e/ou recursos no procedimento de produção antecipada de prova, inclusive analisando o art. 382 acima mencionado.¹¹⁸

Para iniciar os apontamentos críticos, vale destacar que Heitor Vitor Mendonça Sica¹¹⁹ aduz que o réu possui todos os direitos que o autor, inclusive contraditório e ampla defesa, de modo que, a luz do princípio da igualdade, não se pode conceber que os direitos exercidos por autor e réu sejam diferentes e, de forma contumaz, diz que: “chegar primeiro ao Poder Judiciário não deve ser fonte de privilégios”.

(TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada de prova no código de processo civil de 2015*. Revista de Processo – Repro. Vol. 260/2016. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 77).

¹¹⁷ SCARPINELLA, Cassio Bueno. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil* – Vol. 02 São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

¹¹⁸ Para Welder Queiroz dos Santos, não há como se falar em processo sem contraditório: “(...) Elio Fazzalari sustenta que o contraditório é inerente ao conceito de processo e que não há este sem aquele, uma vez que o processo seria um procedimento em contraditório. Cândido Rangel Dinamarco também entende que não há processo sem contraditório, mas acrescenta ao conceito de processo a necessidade de ser formado também por uma relação jurídica processual”. (SANTOS, Welder Queiroz dos. *Princípio do contraditório e vedação de decisão surpresa*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, p. 51).

¹¹⁹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O Direito de Defesa no Processo Civil Brasileiro – um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

a) Da impossibilidade de aplicação da interpretação literal – impossibilidade de se violar os princípios do contraditório e da ampla defesa

Extraí-se da literalidade do art. 382, §4º do CPC, acima transcrito, que não haveria a possibilidade de se apresentar qualquer defesa e/ou recurso no procedimento de produção antecipada de prova (interpretação literal).

O que este trabalho, de forma respeitosa e fundamentada, discorda, e que se literalmente interpretada a norma haveria uma inconstitucionalidade do artigo supramencionado por violar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (modelo constitucional de processo civil).

Isto, pois, pela literalidade, o artigo referido estaria retirando das partes qualquer possibilidade de manifestação (defesa), violando assim, o art. 5º, LV, da CF, o que é inadmissível (uma lei infraconstitucional não pode desrespeitar uma norma constitucional – cláusula pétrea).

Vale salientar, inclusive, que para Heitor Vitor Mendonça Sica¹²⁰ o direito de defesa (contraditório e ampla defesa) é um consectário lógico e inerente ao direito de ação, de modo que não há como se falar em direito de ação (no caso, requerer a produção antecipada de prova), sem lógica e necessariamente, trazer o direito de defesa conjuntamente (no caso, o direito de defesa na produção antecipada de provas).¹²¹

Já para Welder Queiroz dos Santos¹²², o contraditório possui como fundamento formal e técnico a bilateralidade da “ação”, eis que a ação deve ser sempre proposta nos limites da outra parte, que terá sua esfera jurídica atingida pelo provimento destinado a produzir efeitos. E é exatamente por poder se submeter a estes efeitos, que a parte deve estar presente em juízo e poder realizar a sua defesa.

¹²⁰ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O Direito de Defesa no Processo Civil Brasileiro – um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

¹²¹ Vale salientar que para o mencionado autor, tanto autor e réu realizam, durante o trâmite processual, atitudes baseadas no direito de ação e no direito de defesa, até por isso seria indissociável, em nosso sistema, a existência de um destes direitos sem o outro. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O Direito de Defesa no Processo Civil Brasileiro – um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

¹²² SANTOS, Welder Queiroz dos. *Princípio do contraditório e vedação de decisão surpresa*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, p. 52

Para Cassio Scarpinella Bueno¹²³:

O §4º do art. 382 veda defesa ou recurso, salvo contra o indeferimento total relativo à prova. O dispositivo, para não atritar com os princípios do contraditório e da ampla defesa, componentes do modelo constitucional do direito processual civil, deve ser interpretado no sentido de que o que está proscrito do procedimento são as discussões relativas à avaliação da prova, que serão feitas *a posteriori*. Do mesmo modo que não há como subtrair do magistrado o dever de agir, ainda que oficiosamente, quando a regularidade do processo e da colheita da prova, não é dado impedir que o réu se manifeste em idêntico sentido.¹²⁴

Também é este o entendimento de Elias Marques de Medeiros Neto, Francisco Laux, Giovani Ravagnani, Felipe Roberto Rodrigues, Ricardo Aprigliano e William Santos Ferreira:

A tentativa de se vedar, abstratamente, a apresentação de defesa não sobrevive, no ordenamento jurídico brasileiro, a uma *leitura constitucional* do processo.

O entendimento é fundado na necessidade de se efetivar a garantia constitucional do contraditório também no processo de produção antecipada de provas. A caracterização da sentença como a de *epílogo de um devido processo* (Fazzalari) carrega dentro de si a necessidade de se conferir à parte a possibilidade efetiva de influir no convencimento do órgão julgador. Esse é o verdadeiro sentido e alcance do princípio esculpido no inciso LV do art. 5º da CF. As alegações apresentadas pelas partes, portanto, detêm o poder de *condicionar* a decisão a ser proferida pelo magistrado. O pedido de *antecipação* enseja a constituição de um processo e, portanto, exige a observância ao primado do contraditório, com todas as possibilidades que ele carrega.¹²⁵

Desta feita, por acreditar que o referido dispositivo comporta uma interpretação conforme à Constituição, é que se afasta, neste trabalho, a vedação completa e irrestrita a apresentação de defesa na produção antecipada de prova (tal interpretação, como dito, é inconstitucional), de modo a se permitir a realização de

¹²³ No mesmo sentido, ensina Bruna Bessa de Medeiros: “Desta forma, uma interpretação literal mostra-se inconstitucional, principalmente sob a perspectiva do requerido. Apesar de citado, ele não teria qualquer possibilidade de influência no convencimento do julgador, seja sobre o seu próprio pedido de produção de prova, seja sobre a admissibilidade da produção da prova pleiteada originalmente pelo requerente. Neste caso, deve ser feita uma análise sistemática do CPC/15 e uma interpretação conforme a Constituição Federal. (<https://www.migalhas.com.br/depeso/305486/e-possivel-a-apresentacao-de-defesa-ou-recurso-na-producao-antecipada-de-prova>. Acesso em 12/02/2020, às 21:55.).

¹²⁴ SCARPINELLA, Cassio Bueno. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil – Vol. 01. 6ª Edição*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 233.

¹²⁵ <https://www.migalhas.com.br/depeso/245536/a-defesa-na-producao-antecipada-de-provas-uma-leitura-constitucional-do-artigo-382-4-do-novo-cpc>. Acesso em 12/02/2020, às 21:50.

defesa e/ou recursos (com pequenas limitações que serão abordadas ainda neste capítulo).

O contraditório além de ser previsão Constitucional e inerente a qualquer ação judicial, é também elemento indispensável para a validade da produção antecipada de prova, conforme Belén Rizo Gomes¹²⁶, sendo que assim, por mais um fundamento, vê-se a indispensabilidade da possibilidade de defesa e/ou recursos na produção antecipada de prova.

Assim, ao vedar a realização de defesa, o Código de Processo Civil estaria vedando, por exemplo, que a parte alegasse matérias de ordem pública, que pode ser reconhecida de ofício pelo Juiz. Ora, qual o sentido dessa vedação? Se o juiz pode reconhecer de ofício, por que a parte não pode alegar (apresentar defesa) sobre tal ponto? É evidente a incoerência sistêmica desta previsão.

Isso sem contar que vedaria a parte a opor exceções como em relação a suspeição e impedimento do juiz, por exemplo.

Afora as demais incongruências que serão abordadas detalhadamente abaixo, sendo que aqui tão somente se buscou demonstrar que a previsão do Código de Processo Civil de 2015 não comporta uma interpretação literal, por tal ser violadora do contraditório e da ampla defesa.

Assim, demonstrar-se-á as restrições em relação ao art. 382, §4º do CPC e sua aplicabilidade.

¹²⁶ Da mesma forma, ensina Belén Rizo Gómez: “La otra garantía fundamental que está llamada a presidir la práctica anticipada de la prueba es el principio de contradicción. Constituye una máxima que se encuentra intimamente ligada con la prohibición de la indefensión, que contempla el apartado primero del artículo 24 de la CE. Téngase en cuenta que cualquier realización de la prueba que no cumpla con la contradicción provoca indefensión. Em virtud de este principio, y em lo que atañe exclusivamente al ámbito probatorio, se articula a oportunidad que ostentan las partes del proceso de estar presentes e intervenir en la práctica de la prueba. Ahora bien, para hacer viable la participación de estos sujetos em la actividad probatoria, se les habrá de citar. La forma de la citación varía em función del momento de deducción de la solicitud de la prueba anticipada, esto es, si la misma es planteada con anterioridade al inicio del proceso o durante su tramitación. (GÓMES, Belén Rizo. *La Antecipación de la prueba en el proceso civil*. Vol. 709. Valência: Editora Tirant Monografías, 2010, p. 128/129).

b) Da antinomia entre o art. 382, §1º e §4º do CPC:

Primeiramente, merece ser destacado o fato da existência de uma antinomia entre o art. 382, §1º e o §4º do CPC.

Vale destacar que segundo a definição do dicionário Houaiss, antinomia nada mais é do que: “Contradição, discrepância, entre leis que dificulta sua interpretação.”¹²⁷.

O §1º do art. 382 do CPC, determina que, independentemente de requerimento da parte, haverá a determinação de citação dos interessados na produção da prova, salvo se inexistente caráter contencioso.

