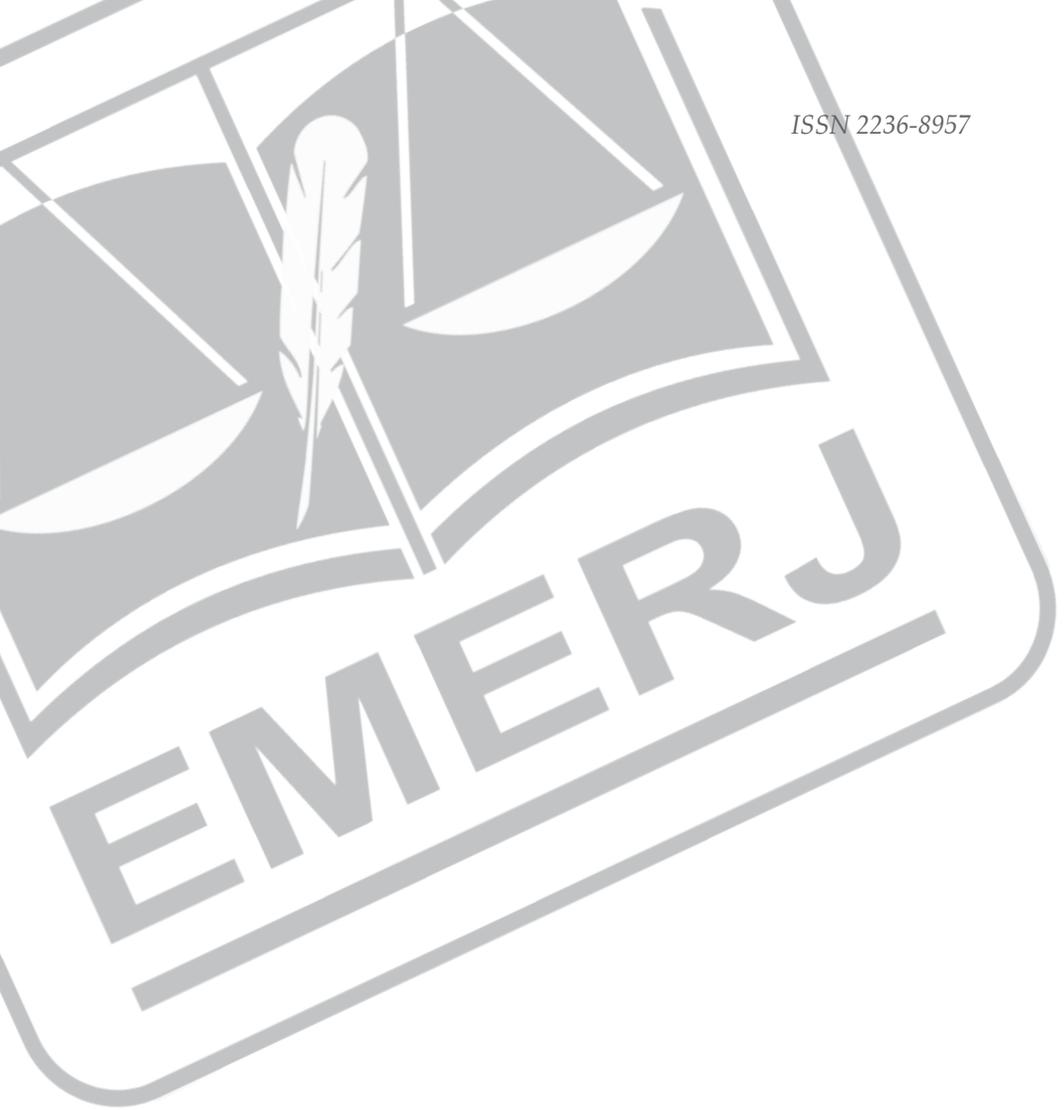


ISSN 2236-8957



Revista da EMERJ

Abril/Junho

V. 23 - n. 2 - Ano 2021

Rio de Janeiro

Ações Probatórias Autônomas

Hugo Filardi

Doutor e Mestre em Direito pela PUCSP. Bacharel em Direito pela Faculdade Nacional de Direito/UFRJ. Advogado e Professor de Direito Processual Civil na Faculdade Nacional de Direito/UFRJ.

ÁREA DO DIREITO: Direito Constitucional e Direito Processual

RESUMO: O presente trabalho aborda as ações probatórias autônomas previstas no Código de Processo Civil.

ABSTRACT: The present paper addresses the discovery actions foreseen in the Code of Civil Procedure.

PALAVRAS-CHAVE: Provas – Ações probatórias autônomas.

KEYWORDS: Evidences – Discovery actions.

