

# **II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

## **PROCESSO CIVIL II**

**CARLOS MARDEN CABRAL COUTINHO**

**VALTER MOURA DO CARMO**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

#### **Representante Discente - FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

#### **Secretarias:**

##### **Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM - Distrito Federal

##### **Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

##### **Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

#### **Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Unifor - Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

#### **Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

---

P963

Processo Civil II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Carlos Marden Cabral Coutinho; Valter Moura do Carmo – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-181-4

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Processo civil. 3. Isonomia. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



## **II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

### **PROCESSO CIVIL II**

---

#### **Apresentação**

O II Encontro Virtual do CONPEDI aconteceu durante os dias 02, 03, 04, 05, 07 e 08 de dezembro, com uma programação intensa, onde foi disponibilizado um conjunto de ferramentas que permitiu a realização de palestras, painéis, fóruns, assim como os tradicionais grupos de trabalhos e apresentação de pôsteres, mantendo o formato e a dinâmica já conhecidos durante os eventos presenciais. Ao todo, o II Encontro Virtual do CONPEDI contou com 50 horas totais de evento durante 6 dias. Foram 61 GTs de Artigos, 22 GTs de Pôsteres, 21 Painéis, 3 Fóruns e 1 Curso. Também tivemos a Posse da nova Gestão 2020 /2023 da Diretoria do CONPEDI.

O evento realizado pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, contou ainda com o apoio do Centro Universitário Christus - UNICHRISTUS e do grupo M. Dias Branco.

Os artigos apresentados no Grupo de Trabalho em Processo Civil II durante o II Encontro Virtual do CONPEDI guardam entre si uma importante contribuição para a pesquisa jurídica brasileira. Os seguintes trabalhos foram apresentados na tarde do dia 3 de dezembro:

#### 1. Técnicas de flexibilização probatória no Código de Processo Civil

Autores: Felipe de Almeida Campos

Marcos Paulo Andrade Bianchini

#### 2. Ampla defesa e contraditório: análise da preclusão no vigente sistema processual

Autores: Edison França Lange Junior

Luiz Manoel Gomes Junior

#### 3. O princípio da boa-fé processual: reflexos de sua violação pelo exequente

Autores: Leonardo Fratini Xavier de Souza

Sivonei Simas

Luiz Manoel Gomes Junior

4. O sistema de decisões vinculantes e o dever de fundamentação: as possíveis mitigações ao art. 489, § 1<sup>a</sup>, CPC

Autores: Bernardo Silva de Seixas

Bruno Carvalho Marques Dos Santos

Anne Harlle Lima Da Silva Moraes

5. O Direito de vizinhança e a solução extrajudicial de conflitos

Autores: Dionísio Pileggi Camelo

Mariana Fiorim Bózoli Bonfim

Edmundo Alves De Oliveira

6. Imunidade tributária em entidades filantrópicas: nova compreensão após o julgamento da ADIN 4.480

Autores: Heloisa Cristina Luiz Cappellari

Gleison do Prado de Oliveira

Fabio Caldas de Araújo

7. O contraditório no novo Código de Processo Civil

Autores: Catharina Martinez Heinrich Ferrer

Walkiria Martinez Heinrich Ferrer

8. A relativização da taxatividade do rol do artigo 1.015 do CPC/2015

Autores: Mariana Siqueira Bortolo Regazzo

Lauane Braz Andrekowisk Volpe Camargo

9. A responsabilidade civil por danos processuais nas ações coletivas uma análise à luz do Código de Processo Civil

Autores: Raissa Silva Reis

Carolina Furtado Amaral

10. Ação probatória autônoma no Código de Processo Civil: contornos, inovações e aspectos relevantes

Autores: David Kerber De Aguiar

Rafael Velloso Stankevecz

11. A fixação de honorários na sucumbência recíproca segundo o novo CPC: análise de divergência jurisprudencial frente à inovação legislativa

Autores: Gabriele Ana Paula Danielli Schmitz

Helinton Schuster

Desejamos uma boa leitura dos artigos e os convidamos a participar do próximo GT de Processo Civil.

#ContinuePesquisando

Prof. Dr. Carlos Marden Cabral Coutinho - Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS)

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - Universidade de Marília (UNIMAR)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Processo Civil II apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação

na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

**AÇÃO PROBATÓRIA AUTÔNOMA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:  
CONTORNOS, INOVAÇÕES E ASPECTOS RELEVANTES**

**AUTONOMOUS PROBATIVE LAWSUIT IN NEW CIVIL PROCEDURE LAW:  
CONTOUR, INNOVATIONS AND RELEVANT ASPECTS**

**David Kerber De Aguiar <sup>1</sup>**  
**Rafael Velloso Stankevecz <sup>2</sup>**

**Resumo**

O texto aborda os contornos, inovações e demais aspectos relevantes da ação probatória autônoma no atual Código de Processo Civil, com estudo bibliográfico demonstrando também sua evolução em relação ao Código anterior, novas funções e usos possíveis, que para além de servir de substrato para a subsunção do fato à lei, pode prevenir litígios judiciais, entre outros aspectos controvertidos vinculados à temática.

