

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

BRUNO PINHEIRO DE OLIVEIRA

A IMPORTÂNCIA DA NOVA SISTEMÁTICA DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA PARA A
DIMINUIÇÃO DOS CONFLITOS

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

SÃO PAULO

2018

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

BRUNO PINHEIRO DE OLIVEIRA

A IMPORTÂNCIA DA NOVA SISTEMÁTICA DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA PARA A
DIMINUIÇÃO DOS CONFLITOS

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título em ESPECIALISTA em direito processual civil, sob a orientação da Professora Rita Dias Nolasco.

SÃO PAULO

2018

Banca Examinadora

RESUMO

O objetivo deste trabalho é mostrar que a nova sistemática da produção antecipada da prova disciplinada nos artigos 381 a 383 da Lei nº 13.105/2015 em muito contribui para a pacificação social, notadamente pela diminuição de conflitos decorrentes da falta de certeza dos fatos pelas próprias partes ou pelo não conhecimento da probabilidade de êxito numa demanda judicial.

A ideia de que o objetivo da prova é convencer o juiz acerca da veracidade das alegações fáticas das partes, ideia essa endossada pela famosa expressão de que “o juiz é o destinatário da prova” foi contemplada durante longo período. Contudo, a nova sistemática da produção antecipada da prova contemplada no novo Código de Processo Civil evidencia que a prova tem outros destinatários, quais sejam as próprias as partes, que ante a produção da prova, poderão conhecer melhor os fatos para se convencerem se realmente são titulares das situações jurídicas que prioristicamente imaginam ser e até mesmo da possibilidade de demonstração em juízo destas situações jurídicas.

Através de revisão bibliográfica, o Autor buscará demonstrar que a nova roupagem dada à produção antecipada da prova é louvável de modo que é importante ferramenta legal hábil a ajudar na redução de conflitos, principalmente daqueles decorrentes do desconhecimento da própria parte acerca das situações jurídicas que em tese ensejariam seu direito.

Palavras-chave: Produção antecipada da prova. Novo Código de Processo Civil. Diminuição dos conflitos. Pacificação Social.

ABSTRACT

The objective of this study is to show that the new system of anticipated production of the evidences, disciplined evidence in articles 381 to 383 of Federal Law 13.105/2015 greatly contributes to social pacification, notably by the decrease of conflicts due to the lack of certainty of the facts by the parties themselves or by not knowing the likelihood of success in a lawsuit.

The idea that the purpose of the evidence is to convince the judge about the veracity of the factual allegations of the parties, an idea endorsed by the famous expression that "the judge is the recipient of proof" was contemplated for a long period. However, the new system of anticipated production of the evidence contemplated in the new Code of Civil Procedure shows that the evidence has other addressees, which are the parties themselves, that before the production of the proof, can better know the facts to be convinced if they really are holders of the legal situations they prioritize to be and even the possibility of demonstrating in court these legal situations.

Through a bibliographic review, the Author will seek to demonstrate that the new clothing given to the anticipated production of the proof is praiseworthy so that it is an important legal tool to help in the reduction of conflicts, especially those resulting from the ignorance of the part itself about the legal situations that in their right.

Keywords: Proof production. New Code of Civil Procedure. Decreased conflicts. Social Pacification.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO	1
2. FINALIDADE DA PROVA	2
3. A PROVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL	12
4. AS PARTES COMO DESTINATÁRIAS DA PROVA	16
5 – A problemática da produção antecipada da prova no Código de Processo Civil de 1973	19
6 – Mudança de paradigma da produção antecipada da prova no Código de Processo Civil de 2015	27
6.1 – Cabimento da produção antecipada da prova fundamentada no risco de impossibilidade futura da produção	29
6.2 – Cabimento da produção antecipada da prova fundamentada na viabilização de autocomposição	31
6.3 – Cabimento da produção antecipada da prova fundamentada na falta de conhecimento dos fatos ou na falta de conhecimento de demonstrabilidade dos fatos	35
7 – Diferença procedimental da produção antecipada da prova entre Código de Processo Civil de 1973 e o Código de Processo Civil de 2015	39
REFERÊNCIAS	48

1 - INTRODUÇÃO

A premissa de que a prova se destinava apenas a convencer o magistrado acerca da veracidade das alegações dos jurisdicionados influenciou o sistema da produção da prova durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973.

Partindo dessa premissa, as partes deveriam formular suas alegações e indicar os meios de prova através dos quais pretendiam formar o convencimento do juiz acerca da veracidade das alegações.

Ou seja, entendia-se que a parte, ao deduzir sua pretensão em juízo, já tinha plena convicção dos fatos e que a fase instrutória tinha sua serventia voltada exclusivamente ao convencimento do magistrado. Tanto era assim que o inciso I do artigo 14 do Código de Processo Civil de 1973 determinava que a exposição dos fatos conforme a verdade era um dos deveres da parte.

A hipótese que admitia a antecipação da prova para momento anterior à dedução dos fatos era no caso de existência de risco de impossibilidade da produção da prova no momento que ordinariamente seria produzida, ou seja, na fase instrutória.

Parte da doutrina, todavia, defendia que deveria ser possibilitado às partes a produção antecipada da prova mesmo no caso em que o risco de perecimento futuro da prova não estivesse presente. Ou seja, defendiam a possibilidade de antecipação da prova mesmo sem o requisito da urgência.

A fundamentação dessa posição era a existência de um direito autônomo à prova. Ou seja, se as partes tinham um direito autônomo à prova, não havia razão para condicionar o acesso aos meios de prova à propositura de uma ação com pleito de direito material mesmo ante a incerteza das partes acerca deste direito. Por isso, a doutrina defendia a existência da chamada ação probatória autônoma, cujo escopo único era o exercício do direito à prova, mesmo sem expressa previsão do Código de Processo Civil de 1973.

Houve o reconhecimento doutrinário de que as partes também são destinatárias da prova, assim como o magistrado. Ou seja, entendeu-se que por vezes as partes também não possuíam certeza acerca dos fatos que deveriam deduzir em juízo, de modo que a exigência de os relatar conforme a verdade previamente à produção da prova, por vezes, seria impossível.

Com essa mudança de paradigma – admitindo as partes como um dos destinatários da prova – constata-se que a não admissão da verificação prévia dos fatos pelas partes aumenta as chances do

ajuizamento de ações completamente infundadas ou cujos fatos são impossíveis de serem comprovados, desprovidas de qualquer eficácia, portanto.

Além do mais, constatou-se que a prévia desmistificação dos fatos por vezes viabiliza a autocomposição, sendo instrumento apto a contribuir com as soluções alternativas de conflitos (sem jurisdição).

Os anseios doutrinários foram observados, de modo que Código de Processo Civil de 2015 contemplou expressamente a ação meramente probatória admissível independentemente de urgência pelo risco de perecimento da prova.

Como se verá neste estudo, a mudança é notável, pois se bem utilizada pelos operadores do direito tem grande potencial de diminuir o ajuizamento de demandas infundadas, bem como de viabilizar a autocomposição das partes.

2. FINALIDADE DA PROVA

Um dos postulados do chamado Estado Democrático de Direito é a busca permanente pela pacificação social. Nesse sentido, no âmbito deste Estado, a preocupação com a solução dos conflitos inerentes à vida em sociedade é presente.

Destarte, o Estado não permite que os conflitos sociais sejam resolvidos pela imposição da vontade de um cidadão sobre a do outro por meio da força ou por intermédio de qualquer outro atributo de superioridade capaz de fazer valer a pretensão de um sobre a do outro, contra a vontade deste. Sendo assim, ou o conflito é resolvido através do encontro das vontades das partes, sem imposição de uma sobre a outra pela força, portanto, ou o Estado toma para si o papel de solucionar o conflito mediante a aplicação das normas gerais e abstratas preexistentes.

Como bem lembra Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitdiero, “apenas quando autorizado pela legislação é lícito o uso da força própria para resolução dos conflitos” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 177). Citam os Autores, como exemplo de aquiescência legal para o uso da força própria, a hipótese prevista no artigo 578 do Código Civil, que garante ao locatário o direito de retenção por benfeitorias necessárias.

Ressalvadas as hipóteses legais de autorização do uso da força própria, os conflitos sociais devem ser pacificados por intermédio do Estado, representado pela figura do juiz

imparcial. Humberto Theodoro Júnior afirma que “a missão do juiz consiste, precisamente, em compor o impasse criado com a pretensão de alguém a um bem da vida e a resistência de outrem a lhe propiciar dito bem” (2018, p. 104)

É evidente, vale registrar, que nem sempre os impasses entre as pessoas serão solucionados por intermédio do Estado. Este apenas intervirá nos casos em que a lide surgir, ou seja, quando a pretensão de uma parte for resistida pela outra. Por outro lado, em consequência lógica, nos casos em que por qualquer razão uma parte decidir satisfazer o interesse ou pretensão da outra, ainda que abra mão de algum interesse próprio, a lide sequer nascerá, de modo que aquele inicial conflito de interesse será resolvido sem a presença estatal. Fredie Didier Júnior muito bem ressalta que:

Autocomposição é o gênero, da qual são espécies: a) transação: os conflitantes fazem concessões mútuas e solucionam o conflito; b) submissão: um dos conflitantes se submete à pretensão do outro voluntariamente, abdicando dos seus interesses. (2015, p. 165)

Ou seja, os conflitos solucionados sem a presença do Estado ocorrem ou mediante concessões mútuas entre as partes, de modo que cada uma abra mão de uma parte de seu interesse (transação), ou mediante a submissão de uma parte aos interesses da outra por vontade própria (submissão).

Desta feita, é possível afirmar que no âmbito do Estado de Direito, os conflitos podem ser solucionados de forma heterocompositiva ou autocompositiva, sendo que na primeira hipótese o Estado solucionará o conflito através da aplicação das normas vigentes, ao passo que na segunda hipótese as próprias partes resolverão o conflito através do encontro de suas vontades e interesses ou submissão voluntária de uma aos interesses da outra.

Tratemos, neste momento, dos desdobramentos da chamada solução heterocompositiva dos conflitos. Ora, se essa modalidade de solução ocorre por meio do Estado, através da pessoa do juiz, logo um terceiro estranho à relação inter partes é o responsável pela solução do conflito.

Evidentemente que o terceiro estranho à lide, incumbido pelo Estado a solucioná-la, não o fará da maneira que melhor lhe aprouver, baseado meramente em sua ideologia e senso de justiça. Ao contrário, o juiz imparcial é um aplicador das normas vigentes. As normas abstratas preexistem ao conflito, cabendo ao juiz aplicá-las ao caso concreto de modo a resolvê-lo de maneira justa e legítima. Neste sentido, a decisão capaz de ser adjetivada como justa somente é alcançada mediante a aplicação imparcial da norma abstrata preexistente ao conflito real levado a julgamento.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero afirmam que:

O processo não pode ser alheio ao seu produto, isto é, à legitimidade da decisão. O processo deve produzir decisões legítimas e justas, ou seja, decisões adequadas aos direitos fundamentais, além de formar precedentes capazes de orientar o Poder Judiciário e à sociedade civil como um todo. Nem se diga que o processo apenas prepara a decisão e por isso nada tem a ver com a sua legitimidade. Essa forma de pensar faria com que a legitimidade da decisão fosse absorvida pela legitimação da jurisdição pelo procedimento, na linha de Luhmann. Ao se admitir essa última ideia, não importaria a legitimidade da decisão, mas apenas a legitimidade do procedimento, uma vez que apenas essa seria suficiente para legitimar a decisão. Porém, não basta um procedimento legítimo. No Estado constitucional, a jurisdição realiza os seus fins apenas quando a ordem jurídica é racionalmente interpretada e aplicada na dimensão dos direitos fundamentais. (2017, p. 492)

Explica o Autor que é requisito para que uma decisão judicial possa ser qualificada como legítima e justa, estar de acordo com as normas vigentes (regras e princípios), notadamente não ferir nenhum direito fundamental, não bastando, portanto, que o processo no qual tenha ela sido proferida seja legítimo (tenha observado os princípios e regras processuais). Ou seja, o processo tem que estar comprometido com a legitimidade de seu produto (decisão) e não somente com a legitimidade de seu procedimento.