1. Introdução. 2. Direito fundamental à prova. 3. Princípios probatórios. 4. Destinatários da prova. 5. Limitações probatórias, defesas e recursos. 6. Ações probatórias e estímulo à conciliação. 7. Demanda de descoberta da prova. 8. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

O descortinamento de fatos por intermédio da produção de provas, desde que reconhecidas como legítimas pelos jurisdicionados interessados, apresenta-se como um componente indispensável na entrega da tutela jurisdicional adequada e pode também gerar soluções jurídicas negociadas. É inegável que a produção de provas conduzida de maneira isonômica e em respeito ao contraditório permite uma aproximação dos jurisdicionados na tentativa de construírem, juntos, uma solução

consensual que os liberte das incertezas e possíveis insensibilidades do julgador.

As provas, sob a ótica do garantismo processual e do princípio da cooperação, deixam de ter como exclusivo destinatário o julgador e passam a se dirigir igualmente também às partes e terceiros interessados¹. O sistema probatório adotado pelo Código de Processo Civil em vigor estabelece que os jurisdicionados tenham todas as possibilidades de demonstração da veracidade de suas argumentações, e os magistrados possuem um dever estabelecido pela garantia da motivação das decisões judiciais de enfrentar todas as variáveis normativas levadas em consideração quando da construção de decisões judiciais.

O modelo constitucional de processo assegura aos jurisdicionados que a atividade jurisdicional se desenvolva numa plataforma participativa e de debate democrático, permitindo assim que o direito à produção de provas seja compreendido não apenas como um direito subjetivo das partes ou elementos de formação de convicção dos magistrados: trata-se de elemento indissociável à prestação da tutela jurisdicional adequada/efetiva e seu direcionamento transborda a relação processual para subsidiar a formação de decisões judiciais coerentes, o estímulo à utilização não impositiva, e sim cultural de precedentes, o aproveitamento de provas emprestadas e a possibilidade de celebração de acordos/mediações após a própria coleta de provas.

A Justiça pautada em pacificação social disseminada pelos sistemas da *common law* acaba influenciando os sistemas de *civil law*, especialmente na tentativa de propor soluções para as ineficiências na relação cada vez mais direta entre o Poder Judiciário e a sociedade civil. Logicamente que as *disclosures* do sistema inglês serviram de base para as demandas probatórias autônomas e pretendem atuar diretamente para a resolução de três graves problemas do Judiciário brasileiro: Justiça que estimula litigiosidade, é custosa e muito demorada.

¹ Ver Enunciado número 50 do Fórum Permanente de Processo Civil: “Os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juizes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz”.

NEIL ANDREWS², que há algum tempo concentra suas pesquisas na compatibilidade entre boas práticas de *common law* e *civil law*, afirma que “a *disclosure* na fase pré-litígio pode ser eficaz principalmente de dois modos: pode estimular e aumentar as chances de um acordo, auxiliando os litigantes com uma avaliação mais sólida do mérito; e pode reduzir os custos do litígio, adiantando o momento em que os litigantes focam a matéria essencialmente em discussão; em resumo, a *disclosure* na fase pré-litígio pode reduzir a necessidade de ordens de *disclosure* pós-ação”.

Vê-se então claramente a tentativa do legislador ordinário, com a redação do artigo 381 do Código de Processo Civil, de criar um ambiente processual não necessariamente antagônico e que conduza a uma prestação jurisdicional menos impositiva com um custo menor, duração mais razoável e que possa fornecer às partes e jurisdicionados interessados a possibilidade de estabelecerem um diálogo calcado em provas, e não em suas percepções subjetivas de vitória ou derrota.

Por que trabalhar uma relação processual quase que inteira no campo das incertezas e argumentações para aí sim contarmos com a fase probatória? A criação de uma fase probatória autônoma e antecipada tem o condão de estimular as autocomposições e inibir a propositura de demandas de viabilidade temerária. Temos um claro exemplo de tutela jurisdicional de qualidade, preventiva e que pode, inclusive, viabilizar a composição de litígios através de conciliação, mediação e/ou transação.

2. DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA

Ao jurisdicionado, deve ser assegurado todos os meios necessários para influir eficazmente nas decisões judiciais. O processo democrático impõe como fundamento de validade que todos possam deduzir suas alegações sem censuras desmedidas ou desnecessárias e, nesse contexto, o direito a provas adquire proteção constitucional de garantia fundamental do processo. Não

2 ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil. Formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Editora Revista dos Tribunais, 2ª Edição, São Paulo, página 215.

há como sustentar o processo justo sem que os jurisdicionados sejam estimulados a participar da relação processual não só com liberdade argumentativa, mas com exaustivo leque probatório.

O direito à prova, no modelo constitucional de processo, surge de maneira autônoma e absolutamente sem compromisso com a tutela de direito material pleiteada. Sustentando o direito autônomo à prova, ARRUDA ALVIM³ afirma que há “situações em que a parte tem interesse exclusivamente na produção de prova, não necessariamente para conservar um direito futuro. Falamos nesse caso de um direito autônomo à própria prova, não vinculado a outro direito material. É possível antecipar a produção da prova, então, também quando “a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito” (art. 381, II, do CPC/2015) ou quando “o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação” (art. 381, III). Pensemos em um exame pericial com o objetivo de avaliar o valor de aluguel de determinado imóvel comercial. O resultado da prova pode justificar ou evitar que uma ação revisional de aluguel seja movida, ou ainda fazer com que as partes acordem na novação dos termos do contrato de maneira consensual”.