Assim, se o próprio Código determina a citação dos interessados na produção da prova, tem-se que o consequente lógico é a possibilidade de manifestação dos interessados, inclusive com a apresentação de defesas e recursos, nem que a matéria alegada seja procedimental e/ou de ordem pública.

Até porque não haveria o menor sentido lógico de o Código determinar a citação de um interessado (inclusive podendo a determinação de citação ser de ofício pelo magistrado), se o requerido não puder realizar qualquer defesa e/ou recurso.

Ou seja, é uma antinomia seríssima o Código de Processo Civil prever a citação dos interessados e ao mesmo tempo vedar a apresentação de qualquer defesa e/ou recurso, chegando, como dito, até a ser ilógica esta interpretação¹²⁸.

Diante disto, o melhor caminho a se fazer é empregar a melhor interpretação para o §4º do art. 382 do CPC, de modo a compatibilizá-lo com o §1º do art. 382 do

¹²⁷ <https://www.dicio.com.br/antinomia/>. Acesso em 15/02/2020, às 10:05.

¹²⁸ Neste sentido, ensina Jonathan Nasser Regioli: “De fato, o art. 382, §4º do CPC/2015 apresenta um paradoxo ao dizer que não haverá defesa nem recurso, além de revelar uma falta de coerência com o próprio art. 382, §1º do CPC, elencando, portanto, a necessidade de “citação de interessados na produção da prova”. Essa citação, conforme o mencionado artigo, pode ocorrer até mesmo de ofício pelo magistrado. Determinar a citação para ser um mero expectador do procedimento é inconcebível e fere de morte as garantias constitucionais ao princípio do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. para que a citação seja válida, deve ser oportunizada para que a parte participe no processo, dando-se por meio do contraditório”. REGIOLI, Jonathan Nasser. FUGA, Bruno Augusto Sampaio (coord.), RODRIGUES, Daniel Colnago (coord.), ANTUNES, Thiago Caversan (coord.). *Produção Antecipada da Prova – Questões Relevantes e Aspectos Polêmicos*, 2ª Edição, Londrina: Editora Thoth, 2019, p. 319/320.

CPC e, principalmente, com a Constituição Federal (princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa).

Destaca-se que o objetivo deste trabalho e, especificamente, deste item, é demonstrar que a interpretação literal do art. 382 do CPC pode gerar uma antinomia entre os parágrafos. Contudo, o que se deduz disto é que a interpretação de que o §4º do art. 382 do CPC tem que ser dada conforme a Constituição Federal e de modo que não colida com o §1º do referido artigo.

c) Da possibilidade de defesa em relação a possibilidade ou não da produção da prova:

Outra possibilidade de defesa na produção antecipada de prova é em relação ao direito à prova do requerente (sujeito ativo), com relação à possibilidade ou não daquela prova ser produzida.

Ora, o primeiro passo para se ter a produção antecipada de prova é que o requerente (sujeito ativo) possua o direito àquela prova que está sendo requerida. E para isto, seria inadmissível não conceder ao polo passivo a possibilidade de discutir se aquela prova pode ou não ser produzida.

Salienta-se que o art. 382, *caput*, do CPC, determina expressamente que o requerente da produção antecipada de prova deverá apresentar as razões que justificam a necessidade de antecipação e os fatos sobre quais a prova irá recair:

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

O que determina o artigo é indispensável para que o requerido possa realizar a sua defesa, especialmente no tocante a impossibilidade de produção daquela determinada prova.

Isto, pois, pode ocorrer que o objeto da prova que está sendo requerida pelo sujeito ativo da produção antecipada de prova, está protegido pelo direito à privacidade, à intimidade ou com o sigilo profissional de informações, de modo que aquele requerimento de produção de prova não poderá prosseguir.

E, ainda, há também que se ver se prova que foi requerida não viola o princípio da privacidade e da intimidade (Elias Marques de Medeiros Neto, Francisco Laux, Giovani Ravagnani, Felipe Roberto Rodrigues, Ricardo Aprigliano e William Santos Ferreira¹²⁹).

De modo que, nestes casos, seria inadmissível a produção da prova, sob pena de violar os direitos do sujeito passivo.

Se afirmou neste trabalho, por diversas vezes, a existência do direito fundamental à prova. Todavia, este direito não é absoluto¹³⁰¹³¹, cabendo em determinados caso o seu sopesamento e, se o caso, o seu afastamento no caso concreto.

Assim, resta claro a possibilidade de apresentação de defesa pelo sujeito passivo, para demonstrar a impossibilidade da produção antecipada de prova, sendo mais um elemento e fundamento para afastar a interpretação literal do §4º do art. 382 do CPC, a fim de configurar a possibilidade de apresentação de defesa na produção antecipada de prova, preservando assim o contraditório¹³², e até a própria logicidade

¹²⁹ <https://www.migalhas.com.br/depeso/245536/a-defesa-na-producao-antecipada-de-provas-uma-leitura-constitucional-do-artigo-382-4-do-novo-cpc>. Acesso em 12/02/2020, às 21:50.

¹³⁰ Neste sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco: "(...) os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. (...) Até o elementar direito à vida tem limitação explícita no inciso XLVII, a, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada" (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, et al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo; Saraiva, 2007, p. 230/231).

¹³¹ Neste sentido, o C. STF já decidiu: "OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros". (STF, Pleno, RMS 23.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 12.05.2000).

¹³² Sobre o contraditório, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira dispõe sobre a enorme relevância do contraditório, inclusive de forma paritária entre as partes, de forma que o contraditório é, em verdade uma ferramenta para se evitar abusos e descontroles nos processos: "Nos tempos atuais, a regulação formal e temporal do procedimento não pode deixar de considerar o caráter essencial do contraditório para o fenômeno processual. Mostra-se imperiosa, como facilmente se intui, a participação dos interessados no *iter* de formação do provimento judicial destinado a interferir em sua esfera jurídica. E essa participação deverá ocorrer, à evidencia, da forma mais paritária possível, de modo a permitir a intervenção dos interessados mediante equitativa distribuição dos respectivos poderes, faculdades e ônus, com efetiva correspondência e equivalência entre posições contrapostas.

do procedimento de produção antecipada de provas, que é tão somente a obtenção do esclarecimento de um *fato probando*, sendo, contudo, vedado o abuso de direito (que é a produção antecipada de prova sem que esta seja necessária ou lícita em determinado contexto, como o de sigilo profissional, não podendo, portanto, ser admitida).

Vale destacar que a possibilidade de defesa para o cabimento ou não da produção antecipada de prova é extremamente lógica e necessária, dado que o próprio art. 382, §4º do CPC prevê que a única possibilidade de apresentação de recurso é no momento em que houver indeferimento total da produção antecipada de prova.

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

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

Ora, se a própria lei permite a hipótese de recurso em caso de indeferimento total da produção antecipada de prova, há que permitir (logicidade) que o requerido apresente seus argumentos para o descabimento do pedido de produção antecipada de prova. Sendo assim, há mais um argumento e fundamento para o cabimento da defesa na produção antecipada de prova.

Ademais, há o caso de exibição de documentos em que o REsp repetitivo nº 1349453 (2012/0218955-5) determina que para se ter a exibição de documentos (via produção antecipada de prova), se faz indispensável o requerimento à parte requerida, sendo que o não requerimento importa em ausência de interesse processual:

Para efeitos do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte tese:

A propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a

A correspondência e equivalência assinaladas influenciam a própria *estrutura* do procedimento, necessariamente dialética, e devem condizer ainda com a dinâmica dialética do processo. Vale dizer, com outras palavras, que a simetria, mútua implicação e substancial paridade das posições subjetivas traduzir-se-á na possibilidade de cada um dos participantes intervir de forma não episódica e, sobretudo, no exercício de um conjunto de controles, reações e escolhas, bem como na necessidade de submissão aos controles e reações alheias". (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 113/114).

comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária.

A jurisprudência¹³³ vem aplicando este precedente repetitivo à produção antecipada de prova já na vigência do CPC/15, de modo que a ausência da comprovação deste requerimento prévio faz com que a produção antecipada de prova seja julgada extinta sem julgamento do mérito por ausência de interesse processual, ou seja, sendo fundamental (concordando ou não com o argumento da aplicação do recurso especial repetitivo) a possibilidade apresentação de defesa para suscitar a matéria.

Desta forma, apenas como demonstração de que há inúmeros argumentos e fundamentos de defesa, com o que fazem, logicamente, ser inadmissível a vedação a apresentação de toda e qualquer defesa e/ou recurso.

d) Da possibilidade de defesa/recursos – matérias cognoscíveis de ofício:

A despeito da previsão do art. 382, §3º do CPC, como dito acima, é preciso realizar uma interpretação deste parágrafo conforme à Constituição e de modo a compatibilizá-lo com o próprio Código de Processo Civil. Ou seja, é preciso ser entendida como possível a realização de defesa e/ou recursos mesmo em sede de produção antecipada de prova (evidentemente, como será abordado abaixo, não poderá ser alegado, por exemplo, a existência ou inexistência do *fato probando*).

Assim, umas das possibilidades de apresentação de defesas e/ou recursos é a possibilidade da realização de defesa e/ou recurso com base em matérias cognoscíveis de ofício pelo Juiz.

Tem-se claro que as matérias de ordem pública são aqueles itens que podem ser decididas de ofício pelo Juiz, ou seja, independentemente de provação das partes.

¹³³ Neste sentido há julgado no TJ-RS (Apelação cível nº 70079235339 – TJ-RS. 23ª Câmara de Direito Privado. Relator: Martin Schulze. Julgado em 30/10/2018). E, ainda, também há julgado no TRF da 3ª Região (apelação cível nº 0006616-80.2006.4.03.6104 SP. TRF da 3ª Região. 5ª Turma. Relator: Paulo Fontes. Data do Julgamento: 15/10/2015. Data da Publicação: 22/10/2018).

