PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUC-SP
PROGRAMA DE ESTUDOS PÓS-GRADUADOS EM DIREITO
NÚCLEO DE PESQUISA EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Tatiana Tiberio Luz

A SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

DOUTORADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2023

Tatiana Tiberio Luz

A SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em **Direito Processual Civil**, sob orientação da Prof. Dr. Sérgio Seiji Shimura.

SÃO PAULO

2023

FICHA CATALOGRÁFICA

Tatiana Tiberio Luz

A sentença proferida em ação de produção antecipada de provas

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em **Direito Processual Civil**, sob orientação da Prof. Dr. Sérgio Seiji Shimura.

Aprovada em_/_____/_____

BANCA EXAMINADORA

_____

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Seiji Shimura

_____

Prof. Dra. Patrícia Miranda Pizzol

_____

Prof. Dr. Anselmo Prieto Alvarez

_____

Prof. Dr. Gilberto Gomes Bruschi

_____

Prof. Dr. Luiz Henrique Volpe Camargo

SÃO PAULO

2023

Ao meu avô Agostinho Tiberio, pelos ensinamentos sobre humildade, retidão, integridade, respeito e a importância do esforço árduo para darmos valor às conquistas e realizações.

Ao Professor Doutor Sérgio Seiji Shimura, por toda a generosidade, confiança, incentivo, sugestões e pela inspiração para que se busque o estudo contínuo.

Aos amigos queridos, Rafael Migliacci e Gustavo Marques, que partiram durante o desenvolvimento deste trabalho, e que, embora não tenha sido tão presente durante os seus últimos dias por essa razão, tal fato não mitiga a importância deles em me tornar uma pessoa melhor.

AGRADECIMENTOS

A elaboração deste trabalho foi uma longa jornada, certamente muito gratificante e que contribuiu em muito para o meu desenvolvimento acadêmico, mas que importou em muitas renúncias e sacrifícios, e sua elaboração não teria sido possível sem a contribuição de muitos colegas e amigos.

Ao professor Sérgio Shimura, professor que sempre foi meu mentor desde os bancos da graduação, na querida Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. e que esteve presente durante toda a minha atividade acadêmica, inclusive no Mestrado. Agradeço o seu incentivo e sugestões. A sua generosidade e humildade são exemplos diários para mim.

Ao professor Anselmo Prieto Alvarez, que desde logo após a minha graduação tem um papel fundamental na minha formação. Muito obrigada pelas discussões, sugestões e críticas, que foram essenciais para o amadurecimento do presente trabalho.

À professora Patrícia Miranda Pizzol, pela sua indispensável participação na banca de qualificação, pelas sugestões e incentivos para o desenvolvimento do presente trabalho.

Ao professor Cassio Scarpinella Bueno, pela sua generosidade, discussões e incentivo no meu caminho.

À minha mãe, Denise Tiberio, pelo incentivo ao estudo contínuo e por tantos sacrifícios que fez e ainda faz para a minha formação.

À querida amiga Wanessa de Cássia Françolin, de quem tive o privilégio de me aproximar durante o curso de Doutorado e tornou essa jornada memorável e muito mais agradável. Agradeço as discussões, sugestões, incentivos e compartilhamento de experiências.

Às amigas Ana Luíza Sério e Carina Cancela, pelo apoio e amizade de sempre.

“As convicções são inimigas mais perigosas da verdade do que as mentiras.” (Friedrich Nietzsche)

RESUMO

LUZ, Tatiana Tiberio. **A sentença proferida em ação de produção antecipada de provas.**

O objetivo do presente trabalho é analisar a sentença proferida na ação de produção antecipada de provas, em relação ao seu conteúdo e o seu condão de ter ou não autoridade de coisa julgada material. A questão se mostra útil por não haver previsão legal sobre o assunto e, a depender da resposta a esse questionamento, ela trará efeitos na esfera jurídica das partes que participaram da ação. Para tanto, apresentamos considerações acerca do conceito de prova e dos princípios que norteiam a produção da prova. Como consequência, desenvolvemos aspectos sobre o rito da ação de produção antecipada de provas, eis que sua regulamentação se mostra insuficiente no ordenamento jurídico. Do que vimos, concluímos que a sentença proferida na ação de produção antecipada de provas é acobertada pelo manto da coisa julgada material e, por isso, pode ser rescindida em algumas das hipóteses de cabimento de ação rescisória.

Palavras-chave:

Ação de Produção Antecipada de Provas; Princípios; Rito; Sentença; Coisa Julgada; Ação Rescisória.

ABSTRACT

LUZ, Tatiana Tiberio. **The sentence given in an action for early production of evidence**.

The objective of this work is to analyze the sentence handed down in the early production of evidence lawsuit, in relation to its content and whether or not it has the authority of material res judicata. The question proves to be useful as there is no legal provision on the subject and, depending on the answer to this question, it will have effects on the legal sphere of the parties who participated in the lawsuit. To this end, we present considerations about the concept of proof and the principles that guide the production of proof. As a consequence, we developed aspects about the rite of the early production of evidence lawsuit, as its regulation appears to be insufficient in the legal system. From what we have seen, we conclude that the sentence handed down in the early production of evidence lawsuit is covered by the cloak of material res judicata and, therefore, can be rescinded in some of the cases in which a rescission lawsuit is appropriate.

Keywords:

Early Production Evidence Lawsuit; Principles; Proceeding; Sentence; Res judicata; Rescission Lawsuit

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 12

1 ASPECTOS DA PROVA E DA SUA PRODUÇÃO 15

1.1 Conceito de prova 15

1.2 Conceito de princípio 19

1.2.1 Princípios do contraditório e da ampla defesa 19

1.2.2 Princípio da atipicidade da prova 27

1.2.3 Princípio da vedação à prova ilícita 33

1.2.4 Princípios da aquisição e da comunhão da prova 37

1.2.5 Princípio da unidade da prova 40

1.2.6 Princípio da cooperação 43

1.2.7 Princípio da oralidade 50

1.2.8 Princípio da máxima eficiência dos meios probatórios 53

1.2.9 Princípio dispositivo e a preclusão do direito à produção da prova 57

1.2.10 Princípio inquisitivo e poderes-deveres instrutórios do juiz 61

1.2.11 Princípio da persuasão racional do juiz ou do livre convencimento motivado 71

2 AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 76

2.1 Natureza jurídica 96

2.2 Hipóteses de cabimento 100

2.2.1 Risco de perecimento do direito à produção da prova 100

2.1.2 Possibilidade de autocomposição ou outro meio de solução de conflito 109

2.2.3 Utilização da prova antecipada para justificar ou impedir ação que vise à solução da lide no seu plano substancial 117

2.2.4 Interesse em registro de um fato ou de relação jurídica sem caráter contencioso . 119

2.3 Legitimidade (ativa e passiva) 121

2.3.1 Cabimento de intervenção de terceiros 148

2.3.2 Possibilidade de intervenção de *amicus curiae* 150

2.4 Rito da ação de produção antecipada de provas no Código de Processo Civil 151

2.4.1 Competência.....151

2.4.1.1 Competência em caso de questão que esteja submetida à cláusula arbitral ..154

2.4.1.2 Prevenção 160

2.4.2 Valor da causa 163

2.4.3 Recebimento da petição inicial 164

2.4.4 Interrupção do prazo prescricional e decadencial 177

2.4.5 Produção liminar da prova 180

2.4.6 Citação e resposta do réu.....186

2.4.7 Decisão que admite a produção da prova.....200

2.4.8 Possibilidade de desistência 202

2.4.9 Tipo de provas admitidas e atuação do juiz na sua produção 204

2.4.10 Possibilidade de repetição ou produção de outras provas pelos interessados.....215

2.4.11 Da sentença na ação de produção antecipada de provas 220

2.4.12 Sucumbência 233

2.4.13 Sistema recursal na ação de produção antecipada de provas 241

2.4.14 Possibilidade de ação rescisória contra a sentença que encerra a ação de produção antecipada de provas 249

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....265

REFERÊNCIAS 282

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a sentença proferida na ação de produção antecipada de provas, mormente no que tange ao seu conteúdo e se ela possui o condão de ter autoridade de coisa julgada material.

A ação de produção antecipada de provas foi substancialmente alterada pelo vigente Código de Processo Civil quando comparada a como era regrada junto ao Código de Processo Civil de 1973.

A alteração legislativa merece aplausos, eis que abarca situações em que a parte pode pretender a realização da prova sem o requisito de urgência, o que vai ao encontro do princípio da eficiência, na medida em que, ao se realizar a prova antecipadamente, as partes possuem maiores elementos para identificar os riscos e suas chances de êxito no processo que visa a solucionar a lide no seu plano substancial, podendo até mesmo evitar esta demanda ou mesmo realizar autocomposição com a parte adversa ou buscar meios alternativos de solução de conflitos.

A produção antecipada de provas, sob esta ótica, é um importante instrumento não só para as partes, que podem avaliar o seu resultado antes do ajuizamento do processo que tem por escopo o acertamento da lide, e, assim, avaliar a conveniência deste face às suas chances de êxito, custos e dispêndio de tempo, como ao próprio Poder Judiciário, eis que, ao antecipar a produção da prova, se evita o ajuizamento de demandas sem lastro probatório, o que torna a máquina judiciária mais eficiente. Nessa perspectiva, a ação de produção antecipada de provas, na forma como desenhada pelo legislador do Código de Processo Civil, traz vantagem não só às partes, como ao próprio Poder Judiciário, tendo em vista que ela atende ao escopo da função jurisdicional, que é a solução dos conflitos.

Acreditamos, ainda, que a ação de produção antecipada de provas rompe com o paradigma de que a prova tem como destinatário somente o juiz, que resolverá a lide no seu plano substancial, afinal de contas, ela tem como único objetivo de que o seu resultado seja apreciado pelas partes para que elas possam definir qual a melhor estratégia para a defesa e satisfação dos seus direitos. Contudo, a forma como é disciplinada no Código de Processo Civil é lacônica, sendo necessário que analisemos o seu rito. Isso porque, a depender da natureza jurídica da ação de produção antecipada de provas, do grau de cognição do juiz que a dirige e

do contraditório a ser oferecido ao réu, a sentença proferida na mencionada ação pode ter um determinado efeito.

E, para isso, é necessário verificarmos como se dá o seu procedimento, oportunidade em que serão enfrentadas diversas questões que não estão disciplinadas nos dispositivos que a regulam no Código de Processo Civil. Mas, antes disso, apresentamos o conceito de prova e os princípios que a regem, que serão premissas necessárias para o enfrentamento de questões sobre o rito da ação de produção antecipada de provas e até mesmo para o desenvolvimento do objetivo desta Tese. Para tanto, ela está dividida em dois capítulos.

Como o desenvolvimento do presente estudo parte do conceito e de premissas principiológicas referentes à atividade probatória, o primeiro capítulo apresenta o conceito de prova e os princípios que norteiam a produção da prova.

