



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

IAN KEVIN COSTA LOPES

**O PODER GERAL DE EFETIVAÇÃO DO JUIZ NA
PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS: UMA ANÁLISE
ACERCA DAS POSTURAS QUE PODEM SER ADOTADAS
PARA A SATISFAÇÃO DA PROVA**

Salvador
2022

IAN KEVIN COSTA LOPES

**O PODER GERAL DE EFETIVAÇÃO DO JUIZ NA
PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS: UMA ANÁLISE
ACERCA DAS POSTURAS QUE PODEM SER ADOTADAS
PARA A SATISFAÇÃO DA PROVA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Tárzis Silva de Cerqueira

Salvador
2022

TERMO DE APROVAÇÃO

IAN KEVIN COSTA LOPES

**O PODER GERAL DE EFETIVAÇÃO DO JUIZ NA
PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS: UMA ANÁLISE
ACERCA DAS POSTURAS QUE PODEM SER ADOTADAS
PARA A SATISFAÇÃO DA PROVA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2022.

AGRADECIMENTOS

Em vários momentos da minha vida ele esteve presente, nunca me desamparando e sempre me protegendo. Sim, agradeço a Deus por ter me dado forças para que eu pudesse driblar todas as pedras e percalços que apareceram nessa jornada chamada vida.

Ao meu orientador Dr. Társis Silva de Cerqueira, que humildemente lapidou a ideia apresentada para a construção do trabalho e me aceitou como orientando. Além disso, em todas as conversas realizadas no ambiente virtual em decorrência da COVID-19, foi bastante atencioso, me passando relevantes direcionamentos e sanando minhas dúvidas. Deixo os meus sinceros agradecimentos!

Aos meus avós, pois sem eles eu não teria o discernimento para a arte do viver e, por isso, sequer estaria apresentando o presente trabalho monográfico. Enfatizo também o carinho do meu avô que apesar de ser acometido pelo Alzheimer, tenho toda certeza de que ele é uma pessoa em quem eu me espelho e que me deu forças.

Aos meus pais, que sempre acreditaram no meu potencial e por terem me apoiado. Longe de ser um exagero, poderia descrever em muitas páginas o quanto eles foram fundamentais.

À minha namorada e amiga Giovanna, que me deu forças ao longo do desenvolvimento do trabalho, sempre me incentivando e me fazendo acreditar que eu poderia dar o meu melhor. Minha parceira de vida, apesar de caminhos acadêmicos e profissionais distintos, você é a luz do meu caminhar. Muito obrigado!

Aos meus amigos e amigas da faculdade (Caio, Bernado, Yuri, Paulo, Marianna, Clara e Maria Eduarda), por partilharem do sabor que é a vida acadêmica, bem como por terem me acompanhando nessa jornada.

Aos meus companheiros da AGU, quais sejam: Kaillana, Carlos, Efrem e Thiago. Eles foram fundamentais no meu primeiro estágio, com eles eu pude entender que leveza e seriedade podem cruzar as mãos no ambiente profissional.

Por último, mas não menos importante, também estendo os agradecimentos aos companheiros da Equipe Baiana de Processo Civil relativo à 4 Competição Brasileira de Processo Civil. Experiência de suma importância para a temática do presente trabalho.

“De nada vale ao homem a pura compreensão de todas as coisas
Se ele tem algemas que o impedem de levantar os braços para o alto
De nada vale ao homem os bons sentimentos se ele descansa nos sentimentos maus”.

(Vinicius de Moraes)

RESUMO

Este presente trabalho monográfico tem como finalidade estudar o poder geral de efetivação do juiz na seara probatória, com enfoque na ação de produção antecipada de provas, de modo que possa compreender quais são as posturas que o magistrado poderá adotar em caso de descumprimento ao dever de produzir a prova. Para tanto, inicialmente serão abordados os aspectos da prova no processo civil, enfrentando os principais pontos para a melhor compreensão do tema a ser tratado no tópico central do trabalho. Assim, será estudado o conceito e a finalidade da prova, a relação entre prova e busca da verdade, o ônus da prova e dever de provar, os poderes instrutórios do juiz e os princípios atinentes à temática. Esse estudo como ponto de partida será de suma relevância, pois apesar de introdutório, é responsável por enfrentar grandes temas relevantes para o estudo do direito probatório. Posteriormente, será estudada a ação de produção antecipada de provas, com fito em melhor compreender sobre as peculiaridades do exercício do direito autônomo à prova. Destarte, será realizado um paralelo entre a disciplina regulada pelo Código de Processo Civil de 1973 e o de 2015, tal como será estudado a natureza do instituto, os fundamentos que ensejam a produção da prova de forma prévia ao litígio posto em juízo e as questões relativas ao processamento. Por último, tem-se o núcleo central do estudo, destinado à compreender quais são os motivos que legitimam a adoção de medidas destinadas à efetivação da prova pelo magistrado na produção antecipada de provas, quais são as medidas que podem ser utilizadas e as críticas acerca da adoção de medidas executivas típicas e atípicas. Será realizada também uma análise sobre a possibilidade de dinamização do ônus probatório em sede de produção antecipada de provas, como medida destinada à busca pela efetivação do procedimento.

Palavras-chave: Produção Antecipada de Provas; Efetivação; Dever de Provar; Medidas Executivas.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CF/88	Constituição Federal da República
CC	Código Civil
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
FPPC	Fórum Permanente de Processualistas Civis
MP	Ministério Público
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO

2 ASPECTOS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

2.1 CONCEITO E FINALIDADE DA PROVA

2.2 RELAÇÃO ENTRE PROVA E BUSCA DA VERDADE

2.3 ÔNUS DA PROVA E DEVER DE PROVAR

2.4 PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO CPC

2.5 PRINCÍPIOS ATINENTES À TEMÁTICA

2.5.1 PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

2.5.2 PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE

2.5.3 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

2.5.4 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

3 PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

3.1 A PERSPECTIVA DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS MEDIANTE O CPC DE 73

3.2 FUNDAMENTOS QUE ENSEJAM A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NO CPC DE 2015 E SEU CARÁTER NÃO EXAUSTIVO

3.3 NATUREZA JURÍDICA DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

3.4 APLICABILIDADE DOS MEIOS DE PROVA

3.5 QUESTÕES RELATIVAS AO PROCESSAMENTO DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

3.5.1 COMPETÊNCIA

3.5.2 PETIÇÃO INICIAL, CITAÇÃO E DESPACHO INICIAL

3.5.3 TUTELA PROVISÓRIA LIMINAR DA PROVA ANTECIPADA

3.5.4 LEGITIMIDADE

3.5.5 INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

3.5.6 PEDIDO CONTRAPOSTO DE PROVA

3.5.7 CONTRADITÓRIO E RECORRIBILIDADE

3.5.8 SENTENÇA E COISA JULGADA

4 OS PODERES DE EFETIVAÇÃO DO JUIZ NA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

4.1 AS MEDIDAS QUE PODEM SER UTILIZADAS PELO JUIZ PARA A EFETIVAÇÃO DA PROVA ANTECIPADA

4.2 CRÍTICAS À UTILIZAÇÃO DE MECANISMOS DE EFETIVAÇÃO NA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

4.3 ANÁLISE ACERCA DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NA PRODUÇÃO PROBATÓRIA AUTÔNOMA

5. CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Sabe-se que o conhecimento é algo muito valioso para a humanidade, e por muitas vezes a sua falta acarreta em consequências drásticas, tanto de ordem social, econômica, política e até mesmo moral. Na perspectiva processual, tem-se a prova como elo entre o conhecimento e o convencimento das partes e do magistrado. Desse modo, o elemento prova assume relevante importância para o esclarecimento dos fatos e conseqüentemente, obter o descobrimento da verdade, para que assim possa alcançar uma decisão justa.

No imaginário da sociedade, é disseminado o entendimento de que prova e processo são inseparáveis. Não é à toa que constantemente as pessoas utilizam a seguinte frase – “vou te processar para provar que foi você”. Muito embora existam situações em que não há produção da prova em juízo, como é o caso da matéria exclusivamente de direito, o entendimento do senso comum, mesmo que ingênuo, reflete a relevância da prova no processo democrático.

No ordenamento jurídico brasileiro, a prova assume uma grande importância, uma vez que é considerada como direito fundamental. Tratando-se da perspectiva do processo civil, o exercício desse direito pode até mesmo ocorrer de forma prévia ao futuro processo, através do instituto denominado de produção antecipada de provas, sendo reconhecido pela doutrina como um direito autônomo à prova.

Por meio da ação de produção antecipada de provas, as partes podem adotar várias posturas tanto extraprocessuais quanto endoprocessuais, neste último caso, através do eventual ajuizamento da ação declaratória. Assim, utiliza-se como fundamentos da produção autônoma probatória o melhor delineamento dos fatos para evitar ou justificar uma ação judicial, como meio para viabilizar a autocomposição ou até mesmo para obter uma prova em virtude do perigo da demora. Ressalta-se que não é um rol taxativo.

Destaca-se que a ação de produção antecipada de provas milita junto ao princípio da eficiência e celeridade, de modo que tem como propósito evitar as ações judiciais infundadas que acabam abarrotando o Poder Judiciário. Por isso, o procedimento sob a égide do CPC de 2015 se apresenta como um grande modificador cultural, que tem como fito reverter a ideia da litigiosidade desenfreada, proporcionando que as partes possam dimensionar melhor os fatos e formem os seus convencimentos.

Todavia, a produção antecipada de provas pode ter a sua efetividade comprometida, quando uma das partes coloca embargos para a sua produção, agindo de forma desidiosa ou até

mesmo recalcitrante, o que vai de encontro com o princípio da cooperação. Destarte, o procedimento em comento é exclusivamente voltado para certificar e efetivar a prova, ao passo que a recalcitrância das partes coloca em risco a efetividade da ação.

Neste cenário, a parte que se nega a cooperar com a produção da prova, acaba indo de encontro ao acesso ao melhor delineamento dos fatos, que por sua vez, é um dos propósitos fundamentais da demanda. Sabe-se que embora a prova possa ser desfavorável à parte recalcitrante, em razão da natureza dúplice da ação probatória autônoma, ela acaba atendendo o seu interesse em certa medida. Impende salientar que a não colaboração com a produção também pode partir de uma conduta de terceiro.

Levando em consideração que a produção antecipada de provas possui algumas limitações procedimentais, o presente estudo monográfico tem como finalidade estudar quais são as medidas que o magistrado poderá adotar no curso da produção probatória autônoma para que ocorra a efetividade do procedimento. Compreendendo quais são os fundamentos que amparam a adoção dessas medidas, tal como analisando as limitações inerentes ao próprio sistema processual.

Importante destacar que o tema apresentado pelo presente trabalho possui relevância jurídica, na medida em que busca identificar quais são as posturas que no curso da ação de produção antecipada de provas o juiz poderá efetivar, visto que o procedimento possui algumas limitações. Desta forma, o tema acaba gerando uma intersecção com as medidas executivas que são realizadas para assegurar a efetividade do poder judiciário, para que a ação probatória autônoma não seja fadada ao insucesso.

Além disso, o tema também detém uma relevância social, até porque um dos escopos da produção antecipada de provas é o social, afinal, o que está em jogo é o direito à prova e as informações que nela possam ser extraídas. Portanto, as partes ao adquirirem um melhor conhecimento acerca dos fatos, podem evitar o ajuizamento de ações infundadas ou até mesmo proceder mediante a justiça multiportas. Outro ponto relevante é o interesse do Estado na efetivação da prova, visto que através dela o juiz poderá proferir uma decisão justa na demanda declaratória.

O presente trabalho monográfico tem como objetivo compreender qual é o papel do Estado na busca pela efetivação da prova no procedimento probatório autônomo, analisando também de quem é o prejuízo pela não satisfação da prova. Ademais, almeja-se identificar se existe um dever de cooperação entre as partes ou apenas um ônus de provar, sendo que também cumpre

analisar se existe a possibilidade do juiz inverter o ônus probatório na produção antecipada de provas como medida destinada à efetivação da prova.

Noutro giro, busca-se também verificar quais são as medidas que podem ser utilizadas para a satisfação da prova, observando as restrições inerentes à produção antecipada de provas e o limite cognitivo do magistrado no procedimento. Não obstante, outros fatores previstos no código de processo civil que limitam as eventuais posturas de efetivação que possam vir a serem adotadas pelo magistrado, também serão analisados.

O estudo a ser desenvolvido será realizado de acordo com a pesquisa bibliográfica. Desse modo, vão ser utilizados os manuais de direito, artigos e periódicos, obras coletivas, teses e dissertações dispostas em repositórios institucionais. De igual modo, pretende-se utilizar entendimentos jurisprudenciais, sobretudo, os estabelecidos nos Tribunais Superiores.

Do ponto de vista da abordagem do problema, entende-se que a pesquisa qualitativa se encontra em consonância com o método acima exposto. Portanto, serão colocados em pauta problemas e questões, almejando obter conclusões que melhor se enquadrem para solucionar o problema colocado.

Ademais, o método a ser utilizado durante a realização da pesquisa vai ser o hipotético dedutivo (Karl Popper). A partir disso, vão ser estudadas e debatidas as hipóteses firmadas anteriormente, para uma seguinte análise verificativa, e, através de teses, haverá a confirmação ou negação do tema que circunda o problema de pesquisa. Acredita-se possuir a melhor adequação, pois viabiliza a análise de questionamentos feitos previamente e, por conseguinte, solucionar as indagações ditas como hipóteses no curso da pesquisa.

Realizadas tais considerações, o presente trabalho será dividido em três capítulos, narrados de forma dissertativa, de modo a formar uma estrutura lógica para a compreensão do tema. O capítulo “2” será voltado para o estudo dos aspectos da prova, observando a sua relevância na dialética processual. Assim, será analisada a sua finalidade dentro do sistema processual, a relação entre prova e busca da verdade, a compreensão de ônus da prova e dever de provar, os poderes instrutórios do juiz e os princípios atinentes a temática.

No capítulo “3” será aprofundado um dos institutos decorrentes do direito à produção da prova, que é a ação de produção antecipada de provas. Esse estudo é de suma importância não tão somente por ser um dos enfoques do ponto central do trabalho, mas também pela atual conjuntura sob a égide do CPC de 2015. Portanto, será vislumbrado a natureza do

procedimento, a sua perspectiva no CPC de 73, os fundamentos que ensejam a produção antecipada mediante o CPC de 2015, os meios de prova cabíveis e o seu processamento.

Por derradeiro, no capítulo “4” passará a ser enfrentado o ponto fulcral da temática, “o poder geral de efetivação na produção antecipada de provas: uma análise acerca das posturas que podem ser adotadas para a satisfação da prova”. Destaca-se que será dividido em 3 subtópicos, sendo que o “4.1” vai tratar sobre as medidas que poderão ser adotadas pelo magistrado, o “4.2” vai abordar às críticas doutrinárias acerca das medidas de efetivação na produção probatória autônoma, e o “4.3” que será pautado na discussão acerca da possibilidade de inversão do ônus da prova na produção autônoma probatória.

2 ASPECTOS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

O estudo da prova no processo civil não deságua apenas na compreensão do ônus probatório. Tem-se a perspectiva de compreender o fenômeno probatório a partir de uma outra situação jurídica, a dos direitos processuais públicos subjetivos, para que assim o processo possa cumprir sua missão de proporcionar uma tutela jurisdicional efetiva para quem almeja o amparo estatal (CAMBI, 2000, p. 147).

A prova assume um aspecto importante para as partes no processo, pois é por meio dela que se pode demonstrar os fatos que servem de fundamento para as suas respectivas pretensões e defesas, sob pena de não conseguir influenciar o órgão julgador. Portanto, não haveria sentido obter decisões justas, se o mecanismo processual não assegurasse uma correta reconstrução dos fatos (CAMBI, 2000, p. 147).

Importante compreender que a prova, e sua acepção, vai muito além da ciência jurídica, afinal, toda e qualquer ciência utiliza a prova para embasar suas afirmações. Todavia, o que diferencia a prova na perspectiva jurídica em relação às demais ciências, em especial, da ciência exata, é o fato da primeira ser regulada por normas jurídicas, a qual impõe limites para a sua utilização (PORTO, 2019, p. 100).

Na ciência processual, a prova não se restringe à reconstrução dos fatos, sendo um elemento essencial na ampliação do conteúdo democrático do processo, ao passo que pensar diferente, estaria voltando ao sistema da íntima convicção. No atual contexto, a prova consiste em um elemento de segurança jurídica, e de estabilidade do sistema (PORTO, 2019, p. 102).

Em suma, a possibilidade das partes de terem uma ampla participação processual, estendendo suas condições de influir na formação do convencimento do magistrado, destaca que as mesmas não possuem apenas ônus, mas também direitos. Desse modo, entende-se que existe verdadeiramente um direito à prova, o qual possui duas dimensões que se complementam, a primeira no interesse privado de influenciar o julgador, e a segunda, no interesse público na correta aplicação do direito material (CAMBI, 2000, p. 148).

Afirma-se que o direito à prova é um direito constitucional, amparado na noção de direito ao processo justo (art. 5, XXXV, da CF), no devido processo legal (art. 5, LVI, da CF) e no contraditório e na ampla defesa (art. 5, LV, da CF). Desse modo, não se pode supor que o direito de ação se restrinja apenas ao direito de litigar em juízo, sem que, através deste litígio, exista o direito das partes de provarem as suas alegações e defesas (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 252-253; CAMBI, 2000, p. 150-151).

É possível compreender o direito fundamental à prova na perspectiva externa, haja vista que tanto a Convenção Americana de Direitos Humanos, quanto o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, foram ratificados pelo Brasil e incorporados ao elenco dos direitos fundamentais, pela regra prevista no art. 5, §2, da CF (CAMBI, 2000, p. 150).

Vitor de Paula Ramos (2013, p. 2), entende que a fundamentalidade da prova é observada no ponto de vista formal e material:

A fundamentalidade formal do direito à prova pode ser localizada em dois incisos do art. 5 da CF/1998. Primeiramente, no inc. LVI, uma vez que, proibida a admissão das provas ilícitas, permitida está a admissão das provas lícitas. Ainda, no inc. LV, em que, ao garantir o contraditório e a ampla defesa, o legislador constitucional explicitamente faz à asseguaração dos meios inerentes a esse; entre tais meios inerentes, está, por óbvio, o direito à prova.

A fundamentalidade material da prova está intrinsecamente ligada à verdade e a importância dessa para qualquer relação jurídica.

Logo, depreende-se a relevância do direito à prova, sobretudo, através do seu status de direito fundamental, de modo que impedir o exercício do direito subjetivo das partes de provarem suas alegações, constitui uma afronta a própria constituição federal (PORTO, 2018, p. 143-145).

Destaca-se que o direito fundamental à prova goza de um conteúdo complexo. Portanto, tal direito não se esgota apenas na produção da prova em juízo, sendo composto pelas seguintes situações jurídicas: “o direito de requerer provas; o direito de produzir provas; o direito de participar da produção da prova; o direito de manifestar sobre a prova produzida; e o direito

ao exame, pelo órgão julgador, da prova produzida” (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 47).

Em que pese a prova na perspectiva processual detenha uma grande importância, ela não pode ser considerada um direito absoluto, sendo passível de ser mitigada como qualquer outro direito fundamental. Destarte, caso exista uma colisão entre o direito à prova e os outros valores constitucionalmente protegidos, poderá ocorrer a relativização (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 47; PORTO, 2018, p. 146).

Por outro lado, a dinamização do ônus da prova também funciona como uma outra possibilidade de relativizar o direito à prova, não precisamente retirando o exercício do direito, mas redistribuindo-o. O instituto em pauta serve como uma forma de assegurar a isonomia na perspectiva processual, sendo uma nova faceta do processo civil contemporâneo que coaduna com o processo justo e colaborativo (PORTO, 2018, p. 146-147).

Cumprido esclarecer que a temática sobre ônus da prova será mais aprofundada no decorrer deste trabalho. Abordando todas as questões atinentes ao ponto de vista doutrinário, nova abordagem da legislação processual e superação da visão clássica.

2.1 CONCEITO E FINALIDADE DA PROVA

Conforme brevemente abordado no tópico anterior, a prova não é elemento exclusivo do universo jurídico. Entende-se que no direito processual, bem como em outros ramos da ciência, ela pode ser observada em diferentes conotações (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 248-249).

Em virtude do termo “prova” assumir diversos sentidos, principalmente no processo civil, a sua conceituação exata acaba sendo um fator complicador (NEVES, 2018, p. 724). Eduardo Cambi (2001, p. 47-48), assevera que dentro da concepção plural de prova, é possível extrair sua noção tripartite, que a conceitua como “atividade, meio e resultado”.

Como atividade, a prova se apresenta como instrução ou conjunto de atos, realizados pelo juiz e pelas partes, com fito em reconstruir os fatos postos em juízo, os quais constituem o suporte das pretensões e da própria decisão. Neste contexto, o complexo de atividades, regulado pela lei, é denominado de procedimento probatório (CAMBI, 2001, p. 48).

Ao conceituar a prova como meio, considera-se a prova como instrumento capaz de introduzir as informações sobre os fatos no processo. Assim, a prova serve como elemento para a formação do convencimento do juiz. Por fim, como resultado, a prova é sinônimo de êxito ou de valoração, sendo consubstanciada através da decisão do juiz, devidamente motivada (CAMBI, 2001, p. 48).

Segundo Guilherme Athayde Porto (2018, p. 100-102), “conceituar prova, assim, vai além de dizer o que ela é para as partes e para o juiz, mas também aquilo que ela é para o processo e para o próprio ordenamento”. O autor chega em tal concepção ao refletir o papel da prova no processo civil, vislumbrando que a mesma é necessária para a formação da convicção judicial, ressaltando que tal convicção não é sinônimo de certeza, bem como compreendendo o papel dialético da prova, o qual acaba garantindo um processo democrático.

Acerca da finalidade ou função da prova, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2016, p. 55-57), apontam três teorias que cumprem o propósito de explicá-la:

a) a que entende que a finalidade da prova é estabelecer a verdade; b) a que sustenta ser sua finalidade fixar formalmente os fatos postos no processo; c) a que entende que sua finalidade é produzir o convencimento do juiz, levando-o a alcançar a certeza necessária à sua decisão.