A desvinculação da fase probatória à instauração de uma demanda contenciosa é medida de extrema importância na concretização de uma justiça mais colaborativa e menos impositiva. A estrutura do artigo 381 do Código de Processo Civil, baseada no instituto pré-processual da *disclosure*, possibilita que os jurisdicionados entrem menos no escuro em demandas de natureza contenciosa. A deslitigiosidade da produção de provas, alçada aqui à qualidade de direito fundamental e autônomo, acaba propiciando uma maior aproximação dos jurisdicionados e estimula soluções consensuais, além de servir como freio a demandas desprovidas de viabilidade.

Segundo FREDIE DIDIER JUNIOR⁴, a “ação de produção antecipada de prova é a demanda pela qual se afirma o direito à

3 ARRUDA ALVIM. *Novo Contencioso Cível no CPC/2015*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, página 252.

4 DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II, Salvador, Jus podivm, 10ª Edição, 2016, página 137.

produção de uma determinada prova e se pede que essa prova seja produzida antes da fase instrutória do processo para o qual ela serviria”.

RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO⁵ sustenta que “hoje se reconhece que o sentido substancial do devido processo legal (CF, art.5º, LV) inclui, para além do direito ao contraditório e à ampla defesa, também o direito à não surpresa (CPC, art. 10) e o direito a influenciar, em limite razoável, a convicção do juiz”, referindo o art. 369 do CPC que os meios de prova intentam “influir eficazmente na convicção do juiz”.

As demandas autônomas de provas, além de permitir que as partes possam influir eficazmente na formação do senso de julgamento dos magistrados, geram uma aproximação natural e menos belicosa entre os sujeitos da relação processual, com vistas à efetiva descoberta das razões que justificariam uma atuação impositiva do Estado-Juiz e que, num ambiente não altamente litigioso, tenham o condão de viabilizar composições amistosas no tema posto em Juízo.

3. PRINCÍPIOS PROBATÓRIOS

DEVIS ECHANDÍA⁶, jurista colombiano, aponta a existência de 27 princípios de direito processual com ênfase no sistema probatório: 1) Princípio da Necessidade de prova e a proibição de aplicar o conhecimento privado do juiz sobre os fatos; 2) Princípio da eficácia jurídica e legal das provas; 3) Princípio da unidade da prova; 4) Princípio da comunidade da prova, também chamado de aquisição; 5) Princípio do interesse público na função da prova; 6) Princípio de lealdade e probidade ou veracidade da prova; 7) Princípio do contraditório da prova; 8) Princípio da igualdade de oportunidades para a produção da prova; 9) Princípio da publicidade da prova; 10) Princípio da formalidade e legitimidade da prova; 11) Princípio da legitimação para a prova; 12) Princípio da preclusão da prova; 13) Princípio da imediação

⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, página 330.

⁶ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoria general de la prueba judicial*, Tomo I, Zavalia, Buenos Aires, 1976, página 114.

e direção do juiz na prova; 14) Princípio da imparcialidade do juiz na direção e apreciação das provas; 15) Princípio da originalidade da prova; 16) Princípio da concentração da prova; 17) Princípio da liberdade de prova; 18) Princípio da relevância, idoneidade ou conduta na utilização da prova; 19) Princípio da naturalidade ou espontaneidade ou legalidade da prova e do respeito pela pessoa humana; 20) Princípio da obtenção coerciva de meios materiais da prova (ilicitude da prova); 21) Princípio da imaculação da prova; 22) Princípio da avaliação ou apreciação da prova; 23) Princípio do ônus da prova e da autorresponsabilidade das partes pela sua inatividade; 24) Princípio da oralidade na prática da prova; 25) Princípio inquisitivo na obtenção do teste; 26) Princípio da indisponibilidade e irrevogabilidade da prova e 27) Princípio da gratuidade da prova.

Logicamente que o mote do presente ensaio não é criar um microsistema de provas ou tentar insuflar injustificadamente a importância da teoria das provas no direito processual civil. De toda sorte, existem valores jurídicos derivados das cláusulas constitucionais do devido processo legal, na inafastabilidade da tutela jurisdicional e da proibição da prova ilícita que permeiam as legislações ocidentais, sejam do *common law* ou do *civil law*, até mesmo pela aproximação dos dois universos, no estabelecimento de garantias fundamentais básicas de proteção aos jurisdicionados na adequada possibilidade de influência na formação das decisões judiciais.

E para este trabalho, mostra-se fundamental sustentar a introdução adicional aos princípios, não exaustivos, propostos por DEVIS ECHANDÍA, dos princípios da cooperação entre os jurisdicionados e da pacificação social nas demandas autônomas de provas no Código de Processo Civil. Num ambiente processual de diálogo e compreensão com vistas a acordos, a tutela jurisdicional passa a exercer uma faceta de maior conotação para pacificação social do que a rigorosa aplicação da letra da lei ao caso concreto, e a deslitigiosidade das demandas autônomas de prova colaboram para uma efetiva cooperação entre os sujeitos do processo.

