

A IMPOSIÇÃO DAS NORMAS FUNDAMENTAIS NA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA

Tarcísio Azevedo Cruz*

RESUMO: Esta pesquisa teve o escopo de verificar reflexos das normas fundamentais na produção antecipada de provas, desaguando numa análise intrínseca ao que preconiza o Novel Código Processual Civil. Fazendo uma relação entre as normas fundamentais e sua incidência direta na produção probatória autônoma, verificou-se a ocorrência de antinomias entre o contraditório substancial e a restrição à via impugnativa disposta na produção antecipada de provas, o que, em tese, motivaria o reconhecimento da inconstitucionalidade *in concreto*. Devido ao instrumento da flexibilização procedimental, constatou-se a dispensabilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade, desde que realizada a adequação procedimental a fim de oportunizar o contraditório dentro do procedimento, levando à conclusão de que as normas fundamentais são em sua maioria compatíveis. A pesquisa ainda levantou a cooperação como medida vinculativa de conduta na produção antecipada, apta a suprir a ausência de um ônus probatório positivo ou obstativo, incabíveis na via procedimental. Por outro lado, no tocante a validade da prova, analisou-se que a conduta comportamental de cada parte na produção antecipada de provas é determinante para o reconhecimento da prova em um eventual processo cognitivo posterior.

PALAVRAS-CHAVE: Normas Processuais Fundamentais. Reflexos. Produção Antecipada de Provas.

1 INTRODUÇÃO

É sabido que o Novo Código de Processo Civil trouxe aos operadores

* Advogado, Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Escola Judicial do Estado de Sergipe (Ejuse).

do direito inúmeras novidades, tendo a eficácia dos atos processuais e valoração da participação colaborativa como máximas do sistema, incidentes em todos os momentos do processo. Nesse contexto, inovação de extrema importância pode ser identificada na possibilidade de produção antecipada de provas, que apesar de apresentar um progresso no que se refere a instrumentalidade, como qualquer inovação legislativa, não está isenta de críticas. Ao analisar detidamente os dispositivos correspondentes no novo código percebe-se pontos de inconsistência na produção antecipada de provas, variantes de acordo com a situação concreta. Como a própria nomenclatura sugere, o procedimento é voltado à produção probatória, porém, aparentemente despreza preceitos da teoria geral da prova e até da Constituição Federal de 1988. O primeiro ponto de inconsistência refere a regra do ônus probatório aplicada ao procedimento de produção antecipada de prova está disciplinada nos artigos 381 e seguintes do NCPC, de modo que a literalidade de tais dispositivos – sobretudo o art. 382 – indica a aplicabilidade estática do ônus da prova, fazendo presumir que no referido procedimento descabe a modificação do ônus probatório. Outrossim, os dispositivos que tratam do procedimento de produção antecipada de provas demonstram a preocupação com a não ampliação da discussão da prova produzida, refletindo intenção em estreitar a possibilidade de insurgência, sobretudo da parte a quem a prova, pelo menos em regra, é produzida em desfavor, o que possivelmente ofende princípios constitucionais. É a partir dessa constatação que também se pode perquirir a validade daquilo que produzido, podendo levar ao desprezo da (s) prova (s) produzida (s), ocasionando, por sua vez, o retrabalho da atividade jurisdicional. Diante de tais pontos, pergunta-se: as regras de produção antecipada de provas seriam compatíveis com as normas fundamentais (sistemática) do novo Código de Processo Civil? As omissões e restrições apontadas aparentam incredibilidade do novel procedimento, deixando patente a necessidade do estudo da questão, a fim de constatar possíveis antinomias e as respectivas vias de solução, sendo de extrema significância para o processo civil e, portanto, de interesse geral para a comunidade jurídica.

A pesquisa deve ser levantada a fim de contribuir para melhoria do

ordenamento jurídico brasileiro, bem como para o efetivo respeito às normas constitucionais e significativa celeridade nas ações probatórias autônomas. E justamente no desenrolar da pesquisa objetivou-se identificar a compatibilidade das normas fundamentais do NCCP, abstratamente imperativas, na produção probatória autônoma, considerando a influência da teoria geral da prova, destacando as zonas de convergência e divergência interpretativas, a fim de constatar possível relativização. Para tanto, busca-se analisar as premissas estruturantes do novo Código de Processo Civil e seus reflexos na atividade probatória; verificar a influência da teoria geral da prova na produção antecipada de provas; e definir os reflexos da imposição das normas fundamentais na produção antecipada de provas. O estudo de tais objetivos se deu através de pesquisa bibliográfica, a qual se baseou em livros, revistas e artigos voltados para análise das normas fundamentais, da teoria geral da prova e a produção antecipada de provas. Visando obter um resultado proveitoso, buscou-se a bibliografia de autores renomados no campo do direito processual civil contemporâneo. A preferência da pesquisa bibliográfica se justifica, sobretudo, pela matéria a ser tratada no estudo. Não seria viável, no estudo do tema, o uso de uma pesquisa de campo, uma vez que a questão que se almeja discutir se restringe a uma análise de elementos de direito processual, daí porque a natureza atribuída à presente pesquisa é a qualitativa. Quanto ao método principal, o adotado foi o dedutivo, uma vez que parte da generalidade das normas gerais e busca definir a compatibilidade de seus preceitos com as disposições restritivas da ação probatória autônoma, bem como avaliar a possível validade do que produzido.

A presente pesquisa está dividida em quatro capítulos. O primeiro trata da parte introdutória, donde serão abordados o tema da pesquisa, a metodologia utilizada e a descrição de tudo que foi produzido. O segundo capítulo trata das premissas estruturantes do novo Código de Processo Civil e seus reflexos na atividade probatória, por meio da análise do enaltecimento dos direitos fundamentais no âmbito processual e da atividade probatória como exercício de direito, com especial atenção à cooperação, bem como a possibilidade de aplicação irrestrita à atividade

probatória. Já no terceiro capítulo, será abordado possíveis influências da Teoria Geral da Prova e seus reflexos na ação probatória autônoma, o que será feito com a análise sucinta dos aspectos gerais da Teoria Geral da Prova e da produção antecipada de provas e suas inovações. Por conseguinte, o quarto capítulo versa sobre os reflexos da imposição das normas fundamentais na produção antecipada de provas, analisando antinomias decorrentes da limitação impugnativa, a cooperação como elemento diretivo da atividade probatória e a validade das provas produzidas. Na conclusão, foi sintetizado o conteúdo abordado com a exposição de pontos de vista sobre o tema em espeque.