**Palavras-chave:** Processo civil, Provas, Ação autônoma, Autocomposição, Inovações

**Abstract/Resumen/Résumé**

The text addresses the contours, innovations and other relevant aspects of autonomous evidential action in the current Code of Civil Procedure, with a bibliographic study also demonstrating its evolution in relation to the previous Code, new functions and possible uses, which in addition to serving as a substrate for the subsumption of the fact to the law, can prevent litigations, among other controversial aspects linked to the theme.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Civil procedure law, Evidence, Autonomous right to evidence, Self-composition, Innovations

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito (UNICURITIBA). Especialista em Direito do Estado (UNIRITTER), Direito Civil (UNIRITTER) e Ciências Penais (ANHANGUERA-UNIDERP). Promotor de Justiça MPPR.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito (UNICURITIBA). Especialista Direitos do Homem pela Faculdade de Direito de Coimbra e especialização em Direito Prático Aplicado pela EMAP. Juiz de Direito do TJPR.

## **1. INTRODUÇÃO**

Ao expor uma pretensão em juízo, a parte pretende que o Estado exerça sua função jurisdicional, revelando a norma aplicável ao caso. Para tanto, o litigante enuncia sua versão e passa a deter do ônus probatório, regulamentado conforme os art. 369 a 384 do CPC.

Exemplo disso se dá em relação à produção da prova documental do art. 434 do CPC, que prevê que incumbe à parte instruir a petição inicial ou a contestação com os documentos destinados a provar suas alegações, sendo que o art. 435 do mesmo diploma faz a ressalva de que é lícito às partes, em qualquer tempo, somar aos autos documentos novos, se destinados a fazer prova de fatos que ocorreram depois dos articulados ou para contrapor ao que foi produzido. Pretende-se evitar comportamentos fraudulentos ou ardilosos, no intuito de omitir a existência de documento que deveria ter sido trazido na exordial ou na peça defensiva, o que realça a importância de que o direito à produção da prova não seja praticado com deslealdade processual.

Nesse contexto, inegável que o direito à prova, com ampla regulamentação, merece debate, pois embora não se trate do único escopo do processo<sup>1</sup>, ocupa lugar singular, diante da constatação empírica de que por meio dela as partes elegerão suas posturas jurídicas e o julgador formará sua convicção, observando os princípios constitucionais do acesso à Justiça, contraditório e da ampla defesa.

Constatada a envergadura e a relevância do tema e atendendo aos clamores da doutrina pátria, com a publicação do Código de Processo Civil em 2015, o assunto sofreu mudanças significativas e de fundamental importância à evolução da dinâmica processual civil (ou até mesmo a fim de evitá-la), especialmente no tocante à produção antecipada de provas, que serão abordadas no presente artigo.

E o presente estudo não tem a pretensão de exaurir o tema, mas refletir sobre os novos contornos do instituto e hipóteses diversificadas de utilização conforme o objetivo dos envolvidos no processo.

## **2. A PROVA NO PROCESSO CIVIL**

Cediço que o processo se destina a solucionar o conflito ou aperfeiçoar um ato na jurisdição voluntária, revelando as normas jurídicas incidentes no caso. Por sua vez as provas visam a reconstituição dos fatos que definirão a norma jurídica aplicável.

---

1. Veremos adiante que o CPC atual autoriza tramite de ações cujo objetivo é meramente a colheita de provas.

E neste vértice, Fredie Didier Jr. (2016, p. 647) diferencia os institutos “*Direito à prova*” e “*Direito à produção da prova*”, identificando o segundo como o núcleo do primeiro, e conceituando o “*Direito à prova*”, como direito fundamental de conteúdo complexo, que engloba: a) direito à adequada oportunidade de requerer provas; b) direito de produzir provas; c) direito de participar da produção da prova; d) direito de manifestar-se sobre a prova produzida; e) e direito ao exame, pelo órgão julgador, da prova produzida. Para o estudo ora proposto, apenas os três primeiros aspectos são relevantes, uma vez que no âmbito da produção antecipada de provas não é permitido às partes se manifestarem sobre a prova produzida, tão pouco ao juiz examiná-la<sup>2</sup>.

E com o exercício da pretensão à tutela jurídica do Estado e formada a relação jurídica especial denominada processo (entre as partes e o Estado), o autor almeja um bem jurídico, uma vantagem, proveito ou utilidade perante outro e, para tanto, alega fatos que são comprovados mediante a produção de provas que, por fim, fundamentarão o direito pleiteado (ASSIS, 2016, p. 55).