O artigo 381 do Código de Processo Civil nada mais que estimula o que ERIK NAVARRO WOLKART⁷ denomina de “incentivos à criação de comportamentos cooperativos”. Para o referido autor, tratando o tema da cooperação no âmbito da economia aplicada ao fenômeno do acesso à justiça, a “cooperação transcende um determinado processo e inicia-se antes mesmo da demanda, surgindo como iniciativas negociais visando à autocomposição”.

4. DESTINATÁRIOS DA PROVA

Para LEONARDO GRECO⁸, o juiz não é mais “o único destinatário das provas, que não se destinam à sua exclusiva apreciação, mas também à apreciação das partes, dos tribunais superiores que exercerão a jurisdição no mesmo processo em instâncias diversas e da própria sociedade que sobre ele exerce o controle social da exação no exercício da jurisdição”. Com a valorização dos precedentes, as provas produzidas e que foram determinantes para a conclusão de um determinado caso jurídico adquirem uma conotação que transporta a relação jurídica de origem e passam a influenciar todas as decisões subsequentes que seguem um determinado caminho interpretativo.

As provas não mais são exclusivamente destinadas ao julgador, mas sim passam a influenciar, inclusive, posturas comportamentais dos cidadãos fora de relações processuais. As provas formam *standards* comportamentais que direcionam a postura do cidadão em sociedade e podem contribuir de maneira decisiva para relações interpessoais mais bem definidas e menos litigiosas. O modelo cooperativo adotado pelo Código de Processo Civil, em que juiz e as partes atuam juntos, de maneira cooperativa, na construção em contraditório do resultado do processo, também robustece a ideia de que as provas não possuem como único destinatário o julgador.

O Deputado Relator no Projeto de Lei do agora vigente Código de Processo Civil, Paulo Teixeira (PT-SP), ao discorrer sobre a

7 Wolkart, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019. Página 93.

8 GRECO, Leonardo. *Inovações do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Editora GZ, 2016, página 4.

retirada do termo “livremente” na valoração das provas, afirmou que “embora historicamente os Códigos Processuais estejam baseados no livre convencimento e na livre apreciação judicial, não é mais possível, em plena democracia, continuar transferindo a resolução dos casos complexos em favor da apreciação subjetiva dos juízes e tribunais. Na medida em que o projeto passou a adotar o policentrismo e a coparticipação no processo, fica evidente que a abordagem da estrutura do Projeto passou a poder ser lida como um sistema não mais centrado na figura do juiz. As partes assumem especial relevância. Eis o casamento perfeito chamado coparticipação, com pitadas fortes do policentrismo. E o corolário disso é a retirada do livre convencimento. O livre convencimento se justifica em face da necessidade de superação da prova tarifada. Filosoficamente, o abandono da fórmula do livre convencimento ou da livre apreciação da prova é corolário do paradigma da intersubjetividade, cuja compreensão é indispensável em tempos de democracia e autonomia do direito. Dessa forma, a invocação do livre convencimento por parte de juízes e tribunais acarretará, a toda evidência, a nulidade da decisão”⁹.

Num ambiente de democracia processual, em hipótese alguma podemos conceber o magistrado como destinatário único e absoluto das provas. Seja pela introdução da sistemática de valorização de precedentes ou em razão de uma necessária mudança cultural e legislativa de postura dos “litigantes”, as provas servem à prestação efetiva da tutela jurisdicional e adquiriram um viés extraprocessual de fixação de standard comportamental. As provas não são dos juízes apenas, mas sim do próprio Estado, que justifica seus atos e tem que gerar segurança jurídica para os jurisdicionados.

5. LIMITAÇÕES PROBATÓRIAS, DEFESAS E RECURSOS

LEONARDO GRECO¹⁰ sistematiza as limitações probatórias em três ângulos: (i) limitações a provas suspeitas, (ii) li-

9 PL 8046/2010.

10 GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro, Editora Forense, 3ª Edição, 2015, página 136-138.

mitações à organização da relação processual; e (iii) limitações destinadas à proteção de valores constitucionais. Vejamos o detalhamento:

“a) Limitações que visam a repudiar provas supostamente suspeitas:

1. A incapacidade para prestar depoimento pessoal (CPC de 1973, art 8º. CPC de 2015, art. 71);

2. A proibição de requerer o próprio depoimento pessoal (CPC de 1973, art. 343; CPC de 2015, art. 385);

3. A proibição da presença da parte à tomada de depoimento pessoal da outra (CPC de 1973, arts. 344 e 413; CPC de 2015, art. 385, § 2º);