Salienta-se, ainda, que conforme ensina Heitor Vitor Mendonça Sica¹³⁴, as matérias de ordem pública, cognoscíveis de ofício, são matérias que possuem um interesse público permeado. Assim, até por ser de interesse público, é que tais matérias são cognoscíveis de ofício, tamanha a sua importância e seriedade para o processo.

Ora, se o Juiz pode decidir determinadas matérias de ofício independentemente de provação das partes, não haveria razão ou fundamento para impedir com que as partes provocassem o Poder Judiciário acerca destes temas.¹³⁵

A vedação de que as partes apresentem defesas e/ou recursos alegando matéria de ordem pública, além de ser inconstitucional (violação do contraditório e da ampla defesa), chega a ser até ilógico levando em consideração o próprio sistema do Código de Processo Civil (interpretação sistemática) que atribui a cognoscibilidade de ofício para determinadas matérias, em razão de seu interesse público (elevada relevância para o processo e para a sociedade).

Destarte, se impõe (até logicamente) a licitude da apresentação de defesa e/ou recursos com fundamento em matérias cognoscíveis de ofício (matérias de ordem pública).

Neste sentido, aduz Eduardo Talamini¹³⁶:

No Código de Processo Civil de 2015, o tratamento dado ao tema é ainda pior que o do diploma anterior. O seu art. 382, § 4.º, estabelece

¹³⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O Direito de Defesa no Processo Civil Brasileiro – um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

¹³⁵ Como ensina Ricardo de Carvalho Aprigliano, todas as partes do processo (autor, réu e juiz) poderão alegar a matéria de ordem pública: “(...) Com este enfoque, pode-se então afirmar que a questão de ordem pública sempre deve ser arguida por um dos sujeitos do processo, para que os demais sobre ela tenham ciência. Sob a perspectiva desta proposição, a ordem pública processual pode ser invocada tanto por iniciativa do magistrado como por iniciativa das partes(...)”. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo – O tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo. Editora Atlas, 2011, p. 107.

¹³⁶ No mesmo sentido, discorre o doutrinador Luiz Flávio Yarshell: “O CPC de 2015 foi infeliz ao pretender restringir de forma supostamente absoluta a possibilidade de reação por parte do demandado (“não se admitirá defesa”), num dispositivo que soa incoerente e até infiel com os limites da antecipação da prova agora estabelecidos (art. 382, §3º, do CPC/2015). (...) A lei parece sugerir que se trataria de ‘mero’ procedimento de jurisdição voluntária, quando é fora de dúvida que a atividade realizada é tipicamente jurisdicional. Assim a interpretação conforme a Constituição (art. 5º, LIV e LV, da CF) autoriza dizer que a limitação ali estabelecida se justifica apenas no limite do que constou no §2º do art. 383 do CPC/2015 e considerando a circunstância de que no processo da antecipação não são valorados fatos e menos ainda resolvidas questões de direito; exceto para justificar a inadmissibilidade da prova ou de sua antecipação. Fora daí a possibilidade de defesa e de exercício do contraditório pelo demandado deve ser ampla, como é a correspondente a norma constitucional. (YARSHELL, Flavio Luiz. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Teresa Arruda Alvim [et al] (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3º Edição, 2017, p. 1.165.

que “não se admitirá defesa” no processo de produção antecipada. Tal dispositivo exige interpretação que o salve da inconstitucionalidade (CF (LGL\1988\3), art. 5.º, XXXVI, LIV e LV).²⁷ Não há dúvidas de que o juiz detém poder para, mesmo de ofício, controlar (i) defeitos processuais, (ii) a ausência dos pressupostos da antecipação probatória e (iii) a admissibilidade e validade da prova. Logo, o requerido tem o direito de provocar decisão do juiz a respeito desses temas. A suposta proibição de defesa deve ser compreendida apenas como: (a) ausência de uma via específica para formulação de contestação e (b) não cabimento de discussão sobre o mérito da pretensão (ou defesa) para a qual a prova pode servir no futuro.¹³⁷

Aliás, é neste sentido que foi disposto no enunciado n. 32 da I Jornada de Direito Processual Civil da CJF: “A vedação à apresentação de defesa prevista no art. 382, §4º, do CPC, não impede a alegação pelo réu de matérias conhecíveis de ofício”.

Portanto, afirma-se que a apresentação de defesa e/ou recursos com fundamento em matérias de ordem pública é plenamente viável e é medida que se impõe em respeito à Constituição Federal e em relação ao próprio Código de Processo Civil.

Isto, pois, apenas como exemplificação, seria teratológico se permitir, por exemplo, o prosseguimento de uma produção antecipada de prova, em que o polo passivo fosse parte ilegítima, pois, seria atestar que o Poder Judiciário reconhecidamente deixou um tramitar algo em face de parte ilegítima e nada fez ou então por ausência de interesse de agir.

Aliás, já há julgados dos Tribunais Pátrios em que se reconhece que uma produção antecipada de prova não pode prosseguir sem que haja interesse de agir, assim, seria teratológico não se permitir, como dito, que a parte requerida não pudesse levar tais elementos de ordem pública ao conhecimento do Poder Judiciário (TJ-MG. Apelação Cível n. 10000191487008001. Relatora: 30/01/2020. Data do Julgamento: 03/01/2020. Data de Publicação: 31/01/2020).

e) Da possibilidade de defesa/recursos com fundamento nas regras procedimentais da prova que está sendo produzida:

¹³⁷ TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada de prova no código de processo civil de 2015*. Revista de Processo – Repro. Vol. 260/2016. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016, pág. 86.

Além da possibilidade de apresentação da defesa e/ou recurso com base em matéria cognoscível de ofício, há também a possibilidade de se apresentar defesa e/ou recurso com base em regras de cada procedimento de prova que será produzido.

Aliás, vale destacar os ensinamentos de Cassio Scarpinella Bueno:

Importa sublinhar a observância do contraditório, a despeito do texto do §1º do art. 382, ressalvada a única hipótese da ocorrência de urgência, apta a justificar o pedido com fundamento no inciso I do art. 381. Para o que interessa sublinhar, o interessado (réu) na produção de provas tem o direito de constatar se as regras relativas a cada um dos meios de prova estão sendo suficientemente observadas.¹³⁸

Veja-se que se interpretado pela literalidade (que já dito acima não comporta tal interpretação), o §4º do art. 382 do CPC vedaria, por exemplo, que o sujeito passivo apresentasse uma defesa alegando que o perito designado não detinha conhecimento técnico para analisar o que se queria provar (por exemplo, um engenheiro civil para realizar a análise de uma fórmula de um remédio) – conforme determina o art. 465, *caput*¹³⁹, do CPC.

Ora, esta situação é teratológica, eis que a lei não pode vedar que a parte se manifeste sobre, no mínimo, as regras de como a prova deverá ser produzida, sob pena de a lei criar uma situação de desigualdade entre as partes (art. 5º, *caput*, da CF) e de injustiça, sem se falar em ineficiência (além de ferir, como sempre aqui dito, o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal).

Se diz em relação à ineficiência, pois, caso esta prova sem a possibilidade de defesa (por exemplo, ausência de conhecimento técnico do perito) fosse homologada e futuramente utilizada em juízo, na ação principal, muito provavelmente teria de ser refeita, nomeando-se um perito com conhecimento técnico na área específica. Ou seja, seria totalmente ineficiente (art. 37 da CF) que se vedasse a apresentação de defesa para que, posteriormente, tivesse que se rediscutir e refazer a prova que já teria sido objeto da produção antecipada.

¹³⁸ SCARPINELLA, Cassio Bueno. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil – Vol. 01. 6ª Edição*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 233.

¹³⁹ Art. 465. O juiz nomeará perito especializado no objeto da perícia e fixará de imediato o prazo para a entrega do laudo. (...)

Isso sem contar que a lei não pode exigir, por exemplo, que o perito detenha conhecimento técnico e, inclusive, tenha o perito que juntar currículo para comprovação de seu conhecimento (art. 465, *caput* e §2º ¹⁴⁰ do CPC) e ao mesmo tempo vedar que a parte requerida impugne a ausência deste conhecimento técnico. Isto sem se falar na possibilidade de assistentes técnicos e etc. Novamente há antinomia inadmissível na lei.

Portanto, a conclusão que se chega é que, realizando uma interpretação conforme à Constituição, é sim possível a realização de defesa sobre as matérias procedimentais da produção da prova.

f) Da limitação da defesa/recurso:

Como já foi explanado neste capítulo, há o entendimento de que o §4º do art. 382 do CPC não poderá ser interpretado de forma literal, sob pena de violação do contraditório, ampla defesa e do devido processo legal.

Todavia, o comando normativo contido no §4º do art. 382 do CPC também não pode ser ignorado, no sentido de que deve servir como um vetor interpretativo.

Ora, o legislador, de alguma maneira, quis vedar a defesa e/ou recurso na produção antecipada de prova. Como dito, tal vedação deve ser lida e moldada com base nos princípios constitucionais e com base nas próprias regras e princípios do Código de Processo Civil.

Contudo, alguma vedação há sentido em se ter.

Como já abordado anteriormente, na produção antecipada de prova, não há valoração da prova em si, há tão somente a produção de prova, com a homologação

¹⁴⁰ Art. 465. O juiz nomeará perito especializado no objeto da perícia e fixará de imediato o prazo para a entrega do laudo.