Diante do exposto, conclui-se que a prova não se destina a provar fatos, mas sim “afirmações de fato”, pois conforme bem lecionam Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2018, p. 251), o fato não pode ser qualificado de verdadeiro ou falso, já que esse existe ou não, é a alegação de fato que, em determinado momento, pode assumir importância jurídico-processual. Também neste aspecto Araken de Assis (2016, p. 68) pontua que a prova objetiva ministrar subsídios para o órgão judiciário apurar, tanto quanto humanamente possível, a veracidade das alegações de fato feitas pelas partes.

E uma vez produzida, a prova pertence ao processo e, portanto não se destina unicamente ao julgador, mas se dirige também às partes, possibilitando que formem seu convencimento sobre a causa e a partir daí tracem suas estratégias.

Portanto, de forma certa, foi alterada a sistemática processual civil ao reconhecer o direito autônomo à prova, garantindo que o acesso à tutela jurisdicional não contemple apenas o direito de reclamar perante o judiciário, mas também o de empregar todos os meios legais, bem como moralmente legítimos, ainda que não especificados no Código de Processo Civil, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa (art. 369, CPC), uma vez que “*alegar sem provar; no processo civil brasileiro, tende a gerar a mesma consequência que sequer alegar*” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 251).

---

<sup>2</sup> Estes enfrentamentos somente serão realizados se houver a propositura da ação objetivando julgamento de mérito substanciada na prova que foi produzida antecipadamente.

Na perspectiva constitucional, constata-se que a asseguuração de prova tem o objetivo de proteger o direito fundamental à prova e não somente produzir desde logo a prova (PAZIN COSTA, 2018, p. 34), o que confirma a adequação promovida pelo CPC/2015.

### **3. DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA – PANORAMA NA VIGÊNCIA DO CPC/1973 e ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELO CPC/2015**

No CPC/1973 a produção antecipada de prova possuía caráter cautelar, situando-se em livro próprio destinado a este tipo de procedimento e era requerida unicamente com o objetivo de antecipar determinados meios de prova (previstos em rol taxativo: interrogatório, inquirição de testemunhas e exame pericial) diante de eventual impossibilidade de se aguardar o momento oportuno de sua produção e desde que comprovados os requisitos de urgência e risco de dano. O requerimento era cabível em caráter preparatório ou incidental e condicionava seu desenrolar à interposição da demanda principal no prazo de trinta dias, conforme arts. 806 e 846 a 850.

Ocorre que, sendo o direito à produção da prova um dos núcleos do direito à prova, as alterações realizadas pelo CPC/2015 foram sensíveis aos regramentos e falhas até então existentes, passando a prever a ação probatória autônoma.

Pautados nessa nova concepção, Didier Jr., Sarno Braga e Oliveira (2018, p. 160-161) conceituam a produção antecipada da prova como ação que se esgota com a coleta de prova antes da fase instrutória do processo para o qual ela servirá, não sendo lícito ao juiz emitir juízo de valoração sobre o mérito da prova, visando unicamente uma decisão que reconheça que a prova foi produzida regularmente em procedimento de jurisdição voluntária.

José Miguel Garcia Medina (2017, p. 600) explica que “*A produção antecipada de prova tem por finalidade preservar os elementos de prova, a fim de que os mesmos sejam admitidos e avaliados em outro processo*”.

Na mesma linha, Teresa Arruda Alvim Wambier (2016, p. 1161) esclarece que “*O objeto do processo é a pretensão à produção de determinada providência de instrução, de forma antecipada*”.

Em suma, trata-se de ação autônoma que visa o asseguramento, a colheita ou a produção de prova antes do momento processual oportuno, sem obrigatoriedade de cumulação ou de propositura de nova ação visando decisão de mérito sobre o bem jurídico objeto de prova.

Importante frisar que a medida pode ser requerida como ação autônoma, em caráter antecedente (preparatório - regulada pelos arts. 381-383 do CPC), mas também sob a forma de incidente processual, no bojo de um processo já em curso, quando se processará sob a égide do art. 139, VI, CPC, ou com base nas regras sobre tutela provisória de urgência<sup>3</sup>.

Quanto a essa última hipótese, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2018, p. 166), bem como Araken de Assis (2016, p. 323), defendem a possibilidade de concessão de tutela antecipada de urgência liminar, sem citação prévia e participação dos demais interessados, em casos de extrema urgência (por exemplo, com risco de morte para a testemunha ou hipótese em que o réu, uma vez citado, pudesse frustrar a utilidade da medida), ressalvando a possibilidade de o requerido, posteriormente, pleitear a complementação da medida, no que for possível (contraditório diferido).

Retomando a temática proposta, a primeira novidade se relaciona à localização do regramento do instituto no *Codex* de 2015.

Observa-se que o legislador de 1973 compôs o processo civil de forma tripartida, existindo, então, o processo de conhecimento, o processo de execução e o processo cautelar, sendo que dentro do último, situavam-se as medidas cautelares nominadas, dentre elas, “Da Produção Antecipada de Provas”. Com o Código de Processo Civil de 2015 foi extinto o processo cautelar como modalidade autônoma, alocando-se a “produção antecipada de provas” em capítulo que acertadamente lhe cabia, vale dizer, reservado às provas.