2 PREMISSAS ESTRUTURANTES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SEUS REFLEXOS NA ATIVIDADE PROBATÓRIA

2.1 ENALTECIMENTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO PROCESSUAL E A PROVA COMO EXERCÍCIO DE DIREITO

O CPC de 2015 dispõe de um sistema elogiado de preceitos gerais, cuja intenção é clara: impor uma nova conduta processual para uma mudança benéfica do Direito Processual Civil como um todo. Sem sombra de dúvida, a menção a tais normas, representativas da simbologia do NCPC reflete aquilo que era esperado dos participantes do processo – contudo, não praticado como deveria - e com o tempo passou a ser repetidamente subestimado. Bem verdade que num sistema cooperativo e ético desnecessário seria a repetição de tais preceitos (MACÊDO; PEIXOTO, 2016). Seguindo a linha de outros países ocidentais, o direito brasileiro vem sofrendo a chamada filtragem constitucional, impondo, para a interpretação das normas infraconstitucionais, a observância da Constituição, sendo grande parte dos preceitos constitucionais abrangentes ao processo, positivadas no novo código, e como tal, vinculativas de aplicação e interpretação (BARROSO, 2006). Isso não quer dizer que todos os enunciados normativos contidos no rol introdutório

do NCPC são necessariamente repetição de normas constitucionais, tampouco que as normas não positivadas não tem aplicabilidade (NEVES, 2016). Do artigo 1º ao 12º estão disciplinadas as normas gerais do NCPC e, de modo até repetitivo, tais normas expõem a expectativa de conduta e amplitude de seus efeitos. Os princípios da “inafastabilidade da jurisdição” (art. 3º), da “duração razoável do processo” (art. 4º), da “igualdade” (art. 7º), do “contraditório” (art. 9º) e o da “publicidade” (art. 11), são demonstrativos claros da premissa ideológica adotada pelo NCPC, enquanto que os demais artigos do rol (*i* - art. 2º, expõe os princípios da demanda ou inércia da jurisdição e o do impulso oficial; *ii* – art. 5º, expõe o princípio da boa fé; *iii* – art. 6º, expõe o princípio da cooperação; *iv* - art. 10, expõe o princípio da vedação a decisão surpresa; *v* - art. 12, expõe o princípio da ordem cronológica dos julgados), apesar de instituírem princípios infraconstitucionais já reconhecidos, são, em verdade, resultados de valores - ou junção de valores – constitucionais.

Pela representatividade constitucional dos preceitos constantes no rol de normas fundamentais, a maioria deles não carece a repetição conceitual; há, porém, vertentes e peculiaridades incutidas no novel código que devem ser observadas. É o caso do princípio do contraditório que, no âmbito do processo civil, não é mais entendido pura e simplesmente como contraditório: inova-se com a figura do contraditório substancial. O princípio do contraditório passa a ser mais que um formalismo caracterizador de nulidade, impondo uma participação contundente das partes com o fim de uma atuação conjunta para uma decisão legítima (THEODORO JÚNIOR, 2015). Isto não quer dizer, contudo, que algumas normas fundamentais (constitucionais) ganharam preponderância, mas é possível dizer que para algumas delas certamente o Código de 2015 reservou inovações pontuais que despertaram o interesse da doutrina e, mesmo aquelas que não apresentaram alterações, devem ser vistas de um novo modo (GAJARDON *et al.*, 2015). É o caso da igualdade processual. O novo Código de Processo Civil transparece a intenção de paridade de tratamento, que agora é dirigida não apenas às partes parciais, mas também ao próprio magistrado.

Importante observar que o artigo 8º do novo diploma processual civil,

apesar de não trazer nenhuma novidade, apresenta certa distinção, posto que o dispositivo em voga não se contenta em repetir apenas um ou dois princípios constitucionais, mas trata de vários princípios constitucionais de indispensável observância em qualquer processo. Há, em verdade, a sedimentação de valores do Estado Democrático de Direito dirigido ao processo, o que por sua vez repercute na positivação dos princípios: da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, da razoabilidade, da legalidade, da publicidade e da eficiência (NEVES, 2016). Nesta linha, não se pode falar de inovação sem fazer menção ao princípio da cooperação, com ascendência inegável no novo diploma, porém, devido à importância que guarda para o presente trabalho, será abordado no subcapítulo seguinte.

Pode-se dizer que, diferente do que ocorrido em Códigos Processuais anteriores, com o NCPC não houve propriamente uma sobreposição à ordem processual anterior; o que houve, em verdade, foi uma melhoria, a evolução do diploma pondo-o em consonância com a Constituição Federal de 1988 (DONIZETTI, 2017). E essa melhoria também foi estendida à atividade probatória, já que o direito a prova apresenta-se como elemento indispensável à efetivação do devido processo legal, sem a qual se faz inviável a consecução da pretensão posta em juízo, ou até eximir-se dela.

Nem de longe se pode pensar em falar de prova sem fazer menção, ainda que breve, a sua situação atual no ordenamento jurídico, o que somente pode ser feito sob o prisma constitucional. Inegável que a prova passa a ser vista e interpretada sob uma ótica acertada ao NCPC, mas, em verdade, as alterações percebidas dizem respeito apenas ao procedimento, mantendo intacta a regra geral teórica. Talvez, a amplitude das normas gerais incutidas no NCPC sejam objeto de maior problemática nos procedimentos, sobretudo o probatório, do que as “alterações diretas”. O respaldo constitucional da prova está baseado nos princípios do devido processo legal, do acesso à justiça e do direito de defesa. Tem-se, da interpretação conjunta destes, a máxima de que: “para a obtenção de um resultado útil, é indispensável proporcionar os meios necessários para tanto, no que consiste justamente a prova” (MACÊDO; PEIXOTO, 2016,

p. 58). A conclusão da interpretação constitucional, ligada à legislação infraconstitucional, - o Código Civil e o Código de Processo Civil - é que a prova, atualmente, se constitui em direito subjetivo (RODRIGUES; MONTEIRO NETO, 2016), a ser exercido de forma autônoma – direito autônomo (DIDIER JÚNIOR. 2016), tanto o é que ensejou a criação do procedimento de produção antecipada de prova (CÂMARA, 2017). A importância da prova é tamanha que o indeferimento desarrazoado - atendendo à moralidade e à licitude, requerida de forma ética e tempestiva – configura ato ilícito, posto que contraria o direito pretense da parte (DINAMARCO; LOPES, 2016). Afora de qualquer preceito ideológico individualista, o direito a prova é, hodiernamente, abrangente por si só, a ponto de refletir direitos e condutas distintas, uma vez que abrange tanto a capacidade de produção, impugnação, conhecimento e manifestação. Bem verdade que, como os demais direitos fundamentais, a prova não possui caráter absoluto (NEVES, 2016), contudo, por vezes o fundamento de limitação confunde-se com outro preceito constitucional (a exemplo da duração razoável do processo) e nem sempre observa que a ponderação efetuada em detrimento da produção acaba se confundindo com uma resolução deficiente da verdadeira tutela jurisdicional. Assim, embora não expresso no texto, o direito à prova tem caráter iminentemente constitucional, de modo que seu exercício é, por decorrência lógica, o exercício de um direito fundamental (CÂMARA, 2017). Eis porque a prova é vista nos dias de hoje como exercício de direito, que influi e é influenciada por outros direitos fundamentais. Sem intenção de esgotar exaustivamente a importância das normas fundamentais e suas diferentes facetas principiológicas, bem como a visão da prova sob o prisma constitucional, os pontos tratados acima são fundamentais para melhor entendimento de qualquer situação concreta, mormente a solução da problemática fixada doravante.