§ 1º Incumbe às partes, dentro de 15 (quinze) dias contados da intimação do despacho de nomeação do perito:

§ 2º Ciente da nomeação, o perito apresentará em 5 (cinco) dias:

I - proposta de honorários;

II - currículo, com comprovação de especialização;

III - contatos profissionais, em especial o endereço eletrônico, para onde serão dirigidas as intimações pessoais.

pelo juiz de tão somente que aquela determinada prova foi produzida observada as formalidades legais.

Assim, o que se impõe limitar de defesa e/ou recurso é a em relação a ocorrência ou a inoccorrência do *fato probando*. Até porque isto sequer é objeto da própria produção antecipada de provas em si, de modo que a alegação de tais matérias em nada traria de benefícios ao procedimento.

É o que a doutrina vem chamando de “limitação horizontal dos argumentos de defesa”. Para Elias Marques de Medeiros Neto, Francisco Laux, Giovani Ravagnani, Felipe Roberto Rodrigues, Ricardo Aprigliano e William Santos Ferreira:

(...) O que se pode aceitar é a limitação horizontal dos argumentos de defesa, em observância às balizas que demarcam o âmbito de cognição do magistrado no processo de antecipação da prova. Uma interpretação sistemática dos dispositivos que regem a antecipação da prova sugere que o raciocínio é pertinente para os fins do presente estudo. Como, na antecipação, é vedado ao juiz se pronunciar “sobre a ocorrência ou inoccorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas” (art. 382, § 2º, NCPC), é de se aceitar a impossibilidade de análise de argumentos de defesa que guardem relação exclusivamente com argumentos de mérito relacionados com a futura e eventual demanda voltada ao reconhecimento do alegado direito material.

(...) Uma análise sistemática e constitucional do novo CPC revela que a impossibilidade de apresentação de defesa no âmbito da antecipação da prova é dotada de aplicação limitada ao âmbito de cognição horizontal do órgão julgador. A própria limitação a respeito da apreciação de fatos e consequências jurídicas deles advindas deve ser vista com certo cuidado, por necessidade de análise da finalidade da produção da prova que se pretende realizar. Espera-se que a presente opinião auxilie e sirva de estímulo ao estudo e construção de trabalhos de maior fôlego a respeito do tema.¹⁴¹

g) Do Prazo para Apresentação da Defesa ou Recurso:

Ao se tratar da possibilidade de defesa (contraditório) na produção antecipada de provas, é indispensável analisar e discorrer sobre o prazo para a apresentação desta defesa.

Primeiramente, para a produção antecipada de prova, não há nenhuma previsão no Código de Processo Civil acerca de eventual prazo para apresentação de defesa.

¹⁴¹ <https://www.migalhas.com.br/depeso/245536/a-defesa-na-producao-antecipada-de-provas-uma-leitura-constitucional-do-artigo-382-4-do-novo-cpc>. Acesso em 12/02/2020, às 21:50.

Assim, o que se depreende, a partir de uma interpretação sistemática do Código de Processo Civil, é que existem algumas possibilidades de prazo.

De acordo com o art. 218, §1º¹⁴² do CPC disciplina que em casos em que lei for omissa, o juiz determinará prazo levando em consideração a complexidade do ato. Desta forma, a melhor maneira para se resolver a celeuma da apresentação de defesa na produção antecipada de prova é a hipótese de o juiz, no despacho inicial que ordena a citação do requerido, já fixar um prazo para apresentação de defesa, evidentemente levando em consideração a complexidade do pedido de produção antecipada de provas.

Todavia, caso o juiz não fixe prazo, a situação do prazo fica um pouco mais delicada.

A resposta mais segura, inclusive conforme ensina Fredie Didier Jr.¹⁴³, seria a afirmação de que se o juiz não fixa nenhum prazo, nos termos do art. 218, §3º¹⁴⁴ do CPC, o prazo para a apresentação de defesa seria de 05 (cinco) dias.

Respeitosamente, essa manifestação de defesa em 05 (cinco) dias é anti-isonômica, eis que um prazo tão exíguo para a apresentação da defesa, indubitavelmente prejudicaria o próprio direito ao contraditório e a ampla defesa.

Destaca-se que contraditório e ampla defesa, como já dito neste trabalho, não é tão somente a “possibilidade de manifestação”, mas também condições para que se dê a manifestação abarcando todos os pontos da inicial, inclusive para que haja influência sobre a decisão judicial (consideração pelo Julgador).

¹⁴² Art. 218. Os atos processuais serão realizados nos prazos prescritos em lei.

§ 1º Quando a lei for omissa, o juiz determinará os prazos em consideração à complexidade do ato.

¹⁴³ Fredie Didier Jr.: “Não há prazo legal de oferecimento da contestação. Cabe ao juiz fixa-lo, levando em consideração a complexidade do ato a ser praticado (art. 218, §1º do CPC). Se o juiz não o fixar, o prazo será de cinco dias (art. 218, §3º do CPC)”. DIDIER, Fredie Jr. FUGA, Bruno Augusto Sampaio (coord.), RODRIGUES, Daniel Colnago (coord.), ANTUNES, Thiago Caversan (coord.). *Produção Antecipada da Prova – Questões Relevantes e Aspectos Polêmicos*, 2ª Edição, Londrina: Editora Thoth, 2019, p. 207.

¹⁴⁴ Art. 218. Os atos processuais serão realizados nos prazos prescritos em lei.

§ 3º Inexistindo preceito legal ou prazo determinado pelo juiz, será de 5 (cinco) dias o prazo para a prática de ato processual a cargo da parte.

Assim, um prazo exíguo de 05 (cinco) dias, a meu ver, em última análise fere o contraditório e a ampla defesa. Mas, como sustentado por Fredie Didier Jr.¹⁴⁵, este prazo de 05 dias seria uma segurança em relação a inquestionável tempestividade da apresentação da defesa.

Ademais, como dito, partindo de uma interpretação sistemática, caso o juiz não fixe prazo para a apresentação de defesa, ao invés de 05 (cinco) dias, a meu ver, o prazo para apresentação de defesa é 15 (quinze) dias.

Ora, o art. 437, §1º do CPC disciplina que qualquer juntada de documento novo será oportunizado a parte contrária manifestação no prazo de 15 (quinze) dias:

Art. 437. O réu manifestar-se-á na contestação sobre os documentos anexados à inicial, e o autor manifestar-se-á na réplica sobre os documentos anexados à contestação.

§ 1º Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra parte, que disporá do prazo de 15 (quinze) dias para adotar qualquer das posturas indicadas no art. 436.

Diante disto, propõe-se que, na ausência de prazo fixado pelo Juiz, que o prazo considerado seja o de 15 dias, caso na inicial da produção antecipada de provas seja anexado qualquer documento, por força do art. 437, §1º do CPC.

E, considerando que toda produção antecipada de prova necessitará que se apresentem a justificativa da necessidade daquela antecipação da produção da prova (art. 382, *caput*¹⁴⁶, do CPC), resta claro que toda e qualquer produção antecipada de prova terá que haver a juntada de documentos para que comprove a relação jurídica e a necessidade de produção antecipada.

Ademais, tem-se que o prazo de 15 (quinze) dias para apresentação de defesa na produção antecipada de provas é, em verdade, uma observância a interpretação isonômica, isto, pois, a contestação é feita no prazo de 15 dias (defesa no processo principal – art. 335¹⁴⁷ do CPC); a manifestação sobre documentos é no prazo de 15 dias (art. 437, §1º, do CPC); a réplica ou manifestação sobre a contestação é no prazo

¹⁴⁵ DIDIER, Fredie Jr. FUGA, Bruno Augusto Sampaio (coord.), RODRIGUES, Daniel Colnago (coord.), ANTUNES, Thiago Caversan (coord.). Produção Antecipada da Prova – Questões Relevantes e Aspectos Polêmicos, 2ª Edição, Londrina: Editora Thoth, 2019, p. 207.

¹⁴⁶ Art. 382. Na petição, o requerente apresentará as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair.

¹⁴⁷ Art. 335. O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data:

de 15 dias (art. 350¹⁴⁸ do CPC); a maioria dos recursos são no prazo de 15 dias (art. 1.003, §5º¹⁴⁹ do CPC).

Portanto, o que se tenta demonstrar é que a maioria dos atos processuais de defesa são no prazo de 15 dias, e como o Código de Processo Civil não disciplinou prazo para a defesa na produção antecipada de prova, por uma questão de isonomia, entendo que deveria se fixar também o prazo de 15 dias para a defesa na produção antecipada de prova.

Assim, sintetizando a ideia dos prazos, temos: a) se o juiz fixar o prazo, deve se observar o que por ele foi fixado. Contudo, caso o juiz não fixe, b) o prazo de 15 (quinze) dias considerando o art. 437, §1º do CPC que preconiza que diante da juntada de documentos haverá o prazo de 15 dias para se manifestar – e esse prazo de 15 (quinze) dias também é uma medida isonomia diante de todas as outras previsões de prazo do Código de Processo Civil, como demonstrado acima; c) o prazo de 05 (cinco) dias, nos termos do art. 218, §3º do CPC, caso entenda que o prazo de 15 dias não pode ser aplicado e no caso de o juiz não ter fixado prazo.

h) Dos Efeitos da Revelia e da Preclusão na Produção Antecipada de Provas:

Como é o entendimento exposto neste trabalho, é possível a realização de defesa na produção antecipada de provas, respeitando, evidentemente, o limite de não ser possível a discussão (defesa) em relação a existência ou não do fato (não há valoração da prova em sede de produção antecipada de prova).

Contudo, a partir desta possibilidade de apresentação de defesa/recurso na produção antecipada de prova, surge a celeuma em relação à aplicação ou não dos efeitos da revelia e/ou preclusão.