4. A limitação do depoimento pessoal à forma oral (PC de 1973, art. 344; CPC de 2015, art. 387);

5. A proibição de reperguntas pelo advogado do próprio depoente;

6. A forma escrita da confissão extrajudicial (CPC de 1973, art. 353), flexibilizada no Código de 2015 (art. 394);

7. A subordinação da prova contra o autor do documento particular à assinatura (CPC de 1973, art. 368; CPC de 2015, art. 408);

8. As incompatibilidades para depor como testemunha;

9. As incapacidades para depor como testemunha (CPC de 1973, art. 405, § 1º, CPC de 2015, art. 447, § 1º; Código Civil, art. 228);

10. Os impedimentos e motivos de suspeição das testemunhas (CPC de 1973, art. 405, §§ 2º e 3º, CPC de 2015, art. 447, §§ 2º e 3º);

11. A não admissão da prova exclusivamente testemunhal nos contratos de valor superior a 10 salários mínimos (CPC de 1973, art. 401; Código Civil, art. 227);

12. A não admissão da prova testemunhal sobre fato já provado por documento ou confissão, ou que só por documento ou exame pericial possa ser provado (CPC de 1973, art. 400; CPC de 2015, art. 443);

13. Os impedimentos, os motivos de suspeição e carência de conhecimentos técnicos ou científicos (CPC de 1973, arts. 423 e 424; CPC de 2015, arts. 467 e 468);

14. Limitações ao depoimento oral do perito (CPC de 1973, art. 435; CPC de 2015, arts. 477, §§ 3º e 4º).

b) Limitações que visam a garantir um ordenado desenvolvimento do processo:

1. As preclusões processuais, como a vedação à proposição e produção de provas não requeridas pelo autor na petição inicial e pelo réu na contestação (CPC de 1973, arts. 282 e 300; CPC de 2015, arts. 319 e 336), a proibição de provas novas em grau de apelação (PC de 1973, art. 517; CPC de 2015, art. 1.014) e a cognição recursal restrita à matéria de direito no recurso especial e no recurso extraordinário;

2. A proibição de juntada de documentos posteriormente aos articulados (CPC de 1973, arts. 396 a 398, 326 e 327, flexibilizada no Código de 2015, art. 434, parágrafo único);

3. O prazo para oferecimento do rol de testemunhas (CPC de 1973, arts. 407 e 435, CPC de 2015, art. 357, §§ 4º e 5º);

4. O número máximo de testemunhas (CPC de 1973, art. 407, parágrafo único; CPC de 2015, art. 357, §§ 6º e 7º);

5. As restrições à substituição de testemunhas (CPC de 1973, art. 408; CPC de 2015, art. 451);

6. A limitação temporal aos quesitos suplementares (CPC de 1973, art. 425; CPC de 2015, art. 469);

7. O prazo para intimação do perito para prestar depoimento oral em audiência (CPC de 1973, art. 435; CPC de 2015, art. 447, § 4º).

c) Limitações que visam a preservar valores constitucionais:

1. A proibição de provas ilícitas (Constituição Federal, art. 5º, inc. LVI; CPC de 1973, art. 332; CPC de 2015, art. 369);

2. As provas legais de determinados fatos, através dos registros públicos dos fatos da vida civil, como o nascimento, o casamento e o óbito (CPC de 1973, arts. 320, inc. III e 366; CPC de 2015, arts. 345, inc. III, e 406; Código Civil, arts 9, 10, 108 e 1.543)

3. As escusas de prestar depoimento pessoal (CPC de 1973, art. 347; CPC de 2017, art. 388);

4. A inadmissibilidade da confissão de fatos relativos a direitos indisponíveis (CPC de 1973, art. 351; CPC de 2015, art. 392);

5. As escusas de exibição (CPC de 1973, art. 363; CPC de 2015, art. 404);

6 A proibição de requisição do processo administrativo fiscal (Lei nº 6.830/80, art. 41);

7. A proibição de acesso a documentos acobertados pelo segredo de Estado (Constituição, art. 5º, inc. XXXIII);

8. Escusas de depor (CPC de 1973, art. 406; CPC de 2015, art. 448; Código Civil, art. 229);

9. A escusa do perito por motivo legítimo (CPC de 1973, art. 146; CPC de 2015, art.157). sustenta que “hoje se reconhece que o sentido substancial do devido processo legal (CF, art.5º, LV) inclui, para além do direito ao contraditório e à ampla defesa, também o direito à não surpresa (CPC, art. 10) e o direito a influenciar, em limite razoável, a convicção do juiz”, referindo o art. 369 do CPC que os meios de prova intentam “influir eficazmente na convicção do juiz”.

A produção de provas, sob a ótica do modelo constitucional de processo, encontra limitações justificadas e apenas nas hipóteses exaustivamente mencionadas. O direito constitucional à produção de provas comporta ponderações obviamente ajustadas pela calibragem decorrente da incidência de outros princípios constitucionais à situação fática concreta. Somente nessa hipótese estaremos diante de legítima limitação ao direito constitucional à prova.