Assim, exemplificativamente, uma decisão que possui todos os requisitos formais (art. 489, incisos I, II e III do Código de Processo Civil)¹, proferida num dado processo no qual se

¹ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

tenha concedido pleno direito ao contraditório para as partes e que tenha sido proferida por um juiz legítimo, não será justa e legítima caso solucione a lide mediante aplicação de regra não aplicável àqueles fatos, ou, ainda, se contrariar algum princípio na aplicação da regra aos fatos.

Portanto, para que a chamada decisão justa e legítima seja alcançada é necessário que o ordenamento jurídico (princípios e regras) não seja violado. Mas não é só.

De nada adianta – para o alcance da decisão legítima e justa – a aplicação perfeita das normas postas à lide levada a julgamento, se o processo não trazer ao juiz os fatos de acordo com a forma que realmente aconteceram.

Nesse sentido irretocável a lição a lição de Taruffo, citado por Fredie Didie Jr:

A justiça de uma decisão não depende apenas de ela finalizar um processo que transcorreu de modo correto, com respeito a todas as garantias processuais e mediante a interpretação e aplicação adequada do direito. Tudo isso é necessário, mas não suficiente para determinar a justiça de uma decisão. Afinal, nenhuma decisão pode ser considerada justa se, a despeito de tudo isso, estiver baseada numa reconstrução falsa, não verdadeira, dos fatos discutidos no processo. (TARUFFO, 2007, p. 154 apud JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 54)

Portanto, a decisão somente será justa e legítima se, além de observar as normas vigentes, for aplicada aos fatos como aconteceram. Em outras palavras, se for trazida ao juiz uma reconstrução falsa dos fatos, divergente da realidade, a aplicação das normas será defeituosa, pois naturalmente cada situação de fato invoca uma norma distinta. Ou seja, uma mesma norma não resolve fatos diversos.

Segundo Candido Rangel Dinamarco:

A indispensável presença dos fatos nas demandas e nas sentenças (e ordinariamente também nas defesas) constitui projeção processual da tradicional máxima *ex facto oritur ius*: como todo direito origina-se de um fato, não há como afirmar a existência de um direito sem a simultânea afirmação ou reconhecimento de que, naquele caso, ocorreram os fatos a que a lei substancial associa como consequência a formação do direito. (2009, p. 43)

É justamente essa a principal serventia da prova: demonstrar ao juiz a verdade dos fatos para que a eles seja aplicada a norma jurídica preexistente mais adequada. O problema desta afirmação é que a “verdade” é inalcançável. Segundo Fredie Didier Junior:

É comum dizer que a verdade absoluta é algo inatingível, que é utópico imaginar que se possa, com o processo, atingir a verdade real sobre determinado acontecimento. Realmente, não se pode dizer, de um fato, que ele é verdadeiro ou falso; a rigor, ou o fato existiu, ou não. O que se pode adjetivar de verdadeiro ou falso é o que se diz sobre esse fato, a proposição que se faz sobre ele. O algo pretérito está no campo ôntico, do ser: existiu, ou não. A verdade, por seu turno, está no campo axiológico, da valoração: as afirmações é que podem ser verdadeiras ou falsas. (JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 52)

O ser humano não é capaz de voltar ao tempo passado para reviver um fato. O juiz, então, recebe as versões do fato pretérito de cada uma das partes e, já que não vivenciou aquele fato, e não tem, tampouco, o poder de revivê-lo para averiguar como realmente ocorrera, lhe resta buscar evidências capazes de lhe fornecer um juízo de certeza acerca da correlação entre as alegações de como os fatos ocorreram com a forma como realmente ocorreram.

Essa busca de evidências pelo juiz, para seu convencimento acerca da autenticidade das alegações fáticas das partes, se dá através da valoração das provas. Ou seja, as partes trazem ao julgador suas versões dos fatos lastreadas em elementos probatórios que entendam capazes de demonstrar a veracidade destas alegações. O juiz deve, então, valorar estes elementos em conjunto, confrontando-os entre si e com as alegações, de modo a buscar uma conclusão acerca de qual versão dos fatos é verídica. Neste sentido, Marinoni e Arenhart afirmam que:

O juiz não é – mais que qualquer outro – capaz de reconstruir fatos ocorridos no passado: o máximo que lhe se pode exigir é que a valoração que há de fazer das provas carreadas aos autos sobre o fato a ser investigado não divirja da opinião comum média que se faria das mesmas provas. (2011, p. 38)

Contudo, a constatação de que o processo não é capaz de atingir a verdade dos fatos, não pode equipará-lo a um simples instrumento retórico. Valiosas as palavras de Michele Taruffo, citado por Humberto Theodoro Júnior, neste sentido:

É claro que a verdade absoluta jamais será alcançada pelo homem, tampouco estará ao alcance do juiz no processo, em vista das limitações do conhecimento humano. Isto, porém, não deve resultar numa indiferença do processo pela veracidade dos fatos com que as partes sustentam suas alegações perante o juiz. O processo não pode ser reduzido a um mero jogo retórico. As provas têm a missão de proporcionar ao juiz o acesso à verdade possível, ainda que de maneira não plena. Em outras palavras, devem proporcionar “um razoável conhecimento dos fatos”. (TARUFFO, ano, p. apud JUNIOR, 2018, p. 890)

A constatada incapacidade humana de chegar à verdade absoluta dos fatos levou a doutrina a afirmar que a ideia de que o processo busca a verdade material é mera utopia. Em razão disso, diversos doutrinadores passaram a afirmar que a finalidade da prova é demonstrar a veracidade das alegações de fato e não do fato em si. Conforme lição do Fredie Didier Jr. acima transcrita, “as afirmações é que podem ser verdadeiras ou falsas” (JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 52).

O escopo da prova judicial é a formação da convicção do magistrado acerca da fidedignidade dos fatos alegados para que tenha condições de proferir sentença que reflita essa convicção formada.

Não dissente desta posição Alexandre Freitas Câmara:

Como se viu do conceito de prova, esta incide como regra sobre matéria fática. Em função disso, é comum encontrarmos em sede doutrinária a afirmação de que o objeto da prova são os fatos. Essa não parece, todavia, uma afirmação correta. Os fatos existem ou não existem, e isso é certo. Como já afirmado anteriormente, a prova não tem por fim criar a certeza dos fatos, mas a convicção do juiz sobre tal certeza. (2014, p. 434)

Admite-se, nesta linha de pensamento, portanto, que o julgador não tenha certeza dos fatos envolvidos no processo para que realize seu legítimo julgamento. A mera certeza acerca

das alegações destes fatos, ou seja, a convicção de que as alegações correspondem com os fatos ocorridos, já é suficiente para a solução da causa de maneira legítima.

Realmente, se houvesse a exigência de que o juiz descobrisse como realmente os fatos ocorreram para só assim pudesse moldá-los às normas preexistentes, os processos não poderiam ser julgados, haja vista que jamais o magistrado poderá ter certeza de como os fatos ocorreram, por ser um ser humano cuja racionalidade não permite reviver um fato.

Segundo Marcelo Pacheco Machado:

A certeza, como aqui tratada, não é um elemento subjetivo do julgador, no sentido de que ele estaria “certo” ao decidir. Nem sempre o juiz se convence de como, efetivamente, ocorreram os fatos relevantes para a solução do litígio ou, ainda, da correta forma de interpretação do direito positivo. Ainda que tratemos, apenas, das situações em que há cognição exauriente, não é possível afirmar que o juiz poderá atingir – sempre – um convencimento pessoal, carente de dúvidas, a respeito da justa solução do litígio. (2009, p. 17)

Segundo o Autor, portanto, sequer a convicção acerca das alegações de fato é imprescindível para o julgamento do processo. Admite ele que, por vezes, o juiz julgará o processo sem sequer ter formado certeza da justa solução da lide, sem o convencimento efetivo de que as alegações de fato retratam a realidade.

Neste sentido, diversos dispositivos do Código de Processo Civil demonstram que a verdade absoluta não é imprescindível. Por exemplo, a regra de experiência positivada no Art. 375 do Código vigente. A regra de experiência permite ao juiz concluir que se costumeiramente as coisas acontecem de determinada maneira na sociedade, assim provavelmente acontecerão no futuro. Ora, esse dispositivo claramente permite um julgamento baseado em presunção, possivelmente dissociado da verdade real. Ou, no mínimo, dissociado da busca implacável por ela.

Outro exemplo que demonstra que a verdade não é requisito para o julgamento no processo civil é a presunção de veracidade das alegações autorais não impugnadas em contestação (Art. 341).

Isso se justifica, pois além de ser a verdade absoluta inatingível, existem outros valores que orientam o processo, como a segurança e a efetividade. As pessoas precisam ter uma resposta definitiva quanto ao seu direito, ainda que não seja positiva. As situações não podem ficar pendentes na eternidade, sob pena da insegurança ser tão nefasta quanto a injustiça de uma decisão errada.

A despeito do quanto alegado até aqui, o Código de Processo Civil vigente, em seu artigo 369, de forma expressa diz que o objeto da prova é a verdade. In verbis:

“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.”

A preocupação com a verdade também é exposta no inciso VIII do Art. 966 do Código, o qual admite a ação rescisória na hipótese de a decisão rescindenda se fundar em erro de fato.

Diante desses dispositivos legais, surge a dúvida, então, se a finalidade da prova seria demonstrar a verdade dos fatos ou servir de substrato do convencimento do juiz acerca da veracidade das alegações de fato, ou seja, o convencimento de que os fatos ocorreram da forma como são alegados.

Ora, se, como dito, o ser humano é incapaz de alcançar a verdade absoluta, a conclusão de que o processo deve desvendar a verdade dos fatos, acarretaria num procedimento inócuo, incapaz de atingir seu fim, por corolário lógico.

Nada obstante, não parece condizente com o ideal de justiça dizer que o escopo do processo é a mera formação da convicção interna de um juiz acerca dos fatos, para moldurá-los em determinada norma abstrata, de forma despreocupada com a realidade destes fatos (e apenas preocupada com a convicção interna do julgador). Pelo contrário, o processo (e todos os seus sujeitos, portanto) deve buscar a verdade até o limite que a razão humana permita, para chegar o mais próximo possível da realidade.

Talvez a ideia de que a mera possível conformação das alegações de fato com a realidade deles na cabeça do juiz seja suficiente para julgamento justo e legítimo, por ser a verdade inalcançável pelo ser humano, parta de uma ideia equivocada de verdade.²

A verdade como algo absoluto, imutável, não é alcançável pelo homem. Ora, se o homem é incapaz de alcançar a verdade suprema, não se pode falar nela em qualquer âmbito de sua vida. Michele Taruffo, citado por Fredie Didier Jr., bem lembra que:

nem mesmo a ciência fala mais em verdade absoluta, tema que é dedicado às discussões metafísicas e religiosas. Toda discussão sobre “verdade” há de ser contextualizada e vinculada a uma determinada situação, à informação sobre que se funda, ao método utilizado para estabelecê-la e à validade e eficácia da ferramenta de controle e confirmação. A verdade, portanto, com a qual deve e pode preocupar-se o conhecimento racional – e com a qual deve preocupar também o processo – é aquela relativa a um determinado contexto. (TARUFFO, ano 2007 apud JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 53)

Se a verdade for vista sob esse prisma, ou seja, de que não é – e nem pode ser – absoluta, então, ela pode e deve ser buscada no processo.

A verdade vista sob essa ótica, como aquela possível pela condição humana, difere muito da mera verdade formal. Aquela será buscada pelo juiz de modo que se convença plenamente que as alegações fáticas são verdadeiras (correspondem com o fato na realidade). Isso, pois, torna legítima sua decisão. Valiosa a lição de Sidnei Amendoeira Jr.:

a ideia de verdade ou até de certeza, como conceitos absolutos, dificilmente será atingida através do processo – o juiz dificilmente chegará a uma certeza absoluta com relação a todos os fatos da causa. No entanto, ele pode chegar muito próximo dela, chegar a um grau tão extremado de probabilidade que isso se aproxime, e muito, da certeza. Nessa linha, a verdade processual é aquela possível; muito diferente da verdade formal, que é a verdade derivada do conformismo e da neutralidade do magistrado. A certeza no processo, então, é também a certeza que seja possível ser atingida. (2012, p. 509)

² Segundo Fredie Didier Jr., “o problema desse modo de pensar é que ele parte de uma ideia absoluta de verdade para concluir que, existindo uma verdade absoluta, real, suprema, o processo não pode, nem deve busca-la.” (JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 53)

Riquíssima a diferenciação trazida por Sidnei Amendoeira Jr. Ora, não é porquê a verdade material é inatingível que o magistrado deve se contentar com uma verdade formal, decorrente de seu conformismo. Pelo contrário, deve valorar as provas produzidas e, eventualmente, determinar a produção de outras, de modo a alcançar a certeza mais próxima possível da realidade, mais longe possível das dúvidas. Assim, a busca instigante pela verdade possível é que legitima a decisão judicial.