O segundo capítulo, por consequência, trata especificamente da ação de produção antecipada de provas, sua natureza jurídica, as hipóteses de cabimento e seus efeitos, a questão da legitimidade das partes, da competência, do valor da causa, se é cabível a concessão de tutela de urgência sem a participação do réu na produção da prova e, em caso positivo, se o juiz pode conceder a tutela de urgência de ofício, da interrupção do prazo prescricional para o exercício da pretensão em juízo ou do prazo decadencial do próprio direito, a necessidade de citação do réu.

Pretende o estudo trazer considerações sobre quais os meios de prova são permitidos a serem produzidos no rito de ação de produção antecipada de provas, bem como se há possibilidade de repetição da prova produzida e mesmo de outras provas, e quais os limites da atividade probatória para tanto.

Por fim, trazemos reflexões sobre o conteúdo da decisão que homologa ou não a prova, como a decisão que encerra a ação de produção antecipada de provas deveria ser classificada e os seus efeitos, o que traz reflexos no sistema recursal e até mesmo no cabimento de eventual ação rescisória contra a referida decisão.

Pretendemos, ainda, apresentar ponderações sobre a sucumbência em sede de ação de produção antecipada de provas, em razão das características peculiares do referido instituto.

Esta Tese não tem por pretensão esgotar as questões apresentadas, tampouco outras tantas relativas ao referido instituto, repaginado pelo Código de Processo Civil. Sua intenção é

suscitar reflexões panorâmicas que permeiam o rito da ação de produção antecipada de provas, essencial não só para a consecução do escopo da jurisdição, mas como também, e por isso, um instrumento essencial colocado à disposição dos jurisdicionados para que possam melhor esclarecer os fatos que permeiam uma controvérsia existente ou hipotética e, assim, terem melhor meios de avaliar as suas chances de êxito e riscos em uma possível demanda judicial, podendo verificar a conveniência de ajuizar demanda que tenha por objetivo a resolução da lide no seu plano substancial ou mesmo procurar outros meios alternativos de solução de conflitos.

1 ASPECTOS DA PROVA E DA SUA PRODUÇÃO

Este capítulo incursiona sobre o conceito de prova, bem como sobre os princípios que norteiam a sua produção.

A análise do conceito de prova no presente trabalho mostrou-nos ser pertinente, na medida em que a ação de produção antecipada de provas tem por objeto a produção de uma ou mais provas, e, para que seja identificado o interesse processual do postulante em sua produção, é necessário verificar se a prova requerida tem a aptidão de demonstrar o fato que se pretende esclarecer, bem como se o meio de prova requerido seria o melhor meio para tanto.

Demais disso, em razão da ausência de previsão legal sobre vários aspectos do rito da ação de produção antecipada de provas, o estudo dos princípios se mostra útil para que seja possível a estruturação do procedimento da referida ação.

1.1 Conceito de prova

No âmbito do processo civil, a prova tem por finalidade apurar a veracidade das alegações das partes sobre determinados fatos, necessários para o exercício da tutela jurisdicional. Isso porque a lei determina uma consequência jurídica a um dado fato. Portanto, para o exercício da tutela jurisdicional, os fatos necessários ao julgamento da lide devem ser provados, para que se aplique o direito no caso concreto, e isso se dá mediante a apreciação das provas apresentadas pelas partes ou mesmo determinadas pelo juiz, em determinadas condições[1]. Apenas as alegações apresentadas pelas partes não são suficientes para o seu convencimento, é preciso que haja demonstração probatória.

Desta forma, então, as partes têm o ônus de demonstrar suas alegações, por meio de elementos que se encontram fora da relação jurídica processual. É pelas fontes de prova que se realizam os meios de prova, sendo aquelas os elementos externos sobre os quais recairá a atividade probatória, e os meios de prova, as técnicas que consistem na extração das fontes de prova os elementos que servem para a demonstração das alegações apresentadas pelas partes, denominadas de objeto da prova.

São consideradas como fontes de prova as pessoas, coisas, semoventes, os eventos naturais ou mesmo artificiais, ou seja, são de *onde* são extraídas as informações que se pretende

[1] Este tema será tratado no tópico 1.2.10 desta Tese.

provar, enquanto os meios de prova são o depoimento pessoal, a oitiva de testemunhas, a prova documental, dentre tantos outros meios, em razão do princípio da atipicidade da prova[2].

O termo prova advém do latim *probus*, que significa íntegro, honesto, correto, verdadeiro[3], e é relativo tanto aos atos referentes à produção e verificação das alegações das partes sobre as quais recai a atividade probatória, como o meio de prova utilizado no âmbito de um processo judicial, tal como quando uma parte requer a produção de determinada prova, podendo ainda significar o resultado da análise do meio de prova, quando, por exemplo, se afirma que há prova acerca de tal fato em um processo[4].

As normas que regem a prova apresentam uma estrutura bifronte, uma vez que consistem em normas tanto de direito material quanto de direito processual. Há determinados negócios jurídicos que dependem de forma prescrita em lei, sob pena de sua invalidade (art. 104, CC) ou inexistência jurídica. É o caso, por exemplo, da transferência de propriedade imóvel, que depende do registro junto ao Cartório de Registro de Imóveis (art. 1.245, CC)As regras que disciplinam que determinado ato ou negócio jurídico depende de certa forma

---

[2] Este tema será tratado no tópico 1.2.2 desta Tese.

[3] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 3, p. 58.

[4] "La expresión 'prueba', en el lenguaje procesal, considerada em sentido amplio, tiene tres significados fundamentales: tanto se refiere al 'procedimiento' para probar, como al 'medio' por el cual se intenta demonstrar, cuanto al 'resultado' de lo que ha sido probado. Desde um primer punto de vista, em efecto, denota la peculiar actividad que se despliega durante el desarrollo de la causa por obra de los justiciables y el órgano jurisdiccional y cuya finalidade es producir en el ánimo del juzgador uma certeza, no lógica o matemática, sino psicológico, sobre la existência o inexistência de los hechos afirmados. Se habla, entonces, de prueba como 'procedimiento': *durante la prueba; durante el período probatorio.* En segundo término, por prueba se entende el conjunto de modos u operaciones (*medios de prueba*, v. gr., declaración de testigos, dictamen pericial, etc.) del que se extraem, por conducto de la fuente que proporcionan (v. gr., el hecho declarado por la parte), las razones generadoras de la convicción judicial (argumentos de prueba). La prueba, por último, significa el hecho mismo de la convicción judicial, es decir, el 'resultado' de aquella actividad (se disse que algo está probado cuando há quedado suficientemente demostrato como certo). Siguiendo a Palacio, entonces, puede definirse a la prueba como 'la actividad procesal, realizada com el auxilio delos medios previstos o autorizados por la ley, y encaminhada a crear la convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes em sus alegaciones.'" cf. DE SANTO, Victor, **La prueba judicial**. 2.ed. atual. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994, pp. 28-29, grifo do autor. "A expressão 'prova' em linguagem processual, considerada em sentido lato, possui três significados fundamentais: se refere tanto ao 'procedimento' para provar, como ao 'meio' pelo qual se pretende demonstrar, bem como ao 'resultado' do que foi provado. De um primeiro ponto de vista, com efeito, denota a atividade peculiar que é desenvolvida durante o desenvolvimento do caso pela atuação das partes e do órgão jurisdicional e cuja finalidade é produzir na mente do juiz uma certeza, não lógica ou matemática, mas psicológica, sobre a existência ou inexistência dos fatos declarados. Fala-se, então, de prova como procedimento: durante a prova, durante a fase probatória. Em segundo lugar, se entende por prova o conjunto de modos ou operações (meios de prova, p. ex., declaração de testemunhas, perícia, etc.) dos quais ela é extraída, através da fonte que a fornece (p. ex., o fato declarado pela parte), as razões geradoras da convicção judicial (argumentos de prova). A prova, por fim, significa o fato em si da convicção judicial, é dizer, o resultado daquela atividade (se diz que algo está provado quando está suficiente demonstrado como existente). Segundo Palacio, então, se pode definir a prova como 'a atividade processual, realizada com o auxílio dos meios previstos ou autorizados por lei, e destinadas a criar a convicção judicial sobre a existência ou inexistência dos fatos afirmados pelas partes em suas alegações.'" (tradução nossa).

consistem em regras de direito material. De outra banda, a prova, no seu sentido de sua utilização em um processo judicial, consiste em um instituto de direito processual[5].

Todo e qualquer processo judicial depende do conhecimento de determinados fatos relevantes ao julgamento da causa. Com efeito, para se aplicar o direito ao caso concreto, é necessário que a consequência jurídica decorra de algum fato. Não há direito sem o correspondente fato jurídico.

As alegações a serem provadas no processo consistem nas alegações das partes pertinentes ao julgamento da causa, cabendo ao juiz, inclusive, em prol do princípio da efetividade processual, indeferir as diligências inúteis ou desnecessárias, conforme determina o artigo 370, Parágrafo único, do Código de Processo Civil (CPC)[6]. Demais disso, além de relevantes ao julgamento da causa, são objeto de prova os fatos controvertidos, quais sejam, aqueles afirmados por uma parte e impugnados por outra, ou, mesmo os incontroversos em caso de revelia, desde que a lide trate de direito indisponível, ou não forem verossímeis ou estejam em contradição com a prova apresentada pelo autor. Neste caso, mesmo em caso de revelia, deve o autor fazer prova de suas alegações (art. 345, IV, CPC).

Ainda que não se trate de questões de fato controvertidas, pode-se tornar pertinente a produção de provas sobre elas, uma vez que sua produção levará ao seu esclarecimento dos fatos controvertidos, pelas regras de experiência do que ordinariamente ocorre, segundo o artigo

---

[5] "Diferentes da prova, seja em sua natureza, seja em sua relevância jurídica, são as formas jurídicas de que certos negócios jurídicos devem-se revestir necessariamente, sob pena de invalidade ou inexistência jurídica (tal é a *forma prescrita ou não defesa em lei*, na clássica fórmula exposta pelo art. 82 do Código Civil). Essas, sim, são típicos institutos de direito substancial, uma vez que sem elas o ato não vale ou até mesmo pode chegar a ser juridicamente inexistente. Quando se trata de *convencer* e não de constituir validamente o ato (*prova ad substantiam*, art. 134 CC), estamos no campo preparatório de julgamento e por isso é de *processo* que se cuida." cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 3, pp. 45-46, grifo do autor. No mesmo sentido, "Rigorosamente, ao direito material cabe disciplinar as condições essenciais à prova dos atos e fatos jurídicos em geral e o seu respectivo valor probante. Ao direito processual civil, de seu turno, cabe a disciplina de como transportar aquelas provas para o plano do processo e de como viabilizar a sua *produção* em juízo em termos amplos." cf. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos. 11.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. v. 2, p. 222, grifo do autor.

[6] "O tema, contudo, não se refere a provar qualquer fato, mas apenas e tão somente os fatos que, direta ou indiretamente, relacionam-se com aquilo de que o magistrado precisa estar convencido para julgar. *Objeto da prova*, portanto, são os fatos *relevantes* e os *pertinentes* para aquilo que deve ser enfrentado pelo magistrado, seja no plano *processual* (*a regularidade do processo ou a higidez do desenvolvimento do direito de ação*) ou no plano *material* (quem faz jus à concretização da tutela jurisdicional e em que medida)." cf. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos. 11.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. v. 2, p. 216, grifo do autor. Ainda, "O fato é irrelevante quando, com ele ou sem ele, a decisão será a mesma." cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 3 p. 65.