Cristiane Druve Tavares Fagundes (DIDIER JR., 2016, p. 629) elogia a alteração, haja vista que, também nesse aspecto, o legislador reafirmou o direito autônomo à prova, asseverando que a mudança topográfica do instituto para o capítulo “Das Provas” significa mais, vez que se presta a robustecê-lo, deixando de se destinar única e exclusivamente para tutelar situações de urgência.

Outra importante alteração, como bem salienta Marinoni (2018, p. 308-309) consiste na previsão de que o procedimento de obtenção antecipada de prova poderá assumir caráter contencioso ou não, uma vez que é lícito ao interessado apenas obter a produção de uma prova ainda que sem intuito inicial de empregá-la em processo futuro e eventual, sendo desnecessário em tal hipótese, até mesmo a citação de terceiros:

---

3. Assim, também, enunciado 634 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “Se na pendência do processo, ocorrer a hipótese do art. 381, I ou II, poderá ser antecipado o momento procedimental de produção da prova, seguindo-se o regramento próprio do meio de prova requerido e não o procedimento dos arts. 381 a 383”.

O procedimento de obtenção antecipada de prova sem caráter contencioso tem o único propósito de documentação do interessado. Assim, aquele que tem interesse, apenas, em obter prova para resguardar seus direitos – sem qualquer intuito de empregá-la em processo futuro e eventual – pode também valer-se desta medida. Neste caso, não é necessário sequer aludir a qualquer litígio ou pretensão, bastando a existência de interesse justificável na obtenção da prova. A medida de obtenção antecipada de prova, sem caráter contencioso, sequer exige a citação de outros sujeitos (art. 382, §1º). Já a obtenção antecipada de prova com caráter contencioso será admitida em três casos. Segundo o art. 381, essa medida pode ser empregada sempre que ‘I- haja fundado receio que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; II- a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução do conflito; III – o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação’.

Um segundo ajuste diz respeito à ausência de restrição quanto aos tipos de prova a serem produzidas de forma antecipada. Pode-se requerer a antecipação da produção de qualquer prova<sup>4</sup>, ressalvada a documental, cuja produção antecipada se realiza por meio de “ação de exibição de documentos” prevista nos arts. 396-404 do CPC, conforme destaca Cristiane Druve Tavares Fagundes (DIDIER JR., 2016, p. 635).

Neste ponto Talamini (2016, p. 78) faz outras ressalvas, além da ação de exibição de documentos, entre elas o uso do “*habeas data*”:

Por outro lado, as regras em análise não se aplicam às hipóteses em que há um direito material de acesso a (ou ciência de) documento, coisa ou informação (exemplos: CF (LGL\1988\3), art. 5.º, XXXIII, XXXIV, b, e LXXII, a; CC, art. 1.021; Lei 6.404/1976, art. 105 etc.). Esses casos são protegidos ou por mecanismos específicos (exemplo: *habeas datas* – CF (LGL\1988\3), art. 5.º, LXXII) ou pelas vias gerais de tutela (inclusive tutela provisória – inclusive em caráter antecedente).

Doutra banda, com essa mudança estrutural do instituto, abandonou-se a necessidade de preenchimento de requisitos específicos vinculados a ação principal e/ou demonstração de urgência, conforme leciona Marinoni, em conjunto com Arenhart e Mitidiero (2018, p. 251):

Na vigência do CPC 1973 a medida aqui estudada era qualificada como uma ‘cautelar’, ajuizada em processo autônomo, mas que impunha à parte interessada: a) a demonstração do interesse na obtenção de determinada prova para uso em outro processo (dito ‘principal’); e b) a indicação precisa desse outro interesse (a ser objeto do processo seguinte) que seria protegido pela medida de obtenção de prova. O modelo atual não contém tais requisitos. Por isso, habilita-se a postular a obtenção antecipada de prova qualquer pessoa que tenha simples interesse jurídico na colheita dessa prova, seja para empregá-la em processo futuro, seja para fins de ajuizar ou não uma demanda, seja ainda para tentar, com base nessa prova, obter uma solução extrajudicial de seu conflito. Note-se por isso, que sequer é necessário que o interessado indique para qual ‘eventual demanda futura’ essa prova se destina. Basta que apresente, em seu requerimento, razão suficiente (amoldada a um dos casos do art. 381) para a obtenção antecipada da prova.

---

4 No CPC/1973, art. 846, a produção antecipada da prova se limitava ao interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial.

Para tanto, Santana e Andrade Neto (2016, 173-174) salientam que a ação para produção antecipada é demanda “cujo propósito é a produção de uma prova que seja pertinente e útil para o autor, independentemente de sua urgência. A ação probatória tem natureza satisfativa, ou seja, o objeto da ação é justamente a produção de uma prova”.