A decisão judicial impacta diretamente na vida das pessoas, de modo que o magistrado deve estar preocupado em tentar encontrar a verdade mais próxima daquela que a razão humana o permite.

Ainda que o magistrado já tenha formado sua convicção acerca da realidade dos fatos, deve ir além, duvidando de sua própria convicção e buscar atingir a verdade mais próxima daquela possível pela racionalidade humana.

Ou seja, quando o Código de Processo Civil fala em “verdade”, está se referindo à verdade possível de ser alcançada pelo ser humano. Mais do que isso: a verdade possível de ser alcançada pelo processo, pois, conforme dito, a verdade é sempre contextualizada ao método utilizado para estabelecê-la.

Nos dizeres de Fredie Didier Jr.

Vistas as coisas sob essa ótica – de que a verdade com que se deve preocupar a ciência e também o processo é sempre relativa e contextual -, parece-nos que a verdade há, sim, de ser buscada no processo. A par do seu escopo de pacificação social (resolução de conflitos), o processo constitui um método de investigação de problemas, mediante participação em contraditório das partes e cooperação de todos os sujeitos envolvidos. (JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 54)

Assim, em alguns casos outros valores devem preponderar sobre a verdade, como no caso da preclusão da produção de uma prova, quando a efetividade suplanta a verdade. Ressalvadas as exceções, o magistrado deve buscar a verdade possível acerca dos fatos, enquadrá-los nas normas e regras existentes. Assim, a decisão legítima e justa será alcançada.

Neste sentido - de busca da verdade possível, para Humberto Theodoro Junior, são sim os fatos que constituem o objeto da prova (e não a alegação deles), uma vez que para

demonstrar que as alegações são verdadeiras, necessariamente deve-se provar que os fatos nelas narrados são verdadeiros:

Há quem afirme que a prova não versa sobre os fatos, mas sobre as alegações feitas pelas partes. Contudo, o que são tais alegações senão a afirmação de fatos dos quais se extrai a pretensão que se deseja atuar em juízo? Portanto, provar a alegação consiste justamente em demonstrar a ocorrência de tais fatos.

Por isso, para a lei processual, os meios legais de prova e os moralmente legítimos são empregados no processo “para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz” (NCPC, art. 369). São, pois, os fatos litigiosos o objeto da prova. (JUNIOR, 2018, p. 878)

Sendo assim, pode-se dizer a finalidade da prova é sim a verdade. Conforme dito, apenas poderá ser justa e legítima a decisão se o juiz conhecer os fatos aos quais serão aplicados a norma preexistente. Contudo, haja vista a incapacidade humana de atingir a verdade absoluta, em qualquer campo do saber, a verdade buscada pela prova, em suma, pelo processo, é sempre relativa e contextual.

Portanto, desmitificando a ideia de verdade absoluta, o processo busca descobrir a verdade dos fatos, através das provas, para aplicação da norma objetiva. Verdade essa possível de ser alcançada pela capacidade humana, ou seja, relativa, jamais absoluta.

3. A PROVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Fredie Didier Jr. afirma que “o direito à prova é conteúdo do direito fundamental ao contraditório. A dimensão substancial do princípio do contraditório o garante.” (JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 46)

Ou seja, o direito à prova é um direito fundamental na exata medida em que decorre do princípio do contraditório.

O princípio do contraditório, como se sabe, garante que todo jurisdicionado possa participar de forma efetiva no processo no qual será proferida decisão com potencial de afetar sua vida. Destarte, nenhuma decisão poderá ser proferida pelo Estado sem que se tenha dado

à parte oportunidade prévia de se manifestar acerca dos fatos e fundamentos que ensejaram aquela decisão.

Importante perceber que foi afirmado que nenhuma decisão pode ser proferida sem a oportunidade da parte se manifestar de maneira plena e efetiva. Ou seja, dada a oportunidade da parte se manifestar e influenciar a decisão, o contraditório já será observado. Caso a parte, por outro lado, não utilize essa oportunidade, não se pode falar em ofensa ao contraditório, pois além de ser um dever, é um ônus, se desincumbe dele quem quiser.

Ao falar do princípio do contraditório, Leonardo Greco afirma que:

O princípio do *contraditório* pode ser definido como aquele segundo o qual ninguém pode ser atingido por uma decisão judicial na sua esfera de interesses, sem ter tido a ampla possibilidade de influir eficazmente na sua formação em igualdade de condições com a parte contrária. (2015, n.p)

O princípio do contraditório é uma garantia constitucional, prevista no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal. Tal princípio também é positivado no Código de Processo Civil, nos artigos 7º e 9º.

O artigo 9º do Código de Processo Civil³ veda o proferimento de decisão contra uma parte sem que ela seja previamente ouvida.

Ocorre que a constitucional e legal garantia ao contraditório não é observada com a mera oitiva da parte previamente à decisão que lhe afetará. É necessário que a parte possa efetivamente influenciar o julgador para formação de sua convicção.

Conforme já visto neste trabalho, o instrumento precípua para demonstração ao julgador da veracidade de uma alegação é a prova. Disso, podemos concluir que o direito à prova efetiva o direito ao contraditório, de modo que é este um direito fundamental.

Humberto Theodoro Junior bem afirma que a mera oitiva das partes antes do pronunciamento jurisdicional não é suficiente para que o contraditório tenha sido garantido:

³ Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

O contraditório, outrora visto como dever de audiência bilateral dos litigantes, antes do pronunciamento judicial sobre as questões deduzidas separadamente pelas partes contrapostas, evoluiu, dentro da concepção democrática do processo justo idealizado pelo constitucionalismo configurador do Estado Democrático de Direito. Para que o acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV) seja pleno e efetivo, indispensável é que o litigante não só tenha assegurado o direito de ser ouvido em juízo; mas há de lhe ser reconhecido e garantido também o direito de participar, ativa e concretamente, da formação do provimento com que seu pedido de tutela jurisdicional será solucionado. (2018, p. 85)

Poder produzir determinada prova significa ter condição de realmente contribuir com a formação da convicção do magistrado. Esse direito de influência na formação da convicção do magistrado identifica-se com o direito ao efetivo contraditório.

Além de decorrer do direito fundamental ao contraditório, o direito à prova é um desdobramento de outro direito fundamental: o direito de acesso à justiça, assegurado pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal e repetido no parágrafo 3º do Código de Processo Civil.⁴

Consoante lição de Alexandre Freitas Câmara,

Trata-se do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, segundo o qual, como a própria denominação indica, fica assegurado a todo aquele que se sentir lesado ou ameaçado em seus direitos o acesso aos órgãos judiciais, não podendo a lei vedar esse acesso. (2014, p. 55)

Já fora visto neste estudo que o Estado toma para si a função de solucionar os conflitos sociais, de modo que veda a autotutela. Contudo, este poder do Estado de pacificação social é também uma obrigação. Se o Estado toma para si o monopólio da jurisdição, não pode ignorar o pleito de um cidadão para solução do seu conflito. Trata-se do chamado poder-dever do Estado.

Muito bem afirma Marcelo Magalhães Bonício que a garantia do acesso ao judiciário é uma condição da existência do Estado de Direito:

⁴ Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

Nenhuma lei, ou mesmo outra disposição constitucional, pode impedir que o Poder Judiciário aprecie determinada ameaça ou lesão a direito, por- que disso depende a existência de um Estado de Direito, em que o Poder Judiciário aparece como um autêntico “Poder”, no mesmo nível do Legislativo e do Executivo, de forma “independente e harmônica”, como quer a regra do art. 2o da Constituição da República. (2016, p. 127)

Destarte, o acesso ao poder judiciário é constitucionalmente garantido a todos os cidadãos brasileiros, não podendo a lei vedar tal direito.

Ocorre que da mesma forma que ocorre com o princípio do contraditório, para que o princípio do direito de acesso à justiça – ou inafastabilidade do controle jurisdicional – seja realmente observado, não basta que seja garantido o direito ao cidadão de postular em juízo sua pretensão. É necessário que o cidadão possa realmente se utilizar de instrumentos hábeis a convencer o julgador acerca da veracidade de suas alegações, de modo a ensejar a aplicação da norma abstrata.

Leonardo Carneiro da Cunha muito bem ressalta que

O direito de acesso à justiça não se concretiza apenas na facilitação do próprio acesso, mas na viabilização de uma solução eficiente, com a adoção das técnicas próprias à satisfação do direito material afirmado em juízo. Em razão da efetividade, deve-se perseguir a implementação prática das resoluções judiciais, com a necessidade de uma dogmática processual voltada para um processo de resultados concretos. É preciso haver instrumentos destinados a uma maior efetividade. (CUNHA, 2016, p. 32)

Ou seja, garantir que alguém possa ter acesso ao poder judiciário, pedindo-lhe a tutela jurisdicional, por si só, não consagra o princípio da inafastabilidade do poder judiciário. Muito mais do que isso, como dito no trecho acima, é necessária a implementação de todas as ferramentas voltadas à demonstração e satisfação do direito material perseguido.

Consoante já tratado neste trabalho, o juiz soluciona a lide mediante aplicação da norma geral e abstrata. Tendo em vista que o magistrado não é capaz de presenciar os fatos alegados pelas partes, deve ele se convencer da identificação entre a narração das partes com a realidade daqueles fatos, para assim conseguir proferir uma decisão.

Sendo a prova um dos meios mais importantes de demonstrabilidade ao juiz da veracidade das alegações (correspondência entre alegações e a realidade), o direito de sua produção deve ser a todos garantido, sob pena de violação à garantia constitucional de acesso à justiça.

Portanto, sendo a prova imprescindível para real garantia dos direitos fundamentais do contraditório e do acesso à justiça, conclui-se ser ela também um direito fundamental.

4. AS PARTES COMO DESTINATÁRIAS DA PROVA

Conforme dito, o processo pretende descobrir a verdade possível dos fatos alegados para encaixá-los na norma abstrata, de modo a solucionar a lide e promover a pacificação social.

Conforme também dito, a verdade possível não é a verdade absoluta, pois esta pertence ao campo ôntico e não axiológico, sendo inalcançável pelo ser humano. O fato existiu ou não existiu, cabe ao processo, por intermédio das provas, demonstrar ao juiz que as alegações fáticas correspondem com os fatos na realidade.

Tendo em vista essa visão de finalidade da prova, ou seja, de criar a certeza no magistrado de que os fatos alegados correspondem à verdade, afirma-se ser o juiz o destinatário da prova.

Realmente, o juiz é um – talvez o precípua – destinatário da prova. Sendo ele o terceiro aplicador da norma abstrata à lide concreta, é evidente que ele precisa se convencer, através das provas, de que os fatos narrados correspondem com a realidade.

Segundo Leonardo Greco:

O juiz é o principal destinatário de todas as provas, pois estas são produzidas no processo para gerar o seu convencimento em relação à verdade dos fatos. Então, nessa condição, o juiz tem de praticar atos de aquisição do conhecimento das provas, que são os chamados atos de produção das provas, e, como condutor do processo, praticar atos deferindo ou não a produção das provas ou determinando de ofício a sua produção (CPC de 1973, art. 130; CPC de 2015, art. 370), que são os atos de admissão das provas. (2015, n.p)

Assim, o juiz, na condição de destinatário da prova deve praticar dos atos de produção dela, caso entenda que aquelas já produzidas pelas partes não sejam suficientes para seu completo convencimento, bem como deferir ou não a produção de provas requeridas pelas partes.

O juiz, portanto, poderá indeferir alguma prova caso tenha, com aquelas já produzidas, formado o seu completo convencimento acerca da verdade dos fatos.