375, do Código de Processo Civil[7]. Por esta razão, os indícios podem ser relevantes durante a instrução probatória, quando os fatos controvertidos não puderem ser provados, sendo aplicada a técnica de presunção relativa sobre os indícios para fins de esclarecimento dos fatos relevantes ao julgamento da causa. Ainda nessa linha, podem ser objeto de prova fatos que, ainda que sejam irrelevantes para o julgamento da lide, são pertinentes. É o caso, por exemplo, de o réu provar a culpa de terceiro em acidente de veículo que vitimou o autor. A culpa de terceiro, por si só, é irrelevante para o julgamento da causa. Contudo, ao demonstrar que a culpa pelo acidente é de terceiro, o réu demonstra que não foi o causador do dano sofrido pelo autor, sendo tal prova, portanto, pertinente o julgamento da lide. Nessa perspectiva, a prova pode ser direta, sendo esta a que tiver por objeto a demonstração do fato controvertido, ou indireta, que tem por objeto não tal fato, mas outro que, por dedução, leva à elucidação do fato controvertido[8].

Embora controvertidos, não dependem de prova os fatos notórios, ou seja, que sejam de conhecimento geral. Contudo, com a disseminação da Internet e, com ela, a disseminação de *fake news*, sendo atualmente um consenso na antropologia que vivemos na era da pós-verdade[9], é preciso que não só o juiz como as partes tenham um espírito crítico acerca do que seria um fato notório. É necessário apurar detidamente as fontes da notícia apresentada como fato notório – que, pela sua notoriedade, deve ser objeto de mais de uma fonte de prova, e idônea -, sendo que o objeto da prova passaria a ser, além do fato em si, a sua notoriedade.

Demais disso, não são objeto de prova os fatos afirmados por uma parte e admitidos pela parte contrária – com exceção de processos que tenham por objeto direitos indisponíveis, incontroversos, com a ressalva exposta no tópico anterior, e em cujo favor milita a presunção legal de existência ou de veracidade (art. 374, CPC). Em caso de presunção legal de existência ou veracidade de certa prova ou mesmo fato, é ônus da prova contrária demonstrar que determinado fato não é verídico ou mesmo que certa prova não é autêntica ou verídica.

---

[7] "Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial."

[8] "As *diretas* são as provas que apresentam relação imediata com o fato probando. As *indiretas* são as provas em que não há relação imediata com o fato probando, mas com fato distinto que permite, por meio de raciocínios e induções, concluir pela existência ou conformidade do fato probando. São os chamados 'fatos *simples'*." cf. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos. 11.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. v. 2, pp. 216-217, grifo do autor.

[9] A título ilustrativo, o termo "pós-verdade" foi eleito a palavra do ano no Dicionário Oxford, em 2016. cf. OXFORDLANGUAGES. **Word of the year 2016**. 2016. Disponível em: <https://languages.oup.com/word-of-the-year/2016/>. Acesso em: 29 out. 2023.

Por fim, dependem de prova não só os fatos, como o direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, conforme art. 376, do Código de Processo Civil[10].

1.2 Conceito de princípio

Princípios são normas que dão coesão e coerência ao sistema jurídico, podendo estar explícito ou implícito neste. São vetores que conduzem o intérprete à melhor solução a ser dada em um determinado caso concreto[11].

Uma vez que consistem no fundamento e na estrutura de um determinado sistema – e aqui, por uma questão metodológica, o corte epistemológico a ser observado se restringe ao sistema legal que rege as provas cíveis –, é imprescindível a sua análise para o desenvolvimento do presente estudo, o que se faz a seguir.

1.2.1 Princípios do contraditório e da ampla defesa

O direito ao contraditório é o direito fundamental que possui o jurisdicionado de lhe ser dada a oportunidade de refutar os fatos alegados pela parte adversária em um processo judicial. Trata-se de um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, previsto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal (CF), que visa a garantir a igualdade das partes no plano processual, princípio constitucional expressamente previsto no artigo 7º, do Código de Processo Civil.

---

[10] "Art. 376. A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar."

[11] "Conhecendo os princípios, o intérprete recebe uma grande carga de valores e uma grande variedade de formas a serem estes alcançados, pois fornecem *diretivas*, embora careçam de 'normatização individualizante'. Princípios não são valores, mas os incorporam, e os transmitem. O princípio está entre o valor e o conceito, supera aquele por se encontrar determinado, a ponto de permitir a identificação das consequências jurídicas. Porém, o princípio não alcança o conceito, porque não está delimitado a ponto de esconder a valoração." cf. FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 35-36, grifo do autor. Oportuno também é o conceito apresentado por Nelson Nery Junior: "Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Assim, os princípios são *mandamentos de otimização*, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, e de que seu cumprimento não somente depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas." cf. NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 13.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 39, grifo do autor. Ainda, Lenio Luiz Streck assevera que: "Portanto, a resposta dada através dos princípios é um problema hermenêutico (compreensão), e não analítico-procedimental (fundamentação). A presença dos princípios na resolução dos assim denominados 'casos difíceis' – embora a evidente inadequação da distinção entre os *easy* e *hard cases* – tem o condão exatamente de evitar a discricionariedade/arbitrariedade judicial. A resposta não provém de um discurso adjudicador (de fora), ela provém de uma cooriginariedade." cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 171.

Para que haja o devido processo legal é necessária a participação do réu no processo, ou, ao menos, que lhe seja dada oportunidade de se manifestar e provar os fatos que alega, podendo ele exercer ou não tal ônus, e arcar com as consequências de sua omissão.

O direito ao contraditório, ainda, vai além, sendo uma garantia de que o réu não só tome conhecimento e participe do processo, como que tenha o direito de apresentar as suas alegações e produzir provas em relação àquelas, assim como que tais provas sejam apreciadas, para que se profira uma sentença de mérito[12].

Assim, o contraditório não deve ser visto sob o seu aspecto meramente formal, mas no seu sentido substancial e efetivo, qual seja, não só se deve dar oportunidade ao réu de se defender, como também de que o resultado de tal exercício seja apreciado e sopesado pelo juiz no desempenho da tutela jurisdicional[13]. Verifica-se, assim, que o contraditório assegura a ampla defesa, que consiste nos "meios e recursos" que asseguram o direito ao contraditório,

---

[12] "Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis. Garantir-se o contraditório significa, ainda, a realização da *obrigação de noticiar* (*Mitteilungspflicht*) e da *obrigação de informar* (*Informationspflicht*) que o órgão julgador tem, a fim de que o litigante possa exteriorizar suas manifestações. Os contendores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, de realizar as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos. [...]. Feitas as alegações, os titulares da garantia da ampla defesa têm o direito à prova dessas mesmas alegações. De nada adiantaria garantir-se a eles com u'a mão o direito de alegar e subtrair-lhes, com a outra, o direito de fazer prova das alegações. O direito à prova, pois, está imbricado com a ampla defesa e dela é indissociável." cf. NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 13.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017, pp. 250; 289. Ainda, "É preciso ter em mente que a visão moderna do contraditório não se contenta com o binômio informação-reação, exigindo que sua leitura se dê segundo o trinômio informação-reação-influência. Ou seja, é preciso que o órgão julgador efetivamente avalie a posição das partes – ainda que seja para rechaçá-la – para que se considere que o escopo do princípio do contraditório foi alcançado." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 129.

[13] "[...] nessa perspectiva, o contraditório envolve informação necessária e reação possível para que aos interessados seja dada oportunidade concreta de interferir na convicção do órgão jurisdicional." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 168. No mesmo sentido, Marcelo Pichioli da Silveira e Danilo Pichioli da Silveira: "Do Estado Democrático de Direito espera-se que as partes possam participar. Como é notório, a sentença é um ato de poder. Ora, os atos de poder do Estado devem contar com legitimidade democrática. Em termos processuais, isso só se consegue com a garantia de que os legitimados desse ato participem do procedimento de produção da decisão, com poder de influência para influenciá-la. O contraditório é, exatamente, essa garanta de influência. Um contraditório substancial é a garantia de participação com influência no resultado. O resultado do processo deve ser produzido por um intenso diálogo entre os sujeitos do processo (juiz e partes)." cf. SILVEIRA, Marcelo Pichioli da; SILVEIRA, Danilo Pichioli da. Depoimento especial: proposta por uma intersecção entre direito probatório e psicologia. In FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada dah prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 157-159.

sendo aquele um princípio decorrente deste[14] e, por esta razão, ambos os princípios são tratados em conjunto neste tópico.

Visto sob esta ótica, o contraditório é a fonte por excelência de legitimação das decisões judiciais. Se os jurisdicionados devem se sujeitar às decisões judiciais, estas se tornam muito mais legítimas se aqueles tiverem participado do processo em que elas forem proferidas[15].

O Código de Processo Civil, em seu artigo 332, prevê uma hipótese de prolação de decisão de mérito sem a citação do réu. Trata-se de demandas ajuizadas cuja causa de pedir sejam contrárias aos precedentes vinculantes, a enunciados de Súmula de Tribunal de Justiça sobre direito local, ou quando o juiz verificar a ocorrência de decadência e prescrição. Contudo, tal exceção não infirma o direito ao contraditório; muito pelo contrário, o reforça, na medida em que o legislador só o dispensa em situações em que a sentença de mérito não seja desfavorável ao réu e, mesmo assim, nas hipóteses taxativas do artigo 332, do Código de Processo Civil. A ausência de observância ao contraditório se justifica porque o réu não teria melhor resultado no desfecho do processo se tivesse ativamente participado deste. A pretensão do autor não foi acolhida ou, em uma das hipóteses, reconheceu o juiz a prescrição do direito de ação do autor, de forma que a atuação do réu na relação jurídica processual não contribuiria para que fosse dada outra solução à lide.

O artigo 9º, do Código de Processo Civil, impõe que o juiz prolate não decisão contra uma das partes sem que ela seja devidamente ouvida acerca da questão, o que é uma decorrência do direito ao contraditório. As exceções para a proibição de decisões surpresas estão previstas nas hipóteses do parágrafo único do referido artigo, ou seja, nas hipóteses de estarem presentes os requisitos para a concessão de tutela provisória de urgência, de evidência, e no despacho inicial da ação monitória. Nestes casos, o legislador fez uma ponderação dos princípios em jogo, quais sejam, a efetividade, principalmente em razão da probabilidade do direito alegado pelo autor, e o contraditório, fazendo com que aquele prevaleça. Mas, mesmo nestas hipóteses,

---

[14] "A ampla defesa é o fundamento lógico do contraditório; ampla defesa é o contraditório pela perspectiva da atividade das partes. Em relação a elas, o contraditório é elemento estático, enquanto a ampla defesa, o dinâmico." cf. FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 44.