Sem dúvidas são alterações relevantes trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 que atende ao direito constitucional à prova, apoiadas também na garantia de acesso à Justiça previsto no art. 5º, XXXV, da CF.

#### **4. HIPÓTESES DE CABIMENTO**

Dito isto, esclareça-se que as hipóteses de produção antecipada de provas encontram-se arroladas no art. 381, incisos I a III, bem como §1º do Código de Processo Civil.

O inciso I (“haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação”) trata da tradicional situação que já justificava a produção antecipada de prova, vale dizer, o risco de a prova não mais poder ser produzida no momento processual adequado e, portanto, objetiva-se a produção de uma prova que “*perpetue a memória da coisa*”, prova “*ad perpetuam rei memoriam*” (PAZIN COSTA, 2018, p. 30), a exemplo de uma testemunha que esteja para morrer ou do objeto da perícia prestes a perecer ou, ainda, do dano ambiental que aos poucos será absorvido pela natureza, dentre outros. Com base nesse inciso, é possível cogitar, inclusive, pedido para antecipação do depoimento do próprio requerente (DIDIER JR.; SARNO BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 162-163).

Por sua vez, o inciso II (“a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito”) estimula a propositura na esperança de que a prova produzida permita, e até mesmo incite, às partes resolver o problema consensualmente, o que poderá ser alcançado mediante a conciliação, mediação ou arbitragem. Para Cristiane Druve Tavares Fagundes (DIDIER JR., 2016, p. 632-633), trata-se de um dos vários dispositivos do CPC vigente que colocam em relevo o preceito de que o “*Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos*”, realçando a importância dada à autocomposição pelo novo sistema processual.

Em relação à arbitragem, Talamini (2016, p. 81-82) destaca que o interessado somente poderia lançar mão de tal instrumento em momento processual anterior à

constituição do Tribunal arbitral, posto que uma vez formado, a competência probatória passa a ser dos árbitros.

Já o inciso III (“o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação”) busca a produção antecipada da prova com o escopo de obter um lastro probatório mínimo para o ajuizamento de uma demanda futura ou a certeza de que essa seria inviável, o que certamente minimiza riscos às partes, além de evitar a sucumbência.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2018, p. 309-310) apontam que as hipóteses previstas nos incisos II e III configuram instrumentos para evitar o conflito judicial ou permitir um melhor dimensionamento de sua condução, tratando-se, portanto, de objetivos predominantemente extrajudiciais.

E, por fim, o §1º do art. 381 prevê uma quarta hipótese de produção antecipada de prova, qual seja, o arrolamento de bens com finalidade exclusivamente probatória, sem qualquer conotação constritiva.

Mas Didier Jr., Sarno Braga e Oliveira (2018, p. 163) chamam a atenção ao fato de que tais hipóteses são meramente exemplificativas, existindo outras situações em que a produção antecipada seria útil, a saber: a) viabilizar a admissão de uma demanda (dar liquidez ao pedido); b) constituir documento indispensável para ajuizamento de ação monitória (art. 700, §1º, CPC) ou mandado de segurança; c) preparar o lastro probatório de futuro pedido de tutela provisória (art. 300, §2º, CPC).

Sob esta égide, Santana e Andrade Neto (2016, p. 174-175) aclaram que a ação antecipatória se relaciona ao direito à investigação, indicando que a prova desempenha papel de formação do convencimento dos próprios interessados acerca de suas chances no processo declaratório futuro, informando as partes sobre a viabilidade do processo de conhecimento para debate do direito material, se há chances de autocomposição ou presença de litisconsórcio passivo. Os autores vislumbram também hipótese inusitada do uso do expediente processual, no caso do sujeito parcial que é hipossuficiente técnica e economicamente para a produção prévia da prova necessária para o ajuizamento da demanda principal, e por não dispor de condições de realizá-la extrajudicialmente, ajuíza uma ação probatória autônoma e no curso do procedimento pede a concorrência do Estado para suportar os custos da produção da prova, uma vez que será beneficiário da justiça gratuita.

Logo, ao contrário da legislação até então vigente, o art. 381 do Código de Processo Civil traz rol com características meramente exemplificativas.

## 5. PROCEDIMENTO E EFEITOS PROCESSUAIS

A competência para exame do pedido autônomo de produção antecipada de prova é do juízo do foro onde deva ser produzida ou do foro de domicílio do réu, conforme art. 381, § 2º, do CPC.

A petição inicial deverá preencher, no que couber, os requisitos do art. 319 do CPC, devendo o autor indicar as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionar com precisão os fatos sobre os quais a prova deverá recair conforme art. 382 do referido Código. É viável a cumulação simples de pedidos, desde que todos se relacionem ao mesmo fato e não acarretem excessiva demora a teor do art. 382, § 3º, do CPC.

Ao magistrado não é lícito emitir juízo de mérito em relação às provas, devendo apenas realizar juízo de admissibilidade e, após, determinar a citação dos interessados.