Por exemplo, caso a parte integrante do polo passivo numa ação de cobrança apresente em sua defesa a prova documental consistente no recibo de pagamento daquela dívida, poderá o juiz indeferir eventual pedido de produção de prova testemunhal da parte autora, pois seu convencimento de que a dívida fora quitada, formado pela apresentação do recibo, já estará formado e não será mitigado pela versão de uma testemunha.

Cassio Scarpinella Bueno afirma a possibilidade do juiz, como destinatário da prova, por exemplo, determinar de ofício a realização nova perícia caso não tenha se convencido da primeira:

Não há mais espaço para dúvida na doutrina, a este propósito, sobre a possibilidade de o juiz, insatisfeito com o resultado de uma perícia, determinar, até mesmo de ofício, a realização de outra, porque é ele, juiz, o destinatário da prova, não as partes, e o tempo para que ele, juiz, forme sua convicção não é importante para este critério classificatório. O que importa é que ele esteja suficientemente seguro para decidir. As provas, vale a pena frisar este ponto, são mecanismos de que as partes se valem para convencer o juiz de que algo ocorreu de uma forma ou de outra. (2013, p. 318)

Fica claro, portanto, que o fim mais importante da prova é mesmo convencer o juiz, para que com a sua convicção formada, julgue o caso de maneira correta e justa.

Contudo, não é somente o juiz o destinatário da prova. A prova não presta apenas para convencimento do magistrado acerca da realidade dos fatos.

As partes, por vezes, também não têm certeza acerca da situação que imaginam ensejar a tutela jurisdicional que almejam.

Fredie Didier jr. Afirma que

Além de ter por objetivo convencer o juiz acerca das alegações de fato sobre as quais se desenvolve a atividade probatória, a prova também tem por finalidade permitir que as próprias partes se convençam (i) de que efetivamente são titulares das situações jurídicas que, em princípio, pensam ter e (ii) da demonstrabilidade em juízo das alegações de fato subjacentes a tais situações jurídicas. (JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 55-56)

Didier diz que as provas também servem para convencer a própria parte de que é titular da situação jurídica que pensa ser.

É possível exemplificar essa ideia com um hipotético caso de infiltração em imóvel. O proprietário do imóvel investigará a origem da infiltração possivelmente observando o rastro da água. Poderá, pelo rastro, concluir que a infiltração é proveniente do imóvel de determinado vizinho ao lado. Com base nessa convicção, poderá o proprietário propor ação de obrigação de fazer para que o vizinho realize a obra para cessar a infiltração e ainda reparar os danos que já acometem seu imóvel.

A verdade, nesse caso, é que o proprietário da casa infiltrada não tem certeza de que a infiltração é proveniente do imóvel do vizinho. Com base apenas na análise do rastro da água, criou uma convicção em sua mente acerca daquela situação. A prova, portanto, servirá para lhe mostrar se a sua suspeita corresponde à realidade ou não.

Por isso Fredie Didier Jr. afirma que a velha lição de que o destinatário da prova é o juiz não é completa:

Daí se vê que à clássica noção de que a prova tem por finalidade permitir ao juízo formar seu convencimento acerca dos fatos da causa deve-se acrescentar esse outro aspecto: tem ela, além e antes mesmo disso, a finalidade de permitir às próprias partes a formação do seu convencimento acerca dos fatos da causa. (JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 57)

É preciso entender que as partes também podem ter dúvidas acerca de como os fatos ocorreram, de modo que precisam extirpar essas dúvidas para concluírem se possuem ou não determinado direito. Neste sentido, as provas também se destinam a formar a convicção das partes acerca da verdade dos fatos. Disso se conclui que as partes também são destinatárias das prova.

Importante extrair da lição de Didier alhures, que a prova serve à parte tanto para lhe convencer acerca da situação jurídica que imagina ser titular, como para lhe indicar a demonstrabilidade das alegações fáticas em juízo.

Conforme o quanto já exposto até aqui, o juiz não conhece os fatos postos a julgamento, lhe restando analisar os elementos de prova produzidos pelas partes e valorá-los para formar sua convicção acerca da veracidade das alegações de fatos.

Disso se conclui que se a parte, convicta de ser titular de uma situação jurídica ensejadora de tutela estatal, concluir que não há elementos capazes de demonstrar essa situação ao magistrado, poderá ela se fadada ao insucesso.

Ou seja, as pessoas por vezes podem não saber se determinado fato é passível de ser demonstrado ao juiz. Essa dúvida pode lhes desencorajar ao ajuizamento da ação que pretendem. Nesse sentido, não permitir às pessoas que possam conferir se determinada situação fática é passível de ser provada, também é uma forma de mitigação do acesso à justiça.

Conclui-se, portanto, que o juiz não é o único destinatário da prova. As partes também são destinatários da prova para que possam se certificar de que os fatos ocorreram da forma que imaginam ter ocorrido, ou ainda – talvez cumulativamente – para averiguarem a demonstrabilidade em juízo dos fatos ensejadores do direito que almejam.

5 – A problemática da produção antecipada da prova no Código de Processo Civil de 1973

À semelhança do quanto permanece com o Código De Processo Civil vigente (2015), no Código de Processo Civil revogado (1973), o momento de produção das provas não se identificava com o momento de propositura da ação, mas acontecia posteriormente, em momento processual próprio.

Essa ordem é natural, pois o autor não pode saber de antemão quais alegações fáticas o réu controverterá em sua defesa. Aquelas alegações controvertidas pelo réu, seja de maneira direta ou indireta, eventualmente poderão ser objeto de alguma outra prova para aferição do magistrado de qual versão dos fatos é verídica.

A exceção dessa regra no Código revogado era a prova documental, que deveria ser apresentada juntamente com a petição inicial, sob pena de preclusão. Assim preceituava o Art. 283 do revogado Código: “A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.”

Havia uma discussão doutrinária à época da vigência do referido artigo. Questionava-se se os documentos que deveriam instruir a petição inicial eram aqueles indispensáveis à propositura da ação ou se todo e qualquer documento, correlato aos fatos narrados (causa de pedir), à disposição do autor no momento de propositura da ação.

Para Cassio Scarpinela Bueno, a interpretação que deveria ser dada àquele art. 283 era a mais ampla possível, ou seja, a que abrangesse todos os documentos à disposição do autor no momento de propositura da ação:

Deve-se, por isso mesmo, dar ao art. 283 caráter mais amplo, entendendo-se como documentos indispensáveis, porque fundamentais, todos os que foram referidos na petição inicial e sobre os quais tem o autor, no momento da apresentação da petição inicial, disponibilidade de uso. (2013, p. 133)

Posição a qual se filia este autor, pois mais condizente com o princípio da economia processual. Ora, se no momento de propositura da ação, o autor já possui documentos disponíveis pertinentes para demonstração de que suas alegações são críveis, que os anexe desde logo à petição inicial, pois o réu já saberá de antemão quais os elementos o autor possui para comprovação de suas alegações, bem como o juiz poderá decidir se mais alguma prova precisará ser produzida. A juntada de novos documentos no decorrer da ação apenas tumultua o procedimento, pois interfere no convencimento do juiz em momentos esparsos, bem como enseja a necessidade de dar oportunidade para a parte adversa se manifestar acerca do documento novo, em atenção ao princípio do contraditório.

Desta forma, apenas a prova documental deveria instruir a petição inicial na vigência do Código de Processo Civil de 1973. As demais provas deveriam ser produzidas em momento próprio, após a apresentação da defesa do réu, chamado de “fase instrutória”.

Em linhas gerais, o autor deveria instruir a petição inicial com as provas documentais disponíveis e indicar as demais provas que pretendia produzir na fase instrutória. O réu, da

mesma forma, deveria anexar à contestação as provas documentais disponíveis e já indicar quais provas pretendia produzir na fase instrutória para desconstituir a versão do autor acerca dos fatos.

José Barbosa Moreira, ao tratar do dever de indicação de provas na vigência do Código de Processo Civil de 1973, assim esclareceu:

a) o autor tem o ônus de indicar na petição inicial (art. 282, no VI), enumerando os (supra, § 1o, no VII), os meios de prova de que se quer utilizar, sob pena de, caso não suprida a omissão nos termos do art. 284, ser indeferida a inicial (art. 284, parágrafo único; cf. supra, § 2o, no III, 1). Ainda se lhe concede, numa hipótese (supra, § 5o, no II, 2, letra a), a possibilidade de especificar, se não o houver feito na própria inicial, as provas que pretende produzir em audiência (art. 324, 2a parte); b) ao réu abre-se uma única oportunidade para indicar as provas cuja produção lhe interessa: a da contestação (art. 300, fine). (2012, p. 56)

Ou seja, a inicial já deveria ser instruída com as provas documentais disponíveis e com o protesto de produção de demais provas que o autor pretendesse produzir. A contestação também deveria trazer as provas documentais disponíveis e protestar pela produção das demais provas que o réu pretendesse produzir. Com as alegações de fato de cada uma das partes, com as provas documentais de cada uma das partes e com o protesto das demais provas a serem produzidas, ao juiz cabia fixar os pontos controvertidos da causa, deferindo e indeferindo a produção das provas requeridas e, eventualmente, determinar, de ofício, a produção de outras provas que entendesse pertinentes para formação de sua convicção.

É percebido, pois, que as partes não conseguiam produzir provas no início da ação, ou até mesmo antes da propositura dela. Conforme dito, o momento de produção de provas ocorria após todas as manifestações autorais e do réu.

Contudo, havia uma exceção à essa regra: caso houvesse risco de a prova perecer, era possível antecipar sua produção para antes da propositura da ação ou durante o tramite da ação, mas antes da fase instrutória.

O Art. 846 do revogado Código limitava as provas que poderiam ser antecipadas, quais sejam prova oral e pericial.

O Art. 847, incisos I e II, bem como o Art. 849 daquele Código deixavam claro que o que se tutelava era o risco de perecimento futuro da prova.⁵

O Art. 847 expressamente permitia a oitiva da parte ou inquirição das testemunhas de maneira antecipada caso tivessem eles de ausentar-se ou por risco de morte ou incapacidade em razão de moléstia grave ou idade. O art. 849, por sua vez, permitia a antecipação da prova pericial na hipótese de receio de impossibilidade ou grande dificuldade futura a verificação de certos fatos. Claramente, a sistemática da produção antecipada da prova prevista no Código de 1973 buscava proteger a viabilidade de sua produção.

Cassio Scarpinella Bueno bem definiu o objetivo da produção antecipada de provas no revogado Código de Processo Civil de 1973:

A finalidade da cautelar aqui examinada, destarte, é a de assegurar a realização de uma prova diante de circunstâncias que façam crer pela impossibilidade ou, quando menos, extrema dificuldade de sua colheita no “processo principal” 2013, p. 273)

O objetivo da medida de produção antecipada de provas era bastante evidente, qual seja, permitir que a prova fosse produzida em momento anterior ao que seria no curso ordinário do processo, somente naqueles casos em que o passar do tempo pudesse inviabilizar a produção daquela prova.

O escopo da produção antecipada da prova no Código de 1973 era, pois, preservar o processo de conhecimento, que poderia ficar comprometido futuramente pelo risco de

⁵ 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.

periclitamento das provas. Ernane dos Santos muito bem definiu esse objetivo do revogado Código, ao afirmar que:

No sistema do Código de 1973, a produção antecipada de provas se incluía no rol das medidas cautelares típicas, objetivando resguardar o processo de conhecimento contra a demora de instrução que pudesse frustrar o conhecimento exato dos fatos ou quando os vestígios e sinais constitutivos deixados pudessem desaparecer no tempo. (217, p. 715)

Afirma o Autor que o objetivo da antecipação da prova no sistema processual civil anterior era garantir o processo de conhecimento futuro, que poderia ser impossibilitado nos casos em que as provas capazes de demonstrar a veracidade das alegações das partes corresse o risco de desaparecerem. Ou seja, tratava-se de medida acautelatória contra o risco de periclitamento da prova.

Importante destacar que o Autor afirma que a produção antecipada se incluía no rol das cautelares típicas. O procedimento da antecipação da prova no revogado Código de 1973 será tratado em Capítulo próprio mais a frente.