2.2 PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO COMO MÁXIMA DE CONDUTA PROCESSUAL E SUA INFLUÊNCIA NA ATIVIDADE PROBATÓRIA

Com o advento do CPC/2015, tem-se como conduta cogente a

atuação conjunta das partes para com a prestação jurisdicional, o que se fez expresso no art. 6º do diploma. Não que o dever de cooperação para com o Poder Judiciário seja novidade, no CPC/73 já havia um dever de colaboração, mas a conotação e extensão certamente o é (CÂMARA, 2017). O novo modelo de processo cooperativo representa superação do modelo adversarial e do modelo inquisitivo, modelos individual e intrinsecamente incompletos, mas que ainda assim apresentam influência relevante para a construção do novo modelo (MACÊDO; PEIXOTO, 2016). A máxima de cooperação enaltece instrumentos postos à disposição do juízo, como a flexibilização procedimental e a ampliação dos poderes instrutórios, os quais se mostram como técnicas de extrema utilidade no desenvolvimento processual, sobretudo porque levam em conta a igualdade e o dever de cooperação que atinge todos os agentes do processo (ABELHA, 2016). Na atividade probatória, igualmente, o princípio da cooperação se mostrou incisivo no novo diploma; o CPC/2015, por diversas vezes, exige uma atuação colaborativa no que concerne a produção da prova, como exemplificam os artigos 373 (§§ 1º e 2º), 378, 379, 380 e 467, bastante para demonstrar a preocupação com a cooperação na atividade *probandi*. Evidências que merecem destaque da inserção da cooperação no âmbito probatório é a possibilidade de dinamização (art. 373, § 1º) do ônus da prova, bem como a extensão (ou melhoria) dos poderes instrutórios dos juízes. Em todos os momentos do processo, a máxima cooperativa de que “não basta apenas agir de acordo com a verdade, é necessário cooperar para o descobrimento desta e o bom andamento do processo” estará presente (BUENO, 2017). Longe do significado empírico e precipitado de que, para a consonância com o princípio da cooperação, é necessário contribuir para o sucesso da parte adversa na demanda, o princípio da cooperação, deve ser entendido como uma participação dialética e efetiva entre as partes (CÂMARA, 2017), e uma vez que a decisão de mérito esperada pelas partes deve considerar o material probatório, não resta dúvida que nesta área a cooperação ganha destaque.

2.3 APLICAÇÃO IRRESTRITA À ATIVIDADE PROBATÓRIA?

Uma vez que as normas fundamentais inculcadas no NCPC provêm da extração de valores (princípios) constitucionais, hierarquicamente

superior e de observância obrigatória, num primeiro momento, não aparenta dúvida da aplicação plena de incidência em qualquer processo e procedimento. Devido a aplicabilidade subsidiária e supletiva do CPC – instrumento basilar do direito processual, suas normas terão aplicabilidade na maioria dos processos levados ao Poder Judiciário, seja ele individual ou coletivo (DIDIER JÚNIOR.; ZANETI JÚNIOR., 2017). Situações peculiares, porém, identificadas no caso concreto podem ensejar uma contradição legal. Por vezes, os procedimentos podem apresentar regramentos específicos, levando a crer que, por especialidade, seria inaplicável a incidência de certo preceito geral ao caso concreto. Apesar de não expor explicitamente a situação fática, é possível vir à tona uma antinomia entre dispositivos do próprio Código, questionando assim a aplicabilidade da regra geral em detrimento da especialidade. Por outro lado, normas (sentido lato) hierarquicamente superiores, mesmo diante da especialidade, poderão preponderar sobre normas específicas (MARINONI, *et al.*, 2017). Em outros casos, para determinação da lei aplicável a determinado caso, poder-se-ia utilizar o critério cronológico, que para alguns sequer configura uma antinomia (NERY JUNIOR.; NERY, 2013). Seria satisfatório se para a solução de casos de antinomias fosse suficiente apenas os critérios citados (especialidade, hierárquico e cronológico); contudo, há um critério mais complexo de solução que não pode ser olvidado na atualidade, consistente técnica de solução definidora de aplicabilidade baseada na prevalência de um determinado valor sobre outro, nomeada como ponderação (BARCELLOS, 2006).

Ao tratar da aplicabilidade das normas gerais à atividade probatória, é curial, ainda que sucintamente, mencionar a distinção entre regras e princípios, espécies do gênero “norma”. A primeira apresenta um sentido subjuntivo (“é, ou não é”), que não comporta juízo valorativo, enquanto a segunda, por vezes apresenta-se como cláusula aberta, sendo moldável aos casos e, com alta carga de valoração por parte do intérprete. Longe de intencionar o esgotamento da discussão, é possível dizer que as regras terão aplicabilidade preferencial, mas, excepcionalmente, será mitigada pelos próprios preceitos gerais, sobretudo quando hierarquicamente superior (por refletir preceito constitucional), quando inevitavelmente ocasionará a mitigação do regramento específico contrário. E na colisão

de princípios, (infra) constitucionais, necessário será o uso da técnica de ponderação (BARCELLOS, 2006). Esse mesmo raciocínio deve ser feito na atividade probatória. Assim, somado aos critérios mencionados acima, a observância da natureza do enunciado normativo também será relevante para a determinação da norma aplicável, o que pode variar de caso a caso. Abstrata ou concretamente, as técnicas de solução podem individual ou cumulativamente incidir e, no campo da prova, o exercício de tais técnicas exige acurada reflexão interpretativa.

3 INFLUÊNCIA DA TEORIA GERAL DA PROVA NA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA

3.1 ASPECTOS GERAIS DA TEORIA GERAL DA PROVA

Não se pode intencionar elucidar um instituto sem ao menos fazer breves ponderações sobre as bases teóricas que o respalda, o que demonstra a necessidade de menção a Teoria Geral da Prova. Falar de prova e sua colheita sem abordar, ainda que de forma sucinta, sua teoria geral, seria incoerente e, inviavelmente, poria em jogo a base teórica necessária para a conclusão de qualquer trabalho acadêmico. Apesar do conhecimento de que atualmente a prova é vista como um direito (WAMBIER *et al.*, 2016), faz-se necessário sua conceituação no plano prático à que ela se destina. Pela amplitude da definição, maior coerência apresenta a corrente doutrinária que conceitua a prova sob a acepção de ser um conjunto de atividades de verificação e demonstração dos fatos, notadamente indicada a contemplar as diferentes vertentes da prova (NEVES, 2016).

Pela Teoria Geral da Prova, diferentes provas podem ser produzidas, com a abertura para os meios de prova expressamente tipificados ou até outros que não previstos legalmente, desde que atendidos os critérios de licitude e moralidade. Afora de uma explanação pormenorizada acerca dos meios de prova, em que pese a restrição cognitiva, podem ser objetos de produção em sede antecipada tanto provas típicas (previstas) como atípicas (não previstas) (CÂMARA, 2017).

Reconhecendo a prova como um direito autônomo, a nova codificação processual civil tipificou a possibilidade de produção antecipada de prova (DONIZETTI, 2017), o que, justamente por referir-se a prova, submete-se à Teoria Geral da Prova. O regramento procedimental para a aquisição da prova aplica-se a esta nova modalidade, podendo-se dizer que os meios de prova têm aplicação ampla, mas não em completude, sendo necessária a adequação às especificidades do procedimento de produção antecipada de prova.

Seguindo a premissa geral da atividade probatória, a atividade em sede de produção antecipada exige que os fatos que demandem apuração no procedimento sejam focados, desprezando diligências impertinentes (art. 374). Neste contexto, não se mostra adequado dizer que as provas buscam comprovar as alegações das partes; no máximo, é possível dizer que busca a apuração da verdade, ainda que posteriormente constatada tão somente a verdade possível (RAMOS, 2016). Por outro lado, pela absoluta vedação à valoração, não se mostra pertinente cogitar o sistema de valoração da prova em sede de demanda probatória autônoma, uma vez que intrinsecamente ligada à motivação das decisões judiciais (MACHADO SEGUNDO, 2016), prescindindo de tratamento neste trabalho.