Os autores retromencionados entendem que a primeira teoria não pode prevalecer, pois a verdade é objetiva, já o conhecimento que se extrai da prova é subjetivo. A segunda teoria estaria ligada ao sistema de tarifamento legal das provas, no qual o legislador é responsável por estabelecer critérios que possam, ainda que formalmente, demonstrar os fatos alegados pelas partes. Entendendo pela impossibilidade de alcançar a verdade absoluta, tal como insatisfeito com o tarifamento, sugerem a terceira teoria como a melhor, mas afirmam que é preciso ir um pouco mais além (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 55).

Assim, a concepção clássica de juiz como destinatário das provas deve ser acrescentada em outro aspecto, colocando as partes também como destinatárias, pois além de formar convicção do juiz, as partes precisam formar o convencimento sobre os fatos que estão postos em juízo. Por meio de tal conhecimento, as partes podem verificar as suas chances de êxito e tomar determinadas posturas endoprocessuais e extraprocessuais (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 56-57).

Em contraponto a tal entendimento, Guilherme Athayde Porto (2018, p. 102-104), estabelece que não há necessidade de firmar uma única finalidade à prova, pois as teorias são complementares, podendo ambas serem utilizadas como fim da prova, desde que sejam

coadunadas com as garantias constitucionais e processuais. Portanto, o autor afirma que deve existir uma busca pela verdade, para que assim o juiz forme a sua convicção sobre os fatos.

Conforme adverte Leonardo Greco (2005, p. 374-375), a convicção do julgador como função ou finalidade da prova torna o juiz como um soberano absoluto e incontrolável, mesmo existindo lei que imponha exclusões probatórias, tendo critérios de avaliação e exigência de motivação da decisão judicial. Segundo o autor, “a convicção do juiz, como fenômeno psicológico, reduz a prova a um ato de fé, à crença subjetiva do juiz na existência dos fatos”.

O autor supracitado consigna que a descoberta da verdade é a finalidade da prova, sendo pressuposto para realização da justiça e da tutela jurisdicional efetiva aos cidadãos. Afirmando também que a busca pela verdade deve ser harmonizada com a celeridade do processo, cabendo, se necessário, um “procedimento investigatório preliminar” (GRECO, 2005, p. 388).

Tem-se como outra finalidade da prova no processo, a diminuição de incertezas. Considerando que não há verdade absoluta, a prova serve como um atenuador, diminuindo as possibilidades da decisão ir contra a verdade e a justiça (PORTO, 2018, p. 104-105).

2.2 RELAÇÃO ENTRE PROVA E BUSCA DA VERDADE

No estudo do direito, sempre foi conferido um papel especial à verdade, principalmente em relação à ciência processual. É através da descoberta da verdade, por meio da prova, que se pode alcançar uma tutela jurisdicional justa, permitindo a pacificação do conflito tanto quanto possível. É importante consignar que o fato provado não é sinônimo de verdadeiro, pois o direito é suscetível às imperfeições (PORTO, 2019, p. 111-112).

Desse modo, mesmo que a prova seja necessária para descortinar o véu da incerteza sobre os fatos, não quer dizer que sempre será alcançada a verdade (PORTO, 2019, p. 113-114). Assim, busca-se por meio do presente tópico, entender quais são as lições da doutrina acerca da relação da prova com a busca da verdade.

Segundo os ensinamentos de Eduardo Cambi (2001, p. 58-59), antes de compreender a busca da verdade, é preciso diferenciar verossimilhança, probabilidade e verdade. O autor aponta que o “juízo da verossimilhança é formulado apenas no conhecimento do juiz, antes mesmo

da produção da prova, estando baseado na mera alegação do fato e fundado na máxima da experiência”.

Em suma, a verossimilhança apenas recai sobre as alegações dos fatos, independente de produção probatória. Ao revés, o juízo da verdade é final, pois está baseado na valoração do resultado probatório. Sobre a probabilidade, afirma-se que esta também não se confunde com a verdade, sendo considerada como uma “prova frágil”, de modo que se fosse sinônimo de verdade, a mera probabilidade afastaria a produção de provas (CAMBI, 2001, p. 60).

Mesmo existindo diferenciação entre verossimilhança, probabilidade e verdade, não quer dizer que a verossimilhança e a probabilidade não têm aplicabilidade no processo, haja vista que a depender do grau de cognição (superficial ou sumária) elas vão ser utilizadas. No que tange à sentença, esta será baseada na cognição exauriente, a qual proporciona um juízo de certeza ou de verdade (CAMBI, 2001, p. 61-68).

Em que pese exista toda essa distinção entre verossimilhança, probabilidade e verdade, Guilherme Athayde Porto (2019, p. 120) entende que a instrução probatória permite ao julgador ter um conhecimento suficiente acerca dos fatos, para que então possa criar sua convicção e entregar uma tutela jurisdicional dentro de “um alto grau de probabilidade”.

Hermes Zaneti Júnior (2004, p.126-132) também compreende que a verdade está associada a um juízo de probabilidade, sendo uma verdade provável. Afirma que o conceito grego de probabilidade não guarda relação com o conceito moderno, na medida que antes o termo era associado “a uma afirmação efetuada pela parte dentro de uma determinada hipótese que tivesse congruência com as provas dos autos”, mas atualmente, “a probabilidade vem sendo analisada em termos objetivos, estatísticos e de frequência, fundada na lógica extraída de uma série de eventos”.

Ao correlacionar verdade e probabilidade, Gabriel Felipe Roqueto Rigueti (2015, p. 14) expressa que, “os enunciados dos fatos são ou não tidos por verdadeiros por meio de provas. Dessa maneira, esses meios podem fornecer um determinado grau de confirmação de um enunciado fático. Esse grau é a probabilidade”. Observa-se que a noção de probabilidade interpretada pelos autores diverge da tratada por Eduardo Cambi.

Passando a analisar uma outra teoria, retira-se a verdade real/absoluta como aquela a ser alcançada, uma vez que ela é inatingível, não podendo voltar no tempo para a reconstrução de um evento pretérito. (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 52). Renunciar a verdade real é conferir ao julgador a possibilidade de proferir uma decisão que embora não reflita com

exatidão o ocorrido, é fruto de uma certeza jurídica obtida pela produção probatória através de um processo democrático, assegurado pelo contraditório (PORTO, 2016, p. 116-117).

Nas palavras de Leonardo Ziese Schmitz (2015, p. 11-13), equivocadamente a noção de verdade é construída por camadas, até que se alcance a verdade real, que é o somatório das pequenas verdades. Na concepção do autor, o grande problema de entender dessa forma, “é possibilitar que o julgador adicione ou imagine versões fáticas que não constam nos autos, supostamente em busca de uma verdade mais real que aquela comprovada processualmente”.

Diante disso, para o autor retromencionado, essa suposta busca pela verdade real acaba sendo uma forma do julgador atuar em nome da “justiça”, passando a imprimir legitimidade em uma decisão que pode mascarar uma determinada preferência do seu julgamento (SCHMITZ, 2015, p. 13).

Entretantes, cumpre esclarecer também que a clássica dicotomia entre verdade real e verdade formal também não coaduna com o processo moderno, de modo que não se pode trabalhar com a perspectiva de que há processos que buscam a verdade, e outros que almejam a não verdade (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 246).

Observadas as diversas teorias e qualificações atinentes à verdade, cabe destacar o entendimento de Gabriel Felipe Roqueto Riguetti (2015, p. 11-15):

Inconsistentes as qualificações dadas à verdade, quais sejam: ‘formal’ e ‘substancial’, ‘processual’ e ‘real’, ‘absoluta’ e ‘relativa’. A verdade de um enunciado fático é, como já dito e repetido, objetiva e depende única e exclusivamente da demonstração da existência do acontecimento no mundo externo, objeto, portanto, de provas.

Na perspectiva do autor supracitado, deve-se abandonar a ideia das “diversas verdades”, de modo que deve prevalecer apenas a verdade no molde objetivo, a qual é alcançada através das provas que demonstram a existência do acontecimento do mundo externo, confirmando o enunciado fático proposto. Afirma-se que a busca da verdade deve ser alcançada a todo instante, para que através das provas, os fatos possam ser definidos, possibilitando uma correta interpretação do direito material pelo julgador, desde que conferidas todas as garantias do devido processo legal (RIGUETTI, 2015, p. 11-15).

Referente ao argumento da busca da verdade ser colocada em segundo plano no processo, colocando apenas as partes como responsáveis pela instrução, pautando-se na noção típica do sistema Common Law, acaba por olvidar que a verdade dos fatos é elemento inerente à tutela jurisdicional justa, pensamento presente no ordenamento jurídico pátrio (RIGUETTI, 2015, p. 12).

Por várias vezes a palavra verdade é observada no CPC, especialmente no contexto das provas. O art. 369 do dispositivo retromencionado, estabelece que as partes têm direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, para provar a verdade dos fatos. Ao fazer tal menção, percebe-se o caráter ideológico do código, de não se findar apenas com a mera solução do conflito, mas sim com uma decisão mais próxima da verdade possível (PORTO, 2018, p. 149).

Com efeito, não se pode afastar a íntima relação entre prova e verdade. Sobre o debate de qual verdade se busca no processo, acaba sendo inoportuno, uma vez que existe apenas uma verdade, pois o fato ou é verdadeiro ou não é. Assim, busca-se apenas a verdade através da prova para que o julgador possa ter certeza do que está julgando (PORTO, 2018, p. 149)

2.3 ÔNUS DA PROVA E DEVER DE PROVAR

Antes de enfrentar o ponto central do tópico, o qual se pauta em estudar a relação entre ônus da prova e dever de provar, é preciso dar um passo para trás e compreender em que consiste o ônus da prova e quais são os seus desdobramentos.

O ônus da prova é compreendido na doutrina processual de forma dupla. Primeiro como regra dirigida às partes, no sentido de estabelecer quais serão os seus comportamentos acerca da produção probatória. Segundo, como regra dirigida ao magistrado, de modo que o mesmo passará a verificar se as partes cumpriram o ônus probatório imposto, deixando de declarar o *non liquet* diante da ausência ou inexistência da prova. Assim, nota-se que a primeira forma se apresenta como regra de procedimento, e a segunda como regra de julgamento (BUENO, 2017, p. 570; THEODORO JR, 2015, p. 881-882).

Em outras palavras, o ônus da prova também pode ser dividido em ônus subjetivo e ônus objetivo. A diferenciação segue a mesma lógica retromencionada, sendo que a distinção está apenas na nomenclatura. Portanto, o ônus subjetivo está associado às partes, na medida em que demonstra quem é o responsável pela produção probatória, e o ônus objetivo afasta o não julgamento da causa pelo magistrado nos casos de dúvidas acerca das alegações, o que possibilita que o juiz possa aplicar a regra do ônus (NEVES, 2018, p. 734-735).

O regramento que engendra o ônus da prova está contido no art. 373 do CPC. O inciso I, estabelece que cabe ao autor provar o fato constitutivo do seu direito, e o inciso II, expressa

que cabe ao réu provar à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Havendo reconvenção, a lógica se inverte, passando o réu a apresentar o fato constitutivo do seu direito, e ao autor, ora réu na reconvenção, apresentar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reconvincente (BUENO, 2017, p. 570).

Destaca-se que o fato impeditivo (conteúdo negativo), modificativo (altera parcialmente o fato constitutivo) ou extintivo (faz cessar a relação jurídica original) compõem a chamada defesa de mérito indireta. O réu ao utilizar tal modalidade de defesa, possibilita que o autor tenha direito de se manifestar sobre o fato novo que lhe foi deduzido, sendo que esta manifestação é denominada de réplica (DIDIER JR, 2019, p. 741; NEVES, 2018, p. 735-736).

Em suma, o regramento previsto no art. 373 do CPC, é atinente à chamada distribuição estática do ônus probatório, uma vez que a lei estabelece quem é o responsável por provar no processo judicial. “A regra geral da lei é que, em princípio, quem alega um fato atrai para si o ônus de prová-lo” (THEODORO JR, 2015, p. 885).

O ônus probatório estático e o seu fundamento, parte do pressuposto que as partes litigam em condições equânimes de acesso à prova, ou seja, os encargos do processo nada mais são do que uma repartição legal equilibrada. Todavia, pensar de tal forma é olvidar que as relações sociais são dispares, visto que, muitas vezes a parte destinada a comprovar o ônus constitutivo do seu direito não tem condições favoráveis de acesso aos meios demonstrativos da verdade acerca dos fatos postos em juízo (THEODORO JR, 2015, p. 885).

Diante disso, para além de tal sistema, o CPC de 2015 inova ao disciplinar no art. 373, §1 e §2, a possibilidade de haver modificação legal ou judicial do ônus da prova, faceta que o código processual anterior não tinha (BUENO, 2017, p. 570). Ravi Peixoto e Lucas Buril de Macêdo (2014, p. 160-161), antes mesmo da vigência do código atual, já partilhavam do entendimento sobre a necessidade da inversão da carga probatória pelo juiz, uma vez que o direito não pode ser visto de maneira “isolada, hermética e ignorando o que é social, político e ético”.

Segundo Guilherme Athayde Porto (2018, p. 148), “a dinamização do ônus da prova é, em certa medida, mais uma das facetas da constitucionalização do direito processual, é, verdadeiramente, tratar o processo de forma constitucional”. Para o autor, admitir o ônus probatório dinâmico é permitir que a constituição atinja o seu máximo potencial, tratando as partes de forma “isonômica, e não apenas em uma igualdade formal”.

Assim, entende-se que o sistema brasileiro passou a adotar um sistema misto, sendo possível aplicar a distribuição do ônus da prova a depender do caso concreto, bem como é possível manter a distribuição legal (NEVES, 2018, p. 737). Para que ocorra a inversão judicial, é preciso que sejam cumpridos os requisitos formais e materiais (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 126-130).

São três os requisitos formais, os quais devem ser observados de forma cumulada: a) a necessidade de motivação da decisão que inverter o ônus da prova; b) o momento da redistribuição, o qual pode ser qualquer um desde que permita à parte desincumbir do ônus atribuído, porém, aponta-se como o mais oportuno a inversão na decisão de saneamento. Sobre a dinamização do ônus probatório na sentença, compreende-se que vai de encontro ao princípio do contraditório e da cooperação; e c) a redistribuição da prova não pode implicar em prova diabólica, conforme estabelece o art. 373, §2, do CPC (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 126-130).

Em relação aos requisitos materiais, eles são extraídos do próprio art. 373, §1, do CPC. Diferente dos requisitos formais, é necessário que o juiz verifique apenas um pressuposto material, quer seja pela “impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo”, quer seja pela maior facilidade da contraparte em obtenção da prova do fato contrário. (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 126-130). Para além do regramento do CPC, a inversão judicial também é prevista no art. 6, VIII, do CDC, o qual estabelece a dinamização em casos de verossimilhança ou quando o consumidor for hipossuficiente.

Conforme já introduzido, a distribuição do ônus probatório também pode ocorrer por disposição legal, não necessitando o preenchimento dos requisitos no caso concreto. É possível verificar tais disposições nas legislações esparsas, a exemplo do CDC e seu art. 38, o qual afirma que “é ônus do fornecedor provar a veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária que patrocina” (NEVES, 2018, p. 738).

Existe também a possibilidade da dinamização do ônus da prova através de uma convenção processual, conforme previsão legal contida no art. 373, §3 e §4, do CPC. Trata-se de um negócio jurídico processual típico, que pode ser realizado antes ou durante a marcha processual, havendo vedação apenas quando se tratar de direito indisponível ou quando a convenção do ônus probatório tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 239).

Não se deve interpretar o art. 373, §3, I, do CPC em sua literalidade. Em verdade, quando a legislação processual veda que a convenção do ônus probatório recaia sobre direito indisponível, está proibindo que a dinamização do ônus torne a prova excessivamente difícil, o que serve também para o direito disponível. Portanto, caso a convenção recaia sobre direito indisponível, e seja possível a busca probatória, ela será válida (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 123).

No âmbito das relações de consumo, o art. 51, VI, do CDC, estabelece que as cláusulas contratuais que invertem o ônus da prova em detrimento do consumidor são nulas de pleno direito, desde que exista um prejuízo ao mesmo. Verifica-se uma norma que complementa o CPC, como se fosse um terceiro inciso do art. 373, §3. Destarte, caso exista uma cláusula que inverta o ônus probatório na relação de consumo, e não ocorra um prejuízo, é desnecessária a homologação do juiz para que ela seja considerada plenamente eficaz (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 124).

Apresentadas as questões que versam sobre o ônus probatório, torna-se necessário abordar o ponto principal do presente tópico. Segundo Humberto Theodoro Junior (2015, p. 879), não existe uma obrigação ou dever de provar, pelo contrário, há um simples ônus, haja vista que a parte assume o risco de não lograr êxito na causa se não provar os fatos alegados. Para o autor em comento, a consequência da não comprovação do ônus probatório segue a premissa de uma máxima antiga, “fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente”.

Conforme os ensinamentos de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2016, p. 234), ônus e dever são distintos em dois aspectos:

- (i) o dever implica um correlato direito de outro sujeito, ou seja, é uma conduta que a lei prescreve no interesse de outrem, enquanto o ônus é estabelecido o interesse do próprio onerado; (ii) o descumprimento do dever pode implicar a incidência de uma sanção, ao passo que a inobservância do ônus faz com que o onerado eventualmente perca a chance de desfrutar de uma situação melhor.

Desse modo, os autores supracitados apontam que o ônus da prova não é sinônimo de dever de provar. Todavia, estabelecem que ônus e dever coexistem quando se trata de colaboração com a instrução probatória. A estrutura do pensamento está baseada no art. 378 do CPC, o qual assegura que “ninguém se exime de colaborar com a instrução probatória para o descobrimento da verdade”, somado com o princípio da cooperação previsto no art. 6 do CPC (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 233-234).

No mesmo sentido, entende-se que os deveres probatórios são previstos no código por dispositivos diferentes, e por isso não se confunde com a regra do ônus da prova. Ademais, os

deveres probatórios são amplos e não se destinam apenas às partes, mas também aos terceiros, ao Ministério Público e ao próprio magistrado, o que difere do ônus da prova, que é destinado apenas às partes no que tange ao risco de não provar o fato do seu interesse (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 259-261).

Em suma, o dever de provar coexiste com o ônus da prova na medida em que, enquanto o primeiro serve como aporte de provas no processo pelas partes e por todos que tenham conhecimento acerca dos fatos, o último utiliza esse aporte como regra para satisfazer o interesse particular de uma das partes, evitando uma decisão desfavorável em caso de omissão (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 260).

Importante destacar que, embora exista o dever das partes em colaborar com a instrução probatória, o art. 379 do CPC preserva o direito das partes de produzir provas contra si mesmas (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 233-234). Torna-se necessário interpretar o dispositivo de forma correta, uma vez que o Enunciado 51 do Fórum Permanente de Processualistas Civis estabelece que o dispositivo em comento deve ser interpretado de forma cumulada com o art. 5, LXIII, da Carta Cidadã, assegurando o direito da parte de não produzir provas contra si mesmas somente se houver reflexo no ambiente penal.

A legislação processual civil também dispõe no art. 380 que os terceiros em relação a qualquer processo, possuem o dever de: “I – informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento; II – exhibir coisa ou documento que esteja em seu poder. Trata-se de um verdadeiro dever, não um ônus, aplicando sanções em caso de descumprimento, conforme previsão do parágrafo único do dispositivo em comento (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 254).

Nesse caminhar, observa-se que o dever de colaboração com a instrução probatória possui uma relevante importância da sistemática do processo civil, tal como o regramento do ônus da prova. O dever de colaboração tem íntima relação com o ponto central do presente trabalho, portanto, ele será mais aprofundado no decorrer do estudo.

2.4 PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO CPC

Torna-se necessário compreender qual é o papel do juiz na atividade probatória e quais são os seus limites no exercício da referida atividade. Para isso, é relevante destacar a dicotomia

entre princípio inquisitivo e princípio dispositivo, os quais envolvem a temática. Através dos princípios em pauta, é possível vislumbrar os dois modelos de estruturação do processo que definem a atuação do magistrado na atividade probatória (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 86-88).

O princípio dispositivo é tradicional nos países anglo-saxônicos (*common law*), adotando o sistema adversarial, de modo que as partes possuem a iniciativa probatória, sendo o órgão jurisdicional relativamente passivo. Ao revés, o princípio inquisitivo é característico nos países da Europa Continental e da América Latina (*civil law*), e possui como atributo uma postura mais ativa do juiz na atividade de instrução (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 86-88).

Além dos dois modelos supracitados, surge um terceiro modelo, que tem como base o devido processo legal e o contraditório, trata-se do princípio da cooperação, o qual “define como o processo civil deve ser estruturado no direito brasileiro”. Em decorrência desse princípio, a condução probatória do processo deixa de ser determinada pelas partes, bem como retira o caráter inquisitorial do julgador, passando este a ter relação de assimetria junto às partes (DIDIER JR, 2011, p. 211-212).

Luis Alberto Reichelt (2018, p. 2-3), entende que “a participação ativa do órgão jurisdicional no processo é uma premissa importante para a construção de um modelo adequado às exigências próprias da realidade contemporânea”. Desse modo, afirma-se que o juiz tem um papel importante para assegurar um processo inspirado pelo critério da igualdade substancial, livre das amarras formalistas.

A legislação processual civil por meio do art. 370 estabelece que, “caberá ao juiz, de ofício ou à requerimento da parte, determinar as provas necessárias para o julgamento do mérito”. Ademais, no parágrafo único do mesmo dispositivo, é estabelecido que cabe ao magistrado indeferir, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Entende-se que a atividade instrutória do juiz não contamina a imparcialidade do julgador, uma vez que o mesmo não tem o poder de determinar o resultado da prova, não sendo correto interpretar um suposto favorecimento (NEVES, 2018, p. 743-744). Afirma-se que é “ofensivo à imparcialidade o fato do juiz sabendo da existência de determinada prova, omite-se a produzi-la para beneficiar a parte que não tem razão” (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 229).

Nesse contexto, considera-se que o juiz imparcial não é o neutro, tampouco aquele desinteressado na qualidade da prestação jurisdicional. A imparcialidade do magistrado não é observada ao impedir a prova de ofício, e sim quando ele assegura o devido contraditório e fundamenta a sua decisão (NEVES, 2018, p. 744).