Conforme já tratado neste trabalho, relevante reiterar, caso a parte não consiga demonstrar a situação fática que enseja a tutela estatal, não a receberá, pois, o juiz não presencia os fatos, e por isso necessita se convencer da veracidade da versão das partes para ter condições de julgar com legitimidade. Daí a preocupação daquele Código, mantida pelo vigente, de ter algum procedimento viabilizando a produção de prova de maneira antecipada em caso de risco de periclitamento desta prova, sob pena de inviabilizar o acesso da população à tutela estatal nesses casos de urgência.

A finalidade, portanto, era o asseguramento da prova que corresse o risco de ser inviabilizada no futuro.

Sendo essa a única hipótese legal que autorizava a produção da prova em momento anterior à fase instrutória, é possível dizer que a única hipótese de produção de provas de maneira antecipada contemplada pelo revogado Código de Processo Civil de 1973, era em caso de existência de risco de periclitamento futuro da prova. Em outras palavras, o fundamento único de produção de prova de forma antecipada era a urgência.

O clássico exemplo utilizado para demonstrar o cabimento da antecipação de provas naquele Código era o caso de uma pessoa ter apenas uma testemunha capaz de corroborar sua versão fática ensejadora de tutela jurisdicional, mas a testemunha está internada correndo risco de falecer a qualquer momento. Não seria possível esperar o momento da audiência de instrução e julgamento para colheita do testemunho, pois a testemunha já poderia ter falecido. Se justificava, portanto, inverter a ordem dos atos e primeiro colher o testemunho para em momento posterior ser ajuizada a ação principal.

Voltando à ideia já tratada neste estudo de que as partes também são destinatárias da prova, pois por vezes também não possuem certeza de serem titulares da situação jurídica que pensam ser, ou porque não sabem se é possível demonstrar (provar) essa situação em juízo, percebe-se que no caso da urgência como fundamento único capaz de ensejar a antecipação da prova, o Código revogado incentivava que as partes litigassem mesmo quando incertas acerca dos fatos que imaginavam justificar determinada tutela estatal.

O Código de Processo Civil de 1973 não se preocupou com o ajuizamento de ações por pessoas que sequer estavam convictas de serem titulares do direito que pensavam ter. A essas pessoas, para auferirem a certeza dos fatos, restava ajuizar a ação, aguardar a resposta do réu e apenas na fase instrutória, mediante a produção das provas, descobrir se os fatos aconteceram da forma que imaginavam.

Assim, aquele que não tivesse certeza da situação jurídica que imaginava ser titular, diante de uma situação de inexistência de risco de perecimento da prova, restaria ajuizar a ação com o pedido condenatório, declaratório, constitutivo ou mandamental para conseguir ter acesso ao direito de produção da prova capaz de lhe conceder a certeza dos fatos.

Utilizemos novamente o exemplo da infiltração em imóvel, pela didática que lhe é peculiar, para mostrar a temeridade desta situação.

Imaginemos o proprietário de um imóvel que detectasse (na vigência do Código de Processo Civil de 1973) infiltração em seu bem e, pelo rastro da água, acreditasse que a infiltração era proveniente do imóvel de seu vizinho ao lado. Imaginemos que neste caso não houvesse risco de perecimento da prova. Ou seja, as infiltrações não acometiam o bem de maneira a abalar sua estrutura, de modo que a prova pericial poderia ser realizada apenas na fase instrutória.

Por não ter urgência, não poderia o proprietário requerer a produção antecipada de provas, faltaria seu requisito único. Lhe caberia, portanto, ajuizar ação requerendo que seu vizinho realizasse a obra para cessar a infiltração, sem ao menos ter certeza que era ele o responsável pela infiltração.

O sistema condicionava o direito da parte de descobrir se era titular de determinada situação jurídica que pensava ser ao ajuizamento de uma ação judicial com pedido de direito material contra o réu que sequer tinha certeza ser o responsável por aquela situação.

Percebe-se, portanto, que a sistemática da produção de provas do Código de Processo Civil de 1973, que, à exceção das hipóteses de urgência, determinava que fossem produzidas apenas na fase instrutória do processo, em muito contribuía para a grande judicialização de potenciais conflitos no Brasil.

A despeito da falta de previsão expressa no Código de Processo Civil de 1973 de possibilidade de antecipação da prova em outras hipóteses senão ante a presença do risco de perecimento futuro, a Doutrina já vinha reconhecendo a necessidade de admissão da antecipação da prova em outras hipóteses que não apenas a acautelatória. Alexandre Freitas Câmara defendia que o fundamento para antecipação da prova em outras hipóteses era a existência de um direito autônomo à prova:

Modernamente, deve-se admitir também a instauração do processo de produção antecipada de prova sem natureza cautelar, independentemente de periculum in mora. Isso se dá por conta do necessário reconhecimento da existência de um direito autônomo à produção da prova, que pode ser exercido em juízo através de uma demanda probatória autônoma, a produção antecipada de prova. (2014, p. 204)

Ora, se existia um direito autônomo à prova (já tratado neste estudo), deveria haver uma demanda probatória autônoma, ou seja, não vinculada a um pedido de direito material.

Câmara também anotou as benéficas consequências da existência de uma demanda probatória autônoma:

A produção antecipada de prova não cautelar é instrumento útil em diversas hipóteses. Em primeiro lugar, é preciso reconhecer sua utilidade para

permitir que a parte certifique-se de que tem razão, evitando-se, assim, o ajuizamento de demandas infundadas. Pense-se, por exemplo, no caso de uma pessoa que se submeteu a um procedimento cirúrgico e pensa ter sofrido uma lesão em função de um erro do médico. Melhor do que exigir que ela ajuíze demanda condenatória em face do médico e, no curso do processo, se realize uma perícia (que pode constatar que o médico não cometeu erro algum) é admitir a instauração de um processo cuja única finalidade é a produção da prova pericial. A depender do resultado dessa perícia, poderá a parte definir se vai ou não ajuizar a demanda condenatória (pois já saberá, aí, se teria ou não chance de êxito). (CÂMARA, 2014, p. 204)

De fato, a existência de uma ação probatória autônoma tem o condão de diminuir o ajuizamento de demandas infundadas, na medida em que é instrumento capaz de aclarar os fatos para as partes antes do ajuizamento de qualquer demanda de direito material.

Câmara também muito bem anotou que a demanda probatória autônoma tem viabiliza a autocomposição:

O processo de produção antecipada de prova não cautelar serve, ainda, a outra finalidade: viabiliza a autocomposição. É que após a colheita antecipada da prova, é razoável supor que a parte que não seja favorecida pelo resultado da atividade probatória aceite, mais facilmente, uma solução negociada para o conflito, evitando-se, muitas vezes, o próprio ajuizamento da demanda principal. (CÂMARA, 2014, p. 204)

De tão verdadeira essa visão doutrinária de necessidade de existência de uma ação probatória autônoma (e não apenas cautelar) em razão do direito autônomo à prova e em virtude tanto da possibilidade de diminuição do ajuizamento de demandas infundadas, quanto na viabilização de autocomposição, fora ela positivada no Código de Processo Civil de 2015, como se demonstrará nos Capítulos seguintes. “Ao desvincular a medida do requisito do perigo, o CPC de 2015 positivou o que se pode qualificar como direito autônomo à prova” (WAMBIER et al., 2016, p. 1150)

Sendo assim, a problemática do modelo de produção antecipada da prova na vigência do Código de Processo Civil de 1973 consistia em contemplar apenas a hipótese de urgência por risco de impossibilidade futura daquela prova e não contemplar a existência de uma demanda probatória autônoma, capaz de tutelar as hipóteses em que a própria parte não tinha certeza dos fatos ou não sabia se a demonstrabilidade deles era possível.

6 – Mudança de paradigma da produção antecipada da prova no Código de Processo Civil de 2015

O atual Código entendeu que as próprias partes, por vezes, não têm certeza de serem ou não titulares da situação jurídica que imaginam ser e, com base nessa percepção, instituiu louváveis mudanças nas hipóteses autorizadoras de antecipação da produção da prova.

Foi reconhecido pelo Código vigente que o cidadão que não estava certo acerca dos fatos que supunha ensejar determinada tutela jurisdicional, se via obrigado pelo próprio ordenamento a mover uma ação judicial, mesmo sem a certeza dos fatos, requerendo a tutela em questão para só assim conseguir produzir as provas aptas a aclarar sua própria percepção daqueles mesmos fatos.

Em outras palavras, o Código de Processo Civil atual superou o entendimento de que o magistrado é o único destinatário da prova, contemplando também as partes como suas destinatárias, conforme tratado no Capítulo 4. Entendeu-se que assim como juiz, enquanto ser humano, precisa de instrumentos para formar sua convicção acerca da realidade dos fatos, por vezes, as partes também precisam.

Conforme já tratado, o revogado Código de 1973 apenas autorizava a produção antecipada da prova quando houvesse risco de perdimento dela no futuro. Essa, não se nega, é uma hipótese que deve ser contemplada pelo ordenamento, pois, conforme também já explanado, impedir o acesso à prova é impedir o acesso à justiça, bem como é negar o direito ao contraditório.

Contudo, não é a única hipótese que enseja a produção antecipada da prova. A hipótese de incerteza da parte acerca dos fatos também enseja a produção da prova, para que ela possa descobrir se realmente tem o direito que imagina ter ou aferir se é possível a demonstração dos fatos que ensejam o seu direito, antes de ajuizar uma ação em face de outrem com o pedido de entrega de determinado bem da vida.

Permitir que aquele que tem dúvida acerca dos fatos que alegará em juízo possa aclarar suas dúvidas antes de postular determinada pretensão contra outrem é benéfico tanto para as partes envolvidas, bem como para toda a coletividade.

O ajuizamento de uma ação por uma pessoa com dúvida acerca dos fatos a serem enquadrados na norma abstrata, evidentemente é ruim para o postulante. Deve-se lembrar que o vencido numa ação judicial deve arcar com as verbas sucumbenciais (art. 85 do Código atual).

Ou seja, caso o postulante perceba apenas na fase instrutória que os fatos não ocorreram da maneira que ele imaginava no momento de propositura da ação, estará fadado a arcar com o pagamento das verbas sucumbenciais.

A insegurança do autor acometido pela falta de certeza dos fatos em razão do risco de sucumbência, pode leva-lo a desistir de propor a ação judicial que eventualmente demonstraria ser ele detentor do direito que imaginava. É evidente que não permitir a produção antecipada da prova para essa pessoa é negá-lo acesso à justiça.

Além disso, insta salientar que o Código vigente institui como um dos deveres das partes, o de expor os fatos em juízo conforme a verdade (Art. 77, inciso I). Ora, como é possível exigir que alguém exponha um fato conforme a verdade se essa pessoa não conhece a verdade e não lhe é facultada descobri-la antes de expô-la? Assim, a possibilidade de produção antecipada da prova em caso de incerteza da parte acerca dos fatos compatibiliza-se com o dever das partes de exposição dos fatos conforme a verdade.

Para o demandado o prejuízo de ser ajuizado por alguém que não possui certeza de suas alegações também existe. Por mais que o demandado vença a ação cuja fase instrutória venha a demonstrar que autor não possui certeza de suas alegações, em razão do pressuposto processual da capacidade postulatória, terá ele que contratar advogado para se defender, sob pena de ser considerado revel.

Para a coletividade o dano também é cristalino. Uma ação movida por alguém que não teve a oportunidade prévia de esclarecer sua dúvida acerca dos fatos, deve ser julgada da mesma maneira pelo Poder Judiciário (*non liquet*), o que o congestionam. Um Poder judiciário congestionado acarreta em perda de eficácia, haja vista que tem sua capacidade produtiva limitada. A perda da eficácia decorrente do grande número de ações ajuizadas provoca (ou tem o potencial de provocar) maior duração dos processos, o que pode mitigar o princípio da razoável duração do processo (art. 4º do Código Vigente), sem falar no custo que cada processo acarreta para a sociedade.

Por todas essas razões se afirmou que as mudanças trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, no tocante à produção antecipada da prova, são louváveis.

A hipótese de urgência na produção da prova pelo risco de inviabilidade de obtê-la futuramente continua ensejando a sua produção antecipada. Ou seja, a urgência continua sendo, no atual Código de Processo Civil, fundamento para que a prova seja produzida de maneira antecipada (antes da fase instrutória).