¹⁴⁸ Art. 350. Se o réu alegar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, este será ouvido no prazo de 15 (quinze) dias, permitindo-lhe o juiz a produção de prova.

¹⁴⁹ Art. 1.003. O prazo para interposição de recurso conta-se da data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão.

§ 5º Excetuada os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias.

Primeiramente, cabe destacar que a contestação é um ônus, que nada mais é do que uma “escolha” do réu com “consequências legais”, sendo estas consequências, de acordo com os arts. 344 a 346¹⁵⁰ do CPC, que geram os efeitos da revelia.

Os efeitos da revelia, que se dão pela não apresentação da contestação, no processo civil, caracterizam-se por:

- a) Presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor;
- b) Preclusão do direito do réu em apresentar resposta;
- c) Os prazos correrão independentemente de intimação do advogado do réu (caso não haja advogado constituído).

Todavia, apenas como destaque, vale destacar que a revelia não importa, necessariamente, em procedência da ação, eis que além das hipóteses do art. 345 do CPC¹⁵¹, o juiz possui o dever-poder instrutório para esclarecer determinados fatos e, poderá, ao analisar, entender que o autor não tem razão. Isso sem contar, que nos termos dos art. 346 c/c art. 349¹⁵² do CPC, poderá o réu, a depender do estado em que o processo se encontra, produzir provas

¹⁵⁰ Art. 344. Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor.

Art. 345. A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se:

I - havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação;

II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis;

III - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato;

IV - as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos.

Art. 346. Os prazos contra o revel que não tenha patrono nos autos fluirão da data de publicação do ato decisório no órgão oficial.

Parágrafo único. O revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar.

¹⁵¹ Ensina José Miguel Garcia Medina: “Vê-se, pois, que não se impõe, como consequência da revelia, a procedência automática do pedido. O Código de Processo Civil de 2015 incorpora expressa e definitivamente a tendência, que teve início ainda na vigência do CPC/1973, ao dispor que o efeito previsto no art. 344 do CPC/2015 (presunção de veracidade das alegações de fato do autor) não se produzirá se o fato for inverossímil, ou estiver em contradição com a prova existente nos autos (art. 345, IV, do CPC/2015)”. (MEDINA. José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2016, p. 242).

¹⁵² Art. 349. Ao réu revel será lícita a produção de provas, contrapostas às alegações do autor, desde que se faça representar nos autos a tempo de praticar os atos processuais indispensáveis a essa produção.

Aliás, vale salientar que para José Joaquim Calmon Passos¹⁵³, a contumácia do autor não importa em confissão ficta ou admissibilidade dos fatos alegados pelo autor de modo que, haverá apenas uma presunção relativa, sendo que o Magistrado, se não estiver convicto (ou se tiver dúvida razoável sobre os fatos), possui a obrigação de produzir provas para esclarecimento do fato, até porque o Código não permite que o magistrado julgue tão somente baseado em presunções relativas.

Ou seja, à revelia possui seus efeitos e irá incidir caso não haja contestação, mas isto não significa dizer que a ação será necessariamente procedente (até porque a presunção é relativa e não absoluta) e que o réu não poderá produzir provas ou fazer outros atos processuais (logicamente, sempre dependendo do momento em que o réu se manifestar no processo).

O que é preciso deixar claro que a revelia é uma espécie qualificada da inércia, no sentido de que se a inércia do réu for em relação a determinado ato processual, por força de expressa disposição legal, haverá à revelia.

Isto é nítido quando analisamos que:

- a) No processo civil, ter-se-á revelia quando não houver a apresentação de contestação, conforme previsão expressa do arts. 344 e ss. do CPC;
- b) No Juizado Especial, à revelia se dá pelo não comparecimento à sessão de conciliação ou a audiência de instrução e julgamento, conforme previsão expressa do art. 20¹⁵⁴ da lei 9.099/95;
- c) No processo do trabalho, à revelia ocorre pelo não comparecimento a audiência, conforme previsão expressa do art. 844¹⁵⁵ da CLT).

Ou seja, o que se pretende demonstrar é que a revelia é uma qualificação específica e advinda da lei para uma inércia em relação a determinado ato. A lei determina qual ato que não realizado é que terá como consequência a revelia.

¹⁵³ PASSOS, José Joaquim Calmon. Da revelia do demandado. São Paulo, Editora Livraria Progresso, 1960, p. 106.

¹⁵⁴ Da Revelia: Art. 20. Não comparecendo o demandado à sessão de conciliação ou à audiência de instrução e julgamento, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados no pedido inicial, salvo se o contrário resultar da convicção do Juiz.

¹⁵⁵ Art. 844 - O não-comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato.

Neste mesmo sentido, vale destacar que para Norberto de Almeida Carride¹⁵⁶, à revelia é caracterizada como estado ou situação do revel, ou melhor, daquele que não cumpre a citação para comparecer em Juízo, não apresentando a contestação na forma e nos prazos legais.

Ora, no caso da produção antecipada de prova, a lei não previu, equivocadamente, a possibilidade de defesa e, por conseguinte, não atribuiu a não apresentação de defesa como hipótese de revelia.

Portanto, como a defesa na produção antecipada de prova não se caracteriza como sendo “contestação”, por não haver expressa previsão legal de que haveria revelia pela não apresentação de defesa e, ainda, por não haver valoração de fatos na produção antecipada de provas – art. 382, §2º do CPC - (não haveria “presunção de veracidade dos fatos alegados” eis que não há valoração dos fatos, tão somente produção de provas), não há que se falar em revelia pela não apresentação de defesa na produção antecipada de provas.

Ocorre que, entende-se que a defesa na produção antecipada de prova, se não realizada, trará uma consequência, que é a preclusão (e não revelia).

Preclusão¹⁵⁷, nada mais é do que a perda do direito de se manifestar no processo em relação a determinado fato processual (art. 507¹⁵⁸ do CPC), por não ter realizado determinado ato processual no momento devido (preclusão temporal), ou por ter realizado um ato incompatível (preclusão temporal) ou por já ter realizado determinado ato (preclusão consumativa).¹⁵⁹

¹⁵⁶ CARRIDE, Norberto de Almeida. *Revelia no Direito Processual Civil*. Campinas: Editora Copola, 2000, p. 58/59.

¹⁵⁷ Nesse quadro teórico, a preclusão processual prescinde de análise subjetiva, ou seja, da razão que em concreto implicou a perda ou a consumação da faculdade processual, da ciência ou vontade da parte de produzir tal efeito. E como o que interessa é o dado objetivo da perda ou consumação da faculdade, permitiu-se ao instituto abranger fenômenos assaz diversos entre si, possibilitando-se a Chiovenda alcançar conclusões relevantes não só em relação às causas (temporal, lógica e consumativa), como aos efeitos da preclusão, verificados dentro do processo, com independência de sua posterior desconsideração em outros, determinando quase sempre o surgimento de nova situação jurídica e representando um limite, em razão do interesse público, ao poder dispositivo das partes. (TOSCAN, Anissara. *Preclusão Processual Civil – Estática e Dinâmica*. 1º Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pág. 32).

¹⁵⁸ Art. 507. É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão.

¹⁵⁹ Em relação a preclusão, ensina José Rogério Cruz e Tucci:

“A dinâmica no processo, sob a perspectiva lógica, não aceita “retrocesso” e, por esta razão, os atos do procedimento tendem a se estabilizar a partir de um determinado momento.

Para José Miguel Garcia Medina¹⁶⁰, a preclusão é a expressão empregada em direito processual para se indicar que a oportunidade de se realizar determinado ato processual se passou, e a ela não se pode mais retornar. Ou seja, ultrapassa-se um momento, uma fase, uma etapa e se segue para outra – seguindo o processo para frente¹⁶¹.

Veja-se que a não ocorrência de preclusão tornaria extremamente nocivo a produção antecipada de provas, eis que o requerido poderia manipular o procedimento se silenciando, “esperando” a produção da prova para ver se o resultado o beneficiaria ou não.

E, a partir disto, o requerido somente se manifestaria, por exemplo, em processo principal tentando encontrar alguma nulidade ou celeuma na produção antecipada de prova.

Um exemplo que pode ser dado, é o caso de uma produção de prova para inquirição de testemunha. O requerido ao invés de apresentar defesa, ou comparecer à audiência permanece inerte. E após ver o “resultado” da prova produzida, em eventual processo principal, alega que a testemunha não poderia ter sido ouvida porque era amigo íntimo da parte (art. 457¹⁶² do CPC – possibilidade de realização de

A preclusão, como se sabe, é um instituto de natureza endoprocessual, destinado a gerar efeitos dentro do processo, vinculados aos direitos, ônus, poderes e sujeições das partes.

De forma generalizada, desde a doutrina pioneira a esse respeito de Chiovenda, a literatura processual arrola como espécies de preclusão: a) *preclusão temporal*: que se verifica pelo transcurso do tempo. Como a própria noção de processo é dinâmica, a realização de seus respectivos atos se subordina a prazos contínuos e peremptórios. Consoante disposto no art. 223: ‘Decorrido o prazo, extingue-se o direito de praticar ou emendar o ato processual, independentemente de declaração judicial...’; b) *preclusão lógica*: verificada diante da incompatibilidade entre o ato praticado e outro que se pretendia também praticar; e c) *preclusão consumativa*: é aquela prevista no art. 507, que obsta à parte discutir, no curso do processo, as questões decididas. (CRUZ E TUCCI, José Rogério. SCARPINELLA, Cassio Bueno (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil – Arts. 318 a 538 Parte especial*. Vol. 02. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 516).

¹⁶⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 337/338.