Quanto à contestação, o CPC/1973 (arts. 846-851) silenciava sobre seu cabimento na produção antecipada, mas doutrina e jurisprudência, pautadas na Constituição Federal, reconheceram o direito do réu realizá-la, mesmo que nos estritos limites da cognição. Já o atual CPC não observou essa premissa jurisprudencial, pois o art. 382, §4º, dispõe que não se admitirá defesa, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção prova.

Para Talamini (2016, p. 76) a produção antecipada no CPC vigente é medida de procedimento sumário (excluindo-se a possibilidade de contestação e recursos), e de cognição sumária horizontal (o magistrado analisa superficialmente o pressuposto para antecipar a prova) e vertical (o magistrado não se pronuncia sobre o mérito da pretensão ou defesa para a qual a prova poderá futuramente servir).

Por sua vez Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 681) considera este um dos piores dispositivos do Código de Processo Civil de 2015, pois ao repetir parcialmente um artigo que regulamentava a justificação, o legislador deixou de considerar que a maioria das ações probatórias são desenvolvidas na forma contenciosa de produção antecipada de provas, *“sendo flagrantemente contrário ao princípio do contraditório impedir o exercício de defesa e a interposição de recursos”*.

Parece inegável que o direito ao contraditório, constitucionalmente previsto, há que ser respeitado, haja vista que, embora não se realize cognição vertical (quanto ao direito que será objeto de prova apta a produzir coisa julgada), existem situações que não somente justificam a apresentação de contestação, mas a tornam necessária, como em caso de homônimos em relação à parte requerida.

Em tentativa de interpretação constitucional do dispositivo legal, surgem novos debates. Didier Jr., Sarno Braga e Alexandria de Oliveira (2018, p. 169-170) entendem que o contraditório é reduzido, admitindo a discussão do direito à produção da prova, a competência do órgão jurisdicional, legitimidade, interesse, modo de produção e outras matérias de ordem pública.

E conforme destacam Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2018, p. 311-312), citados os interessados, estes poderão manejar pedido para produção de outras provas correlatas.

Didier Jr. (2016, p. 656-657) também se posiciona sobre o assunto, classificando tal requerimento como Pedido Contraposto. Reconhece-se então a possibilidade de produção antecipada de prova defensiva, por exemplo, na hipótese em que um dos interessados ajuíza pedido para produção antecipada de exame DNA em caso de paternidade duvidosa, e a outra parte pugna pela realização de avaliação psicológica e social da paternidade socioafetiva.

Por outro lado, a legislação não veda a intervenção de terceiros em quaisquer de suas formas e o §1º do art. 382, do CPC, determina a citação dos interessados, inclusive de ofício, pelo magistrado. Exemplos dessa possibilidade seriam casos de denúncia à lide em ações indenizatórias.

Efetivado o contraditório (quando necessário), segue-se a colheita da prova, que deverá observar o procedimento estipulado para a produção de cada prova em espécie.

Por fim, proferida sentença, os autos permanecem em cartório pelo período de um mês (art. 383 do CPC), sendo ao final entregues ao autor, o que será inócuo se for processo eletrônico.

Salienta-se, conforme ensinamentos de Santana e Andrade Neto (2016, p. 176-177), que diante da não previsão legal de contestação na ação probatória autônoma, não se aplica o efeito material da revelia, e a sentença a ser proferida é meramente homologatória à prova produzida, não incidindo os efeitos da coisa julgada. E conforme Enunciado 19 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, é possível a celebração, na forma de negócio processual, de acordo de produção antecipada de prova.

No que toca à sentença a ser proferida, esta deverá conter parte dispositiva própria relativa às despesas processuais, que, a princípio, recaem sobre o requerente da medida ou, havendo outros interessados, que efetivamente tenham participado da produção, são rateadas entre todos, ou ainda, suportada pela parte eventualmente vencida (DIDIER JR., 2016, p. 658). No entanto, se a prova produzida for utilizada em futuro processo, suas despesas

poderão ser somadas às despesas do processo cognitivo e deverão ser desembolsadas, ao final, pelo vencido que não as tenha custeado.

Com relação à interrupção da prescrição para propositura da ação de discussão do mérito Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2018, p. 604) defendem que ocorre, à luz do art. 240 do CPC. O mesmo efeito se observa em relação à constituição em mora.

Quanto aos recursos cabíveis, é cediço que, indeferida totalmente a produção de prova, deve-se interpor recurso de apelação, vez que se trataria de decisão definitiva, no entanto, Didier Jr., Sarno Braga e Alexandria de Oliveira (2018, 169-170) sustentam ainda o cabimento de agravo de instrumento diante de decisão interlocutória que rejeitar parcialmente o pedido.