Sempre importante reiterar que essa hipótese de cabimento da antecipação da prova (urgência) não poderia mesmo ser suprimida pelo Código atual, pois negar a produção imediata de uma prova que pode ser perdida no futuro, consoante já dito, caracteriza afronta ao direito fundamental da prova, que é desdobramento dos também direitos fundamentais do contraditório e acesso à justiça.

Além da hipótese de urgência, o Código de 2015 inseriu mais duas hipóteses de cabimento da produção antecipada da prova (Incisos II e III do Art. 381): (I) quando a prova antecipada puder viabilizar a autocomposição e quando (II) o prévio conhecimento dos fatos puderem justificar ou evitar o ajuizamento da ação.

Todas as hipóteses de cabimento contempladas de pelo Código de Processo Civil serão tratadas nos tópicos seguintes.

6.1 – Cabimento da produção antecipada da prova fundamentada no risco de impossibilidade futura da produção

Conforme já adiantando, o Código de Processo Civil de 2015 manteve a hipótese de risco de impossibilidade ou grande dificuldade futura de obtenção da prova como uma das causas autorizadas da produção da prova de maneira antecipada.

Conforme dito, o Código nem poderia extirpar essa hipótese de cabimento da produção antecipada de prova, pois o direito à prova, como tratado no capítulo 1, é um direito fundamental. É evidente que se a prova corre o risco de ser impossibilitada no futuro, não permitir sua produção antecipada, nestes casos, é negar um direito fundamental do jurisdicionado. Sendo assim, a hipótese de urgência na produção da prova pelo risco de

pericimento futuro continua sendo tutelada pelo ordenamento jurídico pátrio. Sábias são as palavras de Arruda Alvim acerca do tema:

[...] as partes têm um direito fundamental à prova, inclusive como meio de participação e de influência sobre o consentimento do juiz. Deve, então, ser entendida como restritiva desse direito fundamental a situação em que a parte fica tolhida de produzir determinada prova. É preciso que no sistema estejam previstas técnicas próprias para assegurar que fatos relevantes a uma lide, mesmo futura, sejam documentáveis em juízo, isto é, que sejam provados. (2016, p. 250-251)

Sendo assim, a hipótese de antecipação da produção probatória fundada na urgência, sob risco de impossibilidade ou grande dificuldade de produção futura foi mantida no vigente Código, em respeito ao direito fundamental da prova. Trata-se do inciso I do art. 381. In verbis:

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;

Uma diferença que pode ser destacada, conforme já tratado no capítulo X, é que o atual Código não mais restringe a produção antecipada apenas da prova oral ou pericial, ao contrário do que fazia o revogado Código⁶.

Ou seja, se não há restrição no texto do vigente Código em relação as provas que podem ser produzidas antecipadamente, conclui-se que qualquer prova pode ser produzida através do procedimento em questão, a exceção da prova documental que enseja procedimento próprio.

Neste sentido, Fredie Didier Jr. bem lembra que, “pode-se requerer a antecipação da produção de qualquer prova, ressalvada a prova documental, cuja produção antecipada se pede por meio da ação de exibição.” (JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 142)

Destarte, no vigente Código, a hipótese de urgência na produção da prova continua sendo uma das hipóteses de cabimento da produção antecipada da prova, como era no

⁶ Art. 846 do Código de Processo Civil de 1973: “A produção antecipada da prova pode consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial.”

revogado Código de 1973. As diferenças são as espécies de provas que podem ser produzidas antecipadamente, bem como o procedimento.

Em relação, à primeira diferença, conforme já mostrado, o Código de 2015 não limitou quais provas podem ser produzidas antecipadamente, de modo que a conclusão é que qualquer prova pode ser antecipada.

Em relação à diferenciação do procedimento, este tema será tratado adiante, no Capítulo 7.

6.2 – Cabimento da produção antecipada da prova fundamentada na viabilização de autocomposição

As chamadas formas alternativas de solução dos conflitos, identificadas como aquelas nas quais a solução do conflito não é imposta pelo magistrado - mediante aplicação das normas abstratas -, mas sim pelo encontro das vontades das partes, eram incentivadas desde o Código de Processo Civil de 1973. Esse incentivo, pois, não nasceu com o advento do Código de Processo Civil de 2015.

Diversos dispositivos do revogado Código dão conta que a conciliação era um dos seus escopos.

O Art. 125 do antigo Código determinava que ao juiz competia, na direção do processo, conciliar as partes a qualquer momento.

Os Artigos 447 e 448 daquele Código determinavam que quando o litígio tratasse de direitos patrimoniais disponíveis, deveria o juiz, de ofício, determinar o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento, na tentativa de conciliação delas.

Constata-se, então, que o revogado Código tinha o espírito da conciliação e concedia alguns instrumentos para alcançá-la.

O que corrobora essa busca pela conciliação antes do advento do Código de 2015 é Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a política nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do poder judiciário. Em um de seus “considerandos”, consta que, in verbis:

“[...] cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação”

Deixa claro o Conselho Nacional de Justiça, portanto, que o Judiciário deve estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos não apenas pela jurisdição, mas também com utilização de outros mecanismos de solução de conflitos, notadamente os consensuais.

Ocorre que de forma paradoxal ao constatado incentivo à conciliação, o Código revogado, incentivava a judicialização dos conflitos, ao condicionar as pessoas a ajuizarem a ação em busca de um direito material, para só assim poderem produzir determinada prova capaz de dirimir as incertezas delas próprias. O Código não permitia à parte a avaliação preliminar de seu direito para formação da convicção de suas chances de êxito numa demanda futura.

Conforme tratado no Capítulo 4 deste estudo, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, a pessoa que não tivesse certeza acerca de determinada situação que supunha ensejar determinada tutela estatal em face de outra, se via obrigada a ajuizar uma ação com um pleito de direito material em face da outra pessoa, para somente assim poder produzir determinada prova capaz de acabar com a sua crise de certeza.

Assim, percebe-se que o revogado Código incentivava a judicialização de conflitos, mormente daqueles nos quais as próprias partes envolvidas não tinham certeza acerca dos fatos ensejadores da desavença.

O vigente Código de Processo Civil solucionou esse problema e permitiu que a parte que tenha dúvida acerca da situação jurídica que imagina ser titular produza a prova capaz de lhe conceder a certeza que lhe falta, sem ter que, para tanto, deduzir uma pretensão em face de outrem.

Por vezes, essa crise de certeza das partes em relação aos fatos é um empecilho para a autocomposição.

Reutilizemos, por técnica de didática, o exemplo de infiltração em determinado apartamento. Imaginemos que o proprietário do apartamento infiltrado tenha intima convicção baseada em elementos frágeis, como o mero rastro da água, de que a origem da infiltração seja o apartamento do seu vizinho.

O proprietário, então, procura o vizinho e lhe propõe que este providencie a obra para cessar a infiltração, bem como repare os danos já causados em seu imóvel.

Suponhamos que o vizinho também crie sua convicção íntima de que a infiltração não provem de sua casa e, portanto, nega a pretensão do proprietário do imóvel infiltrado.

A autocomposição destas duas pessoas está sendo impedida justamente pela crise de certeza que as acomete. Caso o vizinho tivesse plena certeza de que a infiltração provem de seu imóvel, provavelmente iria se predispor a cessar a infiltração e reparar o dano, seja por senso de justiça, seja por receio de vir a ser obrigado a fazê-lo via comando judicial. Neste exato sentido, elucidativas são as palavras de Flávio Luiz Yarshel:

Partindo-se da premissa de que a prova não desempenha apenas o tradicional papel de formar o convencimento do juiz, mas que atua de forma relevante na formação do convencimento dos interessados relativamente a suas chances de êxito em futuro processo (quer para demandar, quer para resistir a dada pretensão), a ausência de elementos probatórios preliminares, se não impede, dificulta essa avaliação das partes; avaliação que se houvesse, poderia, inclusive, levar a soluções de autocomposição, com mais rápida e eficaz eliminação da controvérsia e consequente pacificação social. (2009, p. 53)

De acordo com o atual Código, na situação alhures, poderia o proprietário do imóvel infiltrado mover uma ação de antecipação de provas em face do seu vizinho, com fundamento na viabilização de autocomposição justamente pela elucidação preliminar dos fatos.

Essa hipótese de cabimento da produção antecipada da prova está positivada no inciso II do Art. 381 do vigente Código, in verbis:

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;

No exemplo alhures, caso uma perícia seja realizada e um laudo conclusivo entregue às partes com o devido apontamento da origem e a razão da infiltração, certamente a autocomposição será mais facilmente alcançada, haja vista que saberão de antemão seus riscos caso uma ação de direito material seja iniciada.

Importante destacar que a mera viabilização da autocomposição já autoriza a produção antecipada da prova. Não exige o Código vigente, portanto, que a autocomposição deva ocorrer para que a prova seja produzida antecipadamente.

Essa nova previsão do Código de Processo Civil vigente trata-se de um grande instrumento posto à disposição das pessoas capaz de em muito contribuir para atingimento de um de seus objetivos, que é a solução consensual dos conflitos (Parágrafo 3º, do Art. 3º).

É importante deixar claro que os incisos I, II e III do Art. 381 não são requisitos cumulativos para a produção antecipada da prova. Ou seja, não é exigência que além de viabilizar a autocomposição, haja urgência na produção da prova. A mera viabilização de autocomposição já é suficiente para o processamento da produção antecipada da prova. Nesse sentido, anota Cassio Scarpinella Bueno: “Essas duas hipóteses, as dos incisos II e III do art. 381, não dependem, diferentemente do que exige o inciso I do mesmo dispositivo, de urgência para justificar sua necessidade” (2017, p. 374).

Sendo assim, a principal importância do procedimento, enquanto viabilizador de autocomposição, é fornecer às partes prévio conhecimento acerca dos fatos, aniquilando suas crises de certeza, para que tenham elementos que lhes permitam ponderar os benefícios de realizarem autocomposição, seja pelo senso pessoal de justiça, seja pelo risco de responder uma ação judicial futura.

Contudo, outro fator contribui para a viabilização de autocomposição através da atual conjuntura da produção antecipada da prova. Conforme será mostrado no Capítulo 7 deste trabalho, a produção antecipada da prova é ação que busca tão somente a produção da prova,

de modo que não há pretensão de direito material deduzida por nenhuma das partes neste procedimento.

O Código vigente admite a ideia de que ilações de uma parte contra a outra tende a maximizar o conflito, de modo a diminuir a possibilidade de conciliação. Tanto isso é verdade que determina-se, no procedimento comum, a realização de audiência de conciliação antes mesmo que o réu apresente sua defesa (Art. 334).

Marcus Vinicius Rios Gonçalves corrobora este entendimento, ao afirmar que a designação da referida audiência em momento anterior à defesa se justifica na “[...] ideia de que, após o oferecimento da contestação, o conflito poderá recrudescer, tornando mais difícil a conciliação das partes.” (2017, p. 420)

Partindo dessa premissa, enxerga-se mais um fator importante na produção antecipada da prova como instrumento capaz de viabilizar autocomposição: no seu pleito, o requerente da produção antecipada da prova não deduz nenhuma pretensão em face do réu, simplesmente pleiteia a produção de uma prova, de modo que o clima potencialmente será mais ameno, mais propício à conciliação, portanto.

Sendo assim, a técnica da produção antecipada da prova realmente é instrumento hábil para viabilizar a autocomposição, tendo em vista os aspectos aqui tratados, de modo que está em consonância com um dos postulados do sistema processual civil brasileiro, que é a busca pela solução consensual dos conflitos.

6.3 – Cabimento da produção antecipada da prova fundamentada na falta de conhecimento dos fatos ou na falta de conhecimento de demonstrabilidade dos fatos

O inciso III do artigo 381 do Código de Processo Civil de 2015 é uma das inovações em relação ao Código anterior mais importantes sob o ponto de vista da possibilidade de diminuição de conflitos.

Esse dispositivo permite que as pessoas, antes de deduzirem determinada pretensão contra outrem, lhe imputando determinados fatos, possa aclarar esses fatos para descobrir se eles ocorreram da forma imaginada.

A parte necessariamente faz um primeiro julgamento pessoal dos fatos para formação de sua própria convicção. É dizer, sua convicção de como correram, por que ocorreram, quem deu causa a eles, enfim.