¹⁶¹ José Miguel Garcia Medina ensina que preclusão: “Tem origem no vocábulo *praeclusio*, do verbo *praecludere* (*prae*: diante; *cludere*: fechar, impedir), que envolve a ideia de que algo se passou, ou se fechou. MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 337/338.

¹⁶² Art. 457. Antes de depor, a testemunha será qualificada, declarará ou confirmará seus dados e informará se tem relações de parentesco com a parte ou interesse no objeto do processo.

§ 1º É lícito à parte contraditar a testemunha, arguindo-lhe a incapacidade, o impedimento ou a suspeição, bem como, caso a testemunha negue os fatos que lhe são imputados, provar a contradita com documentos ou com testemunhas, até 3 (três), apresentadas no ato e inquiridas em separado.

§ 2º Sendo provados ou confessados os fatos a que se refere o § 1º, o juiz dispensará a testemunha ou lhe tomará o depoimento como informante.

contradita). Esta alegação deveria ter sido realizada no momento da produção da prova e não “esperar” para posteriormente se alegar.

Por conseguinte, excetuando-se matérias de ordem pública que podem ser alegadas a qualquer momento e qualquer grau de jurisdição, as demais matérias que poderiam ter sido alegadas na produção antecipada de provas (respeitando, logicamente, o escopo daquela produção), serão consideradas preclusas se não forem realizadas ali no momento da produção antecipada.

CAPÍTULO IV. A VINCULAÇÃO DA PROVA PRODUZIDA ANTECIPADAMENTE

Como dito ao longo do trabalho, a prova produzida em sede de produção antecipada de prova, dentre outras funções, poderá ser utilizada no processo principal.

Assim, pelo próprio conceito de produção antecipada de prova e por conta do art. 381 do CPC, a prova produzida em sede de produção antecipada de prova será utilizada no processo principal, sendo, inclusive, que a prova ali produzida será vinculativa entre as partes, em regra.

E é nesta vinculatividade da prova produzida em sede de produção antecipada de prova que surgem algumas celeumas que serão detalhadas abaixo.

Todavia, é imperioso ressaltar que não se almeja ignorar ou excluir o valor probatório da prova produzida antecipadamente, até porque, mesmo que seja feito uma (ou mais) novas provas no processo principal, a prova produzida de forma antecipada também deverá ser valorada pelo juiz¹⁶³, pois fará parte do conjunto

§ 3º A testemunha pode requerer ao juiz que a escuse de depor, alegando os motivos previstos neste Código, decidindo o juiz de plano após ouvidas as partes.

¹⁶³ Neste mesmo sentido, o doutrinador Belén Rizo Gómez também dispõe que mesmo que seja realizada nova prova no processo principal, a prova produzida antecipadamente deverá ser analisada conjuntamente com as demais. *In verbis*: “El texto procesal civil no autoriza prescindir de la prueba anticipada, por ser una prueba legítima, máxime si se practica cumpliendo los condicionantes legales. Así pues, el tribunal debe apreciar tanto la prueba anticipada, cuanto la que acontece em el periodo ordinário. No se encuentra obligado a otorgar mayor valor probatório a alguna de ellas, por cuanto la ley no establece prelación entre las mismas. Em este sentido, el órgano judicial debe valorar el resultado probatório libremente, sin sujeción a tasación a norma legal alguna, debiendo motivar em la sentencia a qué prueba atende y las razones que justifican su elección”. (GÓMES, Belén Rizo. *La*

probatório¹⁶⁴ (art. 371¹⁶⁵ do CPC) e deverá ser utilizada no momento de julgamento da demanda (leia-se “utilizado” como uma forma de que o Julgador deve analisa-lo obrigatoriamente para proferir a sua decisão e/ou sentença).

Mas, o que se propõe é que em determinados casos, diante das peculiaridades das celeumas, haja a nova determinação de produção de prova, com base nas hipóteses que abaixo serão detalhadas, não de forma exaustiva, porém de forma exemplificativa de eventuais cenários que se faz indispensável a nova realização de produção de prova.

a) Sujeito passivo que não fez parte da produção antecipada de prova

O primeiro problema que surge é em relação a utilização da prova produzida em sede de produção antecipada de prova em processo principal contra um sujeito passivo que não fez parte da produção antecipada de prova.

Ora, imagine-se a situação em que a produção antecipada de prova é ajuizada por “A” em face de “B”. A prova é produzida e homologada. Tempos depois, há o ajuizamento de uma ação principal de “A” em face de “B” e “C”, ou então a hipótese de “B” denunciar a lide a “C”.

Diante deste cenário, não haveria como corroborar com a utilização da prova em face de “C”, eis que “C” não participou da produção antecipada de prova; e caso tal prova fosse utilizada em seu desfavor, haveria a violação do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

É exatamente por isto que no Capítulo II item “d”, alínea “ii” deste trabalho se defendeu a possibilidade de intervenção de terceiros na produção antecipada de

Anticipación de la prueba en el proceso civil. Vol. 709. Valência: Editora Tirant Monografías, 2010, p. 138).

¹⁶⁴ Em relação ao conjunto probatório, entende o doutrinador William Santos Ferreira que vige o princípio da unidade probatória, princípio este que impõe que todas as provas relevantes do processo sejam consideradas no momento do julgamento. *Ipsis litteris*: “O princípio da unidade probatória orienta que todas as provas relevantes sejam consideradas no momento das decisões judiciais. Não somente da sentença (como demonstrado adiante), embora este último momento seja extremamente relevante. Ainda que o princípio tenha estreita relação com a decisão judicial, a sua importância, a causa de sua existência é a temática probatória e toda riqueza do que se pode denominar de conjunto probatório.(...)” (FERREIRA, William Santos. *Princípios Fundamentais da Prova Cível*, 1ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 261).

¹⁶⁵ 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.

prova, eis que, caso não haja a dita intervenção, esta prova produzida não poderá ser oposta contra quem não figurou na produção antecipada.

O aqui mencionado é algo muito relevante, eis que existem inúmeras possibilidades de que terceiros que não participaram da produção antecipada de prova figurem em eventual demanda principal¹⁶⁶.

Com isso, tem-se claro que a prova produzida em sede de produção antecipada de prova não poderá ser utilizada em face de terceiro – não vincula o terceiro – de modo que este terceiro poderá e terá direito a requerer nova realização de prova no processo principal, para que daí sim participe na elaboração da prova.

Imagine-se o caso de uma prova pericial. O terceiro que não participou não pode apresentar quesitos, alegar impedimento ou suspeição do perito, indicar assistente técnico (art. 465, §1º¹⁶⁷ do CPC), tampouco questionar a capacidade técnica do perito para aquele fato/objeto a ser periciado (art. 465, *caput*, do CPC), sem se falar na possibilidade de indicação de quesitos suplementares (art. 469¹⁶⁸ do CPC).

Ou então, imagine o caso de um depoimento pessoal ou prova testemunhal. O terceiro não participou da colheita dos depoimentos, não lhe sendo possível realizar

¹⁶⁶ “O dispositivo permite trazer para o processo aqueles que seriam denunciados ou chamados no processo em que a prova seria afinal utilizada, contemplando uma assistência provocada. Mas muito além: em primeiro lugar, o dispositivo não se limita a afirmar que seria possível a citação somente daqueles que poderiam ser denunciados ou chamados em futuros processos; a locução ‘interessados na produção da prova ou no fato a ser provado’ é extremamente ampla. Além disso, permite que o próprio juiz, de ofício, determine a citação de referidos interessados. (...)”

A *mens legis* não deve ser vista exclusivamente no fato de viabilizar futuramente uma intervenção de terceiro dentre aquelas já disciplinadas no ordenamento e que não poderiam ter lugar ou que teriam sua utilidade mitigada no caso de a prova produzida não ser oponível ao interveniente que não participou do contraditório da sua produção. É possível enxergar além e ver aí mais uma abertura do sistema para a realização prática do acesso à justiça, do contraditório, da economia processual e da harmonia dos julgados. (CINTRA, Lia Carolina Batista. *Intervenção de terceiro por ordem do juiz – a intervenção iussu iudicis no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 168/169).

¹⁶⁷ Art. 465. O juiz nomeará perito especializado no objeto da perícia e fixará de imediato o prazo para a entrega do laudo.

§ 1º Incumbe às partes, dentro de 15 (quinze) dias contados da intimação do despacho de nomeação do perito:

I - arguir o impedimento ou a suspeição do perito, se for o caso;

II - indicar assistente técnico;

III - apresentar quesitos.

¹⁶⁸ Art. 469. As partes poderão apresentar quesitos suplementares durante a diligência, que poderão ser respondidos pelo perito previamente ou na audiência de instrução e julgamento.

Parágrafo único. O escrivão dará à parte contrária ciência da juntada dos quesitos aos autos.

perguntas (art. 459¹⁶⁹ do CPC), fazer contradita (art. 457, §1º¹⁷⁰ do CPC) e tudo mais que necessário lhe parecesse.

Desta forma, a primeira celeuma que apontamos, que é a aplicação da prova produzida de forma antecipada em face de terceiro que não participou do procedimento, conclui-se que tal prova não poderá ser utilizada e deverá ser refeita caso haja requerimento do terceiro.

Aliás, segundo Belén Rizo Gómez¹⁷¹, a produção antecipada de prova em face de terceiro, que não réu do processo principal, é uma das hipóteses em que se permite a realização de uma nova produção de prova já em sede do processo principal, eis que a alteração do polo é fato importante e não caracterizaria a nova produção como ato “inútil”, respeitando assim o contraditório e a ampla defesa.

b) Da prova que foi produzida de forma insuficiente e/ou inconclusiva – “necessidade de rediscussão ou de uma segunda perícia”;

Primeiramente, é preciso reiterar que aqui não se almeja que a prova produzida de forma antecipada seja ignorada, mas sim que em determinados casos haja a determinação de uma nova prova, diante das celeumas que emanam da prova produzida de forma antecipada.