Ainda, durante o CPC/1973 Yarshell (2009, p. 245) engrossava a massa dos insurgentes contra a irrecorribilidade, afirmando que só não há interesse recursal para tratar de aspectos relativos à valoração da prova ou ao mérito da decisão, podendo haver sobre competência, composição na relação processual, de deferimento ou indeferimento de quesitos, de nomeação de perito incapaz ou suspeito, entre outros, a gerar prejuízo imediato e não apenas potencial, o que autoriza a interposição de agravo na forma de instrumento.

A seu turno, Cristiane Druve Tavares Fagundes (DIDIER JR., 2016, p. 642-643) aduz não haver incongruência na previsão de irrecorribilidade, pois a decisão não tem aptidão, a princípio, para causar prejuízo às partes e pelo fato de as decisões referentes à prova, na sistemática recursal do CPC, efetivamente não serem objeto de recorribilidade imediata. Destaca ainda, que diante da violação de direitos (denegação parcial), poderia ser utilizado o Mandado de Segurança.

Embora se trate de assunto controvertido Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2016, p. 1.100) também concordam com a opção do legislador, eis que harmônico com o sistema processual civil, que não admite recurso das decisões interlocutórias que indeferem prova também no procedimento comum.

Questão controvertida se apresenta em relação à possibilidade ou não de ajuizamento de ação de produção antecipada de provas no âmbito dos Juizados Especiais, os quais apresentam rito sumaríssimo próprio, previsto nas Leis 9.099/95 e 12.153/2009. Isso porque o Enunciado 8, do FONAJE (Fórum Nacional dos Juizados Especiais), preceitua que “as ações cíveis sujeitas aos procedimentos especiais não são admissíveis nos Juizados Especiais”. Porém, parcela da jurisprudência admite o ajuizamento de ação de produção antecipada de provas nos Juizados Especiais, desde que o valor da causa seja compatível com o teto previsto

nas referidas leis (40 salários-mínimos no Juizado Especial Cível e 60 salários-mínimos no Juizado Especial da Fazenda Pública), uma vez que o procedimento a ser empregado não seria considerado como especial. Confira-se:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA – COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA. Além de não relacionado no rol dos casos excluídos da competência do Juizado Especial da Fazenda Pública previsto no art. 2º, §1º. Da Lei 12.153/09, o procedimento preparatório da produção antecipada de provas, regrado pelos arts. 381 a 383 do CPC/15, não é alcançado pelo Enunciado FONAJE n.º 8 porquanto não classificável como ação sujeita ao procedimento especial, posto inequivocamente inserido na Parte Especial, Livro I, Título I, desse nosso ‘Codex’, que cuida exatamente ‘Do Procedimento Comum’. (TJMG – CC 10000180176497000 – Rel. Des. Peixoto Henriques - 7ª Câmara Cível – julgado em 14/05/2018).

Vale lembrar, que por força do art. 55, da Lei 9.099/95, não existe condenação em custas processuais e honorários de sucumbência, como regra, no âmbito dos Juizados Especiais, em primeiro grau.

Por fim, como bem leciona Talamini (2016, p. 80) a produção de prova antecipada nem sempre possui o escopo de ser utilizada em ação futura, entretanto, quando utilizada, lá é admitida como prova emprestada, que certamente deverá observar os requisitos trazidos pelo art. 372 do CPC (que não tinha previsão na legislação anterior), “*mas é apta a preservar o seu valor originário (de prova pericial, testemunhal, etc.)*”.

## 6. NATUREZA JURÍDICA

A natureza jurídica do instituto também não é assente na doutrina. Didier Jr. (2016, 649) defende que se trata de procedimento de jurisdição voluntária, vez que não há necessidade de afirmação do conflito em torno da produção da prova:

O processo autônomo de produção antecipada de prova dispensa, inclusive, a propositura de futura demanda com base na prova que se produziu. A produção da prova pode servir, aliás, exatamente como contraestímulo ao ajuizamento de outra ação; o sujeito percebe que não tem lastro probatório mínimo para isso; nesse sentido, a produção antecipada de prova pode servir como freio à propositura de demandas infundadas.

Talamini (2016, p. 77) por sua vez, a conceitua como “*ação geradora de processo próprio*”, negando eventual classificação como jurisdição voluntária, vez que:

Por um lado, ela normalmente se insere no contexto de um conflito, ainda que não tenha por escopo diretamente o resolver. Por outro, pode estabelecer-se um conflito específico relativamente à própria produção da prova (por exemplo, o demandado resiste, não permitindo acesso às fontes probatórias). Em qualquer caso, o juiz substitui-se às partes: atuando como terceiro imparcial, define as normas jurídicas

incidentes sobre os fatos postos, relativamente à admissibilidade e modo de produção da prova.

Para Yarshel (2009, p. 330-331) trata-se de ação que se reveste de duplicidade peculiar, pois a posição ocupada pelas partes não é relevante ou nítida, no entanto, a procedência da demanda tem o mesmo significado para ambas, pois com a produção da prova, serão todas atingidas.