Ocorre que o ser humano forma sua convicção precipuamente através de seus sentidos. No exemplo utilizado neste trabalho, o proprietário do imóvel, ao visualizar a infiltração em seu bem e identificar o rastro da água, formou a convicção de que era a casa de seu vizinho a origem do problema.

Todavia, os sentidos nem sempre são capazes de mostrar a realidade, as vezes a razão os desmente. Tanto isso é verdade que a perícia é uma das modalidades de prova aceitas no processo. Ou seja, por vezes, os sentidos não são suficientes para formar a convicção de uma pessoa, podendo ser necessário, por exemplo, a análise de um perito técnico para formação de qualquer convicção.

Partindo desta premissa, parece evidente que exigir que a parte primeiro exponha os fatos conforme a verdade (Art. 77, inciso I, Código de 2015), para somente após poder descobrir a verdade é absolutamente ilógico.

O procedimento comum está descrito no Livro I, título I do vigente Código. O Art. 319 elenca os requisitos da petição inicial. Dentre eles, está o fato. O Art. 77, inciso I preceitua que é dever das partes expor os fatos em juízo conforme a verdade.

Ou seja, a parte autora deve descrever na petição inicial o fato, que em tese enseja tutela estatal, conforme a verdade.

A parte demandada, por sua vez, poderá apresentar sua defesa (Art. 355), e somente após essas manifestações as provas serão produzidas, na chamada fase postulatória (Art. 357, incisos II, III e V).

Ora, como exigir que a parte de antemão relate os fatos conforme a verdade nas situações em que ela mesma não conhece a verdade?

Consoante já se extraiu deste estudo, as partes também podem ter dúvidas acerca dos fatos que imaginam ensejar determinada atuação estatal. Nessas situações, é justo que seja possibilitado ao cidadão que esclareça os fatos para aferir se de fato ensejam determinada tutela estatal.

É evidente, todavia, que nem sempre a parte terá dúvidas acerca dos fatos. Quando estes forem demonstrados por mera prova documental existente no momento de propositura da ação, por exemplo, a inicial já terá condições de deduzi-los conforme a verdade. A prova documental do autor, pois, deve ser apresentada em conjunto com a petição inicial e a do réu com a contestação (Art. 434).

O problema está nas situações em que a verdade apenas será alcançada em momento posterior ao da propositura da ação, durante a produção de provas, na fase instrutória. Consoante já tratado, a parte também é destinatária da prova.

No Código de Processo Civil de 1973, o procedimento comum apresentava a mesma sistemática do atual, no tocante ao momento da produção da prova. Ou seja, a parte primeiro devia descrever o fato, para depois produzir a prova para corroborá-lo.

O legislador de 2015, entendendo também parte como uma das destinatárias da prova, corrigiu essa falha e possibilitou que aquele que têm dúvidas acerca dos fatos possa primeiro extirpá-las, para depois, se o caso, deduzir os fatos conforme a verdade e realizar seu pedido de direito material.

Além do exemplo da infiltração do imóvel já utilizado neste trabalho para mostrar a importância desta possibilidade de antecipação da prova contemplada pelo vigente Código, Alexandre Freitas Câmara nos fornece outro exemplo, com a costumeira clareza:

Pense-se, por exemplo, no caso de uma pessoa que se submeteu a um procedimento cirúrgico e pensa ter sofrido uma lesão em função de um erro do médico. Melhor do que exigir que ela ajuíze demanda condenatória em face do médico e, no curso do processo, se realize uma perícia (que pode constatar que o médico não cometeu erro algum) é admitir a instauração de um processo cuja única finalidade é a produção da prova pericial. A depender do resultado dessa perícia, poderá a parte definir se vai ou não ajuizar a demanda condenatória (pois já saberá, aí, se teria ou não chance de êxito). (2014, p. 204)

Facultar ao jurisdicionado que extirpe suas dúvidas acerca dos fatos antes de deduzir uma pretensão contra outrem não apenas nas hipóteses de risco de perdimento da prova é uma mudança extremamente importante para a diminuição de conflitos.

Conforme já visto neste trabalho, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, a parte não tinha opção de primeiro esclarecer suas dúvidas sobre os fatos. O sistema a não lhe permitia primeiro deduzir os fatos para somente depois ter acesso às provas capazes de aclarar estes fatos, a não ser quando presente risco de perecimento futuro da prova.

Ou seja, aquele que imaginava ser titular de determinada situação jurídica, mas que não tinha certeza dela, se via obrigado a ajuizar uma ação contra outrem, com pleito de direito material, correndo o risco da sucumbência e obrigando o outro a se defender sob pena de revelia, para somente assim conseguir acessar as provas imprescindíveis para formação de sua própria convicção.

Além da prévia aferição dos fatos, a possibilidade de produção antecipada da prova viabiliza que a parte descubra se os fatos são passíveis de demonstração em juízo.

Sob o ponto de vista da efetividade no processo, de nada adiante ser alguém titular de um direito se os fatos que ensejam este direito são impossíveis de serem demonstrados ao julgador. A possibilidade da aferição prévia da demonstrabilidade dos fatos não é importante apenas para as partes, mas também para o Estado. O início de um processo que se mostrará, ao final, inviável foge ao objetivo de pacificação social do Estado.

[...] Parece irrefutável que, embora a prova se apresente como ônus para o interessado, há evidente interesse do Estado em conhecer os fatos relevantes tão rapidamente quanto possível, quer para pôr termo a um processo inviável (e, nessa medida, indesejável para o Estado), quer para resolver a controvérsia mais rapidamente, ainda que o faça – como no caso da antecipação da tutela – de forma provisória.

Isso, pois, não basta ser titular de um direito e ser sabedor disso internamente para fins de tutela estatal, haja vista que, consoante também já visto neste estudo, a solução à lide é dada pelo juiz (solução heterocompositiva), que apenas poderá dizer o direito se houver se convencido da veracidade das alegações fáticas de quem o procura.

A título de exemplo, caso um fato tenha sido presenciado por uma única pessoa que venha a falecer e não tiver sido esse fato documentado, provavelmente ele não poderá ser demonstrado ao juiz.

A parte nem sempre saberá de antemão se os fatos não são possíveis de serem demonstrados. Talvez, ela apenas descobrirá após a tentativa de produção de determinada prova. Um exemplo disso é a prova pericial inconclusiva (Art. 465, parágrafo 5º). Neste caso, a parte apenas descobrirá que determinado fato não pode ser comprovado após receber o laudo pericial inconclusivo.

Não há nenhuma dúvida que a aferição prévia da demonstrabilidade do fato afeta na decisão da parte de ajuizar ou não a ação de direito material.

No sistema do revogado Código, a parte que tivesse dúvida acerca da demonstrabilidade de um fato ensejador de um direito, se via obrigada a ajuizar a ação de direito material contra outrem, correndo o risco de, em caso de impossibilidade da demonstração do fato, ser sucumbente na ação e absorver todos os prejuízos decorrentes dessa sucumbência pelo simples exercício de seu direito à prova.

Com a atual previsão do inciso III do Art. 381, é possível primeiro aclarar a demonstrabilidade dos fatos, para com essa certeza (de que sim ou de que não), a pessoa possa com segurança ponderar pelo ajuizamento da ação de direito material ou não.

Sendo assim, as mudanças trazidas pelos incisos II e III do Art. 381 do Código de Processo Civil são extremamente importantes, na medida em que são instrumentos hábeis a elucidar questões imprescindíveis para decisão de ajuizamento ou não de uma ação. São instrumentos, por essa razão, capazes de diminuir os conflitos judiciais.

7 – Diferença procedimental da produção antecipada da prova entre Código de Processo Civil de 1973 e o Código de Processo Civil de 2015

No Código de Processo Civil de 1973, a produção antecipada da prova era possível somente no caso de urgência pelo risco de impossibilidade futura da produção - leia-se durante a fase instrutória.

No vigente Código, outras hipóteses de cabimento da medida foram contempladas. São elas, conforme visto, além da urgência (que fora mantida), as hipóteses em que a produção antecipada puder viabilizar autocomposição e no caso em que o prévio conhecimento dos fatos puder justificar ou evitar o ajuizamento da ação. Todas as hipóteses

de cabimento da produção antecipada da prova estão positivadas nos incisos I, II e III do já citado artigo 381 do Código Vigente. Vale agora o apontamento das mudanças no que concerne ao procedimento da produção antecipada da prova entre os dois Códigos.

Procedimento é um “mecanismo que informa a maneira pela qual o processo vai desenvolver-se ao longo do tempo.” (MACHADO, Costa; VEZZONI, Marina (orgs.), 2010, p. 143)

No vigência do Código de Processo Civil de 1973 era por intermédio de um processo cautelar que a parte conseguia produzir a prova antecipadamente em caso de urgência.

O processo cautelar, como o próprio nome sugeria, tratava-se de um processo cujo escopo era tão somente de assegurar determinada situação jurídica. No caso na cautelar de produção antecipada da prova especificamente, o escopo era o de assegurar a possibilidade de produção de uma prova que poderia ser perdida no futuro.

O autor da ação cautelar de produção antecipada de prova deveria fundamentar seu pleito no *fumus boni juris* e no *periculum in mora*.

Pelo *fumus boni juris* entende-se a “suficiência de que o magistrado convença-se sumariamente da existência do direito e das consequências jurídicas pretendidas pelo autor para a concessão da tutela jurisdicional.” (BUENO, 2013, p. 206)

Pelo *periculum in mora* entende-se o risco da demora da tutela jurisdicional acarretar em sua ineficácia. No caso específico da antiga cautelar de produção antecipada de provas, o risco da demora capaz de inviabilizar a produção futura da prova.

Assim, a petição inicial da cautelar de produção antecipada de provas deveria demonstrar esses dois requisitos, sob pena de indeferimento da medida. Daí podemos inferir o primeiro passo do procedimento revogado: iniciava-se através de petição inicial.

O seu objetivo era, tão somente, assegurar a possibilidade da oportuna produção da prova. Ou seja, a prova não era produzida para formação da convicção do magistrado. Cassio Scarpinella Bueno, ao tratar do assunto, assim afirmou:

A prova, destarte, não é produzida no sentido técnico da palavra, isto é, de viabilizar seu exame para formação da convicção do magistrado sobre o que

ela retrata. Uma vez assegurada a prova, ela será, oportunamente, proposta e, se aceita, será produzida e valorada pelo magistrado. (2013, p. 273)

Daí percebe-se que a cautelar de produção antecipada de provas não declarava nenhum direito. Para qualquer solução de direito material, ela dependia de uma ação futura, chamada de “ação principal”.

O artigo 801, III do Código de Processo Civil de 1973⁷ determinava que o requerente da medida cautelar deveria indicar a demanda principal e seu fundamento. Contudo, a doutrina divergia acerca desse requisito na cautelar de produção antecipada de provas.

Alexandre Freitas Câmara dizia que havia a dispensa da indicação do processo principal apenas quando o requerente da ação cautelar fosse quem deveria figurar como réu na ação principal, não seria possível exigir que ele soubesse o que demandaria futuramente o autor da ação principal. Contudo, “sendo requerente da medida cautelar o futuro autor da demanda de conhecimento, pode-se exigir a indicação da demanda principal, devendo-se observar, portanto, o requisito do art. 801, III, do CPC.” (CÂMARA, 2014, p. 200)

Discordava desse entendimento Cassio Scarpinela Bueno:

Considerando a inaplicabilidade do art. 806 à hipótese, não há razão para que a petição inicial, mesmo quando se tratar, como em geral se trata, de “cautelar preparatória”, indique “a lide e seu fundamento” para os fins do art. 801, III. Até porque a prova, tal qual antecipada, pode não render ensejo ao exercício de qualquer pretensão futura. É imaginar a situação em que, ouvida a testemunha, não há revelação de nenhum fato relevante que possa, oportunamente, embasar o exercício de pretensão indenizatória em face da parte contrária ou em que, realizada a perícia, não se comprovam as supostas irregularidades no projeto da obra que acabou por desabar. (2013, p. 274-275)

⁷ Art. 801. O requerente pleiteará a medida cautelar em petição escrita, que indicará:

I - a autoridade judiciária, a que for dirigida;

II - o nome, o estado civil, a profissão e a residência do requerente e do requerido;

III - a lide e seu fundamento;

IV - a exposição sumária do direito ameaçado e o receio da lesão;

V - as provas que serão produzidas.