Ao indagar sobre a melhor interpretação do art. 370 do CPC, Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2016, p. 91-64), apontam que em princípio, a atividade probatória é atribuída as partes, mas se for o caso, o magistrado poderá exercer de forma complementar. Além disso, os autores asseveram que “a atividade instrutória oficial somente poderia ser substitutiva da atividade das partes em caso de vulnerabilidade (econômica ou técnica)”.

No mesmo sentido, Guilherme Athayde Porto (2019, p. 169-170) entende que o poder probatório do juiz não pode ser substitutivo à vontade das partes, mas sim complementar. Desse modo, constrói que o magistrado não pode ser um inquisidor, com poderes desproporcionais e desarrazoados, e caso o mesmo não consiga formar sua convicção, ainda terá o mecanismo da regra de julgamento do ônus da prova para utilizar.

Nesse caminhar, observa-se que o juiz não é um mero espectador do processo judicial, não podendo atribuir apenas o ônus de produzir provas para as partes, pois para que se alcance uma tutela de direitos, deve-se conceder ao magistrado amplos poderes para que ele cumpra essa tarefa. Afinal, o juiz ao determinar a prova de ofício, tem como pretexto a busca pela verdade e a efetividade do processo, não pensando no resultado do autor ou réu (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 286).

Destaca-se que para a realização da prova de ofício, o magistrado deve analisar a proporcionalidade e razoabilidade da prova a ser produzida, observando os valores patrimoniais e não patrimoniais envolvidos, a duração do processo, bem como se aquela determinada prova servirá para esclarecer os fatos. Portanto, o fato da legislação processual possibilitar esse direito, não quer dizer que terá que ser utilizado em todas as circunstâncias (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 229-230).

No que tange ao termo “poderes instrutórios do juiz”, Daniel Amorim Assumpção Neves (2018, p. 743-744) critica tal terminologia. Segundo o autor, em verdade, não existe dever do magistrado na produção da prova, e sim uma mera faculdade, uma vez que não é nula a sentença que aplica o ônus da prova mesmo quando o juiz poderia ter produzido prova de ofício. Por isso, acredita-se que são faculdades instrutórias.

Em relação à preclusão para o juiz na atividade probatória, existem dois pontos a serem ponderados. Primeiro, quando o juiz indefere uma determinada prova, e não há interposição de recurso das partes, nada impede que o magistrado volte atrás da sua decisão e determine a realização. Segundo, caso o juiz defira a prova a ser produzida, e não havendo recurso contra a decisão, o magistrado não poderá voltar atrás, havendo uma espécie de direito adquirido das partes (NEVES, 2018, p. 744).

Salienta-se que o recurso comentado anteriormente é a apelação, uma vez que a legislação processual não coloca as decisões sobre prova como recorríveis por agravo de instrumento (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 86-88). E sobre a decisão que defere a prova, embora o juiz não possa retroceder de ofício, nada impede que as partes concordem por não realizar, em razão do princípio da comunhão das provas (NEVES, 2018, p. 744-745).

2.5 PRINCÍPIOS ATINENTES À TEMÁTICA

Até este presente momento do trabalho, foram abordados alguns princípios que dialogam em certa medida com o direito à prova. Alguns desses princípios, além de outros, serão estudados de forma mais aprofundada, apontando os seus conceitos, bem como as definições legais ou constitucionais, de modo que possa contribuir para melhor elucidação dos tópicos que vão ser enfrentados no decorrer do trabalho.

Ao classificar os princípios, Robert Alexy (2008, pág. 86-91) estabelece que tal como as regras, os princípios são normas jurídicas. No entanto, o que diferencia as normas mencionadas é o fato do princípio possuir um maior grau de generalidade e ser um mandamento de otimização, fazendo com que o seu escopo seja realizado na maior medida possível. Diferentemente, as regras possuem um menor grau de generalidade e somente poderá ser ou não concretizada, não havendo aplicação na medida do possível.

Na lição de Ronald Dworkin (2002, p. 36):

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.

No tocante à diferenciação entre princípios e regras, o autor supracitado expressa que o primeiro possui uma dimensão de “peso ou importância” (se os princípios se inter cruzarem para resolver o conflito, será observado a força relativa de cada um), em relação ao último, entende-se que são aplicáveis à maneira do “tudo ou nada” (DWORKIN, 2002, p. 39-42).

2. 5.1 PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

O princípio da cooperação tem base legal no art. 6 do CPC, o qual estabelece que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Nota-se que o dispositivo é claro ao preceituar a importância da cooperação entre as partes, que embora possuam no processo interesses divergentes ou por vezes convergentes, buscam uma tutela efetiva.

Em relação à terminologia, torna-se necessário esclarecer que o princípio da cooperação também pode ser referido como princípio da colaboração. Isso porque, possuem “semântica e etimologia praticamente idênticas, bem como filosoficamente elas são abordadas de forma similar” (AURELI; ANDRIOTTI, 2021, p. 2).

Conforme fora abordado anteriormente ao tratar dos poderes instrutórios do juiz, existem três modelos de processo, o dispositivo, o inquisitivo e o cooperativo. O processo civil brasileiro é estruturado com base no princípio da cooperação, que por sua vez, tem como base para o seu surgimento os princípios do contraditório, autorregramento da vontade, devido processo legal e boa-fé processual (DIDIER JR, 2019, p. 156).

Em relação ao modelo de cooperativo de processo e a forma de enxergar a atuação do poder judiciário, Fredie Didier Jr (2019, p. 157) estabelece que:

Esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes. O contraditório é valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deve ser observada para que a decisão seja válida. Não por acaso, o art. 10 do CPC, já examinado, proíbe a decisão surpresa, impondo ao órgão julgador o dever de consulta.

Segundo Arlete Inês Aureli e Rommel Andriotti (2021, p. 4), o princípio da cooperação por estar intimamente ligado ao contraditório e à ampla defesa, garante às partes um maior protagonismo na relação processual, proporcionando também uma atuação mais ativa na busca pela efetividade da tutela jurisdicional. Por outro lado, as partes e o juiz podem vir a ser

responsabilizados por condutas contrárias à colaboração, por isso, entende-se que o princípio da cooperação também cria novos deveres aos sujeitos processuais.

Considera-se que o princípio da cooperação estipula deveres para os sujeitos do processo, não podendo os mesmos agirem de forma contrária à “comunidade processual de trabalho”, a qual o princípio em comento busca promover. Importante também esclarecer que, em razão do princípio da cooperação ser uma norma, a sua eficácia normativa não depende de uma regra, embora existam várias espalhadas pelo código (DIDIER JR, 2019, p. 159).

Neste contexto, em virtude do princípio da cooperação, as partes devem colaborar para que o processo seja decidido no menor tempo possível, não exercendo atitudes processuais procrastinatórias ou ilegítimas. Ainda, as partes devem sempre produzir provas das suas alegações e contribuir para que as demais provas sejam produzidas (AURELI; ANDRIOTTI, 2021, p. 3-4).

Na visão de Daniel Mitidero (2015, p. 2), a colaboração que se funda o processo é o dever de cooperar do juiz para com as partes e vice-versa. Portanto, na perspectiva do autor, não há que se falar em dever de colaboração entre as partes, uma vez que as mesmas assumem diferentes interesses no processo.

Ao contrário da ótica preceituada pelo autor supracitado, percebe-se que no entendimento de Fredie Dideir Jr (2019, p.159), “os deveres de cooperação são conteúdo de todas as relações jurídicas processuais que compõem o processo”, inclusive entre as próprias partes em sentido estrito (autor e réu), bem como em relação ao juiz e os auxiliares do processo.

No mesmo sentido, Arlete Inês Aureli e Rommel Andriotti (2021, p. 11) asseveram que, entender que o princípio da colaboração não gera deveres entre as partes é uma interpretação *contra legem* ao disposto no art. 6 do CPC. Além do mais, os deveres que decorrem da colaboração não obrigam as partes a ajudarem umas às outras, ao revés, envolve deveres destinados ao comprometimento com os legítimos resultados do processo.

Acerca dos deveres de cooperação, necessário destacar o posicionamento de Lorena Miranda Santos Barreiros (2011, p. 142):

Sobre os deveres de cooperação direcionados às partes, é imperioso concluir asseverando que a previsão não impõe ao processo civil cooperativo, necessariamente, um caráter autoritário ou antidemocrático. Ao revés, quando se tomam em consideração, de um lado, as garantias conferidas às partes no processo cooperativo (a exemplo do contraditório, a resguardar uma ampla participação no procedimento e poder de influência na formação do decisum a ser proferida pelo juiz) e, de outro, a previsão de deveres de cooperação também ao magistrado, que se

coloca numa posição de isonomia com a parte na condução do processo, reafirma-se a essência do processo civil calcado nessas bases.

Divide-se os deveres de colaboração entre os destinados aos magistrados e aqueles elencados para as partes. Para o magistrado, tem-se o dever de esclarecimento, dever de prevenção, dever de consulta e dever de auxílio. Já para as partes, existe o dever de não obstáculo, dever de preparação, dever de informação e dever de veracidade (AURELI; ANDRIOTTI, 2021, p. 6).

Por oportuno, é importante para o presente trabalho trazer à baila o dever de não obstáculo e o dever de informação, ambos atribuídos às partes no processo. Em virtude do dever de não obstáculo, as partes não podem se opor de forma injustificada ao prosseguimento da marcha processual, pois ao fazê-lo, as partes podem incorrer em litigância de má-fé (art. 80, IV, do CPC) pela “resistência injustificada”, ou em ato atentatório à dignidade da justiça (art. 77, IV, do CPC) por “criar embaraços à efetivação de decisão judicial” (AURELI; ANDRIOTTI, 2021, p. 12).

No tocante ao dever de informação, “as partes devem cooperar para produzir todos os esclarecimentos e provas necessárias para o deslinde da causa”. Do mesmo modo que o dever anterior (não obstáculo), caso a parte não colabore com o dever de informar, poderá arcar com ato atentatório à dignidade da justiça (podendo ser imposto astreintes), ou até mesmo haver presunção em desfavor da parte que não apresentou o documento, nos termos do art. 400, *caput*, do CPC (AURELI; ANDRIOTTI, 2021, p. 14).

Em relação à matéria probatória, o código de processo civil especifica vários dispositivos que versam sobre a colaboração, os quais são espalhados pelo código. Conforme fora abordado anteriormente (tópico 2.3 ônus da prova e dever de provar), o art. 378 é um desses dispositivos, que assegura o dever de colaborar com o poder judiciário para a busca da verdade (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 254).

No mais, destaca-se relevante atenção ao art. 400, parágrafo único, do CPC, pois assegura que em caso de violação ao dever de colaboração na exibição de documento, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias. Sendo um instrumento sancionatório mais grave, mas que tem como pretexto assegurar o dever de cooperação (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 254-255).

Em suma, o princípio da cooperação ou colaboração determina que desde o recebimento da petição inicial até a prestação da tutela jurisdicional efetiva, deve-se adotar uma postura

cooperativa, exigindo um juiz ativo e isonômico, bem como a participação ativa das partes (DORNELAS, 2015, p. 2-5).

2.5.2 PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE

Entende-se que o princípio da efetividade, tem como fulcro o art. 5, XXXV e LXXVII, da CF. O inciso XXXV, assegura que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, já o inciso LXXVII, garante que “à todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação”. Desse modo, o princípio em comento tem como base o direito à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva (NAGAO, 2012, p. 96-97).

Além de extrair o princípio da efetividade do seu corolário (princípio da inafastabilidade do poder judiciário, previsto no art. 5, XXXV, da CF), na perspectiva infralegal, a legislação processual civil estabelece o princípio da efetividade no seu art. 4, o qual determina que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluindo a atividade satisfativa” (DIDIER JR, 2019, p. 144-145).

Destaca-se, ainda, que através da cláusula geral do devido processo legal, também é possível extrair o princípio da efetividade, uma vez que “processo devido é processo efetivo”. Sem contar que, a importância do princípio da efetividade é tamanha, que é por meio dela que se garante o direito fundamental à tutela executiva (DIDIER JR, 2019, p. 144).

Na perspectiva processual civil, entende-se que a expressão efetividade está associada a ideia de que “o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais”. Destarte, diferente de outrora, atualmente “o processo não serve apenas para cumprir o escopo jurídico, sem se ater pelo social e pelo político” (DINAMARCO, 2013, p. 319).

Segundo o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco (2013, p. 320):

Pois a efetividade do processo, entendida como se propõe, significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade.

Desse modo, para o autor supracitado, o juiz deve manter vivo o empenho pelo efetivo comando do processo. Isso quer dizer que, a sua “preocupação pelo compromisso que têm

com a justiça será o melhor fator para uma participação mais efetiva, dando cumprimento aos ditames do processo civil como instrumento do Estado” (DINAMARCO, 2013, p. 321-322).

Conforme o entendimento preceituado por José Carlos Barbosa Moreira (1997, p. 197-198), o processo efetivo pode ser observado em cinco pontos essenciais:

- a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, que resultem de expressa previsão normativa, quer se possa interferir no sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares do direito (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quando puder, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhantemente resultado com o mínimo de dispêndio de tempo e energias.

Diante disso, verifica-se que a efetividade do processo não é visualizada de forma apartada, apenas compreendendo a decisão de mérito efetiva, ela é observada em todo o contexto procedimental, se conectando até mesmo com os mecanismos instrutórios que possibilitem a reconstrução fática. Conforme preceitua Eduardo Cambi (2001, p. 170), “a efetividade do direito à prova significa o reconhecimento da máxima potencialidade possível ao instrumento probatório”.

Embora seja denotada a importância do princípio da efetividade, José Carlos Barbosa Moreira (1997, p. 200) advertia sobre a existência de alguns riscos que envolvem à efetividade do processo. Um deles seria tentar arvorar a efetividade como valor absoluto, de modo que a busca por essa efetividade acabaria no sacrifício total de direitos dentro do processo. Outro ponto abordado pelo autor, seria o perigo de romper o equilíbrio do sistema, o que acontece quando se estende a duração razoável do processo por uma busca obsessiva de apuração dos fatos.

Assim, compreende-se que a busca pela efetividade não pode ser pautada apenas com base na celeridade, tampouco exclusivamente em relação ao fator segurança jurídica, pois acabaria ignorando o valor da justiça das decisões. Nesse passo, é por meio do equilíbrio das forças complementares que a efetividade vai ser alcançada (NAGAO, 2012, p. 99).

2.5.3 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

A Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentou o inciso LXXVIII ao artigo 5 da Constituição Federal, o qual estabelece que: “à todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Entende-se que a razoável duração do processo não pode ser interpretada como sinônimo de celeridade, de modo que a compreensão do inciso supracitado está direcionada aos meios capazes de “economizar a atividade jurisdicional no sentido de redução desta atividade, reduzindo o número de atos processuais e até mesmo a propositura de outras demandas”. Destarte, o que a duração razoável do processo propõe é a busca de um processo mais eficiente, sendo considerada uma faceta do dispositivo constitucional (BUENO, 2017, p. 73-74).

O princípio da eficiência no processo civil também resulta do art. 37, *caput*, da Carta Cidadã, uma vez que expressa o seguinte termo: “qualquer dos Poderes”. Portanto, não há como negar a sua incidência na perspectiva processual. Ademais, a legislação processual civil também estabelece o princípio em comento, por meio do art. 8, o qual afirma que o juiz deve prezar pela eficiência ao aplicar o ordenamento jurídico (DIDIER JR, 2019, p. 128-129).

Segundo o entendimento de Letícia Silva Amaral (2017, p. 52):

A inserção da eficiência no direito processual revela o descontentamento da sociedade com o serviço judiciário. O cerne do princípio consiste na ideia de produtividade e de economicidade, o que impõe aos atores processuais (partes, procuradores, juízes, serventuários e auxiliares da justiça) o desempenho de atribuições com presteza e rendimento, de maneira a alcançar o melhor resultado.

Diante disso, vislumbra-se a ideia de que o processo judicial deve ser eficiente, pois nada adianta a efetivação da tutela se a mesma for atendida através de uma dispendiosa marcha processual, a qual o seu fim não satisfaz o interesse pretendido pela parte (AMARAL, 2017, p. 52). Por esse ângulo, torna-se necessário distinguir efetividade e eficiência.

O processo efetivo é aquele que realiza o direito afirmado e reconhecido judicialmente. Em suma, a efetividade é uma medida de realização concreta, a qual existem sanções e instrumentos coercitivos para que ela seja alcançada. Por outro lado, o processo eficiente se mede através dos meios empregados e os resultados alcançados, ou seja, quanto mais eficiente o rendimento dos meios (pouco esforço e dispêndio, com melhor resultado possível) mais eficiente será o processo (CUNHA, 2014, p. 2).

No tocante à perspectiva probatória, é fundamental trazer à baila o princípio da máxima eficiência dos meios probatórios. Na lição de William Santos Ferreira (2014, p. 183-187),

“para aqueles que não admitem a inclusão da máxima eficiência dos meios probatórios como princípio, parece que não poderão negá-la como mecanismo de alcance da eficiência, determinada genericamente pelo art. 37 da CF”.

Conforme o entendimento do autor acima citado, a máxima eficiência dos meios probatórios é um princípio fundamental da prova cível, o qual estabelece “relevantes mandados a serem otimizados e que tem potencial para contribuir na melhor aplicação das regras aplicadas à prova”, contribuindo na busca pela “Justiça mais célere e efetiva” (FERREIRA, 2014, p. 187).

A máxima eficiência dos meios probatórios, além de ser ligado ao princípio da eficiência, também se relaciona com os princípios do contraditório e ampla defesa. Ademais, o princípio da máxima eficiência dos meios probatórios transmite a consecução de um fim, “o meio probatório deve ser o mais eficiente possível”, e indiretamente tem como fito instruir que dentre os modos de comportamento, seja escolhido aquele mais apto a alcançar o objetivo da prova deferida (FERREIRA, 2014, p. 184-187).

2.5.4 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Como bem apontado por Nelson Nery Jr (2010, p. 207), o direito constitucional brasileiro tem a tradição de adotar de forma expressa o princípio do contraditório, e isso fica nítido ao analisar as constituições passadas: art. 179, VIII, da CF de 1824; art. 172, §16, da CF de 1891; art. 113, “24”, da CF de 1934; art. 122, “11”, da CF de 1937; art. 141, §25, da CF de 1946; art. 150, §15, da CF de 1967 e art. 153, §15 da CF de 1969.

A Carta Cidadã vigente, por meio do art. 5, LVI, expressa que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes. Observa-se que a Constituição de 1988 inovou ao estabelecer o contraditório no processo civil e administrativo, haja vista que a constituição revogada era omissa nesse sentido, apenas conferindo o contraditório ao processo penal (NERY JR, 2010, p. 208).

Segundo assevera Fredie Didier Jr (2019, p. 106-107), “o princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório”. Nesta linha, percebe-se que o contraditório é um elemento imprescindível para um processo democrático.

Na sua versão tradicional, o contraditório era mais restritivo, pois apenas conferia às partes o direito de cientificação dos atos processuais e obediência à bilateralidade da audiência. Todavia, essa percepção fora alterada, de modo que atualmente o contraditório é observado em uma visão ampla, sendo uma garantia de efetiva participação das partes no desenvolvimento do processo (CUNHA, 2012, p. 8-9).

É possível extrair duas garantias do princípio do contraditório: a) direito de participação (audiência, comunicação e ciência); e b) possibilidade de influência na decisão. Entende-se que a garantia de participação é a dimensão formal do princípio, a qual remonta a visão tradicional deste. No que concerne à garantia de influência na decisão, trata-se da dimensão substancial do princípio, caracterizada no direito das partes de interferir no processo demonstrando os fatos, argumentos, ideias, etc (DIDIER JR, 2019, p. 107).

Em relação à dimensão substancial do contraditório, entende-se que corresponde ao princípio da ampla defesa, sendo considerada como “um conjunto de meios adequados para o exercício do contraditório”. Destarte, interpreta-se que ambos os princípios se fundiram, formando um único direito fundamental, não sendo à toa que ambos são previstos no mesmo dispositivo constitucional (DIDIER JR, 2019, p. 115).

Na perspectiva infraconstitucional, o princípio do contraditório está previsto nos artigos 7, 9 e 10 do Código de Processo Civil, ambos no capítulo que trata das “Normas Fundamentais” (ARSUFF, 2018, p. 48). O art. 7 do CPC estabelece o direito às partes na paridade de tratamento em relação aos direitos e faculdades processuais, cabendo ao juiz garantir o efetivo contraditório. Essa é ratificada no art. 139, I, do CPC, o qual estabelece que o juiz deve assegurar às partes igualdade de tratamento (DIDIER JR, 2019, p. 113).

Embora o tema fora introduzido ao tratar do princípio da cooperação, cabe salientar que é por meio da dimensão substancial do contraditório que existe o impedimento da prolação de decisão surpresa, haja vista que mesmo se tratando de matéria de ofício, as partes possuem a garantia fundamental de se manifestar acerca da decisão (DIDIER JR, 2019, p. 107-108).

A título de exemplo, o juiz ao expedir ordem ou mandado de cumprimento, deve estabelecer que a postura recalcitrante da parte poderá ensejar multa. Se assim não o fizer, a multa aplicada posteriormente será nula por arrepio ao contraditório (DIDIER JR, 2019, p. 107-108).

Essa vedação à decisão surpresa está prevista no art. 9 do CPC, o qual expressa que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”. Isso porque, o

contraditório moderno conforme fora comentado, não assegura apenas o direito de participação, mas também o direito de influenciar a decisão. No mesmo dispositivo legal, existem exceções expressas nos incisos (I, II e III), porém não afastam o contraditório em definitivo, apenas o posterga para momento ulterior (THEODORO JR, 2015, p. 111-112).

Ademais, o princípio do contraditório também proíbe a não surpresa através do art. 10 do CPC, na medida em que determina que o magistrado não poderá decidir em qualquer grau de jurisdição, mediante fundamento não submetido à manifestação das partes. Inclusive, tal proibição serve até mesmo para os casos em que o juiz possa decidir de ofício (THEODOR JR, 2015, p. 111).