Ora, a hipótese aqui tratada é no caso de a prova produzida de forma antecipada e, posteriormente utilizada no processo principal, seja inconclusiva ou insuficiente, haverá que se ter a determinação de uma nova prova para tentar esclarecer aquele determinado *fato probando*.

¹⁶⁹ Art. 459. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, começando pela que a arrolou, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com as questões de fato objeto da atividade probatória ou importarem repetição de outra já respondida.

¹⁷⁰ Art. 457. Antes de depor, a testemunha será qualificada, declarará ou confirmará seus dados e informará se tem relações de parentesco com a parte ou interesse no objeto do processo.

§ 1º É lícito à parte contraditar a testemunha, arguindo-lhe a incapacidade, o impedimento ou a suspeição, bem como, caso a testemunha negue os fatos que lhe são imputados, provar a contradita com documentos ou com testemunhas, até 3 (três), apresentadas no ato e inquiridas em separado.

¹⁷¹ GÓMES, Belén Rizo. *La Anticipación de la prueba en el proceso civil*. Vol. 709. Valência: Editora Tirant Monografías, 2010, p. 138.

Por exemplo, o próprio Código de Processo Civil, em seu art. 480¹⁷², determina que deverá ser realizado nova prova pericial, caso a primeira não estiver suficientemente esclarecida.

Ora, se o próprio Código determina que para a prova pericial, ao menos, deve ser realizada nova prova (nos mesmos autos), por conta de sua inconclusividade, como consequência lógica, caso qualquer das provas produzidas de forma antecipada seja inconclusiva ou insuficiente, o Juiz tem o dever-poder de determinar nova prova.

Como o juiz somente irá valorar a prova em sede de eventual ação principal, poderá o juiz, sempre baseado em decisão fundamentada, determinar a complementação, esclarecimento e, quando necessário, até a repetição daquela prova. (TALAMINI, Eduardo¹⁷³).

Desta forma, não é crível que por conta de haver tido uma prova produzida de forma antecipada, não se ter mais a possibilidade mais rediscutir àquela prova no processo principal, demonstrando seus vícios e a necessidade de nova prova. Isto, pois, se no mesmo processo há uma autorização para a determinação de uma segunda prova (art. 480 do CPC), não faria qualquer sentido vedar a possibilidade de realizar nova prova no processo principal, principalmente pelo fato de que na produção antecipada de prova não há juízo valorativo, que somente ocorrerá no processo principal.

E, diante de um juízo valorativo, é provável que, em determinados casos, se denote que a prova produzida de forma antecipada não é suficientemente clara e conclusiva, de modo a necessitar uma nova produção.

Aliás, no entendimento de Belén Rizo Gomez¹⁷⁴, a fim de evitar medidas inúteis (no sentido de que produzir a mesma prova sobre o mesmo *fato probando*), a prova

¹⁷² Art. 480. O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida.

§ 1º A segunda perícia tem por objeto os mesmos fatos sobre os quais recaiu a primeira e destina-se a corrigir eventual omissão ou inexatidão dos resultados a que esta conduziu.

§ 2º A segunda perícia rege-se pelas disposições estabelecidas para a primeira.

§ 3º A segunda perícia não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar o valor de uma e de outra.

¹⁷³ TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015*. Revista de processo, v. 260, out/2016. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 81.

¹⁷⁴ “Algún sector de la doctrina há puesto em duda la configuración legal de la reiteración de prueba anticipada. Esta corriente de pensamiento postula que la reproducción de la prueba anticipada se opone a la economía procesal, dado que esta prueba se realizó em su momento respetando todas las

somente poderá ser refeita nos casos em que a prova produzida de forma antecipada gerou dúvida em relação ao esclarecimento do fato, ou então proceder a alguma complementação ou expansão da prova.

Destacando-se que, evidentemente, a prova produzida de forma antecipada não será extirpada dos autos, mas sim fará parte do conjunto probatório (art. 371¹⁷⁵ do CPC) juntamente com as demais provas que forem necessárias serem produzidas no bojo do processo principal.

c) Da realização de uma nova prova por conta de existência de um “fato novo”:

Outro ponto relevante para se analisar aqui é a questão da possibilidade da existência de um fato novo em relação a prova produzida de forma antecipada.

Ora, se no lapso temporal entre a realização da produção antecipada de prova e o ajuizamento da ação principal ou no decorrer no trâmite da ação principal surgir um fato novo que tenha capacidade de alterar a conclusão da prova produzida, ter-se-á que realizar uma nova prova no processo principal.

Destaca-se que neste caso, a produção da nova prova não infringe a eficiência e a celeridade processual, mas sim preserva o contraditório e a ampla defesa, além de assegurar uma decisão mais justa, eis que se realmente há um fato novo capaz de alterar a conclusão da prova já produzida, não se faz possível se manter a prova produzida antecipadamente só para preservar a eficiência e a economia processual.

Vale salientar que para Belén Rizo Gomez¹⁷⁶, se faz possível, mesmo com a realização de produção antecipada de prova, a realização de uma nova prova, caso

garantias. Así pues, existe quien, incluso, llega a calificar la nueva ejecución de la prueba de ‘inútil’, salvo aquella que sea necesaria para complementar, ampliar o para el caso de se hayan producido cambios. (GÓMES, Belén Rizo. *La Anticipación de la prueba en el proceso civil*. Vol. 709. Valência: Editora Tirant Monografías, 2010, p. 137/138).

¹⁷⁵ 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.

¹⁷⁶ “A nadie escapa la conveniencia de reiterar la prueba anticipada cuando se han sucedido alteraciones importantes. Por ejemplo, se puede entender oportuno reproducir la prueba al objeto de que la misma sea realizada en presencia del tribunal realmente competente o de la parte afecta que no pudo asistir a la practicada de manera anticipada, bien porque la demanda finalmente se dirige frente a outro sujeto, bien porque no se pudo identificar o localizador al peticionario. (GÓMES, Belén

tenha ocorrido alteração relevante que possa influenciar naquela prova previamente produzida.

Ou seja, o que se pretende demonstrar aqui é que se há fato novo capaz de alterar a conclusão da prova produzida antecipadamente e, assim sendo, esclarecer o *fato probando* (descobrimento da verdade), há que ser realizada a nova prova.

Outro ponto relevante também é no caso de que o fato novo ser, por exemplo, a existência de uma nova tecnologia (inexistente à época da realização da prova antecipada), capaz de alterar a conclusão obtida com a realização da prova produzida antecipadamente.

É evidente que neste caso não há desrespeito a eficiência e celeridade processual, uma vez que há novos elementos que são indispensáveis para se verificar a conclusão da prova, sendo mister a realização de uma nova prova, com o elemento técnico novo, para que se verifique se a conclusão da prova produzida antecipadamente está correta.

Veja-se que, por exemplo, em um caso de exame de paternidade via DNA. A existência de uma nova tecnologia (fato novo) capaz de precisar com uma maior certeza a paternidade ou não é um exemplo severo da necessidade de se refazer determinada prova para que se esclareça o *fato probando*.

Se verifica pelo exemplo acima mencionado, como é grave e indispensável a realização de uma nova prova no processo principal, quando há um fato novo, no caso, uma nova tecnologia, capaz de alterar a conclusão daquela prova produzida de forma antecipada, isto, pois, ao se falar de prova, intrinsecamente está se falando de contraditório, ampla defesa, devido processo legal e acima de tudo, de justiça.

Desta forma, não se pode conceber a não realização de uma nova prova no processo principal, com as simples alegações de “eficiência e economia”. Em verdade, se houver a nova produção antecipada de prova, com a aplicação da nova tecnologia, haverá sim o respeito da eficiência e da economia, eis que a discussão sobre a prova

e o seu desrespeito não ficará se alongando (ora, poderia se falar até em ação rescisória por não realização da produção antecipada de prova).

Desta forma, por diversas vezes, é muito mais eficiente e célere, inclusive, a produção da prova do que ficar em “discussões” que somente irão alongar o processo e que não contribuem para o esclarecimento do *fato probando*.

CAPÍTULO V. CONCLUSÃO

O que se deduz do presente trabalho, é que a produção antecipada de provas foi um enorme avanço na positivação e concretização do direito à prova, retirando a natureza apenas cautelar do procedimento (como era o do Código de Processo Civil de 1973), trazendo a possibilidade de que a produção da prova de forma antecipada:

- a) Por conta da urgência – *periculum in mora*; para que assim se preserve o direito à prova, eis que se não realizado de forma antecipada haveria o perecimento da prova;
- b) Para fomentar a autocomposição;
- c) Para o simples conhecimento dos fatos, podendo ou não tal prova ser utilizada em eventual processo futuro.

Ocorre que, apesar dos avanços, tem-se que o art. 382, §4º do Código de Processo Civil, que veda a apresentação de defesa e/ou recurso, não pode ser interpretado literalmente, sendo necessário realizar uma interpretação conforme a Constituição e, assim, baseado nos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal permitir a realização de defesa na produção antecipada de prova.

Isto, pois, conforme se sustentou, é inadmissível em um modelo constitucional de processo civil, admitir-se um procedimento em que se inviabilize totalmente a realização de defesa.

Aliás, demonstrou-se a incoerência do próprio Código, uma vez que tal determina a citação do requerido na produção antecipada de prova (art. 382, §1º do

CPC), e não faria sentido se determinar a citação do requerido se não fosse para que o requerido se manifestasse (se defendesse) na produção antecipada de provas.