[15] Neste sentido, Flávio Luiz Yarshell, com sua típica lucidez, observa que "sob a ótica da solução de conflitos mediante a intervenção estatal, o que justifica a garantia do contraditório é a exigência de legitimação das decisões que, de alguma forma, representam o resultado do exercício de poder e que, nessa medida, impõe-se a determinadas pessoas. No contexto do Estado de Direito, é a oportunidade de participação dos interessados que legitima os atos resultantes daquele exercício." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 166.

não há que se falar em ausência do direito ao contraditório; ele é postergado, o que dá ensejo, inclusive, para que a decisão que concedeu a tutela de urgência ou de evidência seja reconsiderada, e que não seja constituído o título executivo judicial se o réu oferecer embargos monitórios.

O contraditório consiste em um princípio do processo civil, mas a sua aplicação é tão relevante no que tange às provas que será tratado também neste espectro. Uma decorrência do princípio ao contraditório é o direito de o réu produzir as provas[16] que entende ser necessárias ao deslinde do feito processual. Isso porque as provas produzidas nos autos de um processo servem para o convencimento do juiz, para o exercício da sua função jurisdicional. Nessa ordem, visto sob a ótica substancial do contraditório, como exposto alhures, o direito ao contraditório deve também ser observado em relação à admissão, produção e valoração das provas na relação processual[17].

No que tange à admissão da prova, de acordo com o art. 370, parágrafo único, do Código de Processo Civil, deve o juiz indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias. Referido dispositivo processual é louvável, na medida em que se encontra fundamentado no princípio da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, também estampado no art. 4º, do Código de Processo Civil.

Contudo, é necessário que o juiz seja muito cuidadoso para verificar se uma prova é impertinente[18] ou mesmo protelatória para a demonstração dos fatos que a parte pretende demonstrar. A prova deve ser analisada à luz dos fatos controvertidos ou mesmo circunstanciais da lide, isso é, deve ser perquirido se a realização de uma determinada prova será útil para elucidar fatos que guardam relação com a lide.

Ainda em relação à admissão de uma determinada prova, sua pertinência deve ser analisada à luz da sua possibilidade de ter o condão de alterar a convicção do juiz sobre os fatos controvertidos. Sobre essa questão, é necessário aprofundar a questão acerca da pertinência da

---

[16] "O vocábulo prova vem do latim probatio – prova, ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, aprovação, confirmação – e se deriva do verbo probare (probo, as, are) provar, ensaiar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com alguma coisa, persuadir alguém de alguma coisa, demonstrar." cf. SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 1970. v. I, p. 11.

[17] Flávio Luiz Yarshell afirma que "a prova é a expressão fundamental do contraditório e se justifica exclusivamente na medida em que possa interferir com a formação do convencimento do juiz." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 169.

[18] Uma prova impertinente é uma prova cuja produção será inútil para o conhecimento dos fatos que permeiam a controvérsia existente entre as partes.

prova diante de fatos que o juiz considera suficientemente demonstrados pelas provas já produzidas e apresentadas em uma determinada relação processual, fundamento frequente para que uma prova requerida pela parte seja indeferida[19].

Se, por um lado, as provas já apresentadas e produzidas no processo podem levar a uma determinada conclusão pelo juiz, não pode ser desconsiderado que a realização de outras provas requeridas pela parte pode ensejar uma outra conclusão sobre os fatos controvertidos. Não tem o julgador como inferir a conclusão de uma prova antes de sua admissão ou mesmo produção e valoração. Dessa feita, ainda que a convicção do juiz esteja formada pelas provas existentes do processo, outras provas podem alterá-la caso sejam realizadas[20], de sorte que, mesmo em relação a fatos que o juiz entenda que já estejam suficientemente demonstrados, ainda assim deve deferir a produção de outras provas sobre estes mesmos fatos se as provas são pertinentes e podem infirmar as provas já existentes nos autos do processo.

---

[19] "AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. 1. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015. OMISSÃO E NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. VÍCIOS NÃO CONFIGURADOS. 2. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. REVISÃO INVIÁVEL. SÚMULA 7/STJ. 3. JULGAMENTO CITRA PETITA. INEXISTÊNCIA. 4. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS AFASTADA. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. [...] 2. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não configura cerceamento de defesa o julgamento da causa sem a produção da prova solicitada pela parte, quando devidamente fundamentado e demonstrado pelas instâncias de origem que o feito se encontrava suficientemente instruído, afirmando-se, assim, a presença de dados bastantes à formação do seu convencimento." (AgInt no AREsp n. 2.161.805/DF, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 12/12/2022, DJe de 14/12/2022.).
"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. 1. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. REVISÃO DAS CONCLUSÕES DO TRIBUNAL DE ORIGEM PELA SUFICIÊNCIA DAS PROVAS. INVIABILIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. 2. RECONVENÇÃO APRESENTADA EM PEÇA ÚNICA DE DEFESA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. TESES RECONVENCIONAIS DEVIDAMENTE ANALISADAS. FUNDAMENTO SUFICIENTE NÃO ATACADO. SÚMULA 283/STF. 3. PRESCRIÇÃO AQUISITIVA POR USUCAPIÃO. RECONHECIMENTO. REMESSA DA DISCUSSÃO PARA VIA PRÓPRIA. NECESSIDADE. ORIENTAÇÃO ADOTADA NA ORIGEM EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. SÚMULA N. 83/STJ. 4. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. O acórdão recorrido encontra-se em perfeita harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior, no sentido de que 'não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide quando o julgador entende adequadamente instruído o feito, declarando a prescindibilidade da prova testemunhal com base na suficiência da prova documental apresentada' (AgInt no AREsp 1.782.370/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 17/5/2021, DJe 18/6/2021) [...]" (AgInt no AREsp n. 2.052.961/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 28/11/2022, DJe de 30/11/2022.)

[20] Pertinentes são as lições de Flávio Luiz Yarshell sobre o tema: "Abra-se, aqui, um parêntese: diz-se ser questionável a recusa à produção da prova, ao argumento de que o convencimento já estar formado, porque ela pode eventual e justamente desconsiderar a interferência que o elemento de instrução possa ter sobre a convicção do juiz, para, ainda em tempo, alterá-lo. [...] Contudo, forçoso é reconhecer que a recusa à produção da prova não pode se dar ao argumento de que a convicção do juiz está formada, devendo, ao invés, pautar-se pela relação de pertinência e adequação que a prova que se deseja produzir possa ter em relação aos fatos controvertidos. Esse sim é o critério objetivo para a recusa de dado meio de prova." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 169.

Por outro lado, ainda que a produção da prova guarde pertinência para a elucidação dos fatos, mesmo diante de fatos já suficientemente demonstrados, o seu deferimento guarda limites com a boa-fé processual (art. 5º, CPC), sob pena de o processo se arrastar indefinidamente, sob o fundamento de se garantir o direito ao contraditório. Por exemplo, diante de uma prova pericial conclusiva, entendemos que a parte pode requerer a realização de uma nova prova pericial sobre os mesmos fatos objeto da primeira, desde que fundamente a necessidade de sua realização, como, por exemplo, demonstrando que a metodologia utilizada pelo perito não foi adequada, maculando a conclusão do laudo pericial (art. 480, CPC). Contudo, caso seja deferida a segunda perícia e esta, considerando os argumentos apresentados pela parte que a requereu, confirmar a conclusão do laudo realizado na primeira prova pericial, comete abuso de direito o pedido de realização de uma terceira prova pericial sobre os mesmos fatos objeto da primeira e da segunda perícia, de modo que tal pedido deve ser indeferido.

É necessário, portanto, que o juiz garanta o direito ao contraditório, de forma a deferir as provas que possam alterar a sua convicção, ainda que haja provas existentes no processo que o levem a uma determinada conclusão, mas as partes não podem, sob o fundamento do direito ao contraditório, requerer a realização de provas de forma abusiva e protelatória, até que seja realizada uma prova cuja conclusão seja de acordo com os seus interesses, se isto em algum momento processual ocorrer. Esse comportamento consiste em litigância de má-fé, nos termos do art. 80, IV e V, do Código de Processo Civil. A análise da pertinência da prova, sob esse aspecto, deve se dar em cada caso concreto.

Se defendemos que o juiz deve deferir provas sobre fatos que já estejam suficientes demonstrados, com as reservas acima expostas, com muito mais razão deve deferir provas sobre fatos não esclarecidos, consistindo em violação ao direito ao contraditório o seu indeferimento, como entende, inclusive, há julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça nesse sentido[21].

---

[21] A título de exemplo do entendimento neste sentido: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. SEGUNDA FASE. LAUDO PERICIAL. CONDENAÇÃO MILIONÁRIA COM BASE EM LANÇAMENTOS FEITOS NA CONTA CORRENTE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA IRREGULARIDADE DAS TRANSAÇÕES. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE ACERTAMENTO DAS CONTAS MEDIANTE INSTRUÇÃO QUE PERMITA AO JUIZ ELEMENTOS DE CONVICÇÃO SUFICIENTES SOBRE QUAIS RUBRICAS SÃO OU NÃO CORRETAS E ADEQUADAS. ANULAÇÃO DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO. RETORNO DOS AUTOS PARA REABERTURA DA DISCUSSÃO SOBRE AS CONTAS. QUESTÃO DE DIREITO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N.º 7 DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. [...] 2. Apesar das dúvidas que remanesciam, em face do laudo inconclusivo, optou-se logo pela condenação do Banco, o que implica reconhecimento do cerceamento de defesa. 3. Agravo interno não provido."

Acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça também têm reconhecido a violação ao direito ao contraditório quando o juiz indefere o requerimento de produção de prova sobre um determinado fato requerido pela parte e julga o mérito de maneira desfavorável à parte que a requereu, por ela não ter demonstrado o fato que seria objeto da prova[22], entendimento que, ao nosso ver, mostra-se acertado.

O direito ao contraditório diz respeito não somente à admissão, produção e valoração das provas, como também que a parte adversa daquela que a requereu participe da sua produção, caso ela seja feita em juízo, ou lhe seja assegurado a se manifestar sobre a sua admissibilidade, autenticidade e seus termos caso ela seja pré-constituída, de acordo com o que estatui o artigo 437, § 1º, do Código de Processo Civil.

A efetiva participação das partes sobre as provas apresentadas e realizadas no processo não só interfere na convicção do juiz, como também no próprio convencimento das partes sobre a controvérsia[23]. Com efeito, tendo ciência das provas produzidas, as partes podem avaliar as suas fragilidades e os fatos que foram devidamente demonstrados e, com isso, aferir as suas chances de sucesso em um determinado processo que visa a dar uma solução à lide. Assim, uma sentença que aprecia devidamente as provas produzidas no processo – como deve ocorrer, inclusive – não deve causar surpresa às partes, pois a solução judicial seria esperada por estas. Desta forma, o direito ao contraditório, seja em relação à oportunidade de as partes apresentarem as suas alegações e realizarem as provas que pretendem, seja em relação à sua participação nas provas produzidas pela parte adversa, constitui um importante fator de

---

(AgInt no AREsp n. 1.566.911/MS, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 12/12/2022, DJe de 14/12/2022).