No que tange a relação entre contraditório e direito à prova, já fora abordado no presente estudo que o último tem o primeiro como fundamento para se tornar uma garantia fundamental. Sobre a temática, Nelson Nery Jr (2010, p. 211) estabelece que:

O direito à prova, manifestação do contraditório no processo, significa que as partes têm o direito de realizar a prova de suas alegações, bem como de fazer contraprova do que tiver ido alegado pela parte contrária. O destinatário da prova é o processo e não o juiz, de modo que não se pode indeferir a realização de determinada prova sob fundamento de que o julgador se encontra convencido da existência do fato probando ou da própria questão incidental ou de mérito posta em causa.

Nessa toada, a concepção do autor supracitado chama atenção no sentido de que não basta o juiz formar a sua convicção no processo, torna-se necessário que as partes produzam as provas necessárias para que não ocorra eventual cerceamento de defesa, ou seja, afronta ao contraditório que acarreta em nulidade da decisão (NERY JR, 2010, p. 211-212). Destaca-se que anteriormente fora abordado que o destinatário da prova é tanto o juiz quanto as partes (DIDIER JR; BRGA; OLIVEIRA, 2016, p. 57).

Sobre o parágrafo anterior, torna-se necessário fazer uma pequena digressão. O cerceamento de defesa somente não acontecerá caso a decisão do juiz esteja pautada em uma das hipóteses de julgamento antecipado do mérito, prevista no art. 355, I e II, do CPC (NEVES, 2018, p. 699-701).

Nota-se que o art. 355, I, do CPC, estabelece a situação em que o magistrado não verifica a necessidade de produção de novas provas, sendo possível ocorrer quando o processo é pautado a questões de direito ou mesmo havendo questão de fato, estas não exijam provas (notórios, incontrovertidos, presumidos). Já o inciso II do dispositivo em comento, tem como pressuposto para a sua aplicação o réu revel, tal como mais dois requisitos cumulativos: a veracidade dos fatos presumida pelo juiz e a não existência de pedido de provas pelo réu (NEVES, 2018, p. 699-701).

3 PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

Para melhor entender a sistemática da produção antecipada de provas, é preciso compreender que é por meio do direito à prova, que por sua vez, trata-se de um direito fundamental de conteúdo complexo, que se extrai uma das suas facetas, que é o direito à produção da prova. Destarte, em virtude da sua relevância, o regramento processual civil estipulou a possibilidade desta produção ocorrer de forma autônoma ao processo declaratório, por meio da produção autônoma da prova (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 141).

Tem-se como finalidade da ação de produção antecipada de provas, apenas a certificação e efetivação da prova produzida, possibilitando que as partes possam buscar e acessar a prova de forma prévia ao eventual litígio, ainda que este não ocorra (DIDIER JR; BRAGA, 2013, 13-45). Também, destaca-se que o magistrado não poderá discorrer sobre fatos ou situações jurídicas, haja vista que é uma restrição prevista no art. 382, §2, do CPC.

Acrescenta-se que, a produção antecipada de provas por deter caráter autônomo, serve para avaliar ou não chances de lograr êxito em uma futura demanda, estimar possíveis dispêndios e avaliar a possibilidade de autocomposição. Ainda, torna-se importante para delinear melhor os fatos e verificar se a ação judicial será decisiva ou não, podendo evitar o seu ajuizamento. Nesta perspectiva, ainda que a prova não cumpra seu caráter de instrumentalidade (utilização no processo declaratório futuro), ela possibilita que as partes adotem posturas fora do processo (TALAMINI, 2016, p. 2).

Diante disso, embora seja melhor trabalhado no subtópico posterior, cumpre esclarecer que nem sempre a produção antecipada da prova possuiu caráter autônomo, sendo que sob a égide do CPC de 73 ela detinha caráter apenas cautelar, portanto, precisando que existisse o *periculum in mora* para produzir uma prova antes do processo principal (NEVES, 2018, p. 755). Com o advento do CPC de 2015, a urgência se mantém como uma das formas de cabimento da demanda, mas cria duas outras por meio do art. 381, II e III (viabilizar a autocomposição e evitar o ajuizamento da ação), passando o procedimento a possuir natureza satisfativa (CARVALHO FILHO, 2017, p. 172-173).

Em síntese, conforme assevera Eduardo Talamini (2016, p.2), a produção antecipada da prova tem como característica ser um procedimento sumário, pois acaba por excluir a defesa e recurso, também possui cognição sumária horizontal (juiz averigua de forma breve os

pressupostos para antecipação) e vertical (não há manifestação sobre o mérito da suposta pretensão futura ou defesa que a prova será utilizada). Cumpre destacar que, em relação à forma de interpretar a limitação ao direito a defesa e ao recurso, previsto no art. 382, §4, do CPC, será melhor demonstrado no presente estudo.

Vale ressaltar a natureza dúplice da produção antecipada de provas, pois a prova requerida pelo autor poderá, quanto ao seu conteúdo, vir a favorecer o réu sem que tenha sido necessário o alargamento do objeto do processo, deduzindo um outro pedido. Compreende-se também que, o conteúdo desfavorável ao réu atende, em certa medida, ao interesse da parte desfavorecida, pois o adverte do resultado que poderá ocorrer no processo de declaração de direito. Afinal, “pior que uma prova desfavorável é uma sentença desfavorável” (YARHSELL, 2016, p. 1162).

No que tange a sua nomenclatura, é preciso apresentar duas correntes. Segundo Marinoni e Arenhart (2018, p. 9-10), entende-se que não seria correto falar em produção antecipada de provas, uma vez que ao contrário do título previsto no art. 381 do CPC, a medida somente fixa a prova que possa vir a ser utilizada em processo futuro (dependendo de requerimento e admissão para o seu ingresso na demanda principal). Além disso, o magistrado da demanda futura não está vinculado à admissão do transporte da prova, portanto, firma que o termo adequado seria “asseguração”.

Ao revés, João Francisco Liberato de Mattos Carvalho Filho (2017, p. 49) expressa que o fato de existir fase posterior (processo principal) não significa que a prova não fora produzida, mas tão somente que ainda não ocorreu a sua valoração. De igual modo, Thais Paschoal Lunardi (2018, p. 216-217) afirma que, pensar que seria apenas asseguração da prova iria de encontro a existência de um direito autônomo à prova. Inclusive, a afirmação da primeira corrente acaba por olvidar que a produção autônoma também abarca a formação da prova sem estar vinculada a urgência.

Trazendo uma temática que já fora estudado no presente trabalho (destinatário da prova), verifica-se que a produção autônoma da prova é uma das formas de repensar o conceito clássico de juiz como único destinatário das provas, haja vista que no procedimento em comento, supera-se a ideia de lide e de sucumbente, pois a prova obtida não pode ser valorada, logo, as partes como destinatárias podem não ingressar com a ação ou exercer determinadas posturas de forma extraprocessual (CARVALHO FILHO, 2017, p. 64).

3.1 A PERSPECTIVA DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS MEDIANTE O CPC

73

No capítulo destinado às ações probatórias cautelares, o CPC de 73 estipulava três que serviriam para assegurar a prova para ser utilizada no processo de conhecimento, são elas: produção antecipada de provas (arts. 846 a 851), justificação (arts. 861 a 866) e exibição de documento ou coisa (arts. 844 a 845). Conforme já fora exposto de forma sucinta, na perspectiva do código revogado, não se tinha a produção antecipada da prova como ação autônoma, de modo que a produção da prova estaria baseada somente no receio do seu perecimento ou em razão da dificuldade ou impossibilidade da sua produção (DIDIER JR; BRAGA, 2013, 13-45).

Neste sentido, na vigência do CPC de 73, sendo a produção antecipada da prova uma medida de natureza cautelar, ela estaria condicionada a demonstração por parte do interessado, no interesse na obtenção da prova para o uso na demanda principal. Em suma, a demonstração da necessidade da prova para ser utilizada em outro processo era *conditio sine qua non* para ensejar a propositura da produção da prova (CARVALHO FILHO, 2017, 51).

Desde a vigência do CPC anterior, a doutrina se questionava sobre a natureza cautelar da produção antecipada da prova. Segundo Luiz Fux (2005, p. 1633-1634), a produção antecipada da prova possuía natureza meramente cautelar, haja vista que teria como pressuposto o perigo da demora. Na lição de Daniel Neves (2008, p. 495-501), o perigo da demora deveria ser repensado para além da preservação da prova, tornando necessária para melhor municiar o autor da demanda, sendo igualmente essencial para assegurar um resultado útil e eficaz no processo futuro.

Em entendimento diferenciado à época, Marinoni e Arenhart (2008, p. 258-259), depreendia que a produção antecipada da prova só haveria sentido nos moldes do CPC de 73 caso estivesse associada ao perigo da demora. Conquanto, negam a natureza cautelar, pois a produção da prova não se presta a tutelar algum direito, nem assegurar uma situação jurídica. Ainda, entendem que o risco da demora está associado apenas ao direito processual, não havendo ligação com o direito material.

Conforme o entendimento de Fredie Didier Jr e Paula Sarno Braga (2013, p. 20), a produção antecipada da prova prevista no CPC de 73 não teria natureza cautelar e, tampouco teria necessariamente como pressuposto o requisito do perigo da demora para a sua

admissibilidade, sendo um direito satisfativo e autônomo à prova. Entende-se os doutrinadores que, “a proposta não é rejeitar o regramento já existente no CPC/1973 para essas medidas probatórias ditas equivocadamente cautelares. É o caso de aproveitá-lo e aplicá-lo, nos termos da melhor leitura doutrinária e jurisprudencial”.

Tal entendimento, vai ao encontro do que é exposto por Flávio Luiz Yarshell (2009, p. 312-313), de modo que na lição do autor, a produção antecipada de provas é uma prerrogativa das partes em acessar a jurisdição para a obtenção da prova, almejando esclarecer os fatos dela decorrentes, sem estar condicionado diretamente com uma declaração do direito material e muito menos tendo a urgência como justificativa. Para o autor, o instituto trabalhado coaduna com o “princípio geral da prevenção que é inerente à garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional e com um direito à adequada cognição” (YARSHELL, 2009, p. 313).

Ponto a ser ponderado é que na ação cautelar de produção antecipada de provas não havia exigência das partes em propor a ação principal, não se comunicando com a previsão do art. 806 e 808, II, do CPC de 73, os quais estipulavam um determinado período para propor a ação após efetivada a medida cautelar. Através disso, seria um indicio que reforçava a sua autonomia, de modo que ofuscava a sua natureza cautelar (YARSHELL, 2009, p. 420).

Superada as questões que giram em torno da natureza do instituto da produção antecipada, que eram caras desde o código anterior, torna-se necessário dimensionar quais as provas poderiam ser produzidas. Os meios de provas eram restringidos, sendo que por previsão legal art. 846 e 849, do CPC/73, só era possível requerer o interrogatório da parte, à inquirição da testemunha e o exame pericial. Ressalta-se que em ambos os casos, tinha como premissa a conservação da prova, evitando o seu perecimento, resguardando a sua utilidade no processo futuro, não se esgotando a produção em si mesma (CALDAS; JOBIM; 2018, p. 685).

Acerca da prova oral, conforme já estabelecido, poderia ocorrer através da inquirição de testemunhas ou por meio do interrogatório da parte. Ocorre que, diferente do primeiro, o último não era previsto no CPC como um meio de prova, somente o depoimento pessoal tinha previsão legal. A distinção entre os institutos do interrogatório da parte e o depoimento pessoal poderiam ser observados através de cinco apontamentos (NEVES, 2008, p. 179):

- (i) enquanto o interrogatório é determinado de ofício pelo juiz, o depoimento pessoal é requerido pela parte contrária; (ii) o interrogatório é produzido a qualquer momento do processo, enquanto o depoimento pessoal é, em regra, produzido na audiência de instrução e julgamento; (iii) o objeto do interrogatório é o esclarecimento de fatos e o do depoimento pessoal é a obtenção da confissão; (iv) o interrogatório pode ser realizado quantas vezes o juiz entender necessário, enquanto

o depoimento pessoal é colhido somente uma vez; (v) no interrogatório, somente o juiz pode fazer perguntas, enquanto no depoimento pessoal o patrono que requereu a produção da prova também poderá fazer perguntas.

Em razão das diferenças, entende-se que existe duas críticas necessárias. A primeira diz respeito a um contrassenso, uma vez que o requerente pede o interrogatório por meio da inicial, mas conforme se observou, a providência é determinada de ofício pelo juiz. Em segundo, a participação do requerente durante a colheita da prova oral não é observada, não podendo participar ativamente. Neste sentido, entende-se que existe uma impropriedade em utilizar o termo interrogatório da parte, trata-se em verdade de um depoimento pessoal que a produção antecipada da prova se presta a colher (NEVES, 2008, p. 180).

Referente a inquirição de testemunhas, compreende-se que não existiam grandes discussões quanto ao seu objeto, sendo admitido o requerimento de oitiva de qualquer terceiro ao processo, para que possa atuar como testemunha. No que tange a prova pericial, se tratando de produção antecipada, a previsão legal estava insculpida no art. 846 e 850 do CPC de 73, sendo que o último fazia menção ao art. 420 a 439, pois indicava que todas as formas de perícia poderiam ser produzidas no procedimento cautelar. Destaca-se que o Código Civil de 2002 passou a denominar tão somente o termo genérico “perícia”, passando a abandonar a distinção feita pelo CPC de 73 entre prova pericial nas quatro espécies: exame, vistoria, avaliação e arbitramento (NEVES, 2008, p. 180- 187).

Existe também o entendimento que, a possibilidade de realização da prova pericial deve ser observada de forma ampla e abstrata, para que possa ser admitida todas as modalidades periciais, inclusive em interpretação mais extensiva, abarcando a possibilidade do magistrado se valer da inspeção judicial (DIDIER JR; BRAGA, 2013, p. 29-30). Com a ressalva da prova documental, os autores tinham como norte a admissão de todos os meios de prova na produção antecipada, em proteção ao princípio da liberdade dos meios de prova previsto no art. 332 do CPC de 73.

As questões mais aprofundadas acerca dos meios de prova e os limites cognitivos do juiz no instituto em análise, serão trabalhadas de forma mais detalhada no tópico próprio (III.6 – Aplicabilidade dos meios de provas).

Na vigência do CPC de 73, em virtude da natureza cautelar da produção antecipada de provas, o seu ajuizamento deveria ser realizado perante o juiz competente para julgar a demanda principal, de acordo com a regra geral do código prevista no art. 800 (CARVALHO FILHO, 2017, p. 52). Entretanto, admitia-se exceções para essa regra de competência, nos casos em que existisse uma extrema urgência, configurada quando a prova a ser produzida restaria em

uma distância muito grande em relação ao juiz competente, o que poderia acarretar em uma morosidade para a efetivação da tutela, tornando-a inócua e imprestável (THEODORO JR, 2005, p. 312-320).

Na lição de Marinoni e Arenhart (2008, p. 270-271), a antecipação da prova poderia deveria ser realizada no lugar mais conveniente para alcançar a sua efetividade, sendo inadequado a regra de competência fixada no CPC de 73. Ainda, os autores vão além, afirmando que em virtude da regra da identidade física do juiz, o juízo onde fora protocolada a ação de produção antecipada de provas se tornaria competente para julgar a eventual demanda declaratória.

Em relação à possibilidade ou impossibilidade de apresentar contestação, o código anterior era silente, não existindo qualquer menção sobre. Ao enfrentar a discussão sobre essa lacuna legislativa, parte da doutrina entendeu ser admissível a contestação, mas seu objeto apenas poderia recair sobre ilegitimidade, admissibilidade e o não cabimento da medida, jamais podendo arguir questões de mérito (MARINONI; ARENHART, 2008, 267; THEODORO JR, 2005, p. 320).

Fazendo uma interpretação em harmonia com a Constituição Federal, Fredie Didier Jr e Paula Sarno (2013, 36-37), afirmavam que o correto seria admitir defesa e recurso na produção antecipada de provas, portanto, assegurando o direito ao contraditório e a ampla defesa. Além de tudo, também seria preciso permitir que a contraparte (o interessado que fora demandado) pudesse requerer a produção da prova que lhe entendesse cabível.

Em entendimento diverso, Ovídio Araújo Baptista Silva (2000, p. 402-403) defendia que em virtude do art. 848, parágrafo único, do CPC de 73, não ter previsão expressa de citação do interessado na produção antecipada de provas, e sim de intimação, acabaria por afastar a necessidade de apresentação de contestação. Porém, não negava a possibilidade de existir um contraditório diferenciado, que seria pautado na admissibilidade da demanda cautelar e também em aspectos do mérito da produção da prova (relacionado ao direito de produzir a prova e não sobre o mérito da demanda futura).

3.2 FUNDAMENTOS QUE ENSEJAM A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NO CPC DE 2015 E SEU CARÁTER NÃO EXAUSTIVO

Conforme já abordado no presente estudo, a produção antecipada de provas perdeu sua natureza cautelar com o advento do CPC de 2015, passando a deter natureza satisfativa, possuindo status de direito autônomo (NEVES, 2018, p. 755).

Segundo Flávio Luiz Yarshell (2016, p. 1150-1151), “ao desvincular a medida do requisito do perigo, o CPC de 2015 positivou o que se pode qualificar como direito autônomo à prova”. A medida probatória autônoma se encontra como fundamento no direito de ação, previsto no art. 5, XXXV, da CF/88, a qual autoriza o interessado a postular perante o poder judiciário almejando a produção de uma prova, sem ter como premissa a declaração de um direito material.

Ainda, entende-se que o direito à prova não se funda apenas em um escopo jurídico, possuindo também um escopo social, na medida em que, se o interessado estiver melhor munido, tendo um maior conhecimento da controvérsia, melhor vai ser as suas chances de “propor uma ação bem instruída, de evitar o ajuizamento da ação ou de transigir” (YARSHELL, 2016, p. 1151).

Apesar da superação dos moldes previstos no CPC de 73, o código vigente manteve através do seu art. 381, I, o *periculum in mora* que era próprio das cautelares probatórias. Desse modo, cria como uma espécie para o cabimento da produção antecipada de provas, a necessidade do receio do perecimento da prova, de modo que ela possa se tornar difícil ou impossível de ser realizada. Aspecto importante a ser mensurado, é o fato da legislação atual não condicionar o cabimento da medida a determinados meios de provas, conforme ocorria por meio do art. 847, II e 849 do código anterior (CALDAS; JOBIM, 2018, p. 688).

Tem-se como inovação as hipóteses previstas no art. 381, II e III, do CPC, as quais possibilitam a produção antecipada da prova desvinculada com o requisito do perigo da perda da prova (ALVES, 2018, p. 700). O inciso II, traz como modalidade de cabimento a situação em que a prova produzida de forma antecipada é necessária para viabilizar a autocomposição. Trata-se de uma inovação de grande valia, uma vez que a indefinição fática acaba prejudicando as tentativas de conciliação entre as partes, pois acabam tendo uma percepção incompleta da situação jurídica que envolve a demanda (NEVES, 2018, p. 755).

De acordo com João Francisco Liberato de Mattos Carvalho Filho (2017, p. 108-110), o raciocínio do legislador é evitar a deflagração de um processo ordinário e toda a sua complexidade. Portanto, por meio de um procedimento mais célere, de cognição limitada, que

tem por único objetivo a produção da prova, as partes podem através da informação dela contida, viabilizar uma autocomposição.

Neste sentido, entende-se que a autocomposição não é algo fácil de alcançar, e pensar de forma diversa seria subestimar a capacidade das partes e dos seus advogados acerca das eventuais controvérsias. Logo, quanto maior os esclarecimentos acerca dos fatos, maior a probabilidade da autocomposição, sendo essa a proposta do Estado ao colocar a produção antecipada da prova como um meio adequado para alcançá-la (YARSHELL, 2016, p. 1156).

Ainda, destaca-se que não há óbice para que a conciliação das partes ocorra pelo juízo da produção antecipada de provas, antes da admissão da prova ou quando estão sendo efetivadas as providências da instrução, pois o art. 3, §2, do CPC estimula as formas autocompositivas de resolução de conflitos a qualquer tempo (YARSHELL, 2016, p. 1156).

A hipótese prevista no art. 381, III, do CPC, tem como função o prévio conhecimento dos fatos para que possa evitar o ajuizamento da ação. Segundo Thais Amoroso Paschoal Lunardi (2018, p. 198-199), acaba se extraindo uma forma de cabimento ampliativa, de modo que possibilita a propositura da produção autônoma da prova, desde que demonstre minimamente nos fatos que pretende esclarecer o seu potencial para ajuizar uma demanda futura.

Ademais, a autora retomada assevera que, “a técnica de produção antecipada de provas é relevante instrumento de gestão da prova e do processo”, o que viabiliza a tomada de decisões através da prova produzida, de modo que pode vir a acarretar no desestímulo da demanda principal, o que acaba influenciando na diminuição da quantidade de processos perante o Poder Judiciário (LUNARDI, 2018, p. 199).

Importante destacar que em todas as hipóteses da produção antecipada de provas, tem-se como objetivo a melhor investigação dos fatos, “contribuindo para o alcance da eficiência e efetividade na prestação jurisdicional” (LUNARDI, 2018, p. 203). Neste sentido, entende-se que há fungibilidade entre os fundamentos que ensejam a produção antecipada de provas, de modo que possa existir proximidade entre as hipóteses de cabimento (TALAMINI, 2016, p. 4).

O CPC de 2015 ainda expressa mais duas hipóteses de cabimento, previstas no art. 381, §1 e §5. Em relação ao §1, trata-se de arrolamento de bens com finalidade meramente probatória, de modo que possa evidenciar quais são os bens que compõem uma universalidade, sendo medida preparatória para uma futura ação de inventário e partilha, ou mesmo sua titularidade (NEVES, 2018, p. 756).

No que diz respeito ao §5 do artigo acima referido, trata-se de ação de justificação que fora unificada na produção antecipada de provas (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 145-146). A hipótese não tem caráter contencioso, servindo apenas para “justificar a existência de algum fato ou relação jurídica para simples documento”, conforme a disposição legal. Por inexistir caráter contencioso, dispensa-se a citação da parte contrária, nos termos do art. 382, §1, do CPC.