Apesar de sucinto, a breve reflexão acima demonstra, embora de forma limitada, a necessidade de incidência da Teoria Geral da Prova no procedimento de produção antecipada de prova, já que o objetivo é a colheita da prova.

3.2 COMENTÁRIOS ACERCA DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS E SUAS INOVAÇÕES

No CPC/73 o referido procedimento tinha natureza exclusiva de medida cautelar, exigindo para seu manejo a demonstração de risco ou perigo, obrigando a propositura de um novo processo, no qual seria travada efetivamente a discussão de um direito envolvendo a prova obtida (CÂMARA, 2017). Com o novo *códex*, o procedimento ganhou uma nova usualidade, para além do mero acautelamento. É cediço que o direito

à prova vai além da possibilidade da mera produção, sendo possível analisar cada um de seus vieses de forma pormenorizada. Logicamente, o direito “à produção” é o centro do direito à prova, mas não o único viés (DIDIER JÚNIOR, 2016). No NCPC, há inegável ascendência do direito autônomo à prova, reconhecendo que este se desenvolve pelo exercício do direito de ação, por ser o direito de buscar a prestação jurisdicional de sua conveniência (DINAMARCO; LOPES, 2016). Há muito a doutrina já reclamava por este reconhecimento, o que foi evidentemente atendido com a positivação em apreço (FAGUNDES, 2016), e pela inafastabilidade da jurisdição (art. 3º) pode ser tutelado ainda que para o fim exclusivo de um interessado (WAMBIER *et al.*, 2016). Trata-se precisamente de uma ação constitutiva cuja intenção é a pré-constituição (materialização) de uma ou mais provas, que outrora apenas existia de forma imaterial ou sequer desconhcia a existência (THEODORO JÚNIOR, 2015). No novo CPC/2015, a pretensão probatória autônoma materializa-se como de jurisdição voluntária, apesar de apresentar potencialidade contenciosa, típica de todo procedimento de jurisdição voluntária, podendo ser iniciado por interesse unilateral, mútuo, inclusive, com base em negócio jurídico processual (DIDIER JÚNIOR, 2016). Isto quer dizer que, em que pese esteja focada na atividade probatória, não se deixa de prestar a tutela jurisdicional, pelo contrário, é atribuído ao demandante, ainda que sem demais interessados, o seu direito: a prova (MARINONI *et al.*, 2017).

O caráter finalístico da “nova produção antecipada” é distinto do modelo revogado, instituindo serventia que excede a posição tradicional de preparação processual e, embora não inserida na parte geral do código, por estar situado geograficamente no capítulo concernente à atividade probatória quer dizer muito. Tal regramento poderia ter sido alocado no capítulo atinente à tutela provisória, ou até mesmo no capítulo atinente aos procedimentos especiais, mas não o foi, o que atesta a teleologia do legislador em ultrapassar, ainda que de forma indireta, a mera obtenção de provas com o fim de subsidiar um processo judicial (FAGUNDES, 2016). A produção antecipada de provas tem o potencial para servir de um importante subsídio para a resolução de conflitos de forma extrajudicial, daí porque se fala que o instrumento vai além da mera

obtenção da prova (DIDIER JÚNIOR, 2016).

A hipótese de urgência, para fins de preservação da prova, mantém-se positivada, agora no inciso I do artigo 381, apenas figurando como inovação os incisos II e III, os quais pregam a amplitude do procedimento probatório autônomo, com o fim de franquear soluções extrajudiciais e verificação da viabilidade da demanda que se pretende iniciar. Uma vez que o procedimento passa a dispensar a urgência como condição, o legislador teve o cuidado de antever possível desvirtuação do instituto e inseriu de forma sucinta regramento diferenciado. Naturalmente, essa preocupação é compreensível pela tendência nacional de interpretação à conveniência, demonstrada com o passar dos anos. Exemplo caro disso é o uso indiscriminado das tutelas de urgência (antiga tutela antecipada), que de tanto manejas - inclusive em situações em que claramente inaplicáveis - passaram a ser analisadas com apreensão. Apesar de a produção probatória antecipada se encontrar dentro do procedimento comum, sujeito, portanto, as disposições gerais e o regramento ordinário, pela sua peculiaridade, há uma real necessidade de estabelecer os limites objetivos de tal procedimento (MANINONI *et al.*, 2017).

Dentre as inovações procedimentais, podem ser destacadas as relativas à competência e à não taxatividade da prova a ser produzida. Essa não taxatividade está prevista no art. 382, § 3º, do NCPC, devendo ser entendida pela ausência de determinação específica de provas a serem produzidas por meio do procedimento de produção antecipada, não se restringindo a determinados tipos de provas, o que parece ser bastante para indicar a superação da antiga posição restritiva contida no código de 1973. No que se refere à competência, instituiu-se uma competência concorrente entre o foro em que a prova deva ser produzida e o foro de domicílio do réu para a produção da prova, sem a necessidade de vinculação de eventual demanda proposta posteriormente - não induz prevenção -, o que se fez com acerto. Trata-se de competência territorial que, sem qualquer outra ressalva legal, pode ser relativizada (DIDIER JÚNIOR, 2016), prevalecendo primariamente sobre a regra prevista no art. 61 do NCPC.

No que toca a participação na obtenção antecipada de prova, não se

pode deixar de mencionar que somente participam os interessados, ainda que individualmente e, aqueles porventura desconhecidos – incertos -, ou, quando desconhecido seu paradeiro, será o caso de citação editalícia, a fim de possibilitar um contraditório e ainda assim resguardar o acesso à justiça daquele que necessita da asseguuração da prova.

O procedimento de produção autônomo de prova pode ser realizado de forma antecedente, a fim de subsidiar uma demanda posterior, como também de forma incidental, no próprio processo, com o fim de assegurar uma prova que necessita de produção urgente, sob risco de perecimento (MARINONI *et al.*, 2017). Inexiste óbice ao manejo de tutela provisória de urgência no referido procedimento, o que faz crível seu uso em situações de urgência. É neste sentido que Fredie Didier Júnior adverte que “[...] é possível, sobretudo em situações de urgência, requerer a produção antecipada de provas incidentalmente, valendo o regramento da produção antecipada autônoma [...]” (2016, p. 648). Lado outro, não aparenta ser conveniente a incidência de uma tutela de evidência, haja vista que a obtenção da prova e a sua homologação constituem o mérito da produção antecipada de prova, além de que a própria dispensa de urgência é um requisito comum ao procedimento de produção antecipada e a tutela de evidência, não dando brecha a subsunção às hipóteses do artigo 311 do NCPC. Não se pode deixar de mencionar a natureza dúplice (para os interessados) da produção antecipada autônoma, além de que a sentença apresenta apenas cunho declaratório, no sentido de homologar àquilo que produzido, sem qualquer juízo de valor do magistrado (WAMBIER *et al.*, 2016). Destaca-se neste procedimento a restrição ao contraditório, francamente indevido, ponto que se tornou alvo de críticas de vasta doutrina e que em razão de sua repercussão será abordado no capítulo seguinte.

4 A IMPOSIÇÃO DAS NORMAS FUNDAMENTAIS NO PROCEDIMENTO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA

4.1 ANTINOMIAS DECORRENTES DA LIMITAÇÃO IMPUGNATIVA

Não se desconsidera a útil e evidente evolução do procedimento de produção autônomo de provas, pelo contrário, a extensão da utilidade é deveras elogiável. Mas, seria negligente não observar limitações impostas ao procedimento e, por sua vez, a discordância aos preceitos gerais do Código de Processo Civil, que por sua vez refletem a sistematização do novo *codex*.