Em linhas gerais, o direito constitucional à produção de provas apenas comporta temperamento diante da potencial violação de outra garantia fundamental da Constituição da Re-

pública Federativa do Brasil. O fato de formalmente não estar prevista a apresentação de defesa na ação prevista no artigo 381 do Código de Processo Civil não significa que o demandado, de maneira justificada, não possa apresentar resistência à pretensão de produção de provas.

Afinal, segundo NELSON NERY JÚNIOR E ROSA MARIA DE ANDRADE NERY¹¹, a demanda autônoma de provas enseja ampla defesa diferida: “A parte pode alegar toda a sorte de matéria de ordem pública que obste a produção de prova contra si dirigida. Entretanto, a ampla defesa e o contraditório, que por contestação ou por recurso, já poderiam vir a ser alegados durante o procedimento de produção antecipada de prova, por expressa disposição legal, ficam diferidos para o momento processual adequado, no processo contencioso que eventualmente venha a se instaurar”.

Já ALEXANDRE FREITAS CÂMARA¹² discorre que “o procedimento das demandas probatórias autônomas não admite defesa ou recurso (art. 382, § 4º), já que todo o debate que tenha de acontecer se dará no processo em que a prova aqui colhida será efetivamente produzida. Excepciona-se, tão somente, a decisão que indefere por completo a colheita das provas que o demandante queira ver produzidas, caso em que se admitirá apelação (já que o indeferimento total das provas postuladas pelo demandante, na hipótese, corresponde a uma sentença de extinção do processo sem resolução do mérito)”.

LEONARDO GRECO¹³ afirma “que o § 4º do artigo 382 prescreve que nesse procedimento não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra o total indeferimento da produção da prova pleiteada, o que implica que dele não pode resultar para o requerido qualquer prejuízo nem qualquer desvantagem, o que o diferencia substancialmente, por exemplo, da exibição de docu-

11 NERY Junior, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários do Código de Processo Civil*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, página 1015.

12 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Editora Atlas, 2ª Edição, Rio de Janeiro, 2016, página 241.

13 GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro, Editora Forense, 3ª Edição, 2015, página 128.

mento ou coisa, já referida. Daí resulta que se a prova estiver em poder do requerido ou a sua revelação depender de ato de requerido, este poderá comunicar ao juiz a ausência de disposição em revelá-la ou produzi-la, devendo ser extinto o procedimento”.

A ausência de previsão legislativa de defesa¹⁴ à efetivação das demandas autônomas de prova não significa que o jurisdicionado interessado não possa exercer um direito constitucional de resistência à produção de provas ilegítimas ou que violem outros direitos fundamentais.

O simples fato de um procedimento não prever a apresentação de contestação em hipótese alguma, e ainda mais em um contexto de direito processual participativo, sugere que o direito fundamental de contraditório e ampla defesa está afastado.

O Estado Constitucional comportará sempre salvaguardas de defesa aos jurisdicionados, que não poderão ter suas esferas de interesse ilegitimamente invadidas por pretensões que potencialmente violem garantias fundamentais como a dignidade da pessoa humana.

6. AÇÕES PROBATÓRIAS E ESTÍMULO À CONCILIAÇÃO

ISABELA CAMPOS VIDIGAL TAKAHASHI DE SIQUEIRA¹⁵, ao se manifestar sobre as demandas autônomas de provas, assevera que “o intuito do legislador é o de ampliar o cabimento desse instrumento, com vistas a evitar ao máximo o ajuizamento de ações temerárias e, ao mesmo tempo, munir as ações propostas com provas mais efetivas e que assegurem o objetivo maior de esclarecimento da verdade real”. Referidas medidas também se revelam adequadas ao escopo de simplificação das técnicas processuais que permeiam toda a concepção do novo Código.

14 Em sentido contrário e limitando defesa e recurso, vejamos TJSP: “A produção antecipada de prova – Ação proposta sob a égide do atual CPC – Sentença que, depois de haver observado que o banco requerido apresentou os documentos que tinha em seu poder, extinguiu o processo sem resolução de mérito – Processo que deveria ter sido encerrado mediante sentença homologatória – Decisão que não comporta recurso - § 4º do art. 382 do atual CPC que limita a interposição de recursos somente para o caso em que foi indeferida totalmente a produção da prova pleiteada na inicial – Apelo do requerente não conhecido. (VOTO Nº: 31108 – Digital - APEL. Nº: 1010366-47.2018.8.26.0068)

15 TAKAHASHI DE SIQUEIRA, Isabela Campos Vidigal. *Provas in Primeiras Lições sobre o novo Direito Processual Civil Brasileiro*. Coordenadores: Humberto Theodoro Júnior, Fernanda Alvim Ribeiro de Oliveira e Ester Camila Gomes Norato Rezende. Rio de Janeiro: Forense, 2015, página 282.

As demandas autônomas de provas não estão sujeitas à urgência, mas sim à concreta viabilidade de aproximação entre potenciais litigantes através de uma demanda não contenciosa e que pode sim gerar uma solução negociada entre duas posições que numa concepção arcaica processual somente seriam compostas através da intervenção judicial clássica de resolução de conflitos.