Muito embora o CPC de 2015 elenque as hipóteses de cabimento da produção antecipada, as quais aqui foram abordadas, entende-se que o caráter previsto no art. 381 não é taxativo, conforme a posição de Eduardo Talamini (2016, p. 5):

Os mesmos fundamentos que justificavam a extensão do emprego da produção antecipada a situações não urgentes, no Código de 1973, justificam agora sua utilização em hipóteses que não se enquadram no rol legalmente estipulado: reconhecimento do direito autônomo à prova; garantia da universalidade da tutela jurisdicional; economia processual – e assim por diante.

Trata-se de um rol exemplificativo, onde as partes podem se valer da produção antecipada de provas para viabilizar a admissibilidade de uma demanda futura, conforme ocorre nos casos em que se pretende formular um pedido líquido e precisa da quantificação por meio de perícia antecipada, ou até mesmo constituir documento indispensável para ação monitória ou mandado de segurança (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 145).

Nesse caminhar, seria possível que a prova produzida por meio da produção autônoma, tenha como fundamento a sua utilização em um processo administrativo ou até mesmo no processo arbitral. No que tange ao último, a possibilidade encontra óbice somente se existir urgência para aguardar o início da arbitragem, tirando tal hipótese, poderia produzir provas de forma antecipada para melhor definir os fatos da pretensão (saber ou não se está abarcada na convenção arbitral), ou até mesmo se tratando de uma produção singela, a qual dispensa a extrema onerosidade, complexidade e demora de constituir um tribunal arbitral (TALAMINI, 2016, p. 7; CARVALHO FILHO, 2017, p. 123-125).

Apesar dos avanços da legislação processual, é preciso destacar que não se compreende que o Poder Judiciário fora convertido em órgão consultor. Ao revés, é dever do judiciário estabelecer alternativas que melhorem a tutela jurisdicional, evitando ações infundadas e corroborando com o escopo social. Desse modo, apesar da produção antecipada da prova não estar mais condicionada ao perigo da demora, a medida tem como requisito a observância do interesse e utilidade (CARVALHO FILHO, 2017, p. 125-128).

3.3 NATUREZA JURÍDICA DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

Sob a égide do CPC de 73, Leonardo Greco (2003, p. 27-28) asseverava que, os procedimentos de jurisdição voluntária estariam divididos em “receptícios, probatórios, os declaratórios, os constitutivos, os executórios e os exclusivamente tutelares”. Em relação aos probatórios, o que de fato é importante para este estudo, entende-se que a antiga ação cautelar de justificação, a qual teria como finalidade apenas assegurar a prova de um fato, teria natureza de jurisdição voluntária.

No que concerne à produção antecipada de provas e a exibição de documento ou coisa, o autor retromencionado concorda com José Maria Tesheiner, entendendo que “terão natureza contenciosa ou voluntária conforme o processo principal a que sirvam, tenham uma ou outra natureza” (GRECO, 2003, p. 28; TESHEINER, 1992, p. 156-161).

Importante destacar que atualmente a ação de justificação e exibição de documento ou coisa perderam sua natureza cautelar, agora, ambas foram somadas a produção antecipada de provas, que por sua vez deu origem à ação probatória autônoma (NEVES, 2018, p. 755-759). Em relação à natureza do procedimento, o autor entende ser contenciosa até nos casos em que a própria lei dispensa a citação do interessado por não ter caráter contencioso, conforme art. 382, §1, do CPC, pois apesar de não ser utilizada em processo futuro, nunca será apta a resolver a dúvida apenas do requerente.

Nesta perspectiva, Arthur Ferrari Arsuff (2018, p. 28-38), aduz que a produção antecipada de provas mesmo consistindo em direito autônomo à prova, possui caráter contencioso, uma vez que tal característica não está relacionada ao direito material, mas sim sobre as questões atinentes a prova e os limites da sua produção. A exemplo, quando uma das partes estiver em posse de documento que pretenda ser exibido e passe a questionar a necessidade de sua exibição ou alegar seu sigilo profissional ou de propriedade intelectual.

Humberto Theodoro Jr (2018, 911-912) afirma que o CPC de 2015 assegura a existência de um direito subjetivo à prova, que por sua vez, é tutelado por meio de procedimento próprio, sem ter efeito contencioso imediato. Segundo Arthur Ferrari Arsuff (2018, p. 34), o pensamento de Humberto não seria correto, pois o que caracteriza a demanda ser de natureza contenciosa é o seu potencial, o qual poderá ensejar conflitos acerca da produção.

Conforme o entendimento de Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2016, p.142-143), a natureza jurídica da produção antecipada de provas é de

jurisdição voluntária, de modo que “a discussão acerca de poder haver conflito quanto à existência do direito à prova não o desnatura”, haja vista que é próprio da jurisdição voluntária o conflito de forma potencial.

Em outra perspectiva, Eduardo Talamini (2016, p.3) afirma que a produção autônoma da prova não se trata de uma “simples jurisdição voluntária”, pois ao mesmo tempo que está inserida em um contexto de conflito, o qual não tem escopo para resolvê-lo, ela pode se encontrar em um conflito atinente à produção da prova.

Embora exista essa discussão acerca da natureza da produção antecipada da prova, se ela é de jurisdição voluntária ou contenciosa, João Francisco Liberato de Mattos Carvalho (2017, p. 94) compreende que “não é possível tachar tal definição em abstrato, tampouco vincular o enquadramento em eventual ação futura”. Desse modo, levando em consideração que o procedimento é complexo, somente seria possível verificar a sua natureza no caso concreto.

3.4 APLICABILIDADE DOS MEIOS DE PROVAS

Ao contrário do que era expresso no CPC de 73, o qual condicionava a produção antecipada de provas apenas aos meios de prova oral ou pericial, o CPC de 2015 não possui caráter restritivo. Desse modo, entende-se que a produção autônoma comporta qualquer meio de prova, possuindo uma característica ampliativa (TALAMINI, 2016, p. 7).

Partindo de tal premissa, o tópico estaria findado com apenas um parágrafo. Todavia, a doutrina diverge acerca dos meios de provas que podem ser utilizados na produção autônoma, uma vez que o instituto possui características próprias e algumas medidas instrutórias não se compatibilizam com o mesmo (MARINONI; ARENHART, 2018, p.10-14).

Segundo Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2018, p. 10-11), no tocante às fontes orais de provas, a produção autônoma da prova não comporta o interrogatório livre, haja vista que é uma medida realizada de ofício pelo juiz para o esclarecimento de fatos controvertidos no processo, previsto no art. 139, VIII e 385, parte final, do CPC. Em relação ao depoimento pessoal, entendem ser plenamente cabível, mas as consequências da colheita do depoimento (confissão ficta ou efetiva) não se coadunam com a produção antecipada de provas, pois o juízo simplesmente assegura a prova, sendo papel do juiz do processo principal avaliar e aplicar a sanção de confissão.

Ao revés, Eduardo Talamini (2016, p.8) entende que a consequência do depoimento pessoal pode ser reconhecida pelo juízo da produção autônoma da prova, uma vez que a confissão é um meio de prova e pode ocorrer até de forma extrajudicial. No procedimento em discussão, não cabe a confissão ficta, uma vez que o juiz teria que valorar a prova e, ainda não estaria posto as pretensões e defesas cujo a confissão poderia incidir. Desse modo, caberia ao juízo do processo futuro “avaliar a conduta omissiva ou renitente da parte”.

Fredie Didier Jr. e Paula Sarno Braga (2013, p.28) avançam na discussão e expressam que a melhor postura seria considerar o depoimento pessoal plenamente harmônico com a produção antecipada da prova, de modo que poderia ensejar a confissão real/efetiva e, até mesmo a ficta, desde que o mandado de intimação conste a advertência de forma prévia. Desse modo, sendo a confissão a finalidade que se pretende o depoimento, pensar diferente seria tornar a ação ineficiente.

Entender pela impossibilidade da confissão ficta do instituto em análise, poderia gerar a ausência de efetividade da ação, pois acabaria não tendo o temor estabelecido pela confissão. Portanto, para não frustrar o procedimento, entende-se que o juiz no processo principal deverá avaliar a postura da parte que se omitiu, considerando a possibilidade de ter uma presunção pelo receio da verdade (NEVES, 2009, p. 181-185).

Ainda sobre os meios de prova orais, a prova testemunhal assume especial importância para destacar a diretriz que o magistrado da produção antecipada da prova não poderá adentrar sobre a sua valoração. Destarte, o juízo deve se abster de qualquer discussão acerca da inadmissibilidade da prova no processo futuro, inclusive sob o argumento da testemunha ter interesse na produção da prova futura, onde ela será utilizada (TALAMINI, 2016, p. 8).

Para quem entende que a produção autônoma não produz a prova, apenas a assegura, assevera que não se pode inadmitir a colheita do depoimento da testemunha, sob o argumento da inexistência do dever de depor (art. 448 do CPC), de modo que só cabe ao juízo do processo principal apreciar a valoração, cabendo ao juiz da asseguarção apenas registrar a negativa arguida pela testemunha (MARINONI; ARENHART, 2018, p. 12).

Referente a acareação de testemunhas, há quem defenda pela impossibilidade, pois acabaria adentrando sobre a avaliação do depoimento (MARINONI; ARENHART, 2018, p. 12). Todavia, para Eduardo Talamini (2016, p. 8), existem situações que o interesse na acareação pode residir, bastando ressaltar as hipóteses de urgência, onde a testemunha poderá estar impossibilitada de depor no futuro, ou até mesmo na situação que a parte precisa de um

melhor panorama sobre os fatos, para avaliar suas chances de litigar ou não. Em tais situações, deve-se “privilegiar o princípio da ampla admissibilidade em detrimento da regra da impossibilidade de valoração probatória”.

Passando para a prova pericial, destaca-se a sua admissão de forma ampliativa, agora não mais apenas pautada na urgência como era expresso no código revogado. Assim, em futuras pretensões de má execução de obra de engenharia ou de abuso de gestão de sociedade, que torna difícil o autor precisar os fatos com segurança, pode-se ajuizar a produção antecipada da prova para a realização da prova pericial, almejando uma melhor delimitação dos fatos, oportunizando também a autocomposição (THEODORO JR, 2018, p. 911; TALAMINI, 2016, p. 9).

A inspeção judicial é medida também cabível no instituto em análise (DIDIER JR; BRAGA; 2013, p. 29). Importante frisar que, caso a inspeção seja utilizada em processo futuro, conduzido por outro juiz, não poderá manter o valor originário (TALAMINI, 2016, p. 9). E, conforme já abordado, a quem entenda que não há produção da prova, e sim mera assecuração, expressa que no caso da inspeção judicial o magistrado não pode emitir juízo de valor, apenas descrever o que examinou por meio dos seus censos cognitivos (MARINONI; ARENHART, 2018, p. 13).

Por último, é preciso trazer as discussões acerca da exibição de documento ou coisa, mesmo não sendo um meio de prova, e sim um instrumento voltado à obtenção da prova (LUNARDI, 2018, p. 213).

Com o fim das cautelares probatórias do CPC de 73, parte da doutrina passou a indagar se poderia obter documentos ou coisa por meio da produção antecipada de provas. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria (2016, p. 142), entendem pela impossibilidade, diante da previsão legal própria da ação de exibição de documento ou coisa prevista no art. 396 e seguintes do CPC de 2015. Eduardo Cambi, Sandro G. Martins, Paulo d’Arce Martins, Rogéria Dotti e Sandro Kozikoski (2017, p. 713), compreendem da mesma forma.

João Francisco Liberato de Mattos Carvalho Filho (2017, p. 145-151) expressa que a questão fulcral é determinar se a exibição versa sobre direito material (direito de acesso ao documento) ou processual (produzir prova para o exercício do seu direito). Portanto, para o autor, quando houver requerimento de exibição de documentos em sede de processo autônomo de caráter antecedente, ocorrerá por meio do procedimento da ação de exibição (arts.396 e ss.). Somente seria caso de utilizar os moldes da produção antecipada de provas se

o intuito fosse a produção de provas e não mera exibição (CARVALHO FILHO, 2017, p. 145-152).

Giovanni Vidal Guaragni e Sandro Marcelo Kozikoski (2019, 177-179), divergem da tese de João Francisco Liberato de Mattos Carvalho Filho, pois entendem que o autor fez uma confusão entre materialidade da fonte da prova com o caráter iminente processual da prova. Sendo assim, denota-se “o equívoco da distinção entre produção e exibição de prova condicionada à existência prévia do objeto que servirá como fonte de prova, implicando, em todo caso, sua produção”.

Em contraponto aos pensamentos até então demonstrados, a doutrina majoritária reconhece que a antiga cautelar de exibição de documento ou coisa fora abarcada pela produção antecipada de provas, sendo que o seu procedimento específico somente será utilizado no curso do processo principal. Cabe salientar que, no curso do processo principal se a medida for manejada em face da contraparte, se dará por meio de incidente processual e, no caso de ser realizada para obter documento ou coisa de terceiro, será realizado por processo incidente (TALAMINI, 2016, p. 9; MARINONI; ARENHART; MITIDIEIRO, 2015, p. 347-348; BUENO, 2017, p. 284).

Na mesma toada, Thais Amoroso Paschoal Lunardi (2018, p. 213) assevera que, a inclusão da exibição de documento ou coisa no mesmo capítulo destinado às provas, em decorrência do fim das cautelares, possibilita concluir pela possibilidade do manejo da produção antecipada de provas para a obtenção de documento ou coisa.

3.5 QUESTÕES RELATIVAS AO PROCESSAMENTO DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

Deve-se analisar o preenchimento dos requisitos da petição inicial, bem como os requisitos de admissibilidade e processuais, assim como acontece no procedimento ordinário, para que assim possa deferir a produção da prova e seguir na marcha processual. Não havendo caráter contencioso, compreende-se que não seria o melhor caminho se valer dos artigos referentes a jurisdição voluntária (720 a 724, do CPC), uma vez que conforme a leitura do art. 719, somente se utilizará o procedimento de jurisdição voluntária se o CPC não estabelecer procedimento especial (CARVALHO FILHO, 2017, p.170).

Sem contar que o procedimento de jurisdição voluntária prevê o recurso de apelação contra sentença, nos moldes do art. 724 do CPC, o que vai de encontro ao art. 382, §4, do referido diploma legal. No tocante ao procedimento da produção autônoma da prova, nota-se que ele é simplificado, conforme já fora acentuado neste estudo. Portanto, começa com a petição inicial, seguido da análise do juízo de admissibilidade, seguido do despacho inicial, passando para apresentação de defesa ou pedido contraposto de produção de provas, manifestações finais e sentença homologatória (CARVALHO FILHO, 2017, p. 170).

Diante disso, passarão a ser abordadas as questões atinentes ao procedimento de forma aprofundada, apresentando visões doutrinárias divergentes e convergentes.

3.5.1 COMPETÊNCIA

Conforme já enfrentado no presente trabalho, na vigência do CPC de 73, a produção antecipada de provas tinha como foro competente o juízo que iria julgar a ação principal. Trata-se de uma influência da legislação italiana, que acabou sendo acolhida no sistema brasileiro (ARSUFF, 2018, p. 156).

Desde à época, a doutrina já discutia a possibilidade de mitigar a regra prevista no artigo 800 do código revogado, pois existiam situações que não seria viável a produção no foro da ação principal, sendo mais oportuno realizar no lugar onde estivesse o objeto da prova. Sem olvidar que, a medida tinha a urgência como fundamento (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 270-271).

Com a entrada em vigor do CPC de 2015, fora superada a regra da competência estabelecida no lugar da futura e incerta ação principal, passando a ser determinada ou no foro onde a prova será produzida ou no foro do domicílio do réu, conforme regramento do art. 382, §2. Evidencia-se que a inovação além de emitir uma maior coerência, assegura uma maior autonomia à tutela do direito à prova (TALAMINI, 2016, p. 9).

Flávio Luiz Yarshell (2016, p. 1151-1152) faz uma crítica a opção da lei, expressando que ela não foi feliz porque colocou no mesmo status de igualdade regras com critérios diversos. Assim, o art. 382, §2, do CPC, em sua primeira parte adota o critério territorial funcional (proximidade entre órgão judicial e fonte de prova) e na segunda o critério territorial puro, tendo como regra geral que o réu tenha a prerrogativa de ser demandado no próprio foro.

Diante disso, levando em consideração o critério concorrente consagrado pela lei, não é possível estabelecer um outro, tampouco criar um caráter subsidiário não previsto. Todavia, considerando as peculiaridades do caso concreto e, desde que não confronte o devido processo legal e o acesso à justiça, é possível dar preferência ao foro que se situam as provas, mesmo que em detrimento do foro do réu. A possibilidade se engendra justamente pelo caráter autônomo da medida e a sua não prevenção para o processo principal (YARSHELL, 2016, p. 1152).

A regra da não prevenção da ação de produção antecipada de provas está prevista no art. 381, §3, do CPC. Daniel Neves (2018, p. 757) sustenta que, apesar de seguir o posicionamento majoritário da doutrina e da jurisprudência, não acha que a solução dada pelo legislador foi a mais adequada. Para o autor, a incidência ou não da prevenção, depende do foro que for considerado para conhecer o processo probatório e o processo principal, ao passo que se houver similitude, seria aconselhável a prevenção.

O CPC de 2015 através do art. 381, §4, cria uma regra acerca da competência por delegação, a qual dispõe em seus termos que “o juízo estadual tem competência para a produção de provas requerida em face da União, entidade autárquica ou de empresa pública federal, se na localidade não houver vara federal”. No entendimento de Daniel Neves (2018, p. 757), o dispositivo determina regra já existente para a justificação destinada a produzir provas perante a administração federal (art. 15, II, da Lei 5.010/1996). Ao revés, Flávio Luiz Yarshell (2016, p. 1152) afirma que a opção legal extrapola a exceção contida no art. 109, §3, da CF.

3.5.2 PETIÇÃO INICIAL, CITAÇÃO E DESPACHO INICIAL

A produção antecipada de provas se inicia com a quebra da inércia do poder judiciário, por meio da petição inicial, devendo observar os requisitos do art. 382, *caput*, do CPC: “conter as razões que justifiquem a necessidade da produção da prova e a menção dos fatos sobre os quais a prova há de recair, com o que torna seu pedido determinado”. Ademais, deve-se utilizar um dos fundamentos previstos no art. 381 do CPC, bem como é necessário se ater às regras gerais da petição inicial (NEVES, 2018, p.758).

Destaca-se a importância dos requisitos retromencionados, de modo que é através deles que o magistrado poderá analisar o interesse de agir do autor, pelo aspecto da necessidade e da adequação. Apesar da importância mencionada acerca da regra da precisão dos fatos, cabe ao

magistrado ser cuidadoso ao analisar o caso concreto, pois nem sempre a parte autora poderá mencionar os fatos com precisão. Portanto, há quem entenda que basta a breve indicação fática que busca esclarecer com a prova (NEVES, 2018, p. 758).

Em relação ao interesse de agir sob o prisma da necessidade, entende-se que não há maior espaço para o juízo negativo de admissibilidade, diante da amplitude e finalidade do texto legal, onde fora superada a vinculação da produção antecipada de provas ao perigo da demora. Assim, julgar desnecessária a produção antecipada de provas seria ir de encontro a função das partes de avaliar suas chances em juízo. Importante frisar que não se pode confundir também a diferença entre a necessidade da antecipação com a necessidade da prova (YARSHELL, 2016, p. 1554).

No tocante ao interesse de agir sob o prisma da utilidade, denota-se que ela é manifestada através do direito à prova relevante. Portanto, o ponto fulcral é extrair a relevância da prova a ser produzida. Ponto importante sobre esta análise é sobre o fato comprovado por meio da prova, que deverá ter como critério a adequação do meio de prova utilizado para a demonstração do fato controvertido, o que não poderá ocorrer é a repetição de uma mesma prova, dada que a litispendência probatória representa um prejuízo ao Estado (YARSHELL, 2016, p. 1555).

Após a inicial ser recebida, o juiz passará a fazer o juízo de admissibilidade, o qual é singelo devido a nuances do procedimento (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p.149). No juízo de admissibilidade, poderá ser determinada a emenda da petição ou indeferida a prova por falta de interesse (CARVALHO FILHO, 2017, p. 170-171).

Realizado o juízo positivo de admissibilidade, e havendo caráter contencioso no procedimento, serão os interessados citados para acompanhar a colheita da prova (MARINONI; ARENHART, 2018, p. 18). Tal pensamento está em consonância com o art. 382, §1, do CPC, o qual assegura que cabe “ao juiz de ofício ou a requerimento da parte, a citação de interessados a produção da prova ou no fato a ser provado, salvo se inexistente caráter contencioso”.

Nas palavras de Daniel Amorim Assumpção Neves (2018, p. 758), o fato do dispositivo prever que os interessados serão citados, e não intimados, assegura a interpretação que ao serem integrados coercitivamente à relação jurídica processual, os chamados interessados pelo dispositivo, em verdade, serão integrados como réus no processo. Conquanto, o autor pondera que há um problema em adotar a premissa conforme sugerida pela lei, haja vista que

possibilitar que o juiz cite de ofício os interessados, significa concluir que os réus poderão ser incluídos no processo independente da vontade do autor.

Portanto, o autor supracitado entende que não se trata de intervenção *iussu iudicis*, tampouco assistentes litisconsorciais, porque a intervenção é coercitiva e não facultativa. Destarte, assevera que o artigo 382, §1, do CPC, deve ser entendido como uma simples possibilidade de intimação de terceiro pelo juiz, que também pode intimar o autor para emendar a inicial, incluindo o terceiro como réu, sob pena de indeferimento (NEVES, 2018, p. 758).

Existe também a possibilidade da demanda não ter caráter contencioso, de modo que é dispensada a citação por se tratar de uma produção antecipada de provas unilateral. Tal hipótese somente é possível caso o fato se atenha apenas à pessoa do requerente, não servindo como prova de relação jurídica, pois, caso sirva, poderá afetar uma outra pessoa, devendo então ser realizada a citação da contraparte (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 148-149).

Importante consignar que a citação da produção antecipada de provas não interrompe o prazo prescricional da eventual demanda declaratória, haja vista que ela não prescinde de qualquer exteriorização da pretensão futura. Entendimento também que é extraído da Súmula 154 do STF, a qual dispõe que a simples vistoria não interrompe o prazo prescricional (TALAMINI, 2016, p. 13).