Sabe-se que para atingir o potencial almejado - do referido procedimento - é necessário haver um contraditório sucinto, pois, caso não, desvirtuada estaria a sua finalidade, que é tão somente a obtenção de fatos que podem vir a ser reconhecidos como prova, no âmbito judicial e/ou extrajudicialmente (MEDINA, 2015). Ocorre que essa restrição à valoração do elemento probatório produzido não pode se confundir com restrição indevida ao princípio do contraditório. O contraditório, da forma posta no rol de normas fundamentais do CPC, passa a exigir um contraditório substancial; ou seja, não basta mais o binômio conhecimento/possibilidade de reação, a atual técnica processual passa a adotar como regra do contraditório o trinômio conhecimento/possibilidade/capacidade de influência (NEVES, 2016). E isso também pode ser identificado em um dos vieses do direito à prova. Como dito anteriormente, o direito à prova também abarca o direito à manifestação e à impugnação (ABELHA, 2016), o que faz questionar a real incidência do contraditório e a validade daquilo que obtido no procedimento de produção antecipada. Reconhece-se, portanto, uma limitação à ação probatória autônoma, viabilizando constatar alguns pontos de inconsistência no referido procedimento quando interpretado sob o enfoque das normas gerais.

Colisões entre normas atestam certa fragilidade no procedimento, o que por sua vez demonstra falhas desde a construção legislativa e, de forma indireta, o desrespeito ao espírito do novo código, dentre os quais certos princípios processuais constitucionais, cujas normas gerais explanam uma sistemática que preza pelo contraditório substancial e a participação colaborativa, balizando o comportamento individual e/ou conjunto das partes. Inevitavelmente, essa colisão de normas, produz antinomias, a serem solucionadas fazendo uso dos seguintes critérios:

hierárquico, especialidade e proporcionalidade. De certo que a colisão entre enunciados normativos, seja dentro do próprio código ou entre este e outros diplomas, mostra-se inevitável no ordenamento jurídico vigente, no qual a construção legislativa é desenfreada e há atribuições de cláusulas gerais em diversos diplomas, a utilização de tais critérios como “bússola” do operador do direito. Ao se constatar certas antinomias de dispositivos do mesmo diploma, o critério que se mostra mais adequado vem a ser o da especialidade. E dessa forma devem ser interpretados os enunciados normativos do NCPC, sem exclusão da ação probatória autônoma. Mas, assim como toda norma do ordenamento jurídico, não de forma absoluta. O regramento do procedimento de produção antecipada, pelo critério de especialidade, leva a crer que terá aplicabilidade plena em detrimento das normas gerais, até porque apresenta um conjunto de “regras” (espécie normativa) que, rotineiramente, tem prevalência diante de princípios (BARCELLOS, 2006). Porém, devido a natureza dos enunciados que compõem o rol de normas fundamentais do novo código, nem sempre a regra poderá preponderar na avaliação da norma aplicável, mesmo que baseada no critério da especialidade, visto que os preceitos gerais do Código de Processo Civil, por vezes representam preceitos constitucionais – na verdade repete alguns deles –, seja como regra ou como norma.

Esse tipo de antinomia (enfrentamento entre dispositivos específicos e gerais) não se volta apenas ao regramento do procedimento antecipado de provas, sendo, infelizmente, muito comum no ordenamento jurídico (TARTUCE, 2015), de sorte que sempre deve ser reconhecida a legitimidade da norma que mais se adequar aos preceitos constitucionais constatados no caso concreto. Não sem razão Daniel Amorim Assumpção Neves prega que, “[...] é impossível aplicar determinadas regras sem violação clara a princípios constitucionais, não sendo legítimo, nesse caso, defender-se pura e simplesmente a aplicação da regra no caso concreto” (2016, p. 132). Em sendo assim, será o caso de aplicação do critério hierárquico, já que as normas gerais, representativas da constitucionalidade, por consequência, devem preponderar sobre qualquer outra de caráter infraconstitucional. Neste passo, indaga-se: seria

plausível a afirmação de compatibilidade do preceito geral (contraditório substancial) ao preceito específico? Seria correto o reconhecimento de inconstitucionalidade *in concreto* de certos regramentos do procedimento de produção antecipada de prova? Para ambos os questionamentos a resposta aparenta ser uma só: depende! Não se nega a possibilidade de num determinado caso concreto regras infraconstitucionais comumente constitucionais serem declaradas inconstitucionais (BARCELLOS, 2006). Porém, não se pode automaticamente defender o reconhecimento de inconstitucionalidade, haja vista a presunção de constitucionalidade e a possibilidade de interpretação conforme a Constituição que pode ser dada às regras do procedimento autônomo para obtenção de prova. De todo modo, não é novidade que a declaração de inconstitucionalidade é medida última a ser tomada e na ação probatória autônoma não deve ser diferente (PAULO; ALEXANDRINO, 2012). Além disso, é possível e recomendável a solução de questões tais de modo diverso do controle de constitucionalidade, basta atentar-se aos instrumentos disponibilizados pelo próprio código. É admissível que, atento aos ditames constitucionais, o juízo adequa o procedimento, fazendo uso, inclusive, da flexibilização procedimental, prevista no artigo 139, inciso VI, do NCPC, a fim de dar efeito ao instituto da produção antecipada de provas e conservar o objetivo do legislador, o que é, vale frisar, de tamanha importância – a fim de adequar à linha constitucional - que possibilita dizer que o uso da medida se mostra como uma obrigação daquele que conduz o processo. Dessa forma, ter-se-ia a manutenção do procedimento autônomo de produção de provas, conservando a sua serventia (original e inovação), adaptando às garantias constitucionais processuais.

O respeito do contraditório não quer dizer necessariamente que se busca a discussão da prova em si, mas sim de questões procedimentais acerca da produção da prova, cuja inobservância ou restrição, certamente produz consequências à validade da prova futuramente. Pode-se estar diante de questões relativas à formalidade da produção, tais como a competência, a suspeição ou impedimento, o comportamento do juízo, a ampliação dos fatos a serem apurados, ou ainda a colheita da prova em si, como quesitação de perícia, perguntas indeferidas, contraditas

e incapacidade de testemunhas, entre outras (FAGUNDES, 2016). A produção probatória (materialização) rejeitando estas hipóteses, caso incidentes, não apresenta sensatez, pois nada mais seria do que permitir a prosperidade daquilo que se sabe ser incoerente.