A pedra de toque desse tipo de demanda judicial não é necessariamente a urgência do provimento, mas sim a possibilidade de gerar uma solução não litigiosa de questões postas em Juízo e, além disso, desestimular o ajuizamento de demandas despidas de conteúdo probatório ou que não se justificariam após a produção de determinadas provas.

Vejam que a própria autonomia da demanda, aliada ao fato de seu tratamento não estar encartado no capítulo de tutelas provisórias ratificam que não estamos diante de uma “cautelar de produção antecipada de provas”. O legislador quis encontrar por intermédio da demanda autônoma de provas um caminho judicial de estímulo à desjudicialização – por mais paradoxal que possa parecer – e à autocomposição entre os jurisdicionados.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR¹⁶ afirma que “como já advertido acolhendo à moderna visão doutrinária que alarga o conceito de interesse legítimo na produção antecipada de prova para além do simples risco de impossibilidade física da futura construção no juízo contencioso, o novo código admitiu a medida em duas outras situações: (a) quando a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; (b) quando o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação. O novo código reconhece, pois, riscos ou motivos jurídicos distintos da impossibilidade de produção futura da prova, mas que se mostram relevantes para ulterior tomada de decisões pela parte promovente. A falta de prova atual, por si só, pode obstar, dificultar, ou simplesmente comprometer a futura defesa de

16 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 56ª, Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, página 913.

interesses em juízo. Por isso, antes de decidir sobre o ingresso em juízo, ou mesmo sobre a conveniência ou não de demandar, é justo que o interessado se certifique da realidade da situação fática em que se acha envolvido. Obtendo provas elucidadoras previamente, evitar-se-ia demanda temerária ou inadequada à real situação da controvérsia. Esclarecida a quadra fática, facilitar-se-ia a autocomposição, ou até mesmo se evitaria o ingresso em juízo com demanda desnecessária e inviável”.

O viés de estímulo à autocomposição serve, inclusive, como justificativa para a propositura de ação autônoma de prova como exceção à cláusula compromissória de arbitragem, obviamente desde que a cláusula expressamente não vede a utilização do instituto.

Importante observar os pontos apresentados por HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO e MARCELO MAZZOLA¹⁷: “Para análise do tema, é preciso fincar uma premissa relevante, qual seja saber se a convenção arbitral prevê a possibilidade de produção antecipada de prova no Judiciário ou é silente a respeito. Com efeito, quando o compromisso arbitral dispõe expressamente sobre a possibilidade da produção antecipada da prova no Judiciário, não há dúvidas de que a medida não violará a competência do árbitro e a jurisdição arbitral. Afinal, deve prevalecer a autonomia da vontade das partes. Por outro lado, se o compromisso arbitral vedar expressamente a produção antecipada da prova no Judiciário, a medida não poderá ser proposta, devendo ser respeitada a vontade dos contratantes. Todavia, sendo silente a convenção arbitral ou havendo dúvidas sobre a sua extensão, surgirá a controvérsia propriamente dita. Ousamos afirmar que a produção antecipada de prova nesse caso não violará a competência do árbitro e a jurisdição arbitral. Primeiro, porque, no procedimento em questão, o juiz não se pronunciará “sobre a ocorrência ou a inoocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas” (art. 382 §2º, do CPC). Ou seja, não há vencido e vencedores, e tampouco

17 DALLA BERNARDINA DE PINHO, Humberto e MAZZOLA, Marcelo. *Manual de mediação e arbitragem*. Editora Saraiva, São Paulo, 2019, página 381.

a formação de coisa julgada. Trata-se, na verdade, de uma atividade que faz lembrar o *discovery* do direito norte-americano. Ademais, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indefira totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário (art. 382, § 4º), o que confirma a intenção do legislador de não burocratizar o procedimento. Segundo, em razão do caráter dúplice da produção antecipada de prova, capaz de beneficiar tanto o requerente como o requerido. Com efeito, quando o juiz defere a medida, não é possível saber, de antemão, quem irá se beneficiar da respectiva prova. Significa dizer que, ao menos nesse momento processual, não existe prejuízo para qualquer das partes e não há que se falar em desequilíbrio, desigualdade ou ausência de paridade de armas. Terceiro, porque a prova a ser produzida de forma antecipada pode ter um escopo maior do que aquele objeto da convenção arbitral e envolver outras pessoas interessadas (art. 382, § 1º, do CPC), corroborando a utilidade da medida. Quarto, e último, porque, sob o prisma da análise econômica do direito e da eficiência processual – norma estruturante do processo civil (art. 8º do CPC) –, a medida é fundamental para reduzir custos”.