Em outra perspectiva, se através da produção antecipada de provas possa se identificar uma externalização suficiente para o exercício de uma pretensão futura, a medida passará a interromper o prazo prescricional, pois vai assumir a conotação de protesto, entendimento previsto na jurisprudência do STF, por meio do RE 105.838/SP, ainda sob a vigência do código revogado. No voto do Ministro Relator Rafael Mayer, fora reconhecido que a antiga ação cautelar de produção antecipada de provas não era redutível a uma simples vistoria, uma vez que foi acionada como medida preparatória da ação, assumindo sentido de protesto, logo, teria ocorrido a interrupção da prescrição.

Sobre o prazo decadencial, entende-se que a produção antecipada de provas não o interrompe, pois não se aplica à decadência as regras de interrupção prevista no art. 207 do CC. Diante disso, ainda que a produção antecipada de provas seja utilizada como medida preparatória para uma ação anulatória, o prazo decadencial vai fluir sem óbice (TALAMINI, 2016, p. 13).

3.5.3 TUTELA PROVISÓRIA LIMINAR DA PROVA ANTECIPADA

Existe a possibilidade de requerer uma tutela provisória na produção antecipada de provas, mesmo se tratando de jurisdição voluntária. Seria o caso de uma tutela provisória de urgência liminar, sem citação prévia e participação dos demais interessados. O fato que dá ensejo é a extrema urgência, de modo que, a sua não realização de imediato acabaria por acarretar em um prejuízo para a prova (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 147).

Desse modo, a liminar na medida de produção antecipada de provas se justifica tanto em casos de perecimento da prova, bem como em situações que se o réu for citado, a medida poderá ter sua utilidade frustrada, o que acaba por justificar a postergação do contraditório (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 147).

Ademais, posteriormente à concessão da medida e, após a citação do réu, caso se verifique que o risco do perecimento da prova não fora concretizado, caberá repeti-la ou completá-la com a participação da parte faltante (TALAMINI, 2016, p. 14). Por fim, se ficar evidenciado que houve abuso no pedido da prova antecipada *inaudita altera parte*, o juiz poderá não homologar a prova (CARVALHO FILHO, 2017, p. 172).

A base legal para o pedido não está prevista nas regras da produção antecipada de provas, no entanto, poderão ser extraídas através das regras gerais de antecipação da tutela, especialmente os arts. 294, parágrafo único, e 300, §2, do CPC, e também do art. 5, XXXV, da CF, que trata da ameaça de lesão (TALAMINI, 2016, p. 13).

3.5.4 LEGITIMIDADE

A legitimidade no processo declaratório é aferida ordinariamente sob o prisma ativo e passivo, a partir da relação jurídica de direito material. Ao revés, o direito à prova não tem esse condão, uma vez que não é possível verificar aprioristicamente a relação direta entre o titular do direito de um lado, e a titularidade do direito material, de outro, ao menos, não como acontece no processo declaratório (YARSHELL, 2009, p. 363).

Desse modo, a produção antecipada de provas não fica submetida necessariamente aos sujeitos de uma dada relação de direito material, pois os fatos que se pretende investigar por meio da prova, poderão esclarecer quais são os titulares da eventual relação jurídica controvertida (YARSHELL, 2009, p. 363-365).

É imperioso destacar que, apesar da produção antecipada de provas deter autonomia, ela não está completamente desligada do plano material, pois é através dele que poderá se determinar o objeto e a utilidade da prova. Em suma, o interesse e a legitimidade estão relacionados, haja vista que é pela exposição fática que poderá observar uma relação jurídica e extrair uma titularidade no plano substancial, ao passo que será possível ter como referência o demandante e o demandado da ação probatória (YARSHELL, 2016, p. 1157-1158).

Conforme leciona o doutrinador Eduardo Talamini (2016, p. 10-11), “para legitimar-se ativamente para a produção antecipada, é irrelevante a posição que o sujeito ocuparia no eventual e futuro processo em que usaria a prova: autor, réu, terceiro interveniente”. Para o autor retromencionado, a legitimidade recai sobre todos que justifiquem a utilidade da produção, seja para uma futura pretensão ou defesa.

A legitimidade passiva é ocupada por aquele que futuramente poderá a prova produzida ser utilizada contra. Assim, apesar de ser incerto o uso da prova em processo futuro, esse é o parâmetro para o legitimado passivo – aquele contra quem será utilizada a prova. Afinal, a prova produzida sem adversário é despida de valor (TALAMINI, 2016, p. 11).

Por fim, destaca-se a possibilidade de litisconsórcio na produção antecipada de provas, seja ativo ou passivo, desde que a cumulação funcione como forma de racionalizar a atividade probatória e proporcione resultados compatíveis com os objetos expressos no art. 381 do CPC. Ainda, pode-se cogitar a ideia de litisconsórcio necessário, desde que exista um dever legal (YARSHELL, 2016, p. 1158).

3.5.5 INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

Antes de adentrar nas hipóteses de intervenção de terceiros que o procedimento em estudo comporta, é necessário trazer à baila a própria perspectiva de terceiro na demanda probatória antecipada. Flávio Luiz Yarshell (2009, p. 364-365), entende que na ação probatória autônoma “não há propriamente terceiros”, isso porquê a afetação da esfera jurídica não está necessariamente relacionada à titularidade de uma relação de direito material, sendo que quando um interessado é exigido a produzir uma determinada prova, a sua esfera jurídica é atingida. Assim, deve assegurar o direito de exercer o seu contraditório, não subtraindo o seu direito de afirmar as razões as quais entende que a prova não possa e não deva ser antecipada.

O autor em comento traz um exemplo em sua obra, o qual menciona que um acidente automobilístico surge para um sujeito a possibilidade de mover uma ação indenizatória em razão dos danos por ele sofridos e, o hospital que atendeu o potencial autor, está em posse dos elementos que podem ser utilizados como prova (prontuários, exames, relatórios e outros). Assim, apesar do hospital vir a ser terceiro na relação indenizatória, na produção antecipada de provas será parte, em virtude da afetação na sua esfera jurídica que poderá surgir pela informação obtida (YARSHELL, 2009, p. 364-365).

Diante disso, entende-se que há uma maior ampliação na legitimidade no processo de produção antecipada de provas, até porque o art. 382, §1, do CPC, traz a possibilidade de citação dos interessados, sem mencionar a palavra réu, o que colabora com a desvinculação da ideia de réu do processo declaratório com o interessado na produção da prova (CINTRA, 2016, p.585).

Apesar do processo autônomo de produção antecipada de provas ter uma previsão expressa de citação de interessados, “isso não esgota todas as possibilidades de intervenção de terceiros nesse processo”. Desde logo, cabe firmar que a denunciação da lide e o chamamento ao processo são hipóteses que não podem ser utilizadas no procedimento, considerando que elas têm como pressuposto o julgamento de uma pretensão condenatória, o que em nada se relaciona com a pretensão da produção antecipada da prova, que apenas visa satisfazer a prova (CINTRA, 2016, p. 589).

Entende-se que, mesmo não cabendo as modalidades de intervenção acima indicadas, cabe o requerente ou réu da produção antecipada de provas mandar citar o futuro denunciado ou chamado para que participe da produção, até para que a prova possa ser utilizada contra eles em processo futuro (CINTRA, 2016, p. 589; TALAMINI, 2016, p. 12).

Também não há espaço para o incidente de descon sideração da personalidade jurídica, em razão da finalidade da produção antecipada da prova. Entretanto, nada impede que o procedimento autônomo seja utilizado para subsidiar elementos probatórios para futura descon sideração, mas, nesse caso, os sócios desde logo devem participar da demanda, para que a prova possa ser utilizada (TALAMINI, 2016, p. 12).

No que tange as modalidades típicas de intervenção de terceiros que coadunam com a produção autônoma de provas, tem-se a assistência, a qual o terceiro poderá assistir uma das partes, e o *amicus curiae*, meio o qual uma pessoa ou ente especializado poderá apresentar subsídios técnicos-científicos relevantes (TALAMINI, 2016, p.12).

3.5.6 PEDIDO CONTRAPOSTO DE PROVA

Em atenção ao art. 382, §3, do CPC, percebe-se a possibilidade dos interessados requererem a produção de qualquer meio de prova, por meio da produção antecipada, desde que relacionada ao mesmo fato, salvo se a produção conjunta acarretar excessiva demora.

Portanto, os interessados que fazem parte do processo autônomo, podem requerer provas para melhor delinear os fatos, sem precisar instaurar um novo procedimento. Nota-se que embora seja ônus do autor a delimitação dos fatos, é lícito que não o faça com a exatidão necessária, dada a sua própria vagueza acerca dos fatos (CARVALHO FILHO, 2017, p. 190). Tal fato não afasta a admissibilidade da produção pela ausência de interesse, conforme já fora estudado.

Os interessados caso queiram fazer o pedido de provas, devem formular o requerimento no prazo destinado à sua manifestação, respeitado os limites temporais da estabilização da demanda, bem como se atendo na impossibilidade de acarretar excessiva demora (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 151). Conforme assevera Daniel Neves (2018, p. 759-760), não foi feliz o legislador ao tratar do art. 382, §3, do CPC, haja vista que a experiência probatória demonstra que diferentes meios de provas podem ser realizados de forma concomitante, de forma que o atraso de um não levará ao atraso do outro, portanto, bastava prever as homologações parciais de cada meio de prova.

Evidencia-se que a restrição cognitiva permite a compreensão de pedido contraposto, ou seja, demanda formulada por réu, no mesmo procedimento, sem exceder a limitação fática. Apesar do texto fazer limitação a fatos, a prova também poderá dizer respeito a relação jurídica, conforme denota o art. 381, §5, do CPC, motivo que também deverá admitir pedido contraposto a tal hipótese (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 151).

3.5.7 CONTRADITÓRIO E RECORRIBILIDADE

Através do art. 382, §4, do CPC, o legislador inadmitiu a possibilidade de defesa e recurso da produção antecipada de provas, sendo que apenas colocou como exceção para a

recorribilidade, a decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário.

Rafael Casalli Pereira (2018, p. 794), entende que a vedação genérica a toda e qualquer alegação de defesa feita pelo artigo retromencionado, trata-se de uma violação literal ao art. 5, LV, da Constituição Federal, pois a prova produzida de forma antecipada poderá violar de forma direta o direito à privacidade, intimidade, confidencialidade e sigilo. Sendo que a garantia ao contraditório na produção autônoma deve garantir justamente a possibilidade de arguir dúvidas acerca da legalidade da prova, mesmo que o magistrado não possa refletir sobre consequências jurídicas.

Arthur Ferrari Arsuff (2018, p. 190-191), assevera que o dispositivo que versa sobre a restrição ao contraditório não poderá ser interpretado em sua literalidade, pois tendo em vista que a produção antecipada de provas tem caráter contencioso e natureza jurídica de demanda, a interpretação acarretaria em sua inconstitucionalidade.

Mesmo para Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2016, 149-150), os quais compreendem a produção antecipada de provas como jurisdição voluntária, afirmam que existe contraditório no procedimento, mas será reduzido em razão da sua simplicidade. Dizer que não existe defesa ou recurso fora um passo que o legislador infraconstitucional não poderia dar, além de tudo, há uma contrariedade ao expressar que há citação do interessado, pois ao ingressar na demanda não pode ser mero espectador.

Para Daniel Neves (2018, p. 760), o dispositivo em comento pode ser considerado um dos piores do CPC de 2015, pois acaba olvidando que a maioria das ações probatórias autônomas será de natureza contenciosa, sendo flagrantemente contrário ao princípio do contraditório impedir a defesa e o recurso no procedimento. Assim, a interpretação que deve ser dada é que haverá defesa, mas se limitará a questões processuais e as hipóteses de cabimento da medida.

Ademais, o Enunciado 32 da 1 Jornada de direito processual civil, dispõe que mesmo havendo vedação à apresentação de defesa na produção antecipada de provas, não impede a alegação do réu de matérias defensivas conhecíveis de ofício.

Sobre o prazo para apresentar a contestação na produção antecipada de provas, o juiz deverá fixar de acordo com a complexidade do ato, haja vista que não há prazo próprio. Caso o magistrado não estabeleça, o prazo deverá ser de 5 dias (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 149).

Em relação à recorribilidade, conforme já fora salientado, apenas tem como exceção o recurso contra sentença que inadmite totalmente a produção da prova, sendo a apelação o recurso cabível. Todavia, o legislador se olvidou das outras hipóteses em que também surge o interesse recursal para as partes, como a decisão parcial de admissão de apenas um meio de prova ou admissão de uma prova que viola garantias fundamentais (NEVES, 2018, p. 760).

Sem contar que, a regra exposta pelo dispositivo acaba por ferir o princípio da igualdade, de modo que condiciona a possibilidade de recurso apenas para o requerente originário que teve a sua produção antecipada de provas inadmitida, gerando um desequilíbrio entre as partes (ARSUFF, 2018, p. 202).

Mesmo indo de encontro a vedação legal, entende-se que caso o juiz admita um meio de prova e inadmita os outros, fará por meio de decisão interlocutória que terá conteúdo de mérito, logo, poderá ser recorrida por meio de agravo de instrumento (DIDIER JR; BRAGA, OLIVEIRA, 2016, p. 150).

Conforme assevera Arthur Ferrari Arsuff (2018, p. 202-207), existe o interesse recursal em impugnar a decisão que determine a produção da prova (indo de encontro a um direito fundamental) ou até mesmo a decisão que admite apenas um meio de prova e inadmita os outros, haja vista que a supressão imotivada de recurso contra essas decisões vai de encontro ao princípio do duplo grau de jurisdição, devido processo legal e o princípio da igualdade.

O autor supracitado também combate os argumentos que vão de encontro a recorribilidade fora da exceção legal. Acerca das alegações que a prova inadmitida ou admitida poderá ser questionada no processo futuro, acabam não sendo sustentadas, haja vista que existem situações que a admissão vai de encontro a direitos fundamentais, onde a espera acaba se tornando insuficiente para a parte prejudicada. E, sobre a prova inadmitida, acaba sendo retirada a oportunidade da parte de ponderar sobre o risco e o custo-benefício, bem como fica impossibilitada de melhor delinear os fatos (ARSUFF, 2018, p. 206).

3.5.8 SENTENÇA E COISA JULGADA

Observa-se que existem duas espécies de decisão na produção antecipada de provas, a primeira que resolve o mérito (admitindo ou inadmitindo a prova) e a segunda que homologa a prova, declarando sua higidez (ARSUFF, 2018, p. 201). Importante frisar que, conforme já

fora citado no presente estudo, o procedimento não comporta valoração da prova, tampouco apreciação sobre o direito material, em virtude de previsão expressa do art. 382, §2, do CPC.

A validade e a eficácia da prova independem da homologação, como também era entendido na vigência do código revogado, podendo inclusive utilizar os elementos colhidos para um outro fim. Destaca-se também que a eficácia da prova perdura por tempo indefinido, respeitando apenas os prazos estabelecidos pelo direito material que são aplicáveis aos fatos objetos da instrução. Além de tudo, não há o ônus de propositura de ação principal (YARSHELL, 2016, p. 1166).

Na sentença deverá conter um dos capítulos destinados à condenação de despesas processuais, as quais devem correr por parte do requerente da produção antecipada de provas, ressalva-se quando houver pedido contraposto de provas. Diferentemente das custas que poderão ser antecipadas por quem requereu a prova, e restituídas na demanda principal, com relação aos honorários, deverão ser arbitrados em sede de produção antecipada de provas (CARVALHO FILHO, 2017, p. 196).

Existe entendimento que apenas é cabível honorários sucumbenciais quando houver má-fé, mediante abuso processual (THEODORO JR, 2015, p. 915). Por outro lado, também existe corrente que defende apenas a existência de honorários caso haja resistência (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 152-153; TALAMINI, 2016, p. 17).

Sobre a coisa julgada, compreende-se que assim como qualquer outro processo, na produção antecipada de provas existe a sua formação, conquanto, fica restrita apenas a existência ou não do direito a prova (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 153). Em sentido contrário, Eduardo Talamini (2016, p. 17) entende que a sentença homologatória da produção antecipada da prova não forma coisa julgada, pois até mesmo a própria regularidade da prova pode ser revista no processo futuro, uma vez que apenas é formada uma prova incompleta, onde no processo futuro poderá aferir definitivamente sua validade e valoração.

Após a sentença homologatória, os autos vão permanecer em cartório por 1 mês para a extração da cópia e certidão pelos interessados, conforme preceitua o art. 383, *caput*, do CPC.

4 OS PODERES DE EFETIVAÇÃO DO JUIZ NA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

Estudou-se até aqui que a produção antecipada de provas possui natureza satisfativa, de modo que a sua finalidade é a certificação e efetivação da prova produzida. Também foi possível compreender que a legislação processual civil ainda vincula o perigo da demora como uma das possibilidades da ação probatória autônoma (capítulo 3).

Realizada essa simples introdução, torna-se necessário debruçar-se sobre a importância da efetividade no procedimento probatório autônomo, bem como o papel do juiz na busca da efetivação neste procedimento. Nas palavras de Humberto Theodoro Jr (2015, p. 56-57), “estudar processo, sem comprometê-lo com sua finalidade institucional, representa obra especulativa, divorciada dos grandes valores e interesses que à ordem jurídica compete preservar e realizar”.

Com efeito, o autor supracitado cumpre revelar com a afirmação acima exposta, que o resultado da técnica processual tem que operar efeitos nas relações jurídicas substanciais. Sendo que é através dessa produção de resultados que poderá aferir se houve maior ou menor efetividade do processo (THEODORO JR, 2015, p. 56).

No campo do procedimento probatório autônomo, a prova é o próprio objeto do processo jurisdicional, o que não quer dizer que ela tem que ser efetivada apenas para cumprir o seu caráter instrumental, pois ela possui funções múltiplas e importantes, estando associadas tanto na perspectiva processual quanto extraprocessual (TALAMINI, 2016, p. 2).

Nesse contexto, para entender a relevância da efetivação da prova por meio do processo autônomo, é necessário compreender o escopo social e jurídico do procedimento probatório. Em relação ao escopo social, a prova antecipada serve para as partes terem um melhor delineamento das controvérsias, observando as chances de propor uma demanda bem instruída, ou deixar de fazê-la ou transigir (YARSHELL, 2016, p. 1151).

Sem contar que, conforme já fora apresentado no decorrer do trabalho, a ação probatória autônoma faz repensar o conceito de destinatário da prova, uma vez que serve em primeiro lugar para as partes formarem sua convicção. Sobre o escopo jurídico, tem-se o seu caráter instrumental, de utilizar a prova no julgamento da controvérsia (YARSHELL, 2016, p. 1151).

Desse modo, destaca-se a importância da busca da verdade, afinal, conforme já foi explorado ao longo do trabalho, a prova e a busca da verdade estão umbilicalmente interligadas, sendo que “um é o caminho para o outro, dentro dos limites estabelecidos pela constituição e pela ordem processual” (PORTO, 2019, p. 183-184).

Importante salientar que além das partes, o Estado também possui interesse na produção da prova. Segundo Flávio Luiz Yarshell (2009, p. 50-51), “a edição de decisões justas integra a ideia de um processo efetivo, e, havendo controvérsia sobre fatos, a prova desempenha papel fundamental nessa busca”. Por isso, no entendimento do autor, existe um interesse público na asseguuração da prova para que ocorra uma decisão justa, a qual evita que a controvérsia subsista, mantendo seus efeitos nocivos na sociedade.

Na perspectiva do autor supracitado, embora existam regras de ônus probatório, a falta da colaboração dos litigantes não deixa de trazer prejuízo a um interesse que afeta ao Estado, no âmbito da sua finalidade de emanar decisões justas. Tratando-se de produção antecipada de provas, a ausência de efetivação do meio probatório pela inércia ou postura recalcitrante das partes, não deixa de atingir o interesse público, na medida que tal conteúdo poderia levar a autocomposição das partes ou pôr termo a um processo inviável (YARSHELL, 2009, p. 50-54).

De forma prévia ao CPC de 2015, apontava-se que existia uma “crise de efetividade experimentada pelo Poder Judiciário”, uma vez que prevalecia a cultura da litigiosidade e o cidadão comum, ao litigar, não contava com procedimentos prévios de aferição da viabilidade da demanda. Desse modo, exalta-se a produção antecipada de provas advinda da nova legislação processual, sendo importante mecanismo de prevenção de litígios (MELLO, 2014, p. 85-96).

Ainda sobre o tema, Rogério Licastro Torres de Mello assevera que (2014, p. 85-96):

Não obstante, afigura-se-nos claríssima a ideia de que não apenas por via da abreviação do tempo que se pode alcançar a maior efetividade de direitos; com efeito, parece-nos claro que a prevenção da atividade jurisdicional contencioso é a palavra de ordem. Se a redução do tempo processual é fator de majoração da efetividade jurisdicional, inibir o próprio processo é elemento de multiplicação de eficácia jurídica.

Conforme o entendimento de Isabela Raposo Cruz (2021, p. 119-120), a produção antecipada de prova também tem como condão desafogar o sistema judiciário, na medida em que contribui para diminuição do número de ações judiciais distribuídas perante o órgão estatal, o que por sua vez acaba refletindo na obtenção da duração razoável do processo.

Reconhecido o papel relevante da prova a ser certificada e efetivada por meio do procedimento probatório autônomo, passa-se a analisar o papel do juiz para que a persecução desse fim ocorra, haja vista que em determinadas situações, pode vir a existir uma postura não colaborativa e recalcitrante, tanto das partes quanto de terceiros.

Tem-se como premissa básica a compreensão do modelo cooperativo de processo, o qual já fora abordado no presente trabalho (capítulo 2). Compreende-se que através do princípio da cooperação, previsto no art. 6 do CPC, somado com a busca do descobrimento da verdade, expresso no art. 378 do referido código, se extrai o dever de provar (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 233).

Na perspectiva de Arthur Ferrari Arsuff (2019, p. 127-132), a interpretação do art. 378 do CPC, somada ao art. 6 do mesmo dispositivo, não significa que as partes têm um dever de colaborar com a produção da prova, mas sim um ônus, inclusive na produção antecipada de provas. Todavia, o autor em comento afirma que o fato de não existir um dever não quer dizer que a parte que se omitir ou agir de forma não colaborativa, não sofra nenhuma consequência.