[22] "AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IRREGULARIDADE NA INTIMAÇÃO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. IMPUGNAÇÃO AOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA APRESENTADA. DECISÃO POSTERIOR. VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA. AÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVAS NA INICIAL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. JULGAMENTO DESFAVORÁVEL POR AUSÊNCIA DE PROVAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. CONFIGURAÇÃO. DIVERGÊNCIA ENTRE OS ACÓRDÃOS CONFRONTADOS VERIFICADA. [...]. 4. No entanto, conforme a jurisprudência consolidada do STJ, há cerceamento de defesa quando o Juízo indefere a produção das provas requeridas oportunamente pela parte, mas profere julgamento que lhe é desfavorável por ausência de provas. [...]." (AgInt nos EDcl nos EAREsp n. 1.790.144/GO, relatora Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 29/11/2022, DJe de 1/12/2022, g.n.) No mesmo sentido: AgInt no REsp n. 2.004.764/SP, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 26/9/2022, DJe de 13/10/2022, AgInt no AREsp n. 1.190.268/SP, relator Ministro Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF5, Primeira Turma, julgado em 12/9/2022, DJe de 14/9/2022.

[23] "Em matéria de prova isso significa dizer que a correspondente produção não deve se dar exclusivamente na perspectiva do convencimento do juiz, mas que pode e deve também ser vista sob a ótica do convencimento das partes [...]." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 170.

legitimação do poder estatal, eis que a própria parte, após participar da instrução do feito, já tem ciência da probabilidade ou não do seu direito.

No que tange especificamente à produção antecipada de provas, estas serão produzidas perante o Poder Judiciário. E, ainda que o juiz que conduz a ação de produção antecipada de provas não as valore, com isso não se quer afirmar que não há necessidade de assegurar que o réu participe da produção das provas, com todos os recursos e meios que lhe são inerentes, tais como contradita de testemunhas, impugnação do perito, impugnação ao laudo pericial, dentre outras técnicas previstas no ordenamento jurídico[24]. E, como será demonstrado[25], a ausência do contraditório é óbice para que a prova produzida em sede de ação de produção antecipada de provas seja reconhecida como válida e eficaz, vinculando as partes sobre os seus termos, a não ser em casos extremamente excepcionais em que não é possível que se aguarde a citação do réu para a sua produção, devendo este ter a garantia de, ao menos, se manifestar sobre os seus termos no procedimento ou mesmo requerer a produção de outras provas acerca do mesmo fato (art. 382, §3º, CPC).

O direito ao contraditório deve ser observado por ocasião da fixação das regras sobre a distribuição do ônus da prova[26], eis que o jurisdicionado deve ter ciência, antes do momento processual de produção das provas, de quais fatos devem ser provados por ele. Com efeito, não pode o jurisdicionado ser surpreendido e arcar com as consequências de um encargo que lhe foi atribuído se não tinha ciência de que tal encargo lhe incumbia. A distribuição do ônus da prova deve ocorrer antes da fase instrutória do processo, como, inclusive, prevê o artigo 357, III, do Código de Processo Civil, sob pena de violação ao contraditório.

O jurisdicionado possui o direito de produzir as provas que entende ser pertinentes ao julgamento do processo, sob pena de violação ao seu direito ao contraditório e ampla defesa. Do mesmo modo, tem o direito de participar da produção da prova, não sendo admitida a

---

[24] "Em outras palavras, não se pode economizar, minimizar a participação do litigante no processo, porque isso contraria o comando emergente da norma comentada. O órgão julgador deve dar a mais ampla *possibilidade* de o litigante manifestar-se no processo. Significa, ainda, poder *acompanhar* e *participar* da colheita da prova, de modo a poder, *in continenti*, fazer a contraprova, por exemplo, reperguntando para a testemunha. O direito à prova, manifestação do contraditório no processo, significa que as partes têm o direito de realizar a prova de suas alegações, bem como de fazer contraprova do que tiver sido alegado pela parte contrária." cf. NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 13.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 251.

[25] Este tema será tratado nos tópicos 2.4.6 e 2.4.11 desta Tese.

[26] Este tema será tratado no tópico 1.2.9 desta Tese.

realização de provas sem a participação das partes ou a apresentação de provas sem que se dê oportunidade de a parte adversária se manifestar sobre a sua autenticidade e conteúdo.

Se se deve ser assegurado o direito ao contraditório nas provas produzidas pela parte adversa em uma relação processual, com muito mais razão tal direito deve ser exercido quando o juiz determina a produção da prova de ofício[27]. A produção de provas determinadas pelo juízo sem a participação das partes viola não só o direito destas ao contraditório, conforme exposto alhures, como também a necessidade de publicidade dos atos processuais. A participação das partes na produção da prova ou, caso ela seja pré-constituída, sobre os seus termos, consiste em um controle das partes sobre a atuação do juiz ao determinar a produção de uma determinada prova[28], que deve se dar, de maneira excepcional em matéria de provas, justamente porque o exercício de tal poder pode gerar uma violação à sua imparcialidade.

1.2.2 Princípio da atipicidade da prova

Com exceção das provas obtidas por meios ilícitos[29], todos os meios de prova são aceitos no sistema processual civil brasileiro, devendo ser considerado como meios de prova os instrumentos pelos quais a prova é obtida. Este é o fundamento para o princípio da atipicidade da prova, ou seja, a admissibilidade de todo meio de prova, ainda que não previsto no ordenamento jurídico[30].

---

[27] Este tema será tratado no tópico 1.2.10 desta Tese.

[28] "Nesse particular, não pode prevalecer a tese segundo a qual em casos excepcionais a observância do contraditório poderia ser dispensada em nome da eficiência – quiçá da efetividade – de certa prova ordenada de ofício. Nem mesmo o apelo ao princípio da proporcionalidade pode justificar que o magistrado produza certa prova de forma secreta. É que a busca da verdade – valor que, em tais hipóteses, prevaleceria sobre a garantia do contraditório – não pode se dar através de atividade destituída de qualquer tipo de controle." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 135.

[29] Este tema será tratado no tópico 1.2.3 desta Tese.

[30] Conforme assevera Flávio Luiz Yarshell, fazendo alusão a dispositivo do Código de Processo Civil de 1973 e que é de todo aplicável ao sistema vigente, eis que lá também previsto: "Contudo, em matéria de prova, de um modo geral, de há muito se reconhece que a aspiração à máxima eficiência do sistema justifica que todas as fontes de prova podem e devem ser empregadas, de tal sorte que a ideia de que a lei não deve encerrar enumeração taxativa do elenco de provas utilizáveis e a aceitação de que, em matéria de prova, vigora um princípio da atipicidade – aliás, reconhecido não apenas pela regra do art. 332 do CPC como, em senso contrário, pela vedação constitucional às provas obtidas por meios ilícitos." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 315. No mesmo sentido, Víctor de Santo: "Las partes y el juez deben gozar de libertad para obtener todas las pruebas que sean pertinentes, com la única limitación de aquellas que por razones de moralidade se refieran a hechos que la ley prohíbe investigar, o que resulten manifiestamente inútiles, impertinentes o inidóneas o aparezcan ilícitas por otro motivo." cf. DE SANTO, Victor. **La prueba judicial**. 2. ed. atual. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994, p. 24. "As partes e o juiz devem dispor de liberdade para obter todas as provas que sejam pertinentes, com a única litimação daquelas que, por razões de moralidade, se refiram a fatos que a lei proíbe investigar, ou que sejam manifestamente inúteis, impertinentes, inidôneas ou sejam ilícitas por algum motivo." (tradução nossa).

O princípio da atipicidade da prova tem fundamento legal no artigo 369, do Código de Processo Civil, que determina que "as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.". Ou seja, ainda que não previsto no Código de Processo Civil, ou mesmo no Código Civil (art. 212[31]), todos os meios de prova são aceitos para as partes demonstrarem as suas alegações[32].

Segundo William Santos Ferreira[33], "genericamente se costuma afirmar que a prova atípica é uma maneira da lei não impedir o convencimento judicial por meios (*rectius*, modos) que o legislador não poderia ter imaginado, o que contribuiu para melhorar o grau de probabilidade de efetivamente esclarecer o *fato probando*" (grifo do autor). Com efeito, em razão da evolução da sociedade, o princípio da atipicidade da prova concede maior adaptação do direito aos avanços tecnológicos, para que as partes tenham à sua disposição outros meios de prova que não os previstos em lei.

O princípio da atipicidade da prova, aliado ao princípio do livre convencimento motivado do juiz, demonstra que o direito processual civil brasileiro privilegia o esclarecimento dos fatos sem descuidar da necessidade do juiz de demonstrar as razões pelas quais decidiu de um determinado modo, o que perpassa pelo conjunto probatório encartado nos autos.

Acerca do princípio da atipicidade da prova, é importante mencionar que ele diz respeito ao meio de prova e ao procedimento, e não à fonte da prova.

---

[31]. "Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: I - confissão; II - documento; III - testemunha; IV - presunção; V - perícia."

[32] "Assim, segundo o Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 369, as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no referido Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz." cf. COSTA, Ana Carolina Pazin. Da produção antecipada da prova como modelo autônomo no Código de Processo Civil de 2015. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 41. No mesmo sentido, Daniel Conalgo Rodrigues e Francisco de Mesquita Laux: "O direito de provar no processo é garantido através da utilização, pelas partes, de 'todos os meios disponíveis a fim de se demonstrar a verdade dos fatos em que fundada uma pretensão ou resistência, fornecendo instrumentos aptos à construção, por outrem, de conclusões lógicas a respeito de alegações de fato." cf. RODRIGUES, Daniel Conalgo; LAUX, Francisco de Mesquita. Produção antecipada da prova sem o requisito da urgência: a experiência estrangeira e o CPC/2015. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 140.

[33] FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 61.

As fontes de prova não estão tipificadas em lei, e são as pessoas, coisas, semoventes, eventos naturais ou mesmo artificiais, ou seja, são de *onde* são extraídas as informações que se pretende provar. Já os meios de prova dizem respeito a *como* tais informações são demonstradas nos autos de um processo judicial. E, pelo princípio da atipicidade da prova, todos os meios de prova são admitidos em lei, desde que moralmente legítimos e que não são sejam obtidos de forma ilícita[34].

Em razão do conceito amplo da prova documental, previsto no artigo 422, do Código de Processo Civil[35], e no artigo 225, do Código Civil[36]em geral as provas atípicas ingressam nos autos do processo por tal meio de prova. Desta forma, a prova atípica é produzida de modo não previsto em lei, mas é apresentada aos autos, em geral, pela prova documental.

Em razão da ausência de qualquer previsão legal acerca de sua produção, José Carlos Barbosa Moreira[37] apresenta três questões que merecem atenção na adoção de provas atípicas: a) o risco de ilegalidade da prova, eis que, ainda que seja autorizada a prova atípica, o modo de seu ingresso nos autos do processo pode violar alguma lei; b) a observância ao direito ao contraditório; e c) a valoração da prova atípica pelo juiz.