A única previsão ampliativa prevista no rito indica tão somente a produção de outras provas correlatas ao fato que se pretende apurar, mas, caso em que igualmente restará impossibilitada manifestação acerca das decisões tomadas no procedimento. Bem verdade que o procedimento em voga fora adequado e preparado para um contraditório diferido (MARINONI *et al.*, 2017), mas a atual conotação do procedimento nem sempre suporta esse tipo de contraditório. Se levada em conta a visão prospectiva da utilidade daquilo que se produz, visando evitar o comportamento contraditório e considerando as normas fundamentais do NCPC, faz-se necessário repensar essa restrição ao contraditório. E isso decorre de vários fatores: *i* - primeiro porque a excepcionalidade do contraditório diferido se mostra adequado somente quando representar realmente um risco à efetividade da tutela que se busca (NEVES, 2016); *ii* - segundo porque, o procedimento de produção antecipada de provas, não indica, necessariamente, que o resultado será utilizado num processo futuro (ABELHA, 2016). Não se pode deixar de considerar que, para falar em contraditório diferido, é necessário pressupor urgência, ou seja, um risco de dano (NEVES, 2016), de sorte que, quando ausente tal requisito, não apresenta razoabilidade cercear o contraditório, sobretudo pela atual abrangência da ação probatória autônoma. Aliás, mesmo o contraditório diferido deve ser oportunizado posteriormente em caso de urgência. Em sendo assim, se considerada a finalidade do contraditório diferido, somente seria admissível na hipótese do inciso I do artigo 381, devendo, após colhido o elemento probatório em razão da urgência, ser oportunizado o contraditório. Evidentemente, de acordo com a instrumentalidade que se busca dar a esse tipo de ação, devem ser levantadas apenas as questões relativas ao procedimento e à produção, sem entrar num juízo de valor. Partindo da premissa que a cultura de resolução de conflitos nacional se dirige à resolução judicial, ou seja, é voltada para o litígio, certamente, diante de tais restrições, a medida

processual (de obtenção de prova) se mostrará ineficaz, já que, pela lógica tradicionalista, nenhuma parte que não pôde manifestar-se eficazmente ou ir a fundo na produção da prova, estará devidamente convencida de que a prova (pretensa) lhe será realmente prejudicial ou benéfica. Alegações de cerceamento de defesa, quanto à validade da prova, seriam demasiadas, o que notadamente deveria ser considerado caso a caso.

É necessário cuidado com a restrição ao contraditório (via impugnativa), seja ela no primeiro grau e até recursal, pois, como é sabido, a condução da atividade probatória é realizada pelo juiz, o qual, sem a oportunidade de controle, pode vir a se tornar soberano da atividade probatória, desaguando em desrespeito as prerrogativas das partes (MARINONI *et al.*, 2017). Assim, se a atividade probatória nas mãos do juízo no processo cognitivo por vezes é limitada por concepções nem sempre corretas do julgador (RAMOS, 2016), o que se pode dizer num procedimento no qual a possibilidade do contraditório é ínfima? Daí porque as críticas à limitação ao contraditório no procedimento em apreço. Melhor seria uma releitura desse “instrumento”, atenta aos preceitos constitucionais e gerais do Código Processual Civil. Sobre isso, Fredie Didier Júnior, com exatidão, afirma que “parece mais razoável compreender o dispositivo de modo não literal” (2016, p. 656).

Os pontos colidentes fazem perquirir a real sistemática (essência) do NCPC, o que não significa necessariamente ser um sistema contraditório, posto que, em determinados casos, para efetiva prestação jurisdicional será necessária uma mitigação de certos valores processuais (NEVES, 2016). Mas isso deve ser considerado caso a caso e a sistemática da ação probatória autônoma deve se pautar nessa premissa. O contraditório, por exemplo, deve ser elemento de relativização, pois, exceto nos casos em que presente urgência – situação em que seria sensato a aplicação da modalidade diferida – o regramento da ação probatória autônoma deve ser flexibilizado. Por outro lado, nenhuma outra regra da ação probatória autônoma colide diretamente com as demais normas fundamentais, do que se pode extrair a conclusão de que compatibilidade é a regra, e apenas a restrição ao contraditório, carecedora de adequação procedimental, é exceção.

4.2 AQUISIÇÃO DA PROVA E A COOPERAÇÃO

Sabendo-se que a cooperação abarca todas as situações levadas ao Poder Judiciário, é de se presumir que na ação de produção autônoma devem incidir de forma aprofundada. Todos estão obrigados a cooperar com o Poder Judiciário, sejam os atores da relação endoprocessual ou outros agentes externos que venham a ser chamados (DINAMARCO; LOPES, 2016). A seção destinada a regular a ação probatória autônoma, apesar de esclarecer hipóteses de cabimento e buscar, ainda que de forma insensata, mitigar o contraditório, disse menos do que deveria, de maneira que as lacunas naturalmente serão preenchidas pela disciplina das normas fundamentais, sem prejuízo de aplicabilidade de preceitos da teoria geral da prova (já que se destina exclusivamente à colheita da prova). E justamente pela aplicabilidade supletiva da teoria geral da prova, é conveniente se apurar qual a regra de ônus probatório aplicável na colheita da prova, o que faz ascender a seguinte questão: sabendo que incide, embora com limitações, a teoria geral da prova, bem como a máxima de cooperação, seria possível defender a aplicabilidade da dinamização probatória?

Partindo da premissa cooperativa, aprioristicamente, não seria errado dizer que sim. Ocorre, entretanto, que essa afirmava tem cunho analítico superficial. O dever de cooperação, ainda que voltado à obtenção da prova, não se confunde com a dinamização do ônus da prova. Primeiro porque a cooperação é um dever, constituindo regra de conduta geral e incidente em todo processo, enquanto a dinamização é uma ferramenta à disposição do juízo para fixação do ônus probatório, cuja aplicação depende de peculiaridades do caso concreto e a sua inércia não acarreta uma sanção, com aptidão somente para ocasionar um prejuízo (CAMBI, 2016). Logo, pode-se dizer que a dinamização sofre reflexos da cooperação, mas não o contrário.

No que atine a ação probatória autônoma, se verificada a lógica do seu objetivo, é de se entender pela impossibilidade da dinamização, posto que, como já dito, a dinamização leva em conta a melhor aptidão para comprovar determinado fato para a tutela de um direito material, o

que pressupõe a análise de um caso concreto (THAMAY; RODRIGUES, 2016). Em outros termos: exige-se, ainda que sumariamente, a análise da conveniência no caso concreto em que se discute o direito material, o que não pode ocorrer na ação probatória autônoma, por expressa vedação do artigo 382, § 2º, do NCPC. A literalidade do artigo 373, § 1º, não deixa margem de dúvida quanto à inaplicabilidade da dinamização ao expor a valoração intrínseca das peculiaridades da causa. É de bom alvitre observar que, por ser um ônus - uma atribuição para o (in) sucesso da pretensão -, nem mesmo a regra estática do ônus da prova pode incidir na ação probatória autônoma, posto que não se pode acolher prejuízo direto na ação probatória autônoma, o que seria patente caso a parte não demonstrasse a prova fato constitutivo ou impeditivo de direito. Resta apenas a cooperação entre os participantes como elemento diretivo e obrigacional da atividade probatória na ação probatória autônoma.

Como muito repisado, a cooperação é um dever, nos termos do artigo 77, do NCPC, tornando cogente a participação, seja para depor, apresentar documentos ou coisa, sujeição à perícia, entre outras hipóteses (NEVES, 2016). Este mesmo raciocínio deve ser utilizado na hipótese de produção de prova que envolva uma relação de consumo, mesmo que tenha previsão de inversão probatória legal (*ope legis*) para a tutela do direito material. Nessa linha, não se pode desconsiderar a importância do magistrado na ação probatória autônoma. Dentro dos fatos que necessitam apuração, é claramente possível que o juiz possa fazer uso dos seus poderes instrutórios previstos no art. 139 (MACHADO SEGUNDO, 2016), mas adstrito a apuração de determinado (s) fato (s); seria o caso de cominação de multa para exibição de documento ou coisa, ou ainda a designação de condução coercitiva de testemunhas. De todo caso, não se pode admitir a utilização de tais poderes com o fim de aprofundamento com base em instintos pessoais, desvinculado da direção apontada pelas partes, já que inviável qualquer critério valorativo.