Por outro lado, conforme o entendimento já abordado de Arlete Inês Aureli e Rommel Andriotti (2021, p. 11), através do princípio da cooperação, as partes devem colaborar para que as provas sejam produzidas, e isso de forma alguma tem como óbice os seus interesses antagônicos no processo, pois os deveres decorrentes da colaboração estão direcionados ao comprometimento com os legítimos resultados do processo.

Victor de Paula Ramos (2018, p. 101-111) também afirma que existe o dever de produzir provas, uma vez que “os ônus não servem de estímulos jurídicos para que a parte produza uma prova quando essa lhe é desfavorável”. Desse modo, para o autor, o dever de provar coaduna com uma melhor busca da verdade, tal como visa não somente o interesse das partes, mas o interesse do Estado em emanar decisões justas.

Conforme o ensinamento de Ada Pellegrini Grinover (2001, p. 1-5), “o processo deve ser informado por princípios éticos, impondo-se às partes e a seus procuradores uma conduta irrepreensível”. Além disso, a autora assevera que “a efetividade do processo não admite a resistência injustificada às decisões judiciais” (GRINOVER, 2001, p. 5).

Em relação aos mecanismos para alcançar o cumprimento da decisão, a doutrina aponta que existe um dever geral de efetivação normatizado através dos artigos 139, IV e 536, §1, do CPC, os quais são verdadeiras cláusulas gerais processuais executivas, de modo que

autorizam a fixação de medidas atípicas de coerção direta e indireta, inclusive sanções premiais (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 1-10).

Muito embora grande parte da doutrina ao tratar do poder geral de efetivação do magistrado, se concentre ao campo da execução, a norma processual também possui aplicabilidade no processo de conhecimento, tal como na produção antecipada de provas. Destarte, com base no art. 139, IV, do CPC, o juiz poderá adotar qualquer medida típica ou atípica para fazer com que a produção autônoma da prova seja efetivada, e cumpra seu propósito dentro da sistemática processual (ARSUFF, 2018, p. 141-142).

Assim como os artigos acima mencionados, outros dispositivos espalhados pelo código também estipulam a possibilidade do juiz determinar medidas executivas para alcançar a efetivação, sobretudo em matéria probatória, a exemplo do parágrafo único dos artigos 380, 400 e 403 (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 252-255; WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 233-234).

As medidas previstas no art. 400, parágrafo único, do CPC, e seus dispositivos similares, afirma na legislação processual civil de 2015 um verdadeiro dever de provar, dialogando com a colaboração e a busca da verdade. Na perspectiva do CPC revogado, as partes tinham apenas um ônus probatório e, a partir disso, de forma lícita assumiam o risco de ficar em uma posição desfavorável que poderia acarretar até mesmo na presunção de veracidade (RAMOS, 2018, p. 86-102).

No entanto, essa presunção de veracidade quando era avaliada sob o prisma da valoração racional da prova, na prática não costumava ter nenhuma consequência ao sujeito que não apresentou a prova, uma vez que a presunção poderia ser facilmente afastada em virtude de um conjunto probatório (RAMOS, 2018, p. 86-102).

Diante de todo o exposto, no decorrer desse capítulo, serão estudadas as medidas de efetivação que podem ser utilizadas pelo juiz na produção antecipada de provas, bem como os posicionamentos que vão de encontro a utilização de determinadas medidas. Por último, será observada a possibilidade do juiz distribuir o ônus probatório na produção autônoma de prova.

4.1 AS MEDIDAS QUE PODEM SER UTILIZADAS PELO JUIZ PARA A EFETIVAÇÃO DA PROVA ANTECIPADA

Nas palavras de William Santos Ferreira (2018, p. 581-582), “as técnicas de efetivação de atos necessários à produção probatória, podem ser executivas típicas, previstas no ordenamento jurídico, ou atípicas, não prevista num catálogo previamente estabelecido”.

Importante destacar quais são os meios técnicos para o desenvolvimento da execução, os quais são divididos em sub-rogação (direta) e por coerção (indireta). Em relação à execução por sub-rogação, o Estado substitui a vontade do executado, para que assim possa satisfazer o direito do exequente. Na execução por coerção, o Estado não substitui a vontade do executado, somente atua de forma a pressionar o executado psicologicamente (NEVES, 2018, p. 1056-1057).

Tratando-se da seara probatória, a legislação processual civil estipula algumas medidas executivas típicas, seja de execução indireta ou execução direta. No que concerne às medidas indiretas (coerção), verifica-se a possibilidade do juiz diante da não exibição de documento, presumir como verdadeiro os fatos que a parte pretendia provar com o respectivo documento, nos termos do art. 400 do CPC (FERREIRA, 2018, p. 588).

Arthur Ferrari Arsuff (2019, p. 136), entende ser plenamente possível a adoção da medida retromencionada na produção antecipada de provas, visto que há uma postura contrária ao princípio da colaboração e boa-fé objetiva da parte que não exibiu o documento, o que acaba por frustrar os interesses da parte que almejava a exibição. Inclusive, o autor afirma que a exibição do documento no processo declaratório é vedada, uma vez que essa postura seria enquadrada como contraditória.

Ademais, considera-se que no depoimento pessoal, se a parte não comparecer ou comparecendo, apresenta evasivas, os fatos serão presumidos verdadeiros pela parte contrária, nos termos do art. 385, §1 e 386 do CPC. Trata-se de mais uma medida típica coercitiva, a qual tem o condão de pressionar psicologicamente a parte na descoberta da verdade (FERREIRA, 2018, p. 588).

Conforme exposto no capítulo 3, Fredie Didier Jr e Paula Sarno Braga, entendem ser plenamente cabível na produção antecipada de provas a aplicação tanto da confissão ficta, quanto da confissão efetiva/real, desde que o mandado de intimação conste a advertência de forma prévia (2013, p. 28). Thais Amoroso Paschoal Lunardi (2018, p. 213-214) também coaduna com a possibilidade de considerar confessados os fatos, pois confissão também é meio de prova.

Por outro lado, em relação às medidas típicas diretas (sub-rogatórias), a legislação processual civil estabelece que durante a instrução, poderá o juiz se valer do parágrafo único do art. 400 (em relação às partes) e do parágrafo único do artigo 403 (em relação aos terceiros). Nos casos em que “o próprio interessado no documento desconhece o seu conteúdo, e a contraparte se recusa a exhibir, tornando difícil a delimitação do que se pretende provar, poderá ser utilizada a busca e apreensão como medida sub-rogatória” (FERREIRA, 2018, p. 589).

Entende-se que é possível a adoção das medidas previstas no art. 400, parágrafo único, do CPC, na produção antecipada de provas, como uma forma de viabilizar a vinda do documento ou coisa para o processo (LUNARDI, 2018, p. 214).

Entretanto, em relação à discussão que era pautada na antiga cautelar de exibição de documento e a aplicação da Súmula 372, a qual estipula que “na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória”, compreende-se que foi superada com a vigência do CPC de 2015, que passou a trazer amplas técnicas no art. 400, parágrafo único (BUENO, 2018, p. 570-571).

Ainda no contexto das medidas executivas diretas típicas, existe a possibilidade do juiz determinar a condução coercitiva quando a testemunha não comparece, mesmo sendo intimada para a colheita da prova testemunhal (FERREIRA, 2018, p. 589). Destaca-se que, a produção antecipada da prova testemunhal, coaduna com a duração razoável do processo, bem como objetiva a redução da influência do tempo na memória, tornando a colheita da prova efetiva e eficiente (AMARAL, 2017, p. 58-59).

Além das medidas típicas, existe também a possibilidade do magistrado se valer de medidas atípicas, haja vista que a aplicabilidade da primeira não significa restrição da última. Para melhor denotar a sua aplicação, é preciso compreender que durante a instrução, o magistrado pode expedir uma determinação de fazer, não fazer ou entregar coisa, sendo considerada uma decisão mandamental. É por meio da inobservância dessa decisão, que o juiz poderá utilizar as medidas atípicas para que ela seja efetivada (FERREIRA, 2018, p. 581-582).

Daniel Amorim Assumpção Neves (2008, p. 185), ao escrever sobre produção antecipada de provas sob a égide do CPC de 73, já compreendia pela possibilidade do juiz adotar todos os meios materiais a sua disposição para que a prova fosse produzida (meios de execução direta ou indireta), uma vez que a decisão que determina a prova é considerada uma obrigação de fazer. Para o autor, trata-se de uma forma de buscar a tutela específica.

Um dos dispositivos que pode ser utilizado pelo magistrado caso a parte não cumpra com os termos da decisão mandamental, é aquele previsto no art. 139, IV, do CPC, o qual já fora apresentado no capítulo 4 do presente estudo. Entende-se também que os artigos 536, §1 e 537 do CPC, podem ser utilizados como medidas atípicas de efetivação na seara probatória, uma vez que não estão restritos ao cumprimento de sentença (FERREIRA, 2018, p. 581).

Diante disso, torna-se necessário consignar a letra fria dos dispositivos retromencionados (artigos 139, IV; 536, §1 e 537 do CPC):

Art. 139 (...) IV determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

Art. 536 (...) §1 Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

Art. 537 A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

Embora os dispositivos acima destacados tenham aplicabilidade ao estabelecer a decisão mandamental ou após a sua inobservância, a legislação processual civil também assegura a possibilidade da adoção de medidas atípicas no capítulo destinado às provas. Essas medidas estão previstas no parágrafo único dos artigos 380, 400 e 403 do CPC (FERREIRA, 2018, p. 580-589).

Assim, no capítulo destinado às provas, os artigos retromencionados asseguram a possibilidade do juiz adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias. Sobre as palavras utilizadas pelos dispositivos em comento, “indutivas, coercitivas e mandamentais”, devem ser compreendidas como sinônimas (BUENO, 2018, p. 562-563).

Importante destacar o posicionamento de William Santos Ferreira (2018, p. 583) acerca das medidas executivas atípicas:

Se há um direito à prova, expressamente assegurado pelo art. 369 do CPC/2015 e também no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, evidentemente que este direito não pode ficar limitado ao momento do “deferimento” da prova, mas também à sua “produção”, destacando que a sua insuficiência normativa para eficiência da produção probatória, resultaria em um sistema ineficaz ao direito da parte à prova, o que em última análise, se não superado por técnicas atípicas de execução, significaria que a lei (e sua insuficiência) estaria afastando do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito à prova.

Portanto, na concepção do autor retromencionado, além da possibilidade do magistrado deferir o meio probatório, é preciso que ele também tenha meios para que a produção da

prova seja efetivada, sendo que na falta ou sendo insuficiente os meios normativos, o juiz poderá se valer de medidas executivas atípicas (FERREIRA, 2018, p. 583).

Nas palavras de Marcos Youji Minami (2018, p. 192):

O princípio da efetividade não estabelece expressamente se uma execução deve ser típica ou atípica. Não obstante isso, se, no caso concreto, o procedimento previsto não é suficiente para a realização do direito, a partir da ponderação dos bens jurídicos colidentes, ele deve abrir espaço aos meios atípicos de efetivação. Evita-se, assim, o *non factible*.

Entende-se que a adoção das medidas previstas no art. 139, IV, do CPC, podem ser realizadas até mesmo de ofício pelo magistrado, desde que seja observado o art. 8 do CPC, conforme dispõe o Enunciado 396 do FPPC. Portanto, o magistrado deve prezar pela razoabilidade e proporcionalidade. Segundo Marcos Youji Minami (2018, p. 198-199), a atipicidade das medidas não quer dizer falta de parâmetros, devendo a decisão ser fundamentada, sendo igualmente necessário o debate com as partes para verificar o motivo do ato contraproducente.

Dentro da margem de aplicação das técnicas executivas atípicas, o magistrado pode se valer de medidas executivas diretas e indiretas. Uma das possibilidades em relação à medida subrogatória, seria a “determinação do arrombamento com oficial de justiça, força policial e chaveiro, caso não seja permitido o acesso ao local determinado para o exame pericial” (FERREIRA, 2018, p. 585).

Apresentado os meios executivos típicos e atípicos destinados a efetivação da produção antecipada da prova, não tendo o condão de esgotá-los em razão das variadas possibilidades que podem surgir no caso concreto, é preciso também destacar as sanções que o juiz poderá se valer em virtude da quebra do dever de colaboração das partes.

Trata-se das sanções em relação à litigância de má-fé ou pelo ato atentatório à dignidade da justiça, também denominado como *contempt of court*. Na lição de Ada Pellegrine Grinover (2001, p. 1-5), o *contempt of court* é classificado como “a prática de qualquer ato que tenda a ofender um juiz ou tribunal na administração da justiça, ou diminuir sua autoridade ou dignidade, incluindo a desobediência de uma ordem”.

Desse modo, a parte que não observar o art. 77, IV, do CPC, o qual expressa que o dever de cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação, acaba incorrendo na transgressão do “dever de não obstáculo” (AURELI; ANDRIOTTI, 2021, p. 12). Essa conduta será punida por ato atentatório à dignidade da justiça, nos termos do art. 77, §1, do código em comento.

Como forma de punição, o art. 77, §2, do CPC, estabelece a aplicação de multa de até 20 por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais. Se porventura, o valor da multa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 vezes do salário mínimo, nos termos do §5 do dispositivo em comento.

Ademais, não haverá *bis in idem* na aplicação da multa por *contempt of court* e na multa referida no art. 536, §1, do CPC, uma vez que a primeira tem natureza punitiva e a última possui natureza coercitiva (sendo técnica de efetivação). Portanto, nada impede que o juiz utilize a multa coercitiva com o intuito da prova ser efetivada, e caso a postura resistente da parte se mantenha, ele possa também aplicar a multa punitiva (FERREIRA, 2018, p. 584).

Em relação à litigância de má-fé, também existe possibilidade de aplicação no campo da violação ao dever de provar. Tem-se como exemplo os incisos II e V, do art. 80 do CPC, os quais afirmam que as partes não podem alterar a verdade dos fatos ou proceder de forma temerária em qualquer incidente ou ato do processo (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 252-253).

Na inobservância da previsão retromencionada, o art. 81 do CPC estabelece sanção por litigância de má-fé, de modo que “o juiz poderá aplicar multa superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e arcar com honorários advocatícios e despesas que efetuou”. Do mesmo modo que acontece no ato atentatório à dignidade da justiça, a multa poderá ser fixada em até 10 vezes o valor do salário mínimo, pela previsão do §2 do dispositivo em pauta.

Conforme já apresentado no capítulo 3, é cabível honorários sucumbenciais quando houver má-fé, mediante abuso processual na produção antecipada de provas. De igual modo, observa-se por meio do Enunciado 118 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), que “é cabível a fixação de honorários advocatícios na ação de produção antecipada de provas na hipótese de resistência da parte requerida na produção da prova”.

Por último, cabe registrar que a violação ao dever de colaboração, em especial ao dever de provar, poderá repercutir na esfera criminal. Existem dois tipos que podem ser aplicados, o art. 347 do CP que trata sobre fraude processual e o art. 356 do CP, o qual trata sobre sonegação de papel ou objeto de valor probatório (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 252-253).

4.2 CRÍTICAS À UTILIZAÇÃO DE MECANISMOS DE EFETIVAÇÃO NA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

Importante ponderar que não existe unanimidade acerca da adoção de determinados meios típicos de efetivação na produção antecipada de provas, sendo que o mesmo ocorre na perspectiva da adoção de meios atípicos. Destarte, é possível demonstrar entendimentos que não coadunam com a utilização desses mecanismos.

Assim, torna-se necessário analisar as limitações inerentes ao instituto, os posicionamentos de quem compreende a produção antecipada de provas como mera assecuração, as abordagens pontuais que vão de encontro a determinadas medidas de efetivação e o limite da busca da verdade no processo civil.

Conforme fora abordado anteriormente, a legislação processual estipulou uma limitação ao juiz na produção autônoma probatória, de modo que pelo art. 382, §2, “o juiz não poderá se pronunciar sobre a ocorrência ou inóccurrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas”.

Ao interpretar o dispositivo retromencionado, a doutrina de forma uníssona entende que não haverá valoração da prova e tampouco de outros aspectos que venham a surgir no processo. Cabendo ao juiz da eventual demanda futura, debater sobre os fatos assegurados por meio da prova e as suas consequências (CARVALHO FILHO, 2017, p. 211; TALAMINI, 2016, p. 8).

Em que pese haja limitação na valoração, há quem vá além na interpretação, afirmando que devido a esse fato, seria incongruente afirmar que na ação probatória autônoma ocorre a produção da prova, sendo que o correto seria enxergar como mera assecuração da prova, uma vez que o instituto tem como fito apenas a preservação da prova (MARINONI; ARENHART, 2018, p. 9-10). Salienta-se que tal corrente foi apresentada no capítulo 3 (produção antecipada de provas).

Diante dessa vertente apresentada, cria-se obstáculos à adoção de algumas medidas de efetivação da produção antecipada de provas. No tocante à recusa da parte em depor ou até mesmo depondo, mas apresentando evasivas, não seria possível aplicar sanção de confissão, uma vez que tal medida estaria associada à valoração da prova. Até mesmo nos casos em que a parte tenha o direito de não colaborar com o depoimento, tal aspecto somente poderia ser avaliado pelo juiz principal (MARINONI; ARENHART, 2018, p. 11).

Thais Amoroso Paschoal Lunardi (2018, p. 213-215) mesmo compreendendo que na ação probatória autônoma ocorre de fato a produção da prova, e não a mera asseguaração, adota o posicionamento de que não há a possibilidade do juiz aplicar a presunção de veracidade dos fatos na recusa da exibição do documento ou coisa. Na perspectiva da autora, entender pela possibilidade da presunção é ter o fato provado, o que se enquadra no campo da valoração e não da produção da prova.

Desse modo, para a autora em comento, havendo recusa da parte em exibir o documento ou coisa, nada impede que a prova seja repetida no processo declaratório, de modo que caso a postura da parte seja novamente recalcitrante, o juiz poderá presumir os fatos como verdadeiros. Assim, diante da ausência da exibição do documento, a produção antecipada de provas não vai ter resultado, inexistindo estabilidade (LUNARDI, 2018, p. 2 15).

Portanto, nota-se que os entendimentos doutrinários que vão de encontro às medidas de efetivação pelo magistrado, se concentram em utilizar o argumento da valoração previsto no art. 382, §2, do CPC. Destarte, observa-se que a interpretação do dispositivo acaba influenciando na postura adotada.

Acerca dos mecanismos legitimadores que possibilitam que o magistrado adote uma medida impositiva para efetivar a prova, Guilherme Athayde Porto (2019, p. 183) assevera que:

Sob argumentos como os referidos, busca pela verdade, efetividade do processo, uma diminuição nas desigualdades, entrega de uma prestação jurisdicional que analise o mérito em tempo razoável, o CPC e parcela da doutrina aceita a possibilidade de um magistrado que ingresse na esfera de liberdade da parte para forçar a produção de determinada prova, ainda que essa possa vir a prejudicar a parte que produza, incluindo a possibilidade de cominação de multa para exatamente forçar esse cumprimento.

Na perspectiva do autor acima citado, o posicionamento aceito por parcela da doutrina acerca da adoção de medidas impositivas não é o mais adequado. Para sustentar essa afirmação, entende-se que o direito fundamental à prova para a busca da verdade não pode permitir todas as medidas possíveis para a reconstrução dos fatos, pois se submete aos limites e compromissos assumidos pela ordem jurídica (PORTO, 2019, p. 184).

Diante disso, destaca-se que a verdade que se busca no processo é a “possível”, o que demonstra que o compromisso com a verdade é relativizado em face das outras garantias previstas no ordenamento. Com efeito, por mais que seja relevante o compromisso com a busca da verdade, o qual transforma a prova em direito fundamental, “emprestar poder para o Estado de forma ilimitada, como ocorre com o art. 400, parágrafo único do CPC, acaba recaindo no autoritarismo e na arbitrariedade” (PORTO, 2019, p. 183-187).

Guilherme Athayde Porto (2019, p. 192) entende que a liberdade das partes também faz parte do ideal do processo justo, juntamente com o contraditório e a democracia processual. Nesse sentido, o autor em comento entende que qualquer imposição que obrigue a parte tomar atitudes que lhe prejudiquem, acaba por violar o próprio conceito de democracia processual.

Por último, considerando que o direito à prova não é absoluto, assim como qualquer outro direito fundamental previsto no ordenamento jurídico, a imposição do dever de provar também pode ser obstada caso afronte com um outro direito fundamental. A exemplo, visualiza-se a impossibilidade de forçar a alguém produzir prova que “envolva o próprio corpo, dentro do direito fundamental à integridade física e psíquica”, como é o caso do exame de DNA (RAMOS, 2018, p. 118-119).

Para além do exemplo mencionado, existem outras situações em que o uso do poder de imposição do magistrado para efetivação da prova poderá ser limitado em face de outras garantias fundamentais, ao passo que essas devem ser analisadas de forma casuística (RAMOS, 2018, p. 122).

4.3 ANÁLISE ACERCA DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NA PRODUÇÃO PROBATÓRIA AUTÔNOMA

Sem a pretensão de esgotar a temática do ônus probatório, uma vez que o tema foi trabalhado em outro capítulo do presente trabalho, torna-se necessário trazer a discussão acerca da possibilidade de inversão do ônus da prova na produção probatória autônoma, compreendendo as razões que possibilitam ou impossibilitam que o juiz utilize desse instituto como meio necessário à efetivação probatória.

Como ponto de partida, cumpre destacar que embora do ordenamento jurídico possa extrair o instituto do ônus da prova e o dever de provar, um instituto não elimina o outro, de modo que eles coexistem (capítulo 2).

Com efeito, nada impede que em uma determinada situação, a parte que tem o ônus probatório subjetivo de provar o ônus constitutivo do seu direito requeira a parte adversa que forneça uma prova que está em seu poder, gerando um dever específico para o adverso (CARVALHO FILHO, 2017, p. 204).

No que concerne às hipóteses de dinamização do ônus probatório, também foram estudadas pelo presente trabalho que elas podem ocorrer de três formas: inversão convencional, legal e judicial (capítulo 2). A hipótese a ser estudada em relação à produção antecipada de provas é a inversão judicial, uma vez que tal modalidade é uma das formas de se efetivar a prova em virtude do risco dela não tramitar no processo (CARVALHO FILHO, 2017, p. 205).