Sendo assim, havia discussão doutrinária acerca da necessidade de indicação da lide principal na cautelar de produção antecipada de provas.

A competência era fixada de acordo com a ação principal. Ou seja, o juízo competente para processamento da ação cautelar seria o mesmo competente para julgamento da ação principal (Art. 800 do Código de Processo Civil de 1973). Havia, contudo a possibilidade de deslocamento da competência para juízo que eventualmente tivesse melhores condições de antecipar a prova, por fatores físicos (proximidade do objeto a periciar, por exemplo).

O réu na ação cautelar de produção antecipada de provas podia apresentar contestação, no prazo de cinco dias (Art. 802 do Código de Processo Civil de 1973). Haja vista que o Código revogado não delimitava as matérias cabíveis de serem alegadas na defesa, mas apenas falava que o réu seria citado para contestar o pedido, não havia limites para defesa, que poderia versar sobre qualquer matéria (tanto defesa processual quanto defesa material).

As provas que poderiam ser antecipadas naquele procedimento eram a prova oral e a prova pericial. O Código de 1973, em seu artigo 846, assim delimitava.

Após a produção da prova⁸, ao magistrado cabia tão somente proferir sentença homologatória, que a apenas certificava a regularidade da colheita daquela prova.

Contra a sentença homologatória, cabia recurso de apelação, conforme prescrevia o artigo 520, inciso IV, do Código revogado.

Após o fim do processo, os autos deveriam permanecer em cartório para que a partes pudessem requerer certidões ou cópias que lhes pudessem ser úteis, inclusive para fins de ajuizamento do “processo principal” (artigo 851 do Código de Processo Civil de 1973).

Com o advento do vigente Código de Processo Civil, mudanças significativas surgiram no procedimento da produção antecipada da prova.

O primeiro deles é que deixou a medida de ser uma ação cautelar, para se tornar uma ação probatória autônoma. Com isso, nenhuma dúvida mais existe acerca do não dever de

⁸ Apesar do termo que o próprio Código de Processo Civil de 1973 emprestava à medida (“da produção antecipada de provas”), a medida não se voltava à produção de provas, mas tão somente ao seu asseguramento delas para eventual futura produção no “processo principal.”

ajuizamento da “ação principal”. Aliás nem desta figura se fala mais, pois, conforme anotado, a nova ação de produção antecipada de provas é uma ação autônoma.

Conforme já tratado, o vigente Código ampliou as hipóteses de cabimento da medida antecipatória da prova. Além daquela voltada ao asseguramento da prova (artigo 381, inciso I), foram contempladas as hipóteses nas quais a prova seja suscetível de viabilizar autocomposição (artigo 381, inciso II) e na quais o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento da ação (artigo 381, inciso III).

Ou seja, salvo na hipótese de ajuizamento da ação fundada na urgência pelo risco de perecimento futuro da prova, nos demais casos autorizadores da medida (incisos II e III do artigo 381), não apresentam-se como requisitos para processamento da ação o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. Segundo Fredie Didier Jr.:

Não se pressupõe urgência, muito menos risco de que a prova não possa ser produzida futuramente. Estimula-se a propositura da ação probatória autônoma, na esperança de que a prova produzida estimule as partes a resolver a problema consensualmente. (JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 144)

Em relação à competência para processamento da medida de produção antecipada de provas, o parágrafo 3º do artigo 381 do vigente Código determina que poderá ela ser proposta tanto perante o juízo do foro onde deva ser a prova produzida, tanto como no foro de domicílio do réu.

Embora o texto Lei faculte ao autor da ação probatória escolher o juízo do foro onde a prova deve ser produzida ou o foro de domicílio do réu, pelo princípio da eficiência, deve-se entender que o foro de domicílio do réu deve ser escolhido apenas excepcionalmente. Interpretar este dispositivo sistematicamente com o princípio da eficiência (artigo 8º), leva a conclusão que a regra deve ser a distribuição da ação perante o juízo do foro no qual a prova deva ser produzida. Neste sentido, arremata Fredie Didier Jr.:

O foro do domicílio do réu deve ser encarado, no caso, como foro excepcional, cabível, por exemplo, no caso no caso de produção antecipada de depoimento da parte, hipótese em que o domicílio do réu é realmente o mais adequado. (JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 147)

Vale ressaltar que de acordo com o parágrafo 3º do Código vigente, a produção antecipada da prova não previne a competência do juízo para eventual ação de direito material a ser proposta. Ou seja, a ação de direito material que eventualmente venha a ser distribuída instruída com a prova antecipadamente produzida pode ser ajuizada perante outro juízo, de acordo com as regras de competência do Código.

O Código de Processo Civil de 2015 suprimiu a possibilidade de apresentação de defesa ou recurso pelo réu na ação probatória. O parágrafo 4º do artigo 382⁹ é bastante claro neste sentido. Fredie Didier Jr. faz críticas a este dispositivo legal por entender que não pode a legislação infraconstitucional retirar o direito as partes ao efetivo contraditório:

“Dizer que neste procedimento não haverá defesa nem mesmo recurso é um salto que o legislador infraconstitucional não poderia dar – além de revelar incoerência; afinal, no mesmo art. 382 há determinação de citação de todos os interessados, até mesmo de ofício. Citação para ser mero expectador do processo é inconcebível; cita-se para que o interessado participe do processo; e a participação dá-se pelo exercício do contraditório, como se sabe.” (JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 149)

Na medida em que a ação probatória serve tão somente para efetivar o direito autônoma à prova e não para declarar nenhum direito material de uma parte em face de outrem, entende este Autor que o parágrafo 4º do artigo 382 não é uma afronta ao princípio do contraditório. Para Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, não é sem sentido a vedação de defesa neste procedimento:

[...] os interessados não terão, neste procedimento, a oportunidade de se defenderem, mesmo porque aqui, como já observado, a prova ainda não é produzida, mas apenas obtida. Assim, somente no processo em que aquela prova seja efetivamente produzida é que terá sentido alguma reação por parte desses interessados. (2017, p. 295).

⁹ 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.

Quando o Código fala em citação dos interessados, o objetivo é que possam eles participar da prova que pode vir a ser utilizada contra eles em eventual ação de direito material futura. Como, por exemplo, indicando assistente técnico na realização de uma prova pericial. Eduardo Arruda Alvim anota que:

A regra, assim, será a citação de quem puder suportar os efeitos da prova antecipada, para que possa participar de sua produção, sobretudo considerando que futuramente o que for ali atestado poderá ser utilizado em seu desfavor em demanda futura. (2013, p. 99)

Ou seja, é necessário que se dê à parte oportunidade de participar da prova que futuramente pode ser contra ela utilizada. Contudo, não pode a parte se opor ao exercício do direito à prova autônomo da outra parte. Pelo o que, entende-se correta a disposição legal. Anota, ainda, Eduardo Arruda Alvim: “a impossibilidade de contestação ocorre por uma razão muito simples: não há cognição de mérito nesse procedimento. A avaliação cognitiva do Poder Judiciário limita-se à apreciação da pertinência da prova requerida.” (2013, p. 100)

Sendo assim, na antecipação da prova não cabe defesa do réu, bem como não cabe recurso contra a sentença que homologar a prova produzida. Trata-se de grande mudança em relação ao quanto dispunha o Código de Processo Civil de 1973. Relevante registrar que cabe recurso pelo requerente da medida contra a decisão que indeferir a produção da prova.

A vedação de defesa e recurso na ação probatório autônoma, vale registrar, imprime maior celeridade ao rito.

Diferentemente do Código de 1973, que limitava as provas que poderiam ser produzidas (oral e pericial), o Código vigente é bastante ao claro ao afirmar que os interessados poderão requerer a produção de qualquer prova (parágrafo 3º, artigo 382).

Após o fim do processo, os autos serão entregues ao promovente da medida (artigo 383, parágrafo único). No Código revogado não havia essa disposição. Podiam as partes apenas extraírem certidões e cópias dos autos.

Em relação aos honorários advocatícios sucumbenciais, entende este Autor que não são cabíveis na produção antecipada de provas, pois não há vencedor e vencido. Ora, se o próprio Código veda a apresentação de defesa, não há como afirmar ser este um

procedimento contencioso. Ademais, o juiz não valora a prova neste procedimento, apenas permite sua produção. O artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015 afirma que a sentença condenará o vencido a pagar os honorários ao advogado do vencedor. Se não há vencido e vencedor, não há honorários advocatícios sucumbenciais, portanto.

Essas são as principais diferenças procedimentais entre a antiga ação cautelar de produção antecipada de provas e a vigente medida de produção antecipada de provas.

7 – Conclusão

A consagração da ação probatória autônoma pelo Código de Processo Civil de 2015 e não aquela meramente cautelar prevista no Código anterior é louvável.

Conforme demonstrado neste estudo, a doutrina já vinha empenhando-se pelo reconhecimento da possibilidade da produção probatória autônoma mesmo sem a presença da urgência mesmo na vigência do Código de Processo Civil de 1973. A luta doutrinária fora observada pelo legislador de 2015 e a nova sistemática da produção antecipada da prova tem o condão de diminuir o ajuizamento de demandas infundadas e promover a autocomposição das partes.

Consoante fora tratado neste estudo, durante a vigência do antigo Código, a parte que tinha dúvida acerca da situação jurídica que pensava ser titular não encontrava outra saída processual senão o ajuizamento da ação com pleito de direito material que nem sabia ser titular para assim conseguir ter acesso à prova. O descobrimento se a ação era ou não infundada apenas ocorria após o ajuizamento da ação e defesa do réu.

Permitir que a parte possa antes de pleitear um direito material contra outra aclarar se a situação ocorreu da maneira que ela imagina ou, ainda, permitir que ela afira se os fatos que ensejam são direito são passíveis de comprovação, evita o ajuizamento de demandas absolutamente infundadas fruto da incerteza das partes.

Permitir que a parte possa ter acesso à prova independentemente de um pleito de direito material tem o condão de viabilizar autocomposição. Conforme visto neste estudo, a incerteza de como os fatos ocorreram é um empecilho à autocomposição. Se a parte souber de antemão as suas chances de perda em ação futura, provavelmente terá mais motivação de

compor com a outra parte. Além do mais, conforme também visto, a autocomposição tentada antes que o litígio tenha efetivamente se instaurado tende a ser mais facilmente alcançada.

Sendo assim, as duas novas hipóteses de cabimento da antecipação da produção probatória, positivadas nos incisos II e III do artigo 381 do Código de Processo Civil são importantes mudanças que se bem utilizadas pelos operadores do direito são grandes instrumentos para a diminuição do ajuizamento de ações temerárias, bem como para a viabilização da autocomposição das partes.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Arruda. Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ALVIM, Eduardo Arruda. Tutela provisória. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- AMENDOEIRA, Sidnei. Manual de direito processual: teoria geral do processo e fase de conhecimento em primeiro grau de jurisdição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BONICIO, Marcelo Magalhães. Os princípios do processo no novo código de processo civil. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.
- _____. Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2.
- _____. Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. Manual de direito processual civil. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- Câmara, Alexandre Freitas . Lições de direito processual civil. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 1.
- _____. Lições de direito processual civil. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 3.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 3.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo curso de direito processual civil. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1
- GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil - introdução ao direito processual civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1. Não paginada.
- JUNIOR, Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Ed. Jus Podivim, 2016.

JUNIOR, Fredie Didier. Curso de Direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivim, 2015.

JUNIOR, Humberto Theodoro. Curso de direito processual civil. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1.

MACHADO, Costa; VEZZONI, Marina (orgs.). Processo Cautelar: Estudos Avançados. São Paulo: Manole, 2010.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Incerteza e processo: um estudo direcionado às técnicas recursais e à ação rescisória. Dissertação (USP). São Paulo, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. O novo processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 1.

MOREIRA, José Barbosa. O Novo Processo Civil Brasileiro, 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SANTOS, Ernane dos. Manual de Direito Processual Civil. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. CUNHA, Leonardo. (orgs.). Comentários ao código de processo civil. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. Breves comentários ao novo código de processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

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