Até porque, não faria qualquer sentido se impedir que o requerido (na produção antecipada de prova):

- a) alegasse matérias de ordem pública;
- b) pudesse alegar questões sobre o procedimento da produção antecipada de prova;
- c) negar a existência do direito à prova (como o direito à privacidade, intimidade, ou por sigilo profissional).

Contudo, vale salientar, que há limitação neste direito de defesa na produção antecipada de prova, eis que a previsão do art. 382, §4º do CPC deve ser utilizado como vetor interpretativo, no sentido de que não se poderá, até por força do art. 382, §2º do CPC, sobre a existência ou não do *fato probando*, isto, porquanto, na produção antecipada de provas não há valoração, pelo juiz, das provas ali produzidas.

Cabe ressaltar, ainda, que as provas produzidas de forma antecipada poderão ser utilizadas em processo futuras (art. 381, I e III do CPC), contudo, há hipóteses em que a prova produzida de forma antecipada terá que ser reproduzida no processo principal:

- a) caso a prova seja utilizada contra pessoa da qual não participou da produção antecipada de provas;
- b) caso a prova produzida antecipada seja inconclusiva ou incompleta (eis que na produção antecipada de prova não há valoração da prova);
- c) caso haja algum “fato novo” que justifique a realização de uma nova prova no processo principal.

Assim, conclui-se que houve um enorme avanço com a previsão atual da produção antecipada de prova, contudo, o instituto deve ser interpretado sempre à luz da Constituição Federal, primando sempre o respeito ao contraditório, ampla defesa e o devido processo legal.

BIBLIOGRAFIA

AFONSO, José da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

ALVES, André Bruni Vieira. DIDIER, Fredie Jr. (coord.); FERREIRA, William Santos (coord.); JOBIM, Marco Félix (coord.). *Direito probatório*. Vol. 05. 2ª Edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

AMARAL, Paulo Osternack. *Provas – Atipicidade, Liberdade e Instrumentalidade*, 2ª Edição, São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2017.

AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Poderes do Juiz e Tutela Jurisdicional – a utilização racional do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo – O tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo. Editora Atlas, 2011.

ARSUFFI, Arthur Ferrari. *A Nova Produção Antecipada Da Prova: Estratégia, Eficiência e Organização do Processo*, Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória*. Revista de Processo – Repro – Vol. 282/2018, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. SCARPINELLA, Cassio Bueno (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 01. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 922.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

BERIZONCE, Roberto Omar. DIDIER, Fredie Jr. (coord.); FERREIRA, William Santos (coord.); JOBIM, Marco Félix (coord.). *Direito probatório*. Vol. 05. 2ª Edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, et al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo; Saraiva, 2007.

BLOCH, Francisco dos Santos Dias. *Direito à Prova e Cerceamento de Defesa*. São Paulo: Editora Lualri, 2016.

CAHALI, Yussef Said. *Honorários Advocatícios*. 3ª Edição. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo.

CAMBI, Eduardo. *Curso de Direito Probatório*, Curitiba: Juruá, 2014.

CARNELUTTI, Francesco. *A Prova Cível*, 1ª Edição, Campinas: Editora Book Seller.

CARRIDE, Noberto de Almeida. *Revelia no Direito Processual Civil*. Campinas: Editora Copola, 2000.

CINTRA, Lia Carolina Batista. *Intervenção de terceiro por ordem do juiz – a intervenção iussu iudicis no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. SCARPINELLA, Cassio Bueno (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil – Arts. 318 a 538 Parte especial*. Vol. 02. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil. Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10ª edição, Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. *Curso de Direito Processual Civil – Vol. 01*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2016.

_____. BRAGA, Paula Sarno; ALEXANDRIA, Rafael de Oliveira. *Curso de Direito Processual Civil – Vol. 02*. 11ª Edição. São Paulo: Editora Juspodivm, 2016.

_____. FUGA, Bruno Augusto Sampaio (coord.), RODRIGUES, Daniel Colnago (coord.), ANTUNES, Thiago Caversan (coord.). *Produção Antecipada da Prova – Questões Relevantes e Aspectos Polêmicos*, 2ª Edição, Londrina: Editora Thoth, 2019.

_____. JOBIM, Marco Félix (coord.), FERREIRA, William Santos (coord.). *Direito probatório – Coleção Grandes Temas do Novo CPC – Vol. 05*, 2ª Edição, Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Editora Malheiros Editores Ltda., 2007.

FERREIRA, William Santos. *Princípios Fundamentais da Prova Cível*, 1ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. MEDEIROS NETO, Elias Marques; LAUX, Francisco; RAVAGNANI, Giovani; RODRIGUES, Felipe Roberto; Ricardo Aprigliano. *A Defesa na Produção Antecipada de Provas – Uma leitura constitucional do artigo 382, § 4º, do novo CPC*. São Paulo: Revista Tributária das Américas, 2016.

_____. ARRUDA ALVIM, Teresa; DIDIER, Fredie Jr.; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. FERREIRA, William Santos (et al). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. DIDIER, Fredie Jr. (coord.); FERREIRA, William Santos (coord.); JOBIM, Marco Félix (coord.). *Direito probatório*. Vol. 05. 2ª Edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

_____. SCARPINELLA, Cassio Bueno (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 03. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. RODRIGUES, Daniel Colnago (coord.), ANTUNES, Thiago Caversan (coord.). *Produção Antecipada da Prova – Questões Relevantes e Aspectos Polêmicos*, 2ª Edição, Londrina: Editora Thoth, 2019.

GÓMEZ, Belén Rizo. *La Anticipación de la Prueba em el Proceso Civil*. Valencia: Tirant lo blanch, 2010.

GONÇALVES. Kildare Carvalho. *Direito constitucional – Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo*. 15ª Edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009.

GUIMARÃES, Darci Ribeiro. SCARPINELLA, Cassio Bueno (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil. Arts. 1º a 317 – Parte Geral*. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

GUIMARÃES, Filipe. *Medidas probatórias autônomas: panorama atual, experiência estrangeira e as novas possibilidades no direito brasileiro*. Revista de Processo – Repro - Vol. 178/2009, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

JORGE DI IORIO, Alfredo. *Prueba Anticipada (art. 326 del cod. Proc. civil y com. de la nacion)*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970.

LOPES, João Batista. *A Prova no Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. SCARPINELLA, Cassio Bueno (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil. Arts. 318 a 538 – Parte especial*. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme (coord.), ARENHART, Sérgio Cruz (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil – artigos 381 ao 484 – Vol. VII, 2ª Edição*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

_____. MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil – artigos 1º ao 69. Vol. 01*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2018.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção – de acordo com o CPC de 2015. 3ª Edição*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015.

MARINS, Graciela Iurk. *Produção Antecipada de Prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno. 2ª edição*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

METERO, Valentin Silva. *La Prueba Procesal – Tomo I*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963.

_____. *La Prueba Procesal – Tomo II*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963.

REGIOLI, Jonathan Nasser. FUGA, Bruno Augusto Sampaio (coord.), RODRIGUES, Daniel Colnago (coord.), ANTUNES, Thiago Caversan (coord.). *Produção Antecipada da Prova – Questões Relevantes e Aspectos Polêmicos*, 2ª Edição, Londrina: Editora Thoth, 2019.

NEIVA, Flávio Rezende. Bruno Augusto Sampaio (coord.), RODRIGUES, Daniel Colnago (coord.), ANTUNES, Thiago Caversan (coord.). *Produção Antecipada da Prova – Questões Relevantes e Aspectos Polêmicos*. 2ª Edição, Londrina: Editora Thoth, 2019.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações Probatórias Autônomas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª edição, Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

PASSOS, José Joaquim Calmon. *Da revelia do demandado*. São Paulo, Editora Livraria Progresso, 1960.

PICÓ I JUNOY. Joan. *O Juiz e a Prova – Estudo da Errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam e sua repercussão atual* – traduzido por Darci Guimarães Ribeiro, Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2015.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

REICHELT, Luis Alberto. *O direito fundamental à prova e os poderes instrutórios do juiz*. Revista de Processo – Repro – Vol. 281/2018. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

_____. *Sobre o conteúdo do direito fundamental à ampla defesa e sua densificação no novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo – Repro – Vol. 270/2017, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SANTOS, Moacir Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Vol. 01. 5º Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 1983.

SANTOS, Welder Queiroz dos. *Princípio do contraditório e vedação de decisão surpresa*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

SCARPINELLA, Cassio Bueno (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

_____. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil* – Vol. 01. 6ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 233.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O Direito de Defesa no Processo Civil Brasileiro – um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

TALAMINI, Eduardo. *Produção Antecipada de Prova no Código de Processo Civil de 2015*. Revista de Processo – Vol. 260/2016, p. 75-101, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2016.

TOSCAN, Anissara. *Preclusão Processual Civil – Estática e Dinâmica*. 1º Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione – problemi di diritto tedesco e italiano*. Milão-Itália: Editora: Dott. A. Giuffrè, 1974.

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

SITES:

<https://www.migalhas.com.br/depeso/245536/a-defesa-na-producao-antecipada-de-provas-uma-leitura-constitucional-do-artigo-382-4-do-novo-cpc>. Acesso em 12/02/2020, às 21:50.

<https://www.dicio.com.br/antinomia/>. Acesso em 15/02/2020, às 10:05.

<https://www.migalhas.com.br/depeso/305486/e-possivel-a-apresentacao-de-defesa-ou-recurso-na-producao-antecipada-de-prova>. Acesso em 12/02/2020, às 21:55.

<https://oabcampinas.org.br/a-cooperacao-jurisdicional-na-recuperacao-judicial-2/>. Acesso em 20/02/2020, às 21hrs.

<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p645.htm>. Acesso em 27/02/2020, às 22:15