4.3 VALIDADE DA PROVA PRODUZIDA

Devido as questões relativas ao contraditório, será improvável que

a prova produzida antecipadamente, em certos casos, não seja alvo de impugnação posterior. Constatada uma possível prejudicialidade, a parte buscará levantar discussões a fim do reconhecimento de uma nulidade procedimental, baseando-se no desrespeito à prerrogativa processual e a presença de cerceamento de defesa. Visto acima que maior aplicabilidade teriam os critérios da especialidade e hierárquico na solução de antinomias, não se pode desprezar, contudo, o uso da proporcionalidade, justamente o critério que influirá efetivamente na determinação da validade do (s) elemento (s) probatório (s) produzido (s) antecipadamente. Afora a utilidade extrajudicial, o produto do procedimento de produção antecipada, submetido a um posterior processo judicial, não será objeto de controle constitucional (difuso), mas apresentará aptidão apenas para o reconhecimento ou não de uma nulidade. É que, àquilo que produzido no procedimento de produção antecipada, não é propriamente uma prova; pelo contrário, [...] a prova é *realmente* produzida somente quando admitida no outro processo (MEDINA, 2015, p. 622). E o artigo 382, § 2.º, do NCPC, corrobora essa assertiva. Num processo posterior não será o caso de uma antinomia entre a regra do contraditório diferido e o princípio do contraditório substancial, mas sim de valores, princípios, que também compõe(m) o rol de normas fundamentais do novo código.

De certo que o efetivo contraditório proporcionado preventivamente seria útil para evitar possíveis impasses, mas, por outro lado, a restrição à manifestação e à impugnação não se resume tão somente à ofensa do contraditório. No final das contas, também pode ser verificada a ofensa a outras normas gerais, como a duração razoável do processo, por exemplo. Ora, uma vez que constatada a violação ao contraditório e decretada a invalidade da prova, não se teria um desserviço a atividade judicial? Ao que uma análise primária indica, sim! Mas não é, e não deve ser, tão simples assim, posto que outras normas diversas do contraditório podem interferir para a validação ou não do elemento probatório. Em igual importância ao contraditório estão as normas gerais preconizadoras da duração razoável do processo (art. 4º), da boa-fé (art. 5º), da igualdade (art. 7º) e da eficiência (art. 8º), que também têm incidência no

procedimento de produção antecipada de provas. Tais normas gerais, por sua vez, mostram-se como importante instrumento de balizamento e delimitação de validade da prova. Ao se analisar a conduta das partes, cuja observância às normas fundamentais é cogente, num juízo ponderativo, será possível avaliar a validade (ou não) da prova (GAJARDONI, *et al.*, 2015). Em outras palavras, considerando a influência de cada norma geral, é possível chegar a conclusão da manutenção ou não daquilo que produzido, basta a materialização da norma no caso concreto.

Nessa linha, tamanha é a importância da duração razoável do processo que, certamente com base nesse preceito que será frustrada a maioria das insurgências de cerceamento de defesa, pois, num processo posterior, em que suscitada dúvidas acerca da validade da prova, sob o argumento de diligências protelatórias, impertinentes e/ou indevidas, se fará plausível a manutenção daquilo que produzido. Mas, neste ponto, é preciso cuidado acurado. A conduta ativa, tempestiva e oportuna na ação probatória autônoma deve ser considerada, de modo que, constatada a insurgência no momento adequado e um prejuízo é forçoso reconhecer a nulidade. (THEODORO JÚNIOR, 2015).

Por outro lado, a incidência da boa-fé pode ser verificada na necessária validade do elemento probatório produzido quando a parte, chamada a participar do procedimento de produção, não o fez. Devido a sua inércia, independente da sua real motivação ou prejudicialidade, a parte não poderá impugnar àquilo que produzido com base na violação do contraditório, pois, este, de fato, foi oportunizado. A vedação ao comportamento contraditório, fruto da boa-fé processual, corrobora a limitação de insurgência da parte possivelmente prejudicada. É que, como é sabido, a prestação jurisdicional pauta-se na lógica da eventualidade, exigindo dos atores processuais uma atuação ativa quando aclamados a tanto (WAMBIER *et al.*, 2016). Com base nessa premissa, fica demonstrado alinhamento ao que disposto no artigo 269 do CPC, que adverte que “A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão”. E, como bem define Humberto Theodoro Júnior ao tratar de preclusão, “cada faculdade processual deve ser exercitada dentro da

fase adequada, sob pena de se perder a oportunidade de praticar o ato respectivo.” (2015, p. 116). E isso também provém da igualdade que deve ser atribuída às partes. Se é necessário tratar os iguais como os iguais e os desiguais na medida de suas desigualdades, evidentemente àquele que apresentar um comportamento não colaborativo deverá sofrer um prejuízo, desde que expressamente cientificado e lhe sendo oportunizado manifestação, exceto, é claro, em situações de urgência, quando se impõe um contraditório diferido (MACEDO; PEIXOTO, 2016).

Esse raciocínio também corrobora o princípio da eficiência, que deve ser levado em conta. O desprezo ao tempo gasto pelas partes (autor, réu e juiz) na produção de um elemento probatório certamente ofende a eficiência da prestação jurisdicional, caso venha a ser reconhecida a nulidade. É necessário frisar que, assim como o princípio da duração razoável do processo, a efetividade deve considerar a adequada prestação jurisdicional, de modo que, constatada a temeridade daquilo que produzido, é de bom alvitre o reconhecimento da nulidade.

Quando a prova puder afetar terceiros e estes não poderem ser encontrados (lugar incerto ou não sabido), será caso de citação editalícia, caso em que a prova produzida deverá, por certo, ter sua validade confirmada. A acessibilidade à justiça, aliada a ausência de violação a qualquer norma fundamental, ou seja, sem qualquer vício procedimental, torna válido tal produção. Não quer dizer, porém, que a parte que não participou da atividade na ação probatória não possa buscar discutir a complementação da prova, mas a sua validade é medida que se impõe.

Importa destacar que sempre suscitada a nulidade, convém atribuir especial atenção aos artigos 281 e 282 do NCPC. O reconhecimento da nulidade expressamente exige prejuízo, mas os artigos em questão preconizam a conservação daquilo que produzido, levando a crer a possibilidade de mera complementação, em segregação ao efetivo reconhecimento da nulidade (WAMBIER *et al.*, 2016). E, ainda assim, com base no comportamento cooperativo dirigido às partes, para uma possível complementação, é necessário a demonstração dos fatos e os contornos que se pretende elucidar, haja vista que a mera repetição daquilo que já constatado – ainda que informado sob o enfoque de

perguntas distintas – seria ofensivo à eficiência da prestação jurisdicional.

Seja para o reconhecimento da nulidade ou necessidade de complementação, os dispositivos devem considerar a espécie de prova, pois, nem todas podem ser complementadas. Em todo caso, reconhecida a nulidade, e até a necessidade de complementação da prova, seria inegável que a atividade probatória realizada na ação probatória autônoma configuraria inócua e, portanto, um desserviço. Ainda que com o fim de preservar normas constitucionais, não se pode desprezar o prejuízo que recai sobre a prestação jurisdicional, e o único meio de prevenir tal desvalor é a participação colaborativa, oportunizando amplamente a atuação dos agentes processuais. Confirma-se, desse modo, que o ápice do critério da ponderação tem maior incidência na ponderação de valores a fim de reconhecimento ou não da nulidade (validade da prova).