7. DEMANDA DE DESCOBERTA DA PROVA

Segundo NEIL ANDREWS¹⁸, “podemos começar considerando o motivo pelo qual o sistema do *common law* permitiu, e, na verdade, por muito tempo exigiu, a escrupulosa *disclosure* por ambas as partes entre si, com relação a documentos relevantes, *disclosure* (anteriormente conhecida como *discovery*) entre adversários (partes potenciais ou definidas perante as CPR): pode determinar a igualdade de acesso a informações; pode facilitar acordos; evita o chamado “julgamento de emboscada”, ou seja, situação em que a parte não é capaz de reagir devidamente a uma revelação surpresa, no final da audiência; e, finalmente, auxilia o tribunal a conhecer detalhes precisos a respeito dos fatos, quando for o momento de julgar o mérito”.

18 ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil. Formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Editora Revista dos Tribunais, 2ª Edição, São Paulo, páginas 201 e 202.

Trata-se de demanda sem caráter litigioso, cujo bem da vida tutela nada mais é que a descoberta de uma prova. O termo final dessa demanda poderá ensejar o ajuizamento de outra medida judicial, de procedimento de arbitragem ou simplesmente viabilizará um acordo e ainda poderá desencorajar a propositura de demandas temerárias.

Para CESAR FELIPE CURY¹⁹, “os institutos do *discovery* ou *disclosure*, inseridos no campo da produção antecipada de prova do art. 381 do CPC/15, permite aos interessados ter acesso a maior volume de dados da controvérsia, e assim à formação de juízo sobre os fatos e mais adequada avaliação da pretensão. O desvendamento desses elementos, que pode envolver a apresentação sucessiva e alterada (troca) de documentos e outras (art. 382 § 3º CPC15), proporciona a instauração de condições favoráveis à negociação, ensejando o encaminhamento da solução pela via autocompositiva. Portanto, é intuitivo que os dados descobertos pela via do art. 381 do CPC/15 sejam utilizados em sessões de autocomposição nos Centros Judiciários (ou extrajudiciários), razão pela qual parece importante que os operadores do direito comecem a se interessar por essa que é uma nova modalidade de resolução de disputas, preparando-se adequadamente, por meio da troca de documentos e outras provas, para a busca de uma solução negociada”.

A demanda de descoberta da prova possui um viés de não polarizar discussões jurídicas e estabelecer, por intermédio de evidências, como determinados fatos ocorreram. O ponto principal aqui é estabelecer um diálogo franco e humanizado entre as partes, com o claro objetivo de gerar processualmente um ambiente de conciliação baseado em fatos descortinados e “incontroversos”.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo constitucional de processo e uma leitura adequada do artigo 381 do Código de Processo Civil nos permitem fazer as seguintes afirmações, de cunho, em muitas questões, provoca-

¹⁹ CURY, Cesar Felipe. *Produção Antecipada de Prova e o disclosure no Direito Brasileiro in Revista Fonamec*, Rio de Janeiro, Volume 1, número 1, página 124.

tivo: (i) o processo civil não estimula disputas desnecessárias; (ii) há na ciência processual moderna verdadeira ojeriza a demandas distribuídas sem qualquer lastro probatório; (iii) o direito à prova é fundamental e autônomo em razão da cláusula do devido processo legal substantivo e do acesso à tutela jurisdicional e (iv) a *disclosure* importada pelo Código de Processo Civil não possui caráter de latente litigiosidade e, muito pelo contrário, alicerça uma política de contenção de processos.

A dinâmica processual e o campo de incidência probatório, com o Código de Processo Civil de 2015, passam a permitir que a tutela jurisdicional seja também concebida de maneira colaborativa e menos litigiosa. Uma demanda autônoma de provas, por si só, coloca os protagonistas da relação processual do mesmo lado em busca da descoberta sobre os fatos ocorridos no mundo real e transportáveis para uma relação processual não necessariamente contenciosa. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil. Formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Editora Revista dos Tribunais, 2ª Edição, São Paulo.

ARRUDA ALVIM. *Novo Contencioso Cível no CPC/2015*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Editora Atlas, 2ª Edição, Rio de Janeiro, 2016.

CURY, Cesar Felipe. *Produção Antecipada de Prova e o disclosure no Direito Brasileiro in Revista Fonamec*, Rio de Janeiro, Volume 1, número 1.

DALLA BERNARDINA DE PINHO, Humberto e MAZZOLA, Marcelo. *Manual de mediação e arbitragem*. Editora Saraiva, São Paulo, 2019.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoria general de la prueba judicial*, Tomo I, Zavalia, Buenos Aires, 1976.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito processual civil*. Vol. II, Salvador, Jus podivm, 10ª Edição, 2016.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro, Editora Forense, 3ª Edição, 2015.

_____. *Inovações do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Editora GZ, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NERY Junior, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários do Código de Processo Civil*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.

TAKAHASHI DE SIQUEIRA, Isabela Campos Vidigal. *Provas in Primeiras Lições sobre o novo Direito Processual Civil Brasileiro*. Coordenadores: Humberto Theodoro Júnior, Fernanda Alvim Ribeiro de Oliveira e Ester Camila Gomes Norato Rezende. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 56ª, Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019.