Tal entendimento é partilhado por Santana e Andrade Neto (2016, p. 176) uma vez que a prova tem por “*função a demonstração da existência ou não de fatos, uma vez admitida e produzida, seus efeitos estendem-se para ambas as partes, daí a razão de ser considerada a demanda de natureza dúplice*”.

Essa conclusão guarda nítida conformação com o Princípio da Comunhão da Prova, que segundo José Carlos Barbosa Moreira (194, p. 180): “*A prova, depois de feita, é comum, não pertence a quem a faz, pertence ao processo; pouco importa sua fonte, pouco importa sua proveniência*”.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2018, p. 308-309) asseveram que o procedimento de obtenção de prova se divide em contencioso ou não, sendo que quando se presta unicamente ao fim de documentação ao interessado, não se verifica lide. Também para Ana Carolina Pazin Costa (2018, p. 32) ao asseverar que é prescindível que a produção antecipada de prova seja processo preparatório para uma ação principal destaca que “*o modelo probatório autônomo pode ou não ter caráter contencioso, visto que depende da matéria a ser debatida em eventual e futuro processo*”.

Por fim, Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 676-677) adota a nomenclatura “*ação probatória autônoma*”, reconhecendo, portanto, o caráter contencioso. Com isso reforça que a ação em comento é dotada de autonomia suficiente, dispensando demanda principal (figurando como fim em si mesma), o que corrobora com a previsão do art. 725 do CPC, que ao elencar os Procedimentos de Jurisdição Voluntária, não arrola a antecipação de prova de forma autônoma.

## **7. CONCLUSÃO**

Conforme demonstrou no presente artigo, a matéria relacionada à produção antecipada de provas sofreu consideráveis e importantes alterações com a publicação do CPC

de 2015, de forma a elastecer a relação entre os protagonistas processuais, proporcionando evolução da dinâmica processual e reafirmando o direito autônomo à prova.

A realidade de um direito autônomo à prova afasta o antigo direcionamento exclusivo ao magistrado como no CPC/1973, ampliando às partes o direito de obtê-las (as provas) não somente a uma faculdade procedimental, mas legítimo direito à produção independente de um processo visando mérito, que não apenas vencer a lide estabelecida, mas também evitar litígios, avaliar riscos/custos futuros, melhor instrumentalizar a tentativa de acordo, entre outros. Enfim, o resultado de uma ação de produção antecipada de provas pode reforçar a necessidade da demanda, propiciar acordos ou simplesmente evitar litígios processuais.

Indubitável que tais alterações, em consonância com os demais dispositivos processuais civis, se contrapõe a uma corrente que defende o monopólio procedimental do juiz e a autorização da produção antecipada da prova somente em situações emergenciais.

O atual CPC permite definir situações e atos processuais mediante a autonomia privadas das partes, desde que observado o contraditório quando houver lide, o que está em consonância com os princípios da celeridade e economia processual.

Portanto, aliada a outras positivas mudanças ofertadas pelo CPC de 2015, a ação autônoma de produção antecipada de prova certamente auxiliará no objetivo de pacificação social, já que entregou às partes meio para certificar isoladamente o fato discutido na esfera extrajudicial, que a seu turno se faz necessário conhecer seus reais entornos para mensurar o direito, e assim avaliar os riscos envolvidos em uma eventual demanda judicial.

## REFERÊNCIAS

ARRUDA ALVIM WAMBIER Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 3ª ed. São Paulo: RT. 2016.

ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro**. vol. II. Tomo II. 2ª ed. São Paulo: RT. 2016.

BRASIL, **Lei n. 13.105/2015 - Código de Processo Civil** – Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 12/09/2020.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988** – Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 12/09/2020.

DIDIER JR., Fredie (coord.) *et al.* **Provas**. 2ª ed. Salvador: Editora Podivm. 2016.

DIDIER JR., Fredie; SARNO BRAGA; Paula; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil – teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 13ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum** – vol. 2 – 4ª edição, São Paulo: RT, 2018.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 3ª ed. São Paulo: RT. 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O juiz e a prova, Revista de Processo**. São Paulo, n. 35, 178-184, 1984.

NERY JR., Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

PAZIN COSTA, Ana Carolina. Da Produção Antecipada da Prova Como Modelo Autônomo no Código de Processo Civil de 2015. *In*: FUGA, Bruno Augusto Sampaio (Coord., COLNAGO RODRIGUES, Daniel (Coord). ANTUNEZ, Thiago Caversan (Coord.). **Produção Antecipada da Prova: Questões Relevantes e Aspectos Polêmicos**. Londrina: Thoth, 2018.

SANTANA, Alexandre Ávalo; ANDRADE NETO, Jose de. **Novo CPC: Análise Doutrinária sobre o Novo Direito Processual Brasileiro**. V.2. 1ª ed, Campo Grande: Editora Contemplar, 2016.

TALAMINI, Eduardo. Produção Antecipada de Prova no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**. vol. 260/2016. p. 75-101, out/2016.

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