O fato de não haver previsão legal que regule a prova atípica não autoriza que a sua produção ou mesmo apresentação nos autos viole alguma lei. William Santos Ferreira[38], por exemplo, apresenta a hipótese de um terceiro reunir-se com o juiz, sem a presença das partes e seus advogados. Não seria permitida essa prova nos autos, eis que a oitiva de terceiros se dá pela prova testemunhal, prevista em lei (art. 361, CPC). Neste caso, ainda que a prova atípica viole alguma norma (desde que ela não seja tida como prova ilícita[39]), ela pode não ser declarada nula ou mesmo não necessitará de nova produção se não causar prejuízo à parte, nos termos do

---

[34] Este tema será tratado no tópico 1.2.3 desta Tese.

[35] "Art. 422. Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica ou de outra espécie, tem aptidão para fazer prova dos fatos ou das coisas representadas, se a sua conformidade com o documento original não for impugnada por aquele contra quem foi produzida. § 1º As fotografias digitais e as extraídas da rede mundial de computadores fazem prova das imagens que reproduzem, devendo, se impugnadas, ser apresentada a respectiva autenticação eletrônica ou, não sendo possível, realizada perícia. § 2º Se se tratar de fotografia publicada em jornal ou revista, será exigido um exemplar original do periódico, caso impugnada a veracidade pela outra parte. § 3º Aplica-se o disposto neste artigo à forma impressa de mensagem eletrônica."

[36] "Art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão."

[37] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Provas atípicas. **Revista de Processo**, v. 76, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 114-126, out-dez. 1994.

[38] FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 65.

[39] Este tema será tratado no tópico 1.2.3 desta Tese.

que preconiza os art. 282, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil[40]. Caso seja possível a produção da prova típica, se houver prejuízo à parte insurgente, tal produção deve ser feita. Contudo, na hipótese de impossibilidade de produção, deve o juiz mesmo assim admiti-la nos autos, devendo valorá-la considerando tal questão[41].

O segundo ponto de observação apresentado por José Carlos Barbosa Moreira[42] consiste na necessidade de se observar o direito ao contraditório em relação à prova atípica. O direito ao contraditório deve ser amplo, isto é, deve ser conferido, à parte contra quem foi apresentado o referido documento, o direito de se manifestar sobre a sua admissibilidade, autenticidade e conteúdo, conforme determina o art. 436, do Código de Processo Civil[43]. Aqui, valem as mesmas observações no que tange à prova produzida ou apresentada nos autos de maneira ilegal, isto é, não há a necessidade de produção da prova típica correspondente se não houver prejuízo à parte contra quem ela foi produzida, assim como a sua admissibilidade na hipótese de impossibilidade de produção da prova típica correspondente ou mesmo de sua reprodução, observando-se o contraditório.

Deveras, se, por um lado, a impossibilidade de reprodução da prova atípica ou mesmo de correspondente prova típica, observando-se o contraditório, viola este direito e o da ampla defesa, viola também estes mesmos princípios a não admissibilidade da prova atípica, mormente em casos em que a impossibilidade de reprodução da prova não se deveu a ato das partes. É o exemplo de um pedido liminar de oitiva de uma testemunha com idade avançada, que foi indeferido. Se a parte acostar aos autos uma ata notarial contendo uma declaração da testemunha e esta vier a falecer, será impossível colher o seu depoimento. Por outro lado, ainda

---

[40] "Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados. § 1º O ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte. § 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta."

[41] "Retomando, cabe indagar se é possível permitir o ingresso da prova atípica e, em sequência, realizar-se a prova na forma típica admitida pelo sistema. Se for possível, manter-se-á a prova atípica e realizar-se-á a prova típica. Entretanto, se for *impossível* a prova típica, a resposta não é a mesma. Exemplificativamente, a testemunha que apresentou declaração por escritura pública morreu, será impossível tomar o seu depoimento, mas é desproporcional simplesmente impedir que a prova ingresse nos autos. Entendemos que, mesmo havendo prejuízo para o contraditório da parte que se insurgir contra o ingresso da prova atípica, esta ocorrerá. Sua valoração será outra questão." cf. FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 69.

[42] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Provas atípicas. **Revista de Processo**, v. 76, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 114-126, out-dez. 1994.

[43] "Art. 436. A parte, intimada a falar sobre documento constante dos autos, poderá: I - impugnar a admissibilidade da prova documental; II - impugnar sua autenticidade; III - suscitar sua falsidade, com ou sem deflagração do incidente de arguição de falsidade; IV - manifestar-se sobre seu conteúdo. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, a impugnação deverá basear-se em argumentação específica, não se admitindo alegação genérica de falsidade."

que a parte contrária não tenha participado da oitiva da testemunha perante o notário, a parte que apresentar a ata notarial não pode ser prejudicada pela superveniente impossibilidade de oitiva da testemunha. Neste caso, deve ser mantida a prova atípica nos autos do processo. Contudo, a sua valoração deve ser feita de maneira muito mais rigorosa pelo juízo.

Por fim, a valoração da prova atípica é o terceiro ponto de atenção apresentado por José Carlos Barbosa Moreira[44]. A prova atípica é admitida no ordenamento jurídico do direito processual civil brasileiro e, de acordo com o livre convencimento motivado do juiz, ele deve analisar todo o arcabouço probatório para apreciar o mérito do processo, indicando as razões suficientes para demonstrar os motivos que o levaram a decidir em determinado sentido.

Muito embora a prova atípica seja admitida no processo civil, podendo, por conseguinte, o juiz fiar-se nesse meio de prova para formar o seu convencimento, a valoração de tal prova deve ser feita de forma rigorosa se a sua produção ou ingresso nos autos violar determinada lei ou mesmo o direito ao contraditório[45], como é o caso da prova produzida liminarmente, sem a participação da parte contrária. Neste caso, deverá o juiz, e especialmente se julgar de maneira desfavorável àquele que se insurgiu contra a admissibilidade da prova atípica no processo, realizada em afronta ao seu direito ao contraditório, analisar todo o conjunto probatório dos autos, demonstrando as razões pelas quais ele considerou os fatos demonstrados pela prova atípica em contraposição às demais provas apresentadas em relação a esse mesmo fato, sendo possível, ainda, que o fato demonstrado pela prova atípica o tenha sido também através de outro meio de prova típico.

Importante considerar que, além de o ordenamento jurídico processual civil brasileiro admitir a produção de todos os meios de provas na tutela jurisdicional, não há uma hierarquia em sua valoração, ou seja, uma prova não tem um maior valor probatório que outra. Deve o

---

[44] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Provas atípicas. **Revista de Processo**, v. 76, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 114-126, out-dez. 1994.

[45] Conforme observa William Santos Ferreira: "Porém, se a introdução se deu por impossibilidade e excessiva onerosidade, com algum prejuízo para o direito de alguma das partes ao contraditório e à ampla defesa, a valoração se dará de forma extremamente crítica em relação à prova atípica, porque aqui o contraditório e a ampla defesa, vistos sob a perspectiva do juiz, demonstram a *fragilidade da prova*, sua baixa potencialidade para o esclarecimento dos fatos, pois uma das formas de melhor verificar o *fato probando* é derivada da aplicação do contraditório e da ampla defesa que asseguram um procedimento de tese e antítese que qualificam o extrato probatório." cf. FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 71, grifo do autor.

juiz, pelo seu livre convencimento motivado, valorá-las e fundamentar a sua decisão de mérito, demonstrando as razões pelas quais chegou a uma determinada conclusão[46],.

Ainda, necessário ressaltar que, malgrado todos os meios de prova serem admitidos no processo civil, há a necessidade de que certos fatos ou atos obedeçam a um determinado meio de prova, conforme, por exemplo, prevê o artigo 406, do Código de Processo Civil[47]. É o caso, por exemplo, de demonstração da transferência de propriedade de bem imóvel, que só pode ser demonstrada pelo registro do instrumento de compra e venda do imóvel no Cartório de Registro de Imóveis, de acordo com o artigo 1.245, do Código Civil[48].

A admissão de apenas um determinado meio de prova para a demonstração de um certo ato ou fato deve estar prevista em lei, sob pena de violação ao direito do contraditório e de ampla defesa do jurisdicionado, que poderia demonstrar determinado fato ou ato por outros meios de prova. Em determinadas hipóteses, o princípio da atipicidade da prova é mitigado em prol da segurança jurídica, prevendo a lei que determinadas situações só possam ser objeto de um determinado meio de prova. Não se trata de hierarquia dos meios de prova neste caso, eis que não há prevalência de um meio de prova sobre o outro, mas da aptidão de um determinado meio de prova demonstrar certo ato ou fato.

Instigante se mostra a situação em que o meio de prova determinado em lei para a demonstração de determinado fato ou ato é impossível. Entendemos que, nesta situação, outro meio de prova não pode ser admitido, sob pena de violação à lei[49]. Contudo, deve o juiz analisar a questão de acordo com todas as provas apresentadas no processo, inclusive aquelas indiretas ou indiciárias, em que, embora não tenham por objeto o fato a ser provado, apresentam indícios que podem levar à conclusão sobre a ocorrência de determinado fato. Nesse contexto, é importante que a prova indiciária e indireta tenha uma valoração ainda mais rigorosa pelo magistrado, justamente porque esta não tem por objeto provar determinado fato controvertido. Sua apreciação deve ser feita em conjunto com as demais provas apresentadas no processo

---

[46] Este tema será tratado no tópico 1.2.11 desta Tese.

[47] "Art. 406. Quando a lei exigir instrumento público como da substância do ato, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta."

[48] "Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis."

[49] William Santos Ferreira entende de maneira diferente, ao asseverar que "As regras restritivas deverão constar expressamente na lei e sua adoção deve ser proporcional, o que impõe analisar as razões justificadoras da restrição e os efeitos que provoca, não podendo inviabilizar a demonstração do fato ou torná-la tão onerosa a ponto de materialmente impossibilitá-la, o que representaria a violação do direito à prova, ao contraditório e à ampla defesa." cf. FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 74-75.

judicial, sendo permitido, ainda, que o magistrado aplique as regras de experiência na sua apreciação, conforme artigo 375, do Código de Processo Civil[50].

1.2.3 Princípio da vedação à prova ilícita

Como exposto anteriormente[51], o direito de produzir as provas pertinentes ao julgamento de uma determinada lide tem fundamento constitucional, eis que calcado no princípio do contraditório e da ampla defesa. Contudo, tal direito deve ser compatibilizado com outras garantias também constitucionais, como a inviolabilidade da intimidade, da vida privada e do domicílio das pessoas, assim como o sigilo de correspondências, de dados e de comunicações em geral, garantias estas previstas no art. 5º, X a XII, da Constituição Federal[52].

Assim, a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, LVI[53], determina que as provas obtidas por meio ilícito não são admitidas no processo, devendo ser entendido como provas obtidas por meio ilícito aquelas cuja produção violar tanto norma de direito material - como em violação ao direito à privacidade, sigilo de dados e comunicações e intimidade -, como norma de direito processual[54]. Portanto, em uma escala de valores, a Constituição Federal determina que prevalece a intimidade, a vida privada, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo de correspondências, dados e comunicações em geral em detrimento do direito de produzir determinada prova que viole tais direitos, que não será admitida[55]. A inadmissibilidade se estende para além da prova obtida por meio ilícito, atingindo também a prova derivada desta,

---

[50] "Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial."