Acerca da inversão judicial do ônus probatório, tem-se como pressupostos os preenchimentos dos requisitos materiais e formais, na medida em que ela pode ser realizada de ofício ou a requerimento da parte (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 126-130).

Em relação aos requisitos materiais, o art. 373, §1, do CPC, prevê a distribuição judicial em razão das peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova pela parte contrária. Nas causas consumeristas, o art. 6, VIII, do CDC, estabelece a possibilidade de inversão diante da verossimilhança da alegação ou quando a parte for hipossuficiente (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 126-130).

Ademais, a inversão judicial do ônus da prova não depende somente dos requisitos previstos nos artigos retromencionados, também é necessário preencher os requisitos formais: “decisão motivada, adentrando na questão fática; momento da distribuição, sendo qualquer um desde que a parte possa se desincumbir do seu ônus; e a proibição que da inversão resulte em uma prova diabólica” (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 126-130).

Para além da distribuição dinâmica do ônus da prova pelo critério objetivo (peculiaridades da causa), também é possível que a inversão ocorra em virtude do critério subjetivo, quando o juiz verifica que o comportamento da parte que vai de encontro à boa-fé e à lealdade processual, criando obstáculos ao adversário para comprovação dos fatos (THEODORO JR, 2018, p. 887).

Estabelecidas as noções preliminares, passa-se a adentrar no ponto fulcral do tópico. A produção probatória autônoma por força da disposição legal (art. 382, §2, do CPC) impede que o magistrado pronuncie sobre fatos e consequências jurídicas, fator que acaba gerando a impossibilidade do juiz determinar de ofício ou deferir o requerimento da parte de inversão probatória, visto que para tanto é necessário que o juiz exerça uma análise sobre os fatos e motive a decisão para concedê-la (CARVALHO FILHO, 2017, p. 206; FUGA, 2019, p. 48).

Bruno Augusto Sampaio Fuga (2019, p. 48-49) entende que a limitação do direito de defesa em sede de produção antecipada de provas também acaba por impedir a possibilidade de

inversão judicial do ônus probatório, uma vez que a parte se encontra cerceada de se manifestar sobre a medida adotada. Por outro lado, João Francisco Liberato de Mattos Carvalho Filho (2017, p. 206-207) pensa de forma diversa, visto que não se pode interpretar a limitação ao direito de defesa de forma literal.

Ademais, verifica-se que “a não produção da prova por parte de quem suportaria os efeitos da dinamização (réu) não traria o efeito processual desejado, justamente por não poder haver, naquele momento, decisão quanto ao mérito” (CARVALHO FILHO, 2017, p. 207; FUGA, 2019, p. 49).

Nesse sentido, a distribuição dinâmica da prova *open judicis* não é compatível com a produção antecipada de provas, em virtude das limitações procedimentais da produção autônoma probatória que impedem que o magistrado exerça a inversão (CARVALHO FILHO, 2017, p. 207).

V. CONCLUSÃO

No decorrer do presente trabalho, procurou-se abordar em cada capítulo os entendimentos doutrinários e os eventuais desdobramentos acerca da temática estudada. Inicialmente, verificou-se os aspectos da prova no processo civil, apesar de não ter o condão de esgotar tal abordagem, visto que seria desarrazoável com a proposta do trabalho. Posteriormente, estudou-se sobre a produção antecipada de provas, para que então pudesse chegar no ponto central “o poder geral de efetivação do juiz na produção antecipada de provas”.

Em relação à abordagem dos aspectos da prova no processo civil, torna-se possível extrair diversos temas importantes, sendo um ponto de partida essencial para debruçar sobre os capítulos subsequentes. Desse modo, verificou-se que o direito fundamental à prova, que é amparado no direito ao processo justo, no devido processo legal e no contraditório e ampla defesa, acaba sendo um direito essencial para alcançar a descoberta da verdade e assegurar uma tutela jurisdicional justa.

Por outro lado, depreende-se que embora se reconheça a importância da prova, sendo elemento importante em um processo democrático, a busca pela verdade por meio da prova possui limitações constitucionais e legais, sendo a duração razoável do processo uma delas.

Ainda no contexto dos aspectos da prova, cumpre consignar que o direito probatório na legislação processual civil contempla tanto o instituto do ônus da prova quanto o dever de provar, de modo que ambos coexistem. Sobre o dever de provar, tem-se como fundamento o princípio da colaboração (art. 6, do CPC) e a busca pela verdade (art. 378 do CPC).

Nesse sentido, compreende-se que a noção de processo cooperativo impõe deveres para as partes, aos magistrados e aos auxiliares da justiça, não sendo possível a utilização de argumentos que venham a sustentar uma postura não colaborativa e desamparada de excludentes legais, uma vez que todos são responsáveis pelos legítimos resultados do processo.

Examinados os aspectos da prova no processo civil, passou-se para o estudo do instituto da produção antecipada de provas. Observou-se que houve uma inovação por meio do CPC de 2015 que diferentemente do código revogado, estabeleceu a possibilidade da produção antecipada de provas desvinculada do perigo da demora. Em decorrência disso, a legislação processual positivou o que já vinha sendo abordado por parte da doutrina, o reconhecimento do procedimento como um verdadeiro direito autônomo à prova.

Identificou-se que a produção antecipada de provas tem como finalidade certificar e efetivar a prova produzida. Assim, através dessa ação autônoma, as partes podem acessar o judiciário para obter um melhor delineamento dos fatos com o intuito de ajuizar uma ação melhor instruída ou evitar o seu ajuizamento, transigir ou até mesmo como forma de obter a prova pelo receio dela se tornar difícil ou impossível de ser produzida no curso da ação principal, nos termos do art. 381, I a III, do CPC.

Em virtude da proximidade das hipóteses de cabimento da produção antecipada de provas, compreendeu-se que há fungibilidade entre os fundamentos que ensejam a sua propositura. Ainda, percebe-se mais duas hipóteses de cabimento, arrolamento de bens com finalidade probatória (art. 381, §1, do CPC) e a incorporação da ação de justificação na produção antecipada de provas (art. 381, §5, do CPC). Em que pese existam essas hipóteses, concluiu-se que o rol apresentado não é taxativo, dada a natureza autônoma.

Sobre os meios probatórios que podem ser utilizados na produção antecipada de provas, percebe-se que grande parte da doutrina aceita a possibilidade de adoção de todos os meios. Apesar da exibição de documento não ser propriamente um meio de prova, a doutrina minoritária afirma que ela não pode ser realizada pela ação probatória autônoma, uma vez que o CPC de 2015 estipulou uma ação própria.

Todavia, filia-se ao entendimento asseverado pela doutrina majoritária, a qual aceita a exibição de documento ou coisa, uma vez que a antiga cautelar também fora incorporada a ação de produção antecipada de provas, desde que ela seja realizada de forma autônoma, ao passo que a ação de exibição prevista no CPC só poderia ser realizada no curso da ação principal.

Importante discussão que fora apresentada no trabalho, envolve a questão da nomenclatura e o efeito da produção antecipada de provas. A doutrina minoritária afirma que o correto seria a asseveração antecipada da prova, uma vez que o magistrado da ação futura não está vinculado ao transporte da prova e sua valoração é realizada por ele.

No entanto, segue-se a doutrina majoritária, pois o fato de existir fase posterior não significa que a prova não foi produzida. Pensar de forma contrária seria olvidar até mesmo das hipóteses em que a prova sequer seria levada ao crivo do juiz da eventual demanda declaratória, como são os casos da produção antecipada de provas desvinculada da urgência.

Estudou-se também o processamento da produção antecipada de provas, percebendo que não existe juízo preventivo, que a legitimidade ativa e passiva não são idênticas ao processo declaratório, uma vez que muitas vezes as partes sequer sabem quais serão as suas titularidades na demanda principal. Ainda, foi visto que o contraditório e a recorribilidade embora seja limitada pelo art. 382, §4, do CPC, a interpretação do dispositivo não pode ser feita de forma literal, pois estaria indo de encontro às garantias constitucionais.

Além disso, verificou-se que o magistrado na produção antecipada de provas não pode se pronunciar sobre fatos ou consequências jurídicas, conforme exposto no art. 382, §2, do CPC, bem como que a sentença proferida no procedimento não forma coisa julgada material, apenas homologa e certifica a prova produzida.

Em que pese seja observada a importância da produção autônoma probatória, fora vislumbrado que em algumas situações, uma determinada parte ou um terceiro pode se negar a colaborar com a produção antecipada de provas. Diante disso, torna-se necessário realizar as devidas conclusões acerca do núcleo central do trabalho que é pautado em analisar o poder geral de efetivação do juiz na produção antecipada de provas e as medidas que podem ser utilizadas para a satisfação da prova.

Assim, o ponto central da presente obra monográfica fora dividido em quatro etapas: a) na compreensão da importância da efetivação da prova na produção autônoma probatória, e dos fundamentos que giram em torno do poder geral de efetivação do juiz durante o

procedimento; b) nas medidas que podem ser utilizadas em virtude do poder de efetivação; c) nos argumentos contrários às medidas de efetivação; e d) na possibilidade da dinamização do ônus probatório na produção autônoma probatória.

Observou-se que a produção antecipada de provas é efetivada com a obtenção da prova requerida pelas partes, de modo que pensar no procedimento autônomo sem que ocorra a efetivação da prova por motivos de recalcitrância de uma das partes ou de terceiros seria tornar o procedimento inócuo.

Nesse sentido, conclui-se por meio do presente estudo que a efetivação da produção autônoma probatória é importante para assegurar os deveres de colaboração das partes e o cumprimento da decisão mandamental, servindo para assegurar a busca da verdade e os esclarecimentos dos fatos para as partes, para que assim possa evitar o aumento de demandas judiciais infundadas, bem como possa viabilizar a autocomposição das partes.

Inferese também que as partes na produção antecipada de provas são os verdadeiros destinatários da prova, o que ressalta a importância da satisfação da prova para que os fatos possam ser analisados por elas. Importante destacar que o Estado também possui interesse na efetivação da prova, uma vez que é por meio da obtenção desta, que poderá assegurar uma prestação jurisdicional justa na demanda declaratória, evitando que os efeitos do litígio persistam na sociedade.

Acerca do poder geral de efetivação, verificou-se que ele é extraído dos artigos 139, IV e 536, §1, do CPC. Embora a construção doutrinária ao abordá-los apenas foque na parte de cumprimento de sentença, restou evidente que também é possível a aplicação dos dispositivos durante a produção antecipada de provas, uma vez que a decisão que defere a produção da prova gera para as partes uma obrigação de fazer ou de entregar coisa.

Entendimento que reforça a aplicação das medidas atípicas é a própria previsão expressa de tais medidas no capítulo destinado à prova. Menciona-se os parágrafos únicos dos artigos 380, 400 e 403, do CPC, que também fazem menção à adoção de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais e sub-rogatórias. Por meio de tais dispositivos, conclui-se pela preocupação da legislação na busca pela verdade, tal como em assegurar o dever de provar no processo civil.

Além disso, restou evidente que além da adoção de medidas atípicas, a legislação processual civil também estipula medidas típicas de execução na seara probatória, seja de execução direta (sub-rogatória) ou indireta (coercitivas). Entretanto, fora apresentado no trabalho que alguns doutrinadores vão de encontro na utilização de algumas medidas, tendo como

argumento a impossibilidade do juiz valorar a prova em sede de produção autônoma probatória.

As medidas mencionadas são a impossibilidade de confissão ficta ou efetiva (artigos 385, §1 e 386 do CPC), bem como a não aplicação da presunção de veracidade pela não exibição de documento ou coisa (art. 400, *caput*, do CPC). Todavia, por meio da presente obra monográfica, filia-se ao entendimento que a utilização dessas medidas não implica na valoração da prova pelo magistrado.

Dessa forma, conclui-se que a parte que adotou uma postura recalcitrante e não exibiu documento ou coisa poderá ter contra ela os fatos presumidos, de modo que o juiz da produção antecipada de provas vai consignar a recusa da parte e o magistrado do processo principal vai valorar de forma negativa. É preciso ponderar que essa medida apesar de poder ser realizada, muitas vezes não gera a efetividade desejada pelas partes que querem ter o conhecimento acerca dos fatos expostos no documento requerido.

Assim, nada impede que o juiz adote medidas executivas atípicas para que a parte que está criando obstáculos cumpra com a determinação judicial. Sobre a possibilidade do juiz da produção antecipada de provas aplicar a confissão real ou efetiva, é imperioso destacar que essa medida não acarreta na valoração da prova por parte do magistrado, sendo que o juiz da demanda declaratória será responsável por isso. Além disso, negar a possibilidade de confissão que é o objetivo do depoimento pessoal, resultaria na ineficiência do procedimento.

Por meio do presente trabalho, é possível inferir que as medidas executivas que podem ser utilizadas pelo juiz para a efetivação da prova não acarretam no poder ilimitado do Estado, ao revés, demonstra-se o compromisso com a busca pela verdade e o direito à tutela jurisdicional justa. Ainda, compreende-se que as medidas de efetivação são limitadas pelo próprio ordenamento, cabendo ao juiz analisar se a aplicação de determinada medida viola ou não uma garantia fundamental.

Ademais, foi possível compreender que além das medidas executivas que podem ser aplicadas na seara probatória, a violação ao dever de provar também pode acarretar em litigância de má-fé (art. 80, II a IV) ou ato atentatório à dignidade da justiça (art. 77, IV, do CPC), de modo que o juízo poderá utilizar de tais institutos na produção antecipada de provas, como forma de sancionar a parte que praticou o determinado ilícito. Inclusive, verifica-se que não há *bis in idem* na aplicação de multa coercitiva (art. 536, §1, do CPC) e na multa por *contempt of court*.

Em última análise, concluiu-se que a inversão do ônus da prova *open judicis* não coaduna com a sistemática da produção antecipada de provas. Portanto, a modalidade de inversão judicial não pode ser realizada pois pressupõe que o magistrado analise os fatos da causa, que por sua vez é vedada essa realização na produção antecipada de provas por meio do art. 382, §2, do CPC.

Sobre outros dois argumentos apresentados que vão de encontro à impossibilidade do juiz inverter o ônus da prova (direito à defesa limitado e a impossibilidade de adoção dos efeitos da inversão), não se apresentam como um óbice para a sua realização. Primeiro, porque conforme fora observado ao longo do trabalho, não se pode interpretar a limitação ao direito de defesa de forma literal, visto que estaria atacando a constitucionalidade do dispositivo legal. Segundo, poderia o juiz consignar que a parte não cumpriu com a dinamização determinada e, posteriormente, esse fato ser valorado na demanda principal.

Mediante as conclusões parciais realizadas, é possível concluir de forma definitiva que o poder geral de efetivação poderá ser utilizado na produção antecipada de provas, cabendo ao juiz adotar medidas executivas com fito em efetivar o direito à prova, assegurando tanto os interesses das partes quanto do Estado. Infere-se também que apesar de todas as nuances do procedimento, elas não impedem a utilização das medidas de execução atípicas ou típicas, de modo que as restrições gerais previstas no ordenamento jurídico não podem ser esquecidas e devem ser observadas pelos magistrados na produção antecipada de provas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, André Bruni Vieira. Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autônomas) no novo CPC. *In*: DIDIER JR, Fredie (Coord. Geral). JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). **Coleção grandes temas do Novo CPC**. Direito probatório Salvador, JusPODVIM, 2018, p. 693-706.

AMARAL, Leticia Silva. **Direito autônomo à prova**. 2017. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Espírito Santo – UFES, Espírito Santo. Orientador: Prof. Dr. Manoel Alves Rabelo.

ARSUFF, Arthur Ferrari. **Produção antecipada da prova: eficiência e organização do processo**. 2018. Tese. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, São Paulo. Orientador: Profa. Dra. Thereza Celina Diniz de Arruda Alvim.

AURELLI, Arlete Inês; ANDRIOTTI, Rommel. Princípio da cooperação no código de processo civil de 2015. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, v. 322, 2021, p. 41-72.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais no modelo processual cooperativo no direito brasileiro**. 2011. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia – UFBA, Salvador. Orientador: Prof. Dr. Fredie Souza Didier Junior.

BRASIL. **Constituição da República Federativa**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm

BRASIL. Lei nº 2.848 de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

BUENO, Cassio Scarpinella. A exibição de documento ou coisa, a súmula 372 do STJ e o novo código de processo civil. *In*: DIDIER JR, Fredie (Coord. Geral). JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). **Grandes Temas do Novo CPC: direito probatório**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 561-570.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Felix. A produção antecipada de prova e o novo CPC. *In*: DIDIER JR, Fredie (Coord. Geral). JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). **Coleção grandes temas do Novo CPC**. Direito probatório Salvador, JusPODVIM, 2018, p. 677-692.

CAMBI, Eduardo; DOTTE, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d’Acre; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Curso de processo civil completo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CAMBI, Eduardo. O direito à prova no processo civil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Paraná, v, 34, 2000, p. 143-159.

CARVALHO FILHO, João Franciso Liberato de Mattos. **Prova antecipada no Código de Processo Civil Brasileiro**. 2017. Tese. (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-graduação da Universidade Federal da Bahia – UFBA, Salvador. Orientador: Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares.

CINTRA, Lia Carolina Batista. Litisconsórcio e intervenção de terceiros no processo autônomo de produção antecipada de provas. **Processo em jornadas: XI jornadas brasileiras de direito processual XXV Jornadas ibero-americanas de direito processual**. Salvador: JusPODVIM, 2016.

CRUZ, Isabela Raposo. **O impacto da produção antecipada de provas para a obtenção da duração razoável do processo**. 2021. Tese (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, São Paulo. Orientadora: Profa. Dra. Arlete Inês Aurelli.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo código de processo civil brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, v. 233, 2014, p. 65-84.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no estado constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, v. 209, 2012, p. 349-374.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de provas e justificação. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 218, 2013, p. 13-45.

DIDIER JR, Fredie; 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. Salvador, JusPODVIM, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1, CPC. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, v. 267, 2017, p. 227-272.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

DORNELAS, Henrique Lopes. O princípio da cooperação ou da colaboração judicial e a busca da tutela processual efetiva. **Revista do Curso de Direito da UNIABEU**. Belford Roxo: v.5, n.1, 2015, p. 1-15.

DWORKIN, Ronald. **Levando o direito a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, William Santos. Transições paradigmáticas, máxima eficiência e técnicas executivas típicas e atípicas no direito probatório. **Grandes Temas do Novo CPC: direito probatório**. Salvador: JusPODVIM, 2018, p. 573-589.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **A prova no processo civil: principais inovações e aspectos contraditórios**. São Paulo: Editora Thot, 2019.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRECO, Leonardo. **Jurisdição voluntária moderna**. São Paulo: Dialética, 2003.

GRECO, Leonardo. O conceito de prova. In: Luis Guilherme Marinoni (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil: Homenagem ao professor Ergas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 366-387.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o *contempt of court*. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, v. 102, 2001, p. 219.

GUARAGNI, Giovanni Vidal; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. Produção antecipada de prova ou ação autônoma de exibição de documento: a contróversia sobre a prova documental no CPC/2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, v.20, n. 3, 2019, p. 145-186.

LUNARDI, Thaís Amoroso Paschoal. **Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual**. 2018. Tese. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná – UFPR, Paraná. Orientador: Prof. Dr. Eduardo Talamini.

MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da prova e sua dinamização**. Salvador: JusPodivm, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo cautelar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Rógerio Licastro Torres de. O projeto de novo cpc e a ação probatória não cautelar. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, v. 233, 2014, p. 85-96.

MINAMI, Marcos Youji. **Da vedação ao non factible**. Uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: JusPodivm, 2018.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter?: um convite ao diálogo para Lenio Streck. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, v.194, 2011, p. 55-68.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, v. 77, 1995, p. 168-176.

NAGAO, Paulo Issamu. **O papel do juiz na efetividade do processo civil contemporâneo**. 2012. Tese. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. Orientadores: Prof. Dr. Roque Komatsu e Prof. Dr. Marcelo José Magalhães Bonfício.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. São Paulo: Saraiva, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Salvador: JusPODVIM, 2018.

PEREIRA, Rafael Caselli. A produção antecipada de provas no CPC/2015 – a possibilidade de a parte suscitar eventual violação de direito fundamental por simples manifestação como garantia à ampla defesa e contraditório. *In*: DIDIER JR, Fredie (Coord. Geral). JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). **Coleção grandes temas do Novo CPC**. Direito probatório Salvador, JusPODVIM, 2018, p. 787-796.

PORTO, Guilherme Athayde. **A imposição pelo juiz à parte de produção de prova desabonatória no direito processual civil, sob a ótica dos direitos fundamentais de natureza processual**. 2019. Tese. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Rio Grande do Sul. Orientador: Prof. Luis Alberto Reichelt.

PORTO, Guilherme Athayde. Notas às disposições gerais sobre prova no ncp. **Grandes Temas do Novo CPC: direito probatório**. Salvador: JusPODVIM, 2018,

RAMOS, Victor de Paula. Direito fundamental à prova. **Revista de Processo**. São Paulo: v. 224, 2013, p. 41.

RAMOS, Victor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar**. *In*: DIDIER JR, Fredie (Coord. Geral). JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 141-164.

REICHELT, Luis Alberto. O direito fundamental à prova e os poderes instrutórios do juiz. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 281, 2018, p. 171-185.

RIGUETTI, Gabriel Felipe Roqueto. Processo e verdade: brevíssimas considerações sobre funções e conceitos. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, vo. 250, 2015, p. 61-90.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Entre produzir provas e confirmar hipóteses: o risco do argumento da “busca da verdade real” na instrução e fundamentação da decisão. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, v. 250, 2015, p. 91-117.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Curso de processo civil: Processo Cautelar (tutela de urgência)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no código de processo civil de 2015. **Revista de Processo**. v. 260, 2016.

TESHEINER, José Maria. **Jurisdição Voluntária**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

THEODORO JR, Humberto. **Curso de direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JR, Humberto. **Processo cautelar**. São Paulo: Leud, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

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

YARSHELL, Flávio Luiz. Da produção antecipada da prova. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Orgs.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paul: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de provas e procedimentos probatórios. *In*: Mitidiero, Daniel; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente**. Porto Alegre: Fabris, 2004.