As reflexões acima demonstram de forma não exaustiva como as normas gerais refletem na validade da prova produzida, e somente pelo uso interpretativo de tais normas será possível atingir a real função do instituto sem a ofensa a preceitos constitucionais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através deste trabalho buscou-se identificar os reflexos das normas fundamentais na ação probatória autônoma, o que levou a identificação de colisão entre enunciados normativos e a necessidade de utilização de técnicas de resolução de antinomias para apurar a compatibilidade. Além disso, fez-se necessário analisar, ainda que brevemente, a abrangência dos preceitos da teoria geral da prova na produção antecipada de provas, levando a constatar que há limitada incidência da teoria geral da prova, com ênfase nos tipos de prova a serem colhidos e o procedimento correlato.

Ao analisar a colisão das normas fundamentais e o regramento da produção antecipada de prova foi possível constatar uma antinomia consistente na colisão do contraditório substancial e a restrição imposta ao contraditório – princípio x regra – o que levaria, num primeiro momento, a preponderância da regra, por especialidade; porém, devido

a força constitucional que reveste o contraditório, não poderia a regra preponderar, o que, por sua vez, levaria a realização do controle de constitucionalidade, o qual se mostrou desnecessário em razão da possibilidade de flexibilização procedimental. Além disso, constatou-se que, afora o contraditório, nenhuma outra norma fundamental colide com o regramento da produção antecipada de prova, pelo menos não diretamente.

Por outro lado, verificou-se que a força das normas fundamentais não se resumem apenas como fonte integrativa na produção antecipada, pelo contrário, têm acentuada incidência, sobretudo no que atine a cooperação, sem a qual seria inviável o desenvolvimento do procedimento, posto que ausente qualquer regra de ônus probatório, sendo a cooperação o elemento diretivo e obrigacional, exercendo importância primária no procedimento em que materializada a prova (antecipadamente).

No tocante à validade da prova, foi possível verificar que não basta apenas o reconhecimento da nulidade como consequência do contraditório. É necessário analisar o comportamento individualizado dos participantes do processo para reconhecer tal nulidade. Mesmo que reconhecida a violação ao contraditório, a avaliação da validade (ou não) da prova em processo cognitivo posterior deve considerar um juízo ponderativo, a fim de constatar a real necessidade de reprodução da prova, a fim de evitar que a atividade realizada na ação probatória autônoma seja um desserviço da atividade judicial.

THE IMPOSITION OF FUNDAMENTAL STANDARDS IN THE PREVIOUS PRODUCTION OF PROOF

ABSTRACT: This research had the scope to verify which are the reflexes of the fundamental norms in the anticipated production of evidence flowing in an intrinsic analysis that the New Civil Procedure Code advocates. By making a relation between the fundamental norms and their direct incidence in the autonomous probatory production, it was verified the occurrence of antinomies between the substantial contradictory and the restriction to the impugnative route prepared in the production

of evidence, which, in theory, would motivate the recognition of the unconstitutionality in concrete. Due to the instrument of procedural flexibilization, the availability of recognition of unconstitutionality was verified, provided that the precedent adequacy was made in order to opportune the contradictory within the procedure. The research also raised cooperation as a binding measure of conduct in early production, capable of filling the absence of a positive or abstract evidentiary burden, unproductive in the procedural way. On the other hand, regarding the feasibility of the test, it was analyzed that the conduct behavior of each party in the anticipated production of evidence is determinant for the recognition of the proof in a possible later cognitive process. Finally, it is concluded that the fundamental norms are mostly compatible, and those colliding, need a relativization.

KEYWORDS: Basic Procedural Rules. Reflexes. Early Production of Proofs.

REFERÊNCIAS

ABELHA, M. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BARCELLOS, A. P. Alguns parâmetros normativos para ponderação constitucional. In: BARROSO, L. R., BARCELLOS, A. P., PEREIRA, J. R. G., SARMENTO, D., SOUZA NETO, C. P. *A nova interpretação constitucional*. 2 ed. São Paulo: Renovar, 2006.

BARROSO, L. R. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, L. R., BARCELLOS, A. P., PEREIRA, J. R. G., SARMENTO, D., SOUZA NETO, C. P. *A nova interpretação constitucional*. 2 ed. São Paulo: Renovar, 2006.

BRASIL. Código de Processo Civil. *LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 05 de Ago de 2017.

BUENO, C. S. *Novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CÂMARA, A. F. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova_ - exegese do artigo 373, §§ 1º e 2º do NCPC. In: DIDIER JR, F., MACEDO, L. B., PEIXOTO, R., FREIRE, A. *Provas*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JR, F. Produção antecipada de prova. In: DIDIER JR, F., MACEDO, L. B., PEIXOTO, R., FREIRE, A. *Provas*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JR, F., ZANETI JR, H. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIDIER JUNIOR, F. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, C. R., LOPES, B. V. C. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

DONIZETTI, E. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FAGUNDES, C. D. T. Breves Reflexões Sobre a Produção Antecipada da Prova no NCPC. In: DIDIER JR, F., MACEDO, L. B., PEIXOTO, R., FREIRE, A. *Provas*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

GAJARDONI, F. F. Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral. *Revista CEJ*. v. 20, n. 68, 2016.

MACEDO, L. B., PEIXOTO, R. O CPC/2015 e a dinamização do ônus da prova: aspectos essenciais para a compreensão das mudanças. In: DIDIER JR, F., MACEDO, L. B., PEIXOTO, R., FREIRE, A. *Provas*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MACEDO, L. B., PEIXOTO, R. M. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MACHADO SEGUNDO, H. B. Os Poderes Instrutórios Do Juiz no Novo CPC. In: DIDIER JR, F., MACEDO, L. B., PEIXOTO, R., FREIRE, A. *Provas*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARINONI, L. G., ARENHART, S. C., MITIDIERO, D. *Curso de Processo Civil: tutela de direitos mediante procedimento comum*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

- MARINONI, L. G., ARENHART, S. C., MITIDIERO, D. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- MEDINA, J. M. G. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- NERY JR, N. N., ANDRADE, R. M. *Código Civil Comentado*. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- NEVES, D. A. A. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- PAULO, V., ALEXANDRINO, M. *Direito Constitucional descomplicado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- RAMOS, V. P. Ônus e deveres probatórios das partes no Novo CPC brasileiro. In: DIDIER JR, F., MACEDO, L. B., PEIXOTO, R., FREIRE, A. *Provas*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- RODRIGUES, D. C., MONTEIRO NETO, J. P. Reflexões sobre a distribuição dinâmica do ônus probatório. In: DIDIER JR, F., MACEDO, L. B., PEIXOTO, R., FREIRE, A. *Provas*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- TARTUCE, F. *Manual de Direito Civil: Volume Único*. 5ª ed. São Paulo: Método, 2015.
- THAMAY, R. F. K., RODRIGUES, R. R. Primeiras impressões sobre o direito probatório no CPC/2015. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. v. 2, n. 3, p. 1441-1465, 2016.
- THEODORO JÚNIOR, H. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- WAMBIER, T. A. A., CONCEIÇÃO, M. L. L., RIBEIRO, L. F. S., MELLO, R. L. T. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.