[51] Tópico 1.2.1. desta Tese.

[52] "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]. X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal."

[53] "LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos"

[54] Embora haja dissenso acerca da classificação da prova ilícita, havendo uma corrente doutrinária que defende que a prova ilegal seria aquela obtida mediante a violação de qualquer norma, e a prova ilícita aquela que viola norma material, em contraposição à corrente que defende que a prova ilícita seria um gênero do qual a própria prova ilícita e ilegítima são espécies, sendo aquela a que viola norma material, e esta, norma de ordem processual. Ver FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 95-96.

[55] "Houve uma opção na Constituição pelos direitos materiais mencionados, em detrimento do esclarecimento de questões fáticas. Há na escolha uma clara advertência: não viole direitos, especialmente os assegurados por esta Constituição, para o fim de obter prova, porque essa será imprestável." cf. FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 97.

isto é, aquelas que, ainda que sejam válidas, tenham como fonte de prova aquela que foi obtida de modo ilícito[56].

A Constituição Federal é enfática ao determinar a inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito[57]. O efeito da prova obtida por meio ilícito difere se for violado norma de ordem material ou processual. Caso a obtenção da prova viole norma de natureza material, esta não será admitida e tampouco valorada pelo juiz, conforme artigo 5º, LVI, da Constituição Federal. Se, por conseguinte, a prova tiver sido obtida em violação a norma de natureza processual, a prova não será anulada se não houver prejuízo à defesa da parte que teria sido prejudicada em sua produção, de acordo com o artigo 283, parágrafo único, do Código de Processo Civil[58].

Entretanto, o princípio da proibição da prova obtida por meio ilícito é relativizado em determinadas situações, para que outros princípios e garantias constitucionais sejam protegidos[59]. A jurisprudência tem ponderado valores e garantias para que a prova obtida por meio ilícito seja admitida, a depender do caso concreto, e, por isso, dos valores em jogo[60]. Como exemplo no âmbito do direito processual civil, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo recentemente admitiu como prova um *print* da tela de um computador do preposto de uma empresa que realizou o cadastro do consumidor com palavras pejorativas, sob o fundamento

---

[56] "Obtida uma prova por meio ilícito não é somente essa que não poderá ser utilizada no processo, mas também a que delas derivem." cf. FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 116. "Caso a prova seja derivada, direta ou indiretamente, de prova obtida ilicitamente, terá sido contaminada e, portanto, igualmente ilícita, não podendo produzir efeitos no processo. A *fruit of the poisonous tree doctrine* consiste em que se devem considerar ineficazes no processo e, portanto, não utilizáveis, não apenas as provas obtidas ilicitamente, mas também aquelas outras provas que, se em si mesmas poderiam ser consideradas lícitas, se baseiam, derivam ou tiveram sua origem em informações ou dados conseguidos pela prova ilícita." cf. NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 13.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 316.

[57] "Para além das consequências civis, penais e administrativas que a obtenção da prova por forma ilícita possa acarretar, é no processo que a sua inadmissibilidade deve ser reconhecida." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 193.

[58] "Art. 283. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais. Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte."

[59] "Certo é que essas garantias, sejam quais forem, não terão caráter absoluto, e a descoberta da verdade relativamente a certos fatos poderá, no confronto dos valores em jogo, sobrepor-se às mesmas." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 302.

[60] "Se há uma desproporção entre segurança jurídica e acesso à justiça, ao contraditório e à ampla defesa, a solução será a aplicação da ponderação a identificar os princípios em choque e definir qual deverá prevalecer." cf. FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 333.

que o direito à privacidade e à intimidade da empresa e do seu funcionário, tal direito não poderia se sobrepor à honra do consumidor, devendo a prova ser admitida[61].

William Santos Ferreira[62] defende a mitigação da prova obtida por meio ilícito para admiti-la em processo em que à parte é impossível ou excessivamente oneroso obtê-la de modo lícito, sob a assertiva de que o direito à liberdade, à intimidade e à privacidade não podem se sobrepor aos princípios da inafastabilidade do Poder Judiciário, do contraditório e da ampla defesa. Com a devida vênia, ousamos discordar do referido jurista, pois entender dessa maneira seria alargar demais a prova obtida de modo ilícito, para admiti-la em todo e qualquer processo. Sem desmerecer o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, do contraditório e da ampla defesa, parece-nos que a prova ilícita deve ser admitida em determinados casos em que a tutela jurisdicional tiver por objeto um direito de maior grandeza que a intimidade, a privacidade e o sigilo de dados e de comunicações, tais como o direito à vida e à liberdade e outros direitos de ordem material a serem tutelados no caso concreto.

A própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, XII[63], autoriza a quebra do sigilo de dados (dentre eles, o bancário e o fiscal), correspondências e comunicações, mas somente para efeitos de investigação criminal ou instrução de processo penal. Portanto, a Constituição Federal não autoriza a quebra do sigilo no âmbito do processo civil, como, inclusive, se

---

[61] "PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. TELEFONIA. Relação de consumo. Ação de cumprimento de obrigação de fazer c.c. ação de indenização por danos morais. Sentença de improcedência dos pedidos. Apelo do autor. Existência de anotações pejorativas nos dados cadastrais do autor à respeito da sua personalidade. Comprovação através do 'print' da tela do computador, obtido através de pessoa próxima que tem acesso ao banco de dados da ré, documento não impugnado na contestação de forma específica. Possibilidade. Deve prevalecer o entendimento doutrinário e jurisprudencial aplicável aos litígios nos quais existe a colisão entre os direitos fundamentais constitucionais, buscando-se uma forma de solucionar a questão juridicamente através da ponderação desses direitos a fim de se aferir a admissibilidade da prova supostamente ilícita no processo cível. Se por um lado a Constituição Federal veda a utilização de provas obtidas por meio ilícitos em processos judiciais (art. 5º, inc. LVI), segundo o entendimento adotado pelo D. Magistrado sentenciante, por outro veda também a violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, garantindo o direito à indenização pelo dano material ou moral advindos da infração à norma (art. 5º, inc. VI). Apelada que foi negligente ao não fiscalizar as condutas de seus prepostos, possibilitando que, de modo sorrateiro, um atendente, imbuído com o espírito de revanchismo, alterasse os dados cadastrais de um cliente, fazendo inserir informações pejorativas e desabonadoras sobre a sua personalidade. Expressões referidas ao apelante que têm, em parte, conotação preconceituosa e discriminatória quanto à possível orientação sexual do ser humano, podendo, em tese, caracterizar a prática do crime de injúria, tipificado no artigo 140 do Código Penal.[...]." (TJSP; Apelação Cível 1002522-28.2015.8.26.0302; Relator (a): Carmen Lucia da Silva; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jaú - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09/02/2017; Data de Registro: 16/03/2017).

[62] FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 107-110.

[63] "XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal,"

observou em diversos acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça [64]. Entretanto, observa-se acórdãos em que se defende a inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito quando o processo versar sobre direitos disponíveis e individuais, admitindo a quebra de sigilo em processos que envolvam direitos difusos e danos ao erário público, tais como nas ações de improbidade administrativa e ações civil públicas[65].

---

[64] "AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL.NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. OMISSÃO. AUSENTE. PRECLUSÃO DA MATÉRIA. NÃO RECONHECIDA. REVISÃO. NÃO CABIMENTO. SÚMULA 7/STJ. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. FINALIDADE DE SATISFAÇÃO DE DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL. INTERESSE MERAMENTE PRIVADO. REQUISITOS NÃO CONFIGURADOS. DESCABIMENTO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. RAZÕES QUE NÃO INFIRMAM A DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO." (AgInt no AREsp n. 2.040.485/SP, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 3/4/2023, DJe de 27/4/2023) "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL COM PEDIDO INDENIZATÓRIO. IMPROCEDENTE. RECONVENÇÃO. PARCIALMENTE PROCEDENTE. TRÂNSITO EM JULGADO. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/15. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU ERRO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. AUSÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 489, §1º, DO CPC/15. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 139, 438, I e II, 797 DO CPC/15. TENTATIVAS INFRUTÍFERAS DE IDENTIFICAÇÃO E CONSTRIÇÃO DE ATIVOS FINANCEIROS. PRETENSÃO DE BUSCA DE PATRIMÔNIO DO EXECUTADO PELO CADASTRO DE CLIENTES DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL (CCS-BACEN) E SISTEMA DE INVESTIGAÇÃO DE MOVIMENTAÇÕES BANCÁRIAS (SIMBA). EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS (COAF). MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. CCS-BACEN. NATUREZA CADASTRAL. PRECEDENTES DESTA CORTE. POSSIBILIDADE. COAF. SIMBA. FINALIDADE PÚBLICA. AUXÍLIO NA PREVENÇÃO E NO COMBATE AOS CRIMES DE CORRUPÇÃO, LAVAGEM DE DINHEIRO, FINANCIAMENTO DE TERRORISMO E FINANCIAMENTO DE PROLIFERAÇÃO DE ARMAS DE DESTRUIÇÃO EM MASSA. DESVIRTUAMENTO DAS ATRIBUIÇÕES. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZÁ-LOS PARA AFERIR A EXISTÊNCIA DE PATRIMÔNIO DO DEVEDOR. EFICIÊNCIA DAS INSTITUIÇÕES. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.158/23. TRATAMENTO DE DADOS. FINALIDADE ESTRITA DA LEI. SIGILOSIDADE DOS DADOS. ART. 5º, XII, CF/88. QUEBRA DE SIGILO PODE SER AFASTADA SOMENTE PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL OU INSTRUÇÃO PROCESSUAL PENAL. LEI COMPLEMENTAR Nº 105/01. APURAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE QUALQUER ILÍCITO. PRECEDENTES DESTA CORTE A RECONHECER INDEVIDO E DESPROPORCIONAL O AFASTAMENTO DE SIGILO PARA EXECUÇÕES CIVEIS. [...] 15. Precedente desta Corte no sentido de que a quebra de sigilo bancário destinada tão somente à satisfação do crédito exequendo constitui mitigação desproporcional e descabida do direito constitucionalmente protegido (REsp 1.951.176/SP, Terceira Turma, DJe 28/10/2021). [...]. (REsp n. 2.043.328/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 18/4/2023, DJe de 20/4/2023).

[65] A título inlustrativo"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. EXTENSÃO. SÚMULA 7/STJ. FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. NÃO ENQUADRAMENTO NAS HIPÓTESES LEGAIS. DESVIO DE FINALIDADE INEXISTENTE. [...]. 3. A quebra de sigilo bancário determinada nos presentes autos relaciona-se tão somente com investigação sobre eventuais atos de improbidade administrativa decorrentes de pagamentos indevidos efetuados por empresas estatais e municipais. A conduta, de fato, tem o potencial de se enquadrar nas hipóteses previstas na Lei de Improbidade Administrativa, não se vislumbrando qualquer desvio de finalidade no pedido formulado pelo Ministério Público Estadual. 4. Agravo interno a que se nega provimento." (AgInt no REsp n. 1.518.301/SP, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 5/6/2018, DJe de 8/6/2018). "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DE AFRONTA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. DESCABIMENTO DE INDICAÇÃO DE PRECEDENTES DO STF. RAZÕES DO AGRAVO QUE NÃO IMPUGNAM, ESPECIFICAMENTE, A DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. CONTROVÉRSIA RESOLVIDA, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NA VIA ESPECIAL.

Sobre o tema, é importante esclarecer que a prova obtida por meio ilícito ou mesmo a derivada dela é que não é admitida, e não o fato que se pretende provar. Portanto, se o fato objeto da prova ilícita ou desta derivada puder ser provado por outra fonte independente de prova ou mesmo o seu esclarecimento seja provável pela dinâmica previsível do processo, a prova ilícita ou a derivada desta, segundo William Santos Ferreira[66]., deve ser admitida, eis que o fato a ser provado o seria através de outro meio de prova é admitida, eis que o fato a ser provado seria através de outro meio de prova.

Por fim, importante pontuar a advertência trazida por Nelson Nery Junior[67] de que o juiz que teve contato com a prova ilícita não seja o julgador do caso, de maneira a zelar pelo princípio da imparcialidade e de que, efetivamente, ela não seja considerada, ainda que no espírito do magistrado, ao proferir a sentença. Mesmo entendimento é perfilhado por Cassio Scarpinella Bueno[68].

1.2.4 Princípios da aquisição e da comunhão da prova

O princípio da comunhão da prova (ou da aquisição da prova) pode ser conceituado da seguinte forma: uma vez produzida determinada prova em juízo, ela será apreciada pelo julgador independente de quem a produziu, ou seja, independentemente de quem tinha o ônus de provar tal fato, ou mesmo se tal prova ou parte dela é desfavorável de quem a produziu ou a trouxe a juízo. Assim, por exemplo, se uma parte arrola uma testemunha para ser ouvida e esta,

---

SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO CONHECIDO, EM PARTE, E, NESSA EXTENSÃO, IMPROVIDO. [...]. V. Consoante a jurisprudência do STJ, 'a existência de indícios de improbidade administrativa constatados pelas instâncias ordinárias na espécie torna possível a decretação da quebra de sigilo bancário. [...]. (AgInt no AREsp n. 823.848/MT, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 4/4/2017, DJe de 11/4/2017).

[66] "A diferença marcante é que no descobrimento inevitável (*inevitable discovery limitation),* o *fato* 'desliga-se' da prova maculada pela probabilidade (juízo hipotético) de ser demonstrado por meio de outra prova (não maculada). Já na *fonte independente (independent source*), o *fato probando* 'desliga-se' da prova viciada (da árvore venenosa) pela aferição de que há outra prova independente que demonstra o mesmo *fato*, portanto, não é, na essência, derivada, mas autônoma. Da análise das exceções da *exclusionary rule* conclui-se que, na relação tênue ou circunstancial com a fonte viciada, a prova será *considerada* obtida por meio lícito, admissível, portanto, se no plano hipotético poderia ser independente ou o fato puder ser comprovado por outra prova; denotando-se que, nestas ambivalências, a preponderância será pela utilização da prova na solução dos fatos." cf. FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 122. Nelson Nery Junior entende que esse tipo de ilação para se permitir a prova ilícita não é possível, eis que "A prova proveniente da *inevitable discovery* é ilícita e ineficaz. Não pode ingressar eficazmente no processo a prova oriunda de tais diligências, pois não se trata de prova derivada nem independente (*independent source*), e sim de juízo hipotético extremamente vago, que não pode ser utilizado para legitimar motivações aos direitos fundamentais." cf. NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 13.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 320.

[67] NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 13.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 301-322.

[68] BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos. 11.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. v. 2, p. 227.

em sua oitiva, relata fatos que fragilizam a posição da parte que a arrolou, ainda assim tais fatos devem ser considerados pelo julgador no seu convencimento, não se podendo simplesmente ignorar parte das provas produzidas ou apresentadas em juízo de acordo com a conveniência de quem a apresentou ou produziu. Uma vez produzida ou apresentada a prova em juízo, ela pertence ao processo, e não à parte que a apresentou ou produziu[69]. Não suficiente o princípio da comunhão da prova consistir em uma regra basilar do direito probatório, existindo antes, portanto, do Código de Processo Civil de 2015, este, em seu artigo 371[70], exterioriza claramente tal princípio, não previsto no Código de Processo Civil de 1973.

Questão interessante sobre esse tema reside em verificar a possibilidade de a parte desistir de uma prova que já foi requerida por ela e deferida pelo juiz.

Em relação à oitiva do juiz da causa, o art. 452, II, do Código de Processo Civil, é expresso em estabelecer que, se este não se declarar impedido, não pode a parte que o arrolou

---

[69] Sobre o tema, Flávio Luiz Yarshell obtempera que "na apreciação do conjunto probatório e na eventual aplicação da regra de distribuição do citado encargo, não é relevante saber *quem* tenha tido a iniciativa de trazer aos autor ou de produzir elementos de prova, ideia que, efetivamente, só se pode entender como impedimento à eventual e absurda desconsideração de prova trazida aos autos pela parte que não tinha o ônus de fazê-lo (se considerado tal encargo a partir do ônus de alegação de fatos constitutivos pelo autor e impeditivos, modificativos ou extintivos pelo réu)." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, pp. 60-61, grifo do autor. No mesmo sentido, William Santos Ferreira: "o princípio tem importância para aclarar a *natureza pública* da atividade jurisdicional e, consequentemente, das provas produzidas no processo que, rigorosamente, não têm titulares, havendo apenas destino (os autos) e destinatários, que são todos que possam, dentro dos limites legais, utilizarem-se do acerco probatório que, ao final, deve ser considerada como um *todo unitário.*" cf. FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 128. Ainda, Daniel Amorim Assumpção Neves: "nos termos do art. 371 do CPC, o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido. A valoração, portanto, independe da prova ter sido requerida pelas partes, pelo Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, ou determinada de ofício pelo juiz. Até porque, o que interessa na valoração é o resultado da prova e não o responsável pela sua promoção. Segundo o princípio da comunhão das provas, adotado pelo direito processual civil brasileiro, a prova produzida é prova do processo, de forma que, após sua produção, em nada interessa quem foi o responsável por ter arrolado a testemunha, juntado o documento aos autos ou pela realização da perícia. Sendo prova do processo, não tem dono, devendo todas as provas serem valoradas da mesma forma." cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de processo civil comentado**. 4.ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 712. Perfilha do mesmo entendimento Víctor de Santo: "Este principio es uma consecuencia del anterior: la prueba no pertence a quien la suministra; por ende, es inadmisible pretender que sólo beneficie al que al allega al proceso. Uma vez incorporada legalmente a los autos deve ternérsela em cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho sobre el cual versa, sea que resulte favorable a quien la propuso o al adversário, que bien puede invocarla. El fin del proceso es la realización del derecho mediante la aplicación de la ley al caso concreto y las pruebas constituyen los elementos utilizados por el órgano jurisdicional para arribar a esse resultado." cf. DE SANTO, Victor, **La prueba judicial**. 2.ed. atual. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994, pp. 28-29, grifo do autor. "Este princípio é consequência do anterior: a prova não pertence a quem a fornece; portanto, é inadmissível afirmar que beneficia somente aqueles que a levam ao processo. Uma vez incorporada legalmente os autos, deve ser levada em consideração para determinar a existência ou inexistência do fato a que se refere, seja favorável a quem a forneceu ou ao seu adversário, que pode utilizá-la. A finalidade do processo é a concretização do direito através da aplicação da lei ao caso concreto, e as provas constituem os elementos utilizados pelo órgão jurisdicional para chegar a esse resultado." (tradução nossa).

[70] "Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento."

desistir do seu depoimento. Contudo, nas demais hipóteses é admitida a desistência da prova, desde que a parte o faça antes de sua produção, não podendo afastar os seus efeitos caso ela já tenha sido produzida ou mesmo já tenha se iniciado. Isso porque a parte que requereu a produção da prova tem, até a sua produção, ingerência sobre esta, de sorte que a desistência na produção da prova não está condicionada à anuência da parte adversa. Se apenas uma parte, por exemplo, arrolou uma testemunha e, posteriormente, requer a desistência de sua oitiva, não pode a parte contrária pretender que seja ouvida testemunha que não arrolou, de sorte que não há óbice para a parte desistir da produção da prova. Contudo, se ambas as partes arrolaram a testemunha, a desistência de sua oitiva deve ser objeto de anuência de todas as partes que pretendiam ouvi-la.

Nestas situações, a ausência de prova do fato, seja pela preclusão do direito da parte em pedir a sua produção, seja pela desistência expressa de sua produção, deve ser analisada pelo juiz à luz da distribuição do ônus da prova entre as partes[71], a não ser que o magistrado entenda que a matéria não restou suficientemente esclarecida e seja uma das hipóteses do exercício dos seus poderes instrutórios[72].

Uma suposta exceção ao princípio da comunhão da prova reside na possibilidade daquele que produziu a prova documental requerer o seu desentranhamento se a parte contrária assim requerer, conforme o artigo 432, Parágrafo único, do Código de Processo Civil. Contudo, esta hipótese seria uma suposta exceção ao princípio da comunhão da prova porque, de fato, ela não infirma o conteúdo do princípio: a parte adversa daquela que produziu o documento não visa à utilização do seu conteúdo; pelo contrário, alega que o documento é falso. E a parte que o produziu pode requerer o seu desentranhamento, evitando-se qualquer discussão acerca da sua admissibilidade nos autos.

Deste modo, a discussão gira em torno de momento anterior à produção dos efeitos da prova, sendo discutida a sua própria admissibilidade, sendo plenamente admitido em processos que tenham por objeto direitos disponíveis que as partes decidam acerca da necessidade ou não da produção de uma determinada prova na relação jurídica processual.

A comunhão da prova pode ser interna, quando utilizada pelas partes ou terceiros intervenientes no em que foi produzida, ou externa, quando aproveitada pelas partes, terceiros

---

[71] Este tema será tratado no tópico 1.2.9 desta Tese.
[72] Este tema será tratado no tópico 1.2.10 desta Tese.

ou juízes em processo distinto da que foi produzida. Como exemplo, citamos a prova emprestada, isto é, a utilizada em processo diferente da que foi produzida. Neste contexto, não deve ser entendida como prova emprestada aquela produzida em sede de produção antecipada de provas, eis que ela é produzida para que ela seja utilizada precipuamente em outro processo (art. 381, CPC). Neste contexto, a prova homologada judicialmente em sede de produção antecipada de provas não pode ser inadmitida pelo juiz que irá apreciar a lide no seu plano substancial, eis que a sua homologação vincula as partes quanto à sua validade e eficácia[73]. Cabe ao juiz valorá-la, mas não pode inadmiti-la. O mesmo não ocorre com a prova emprestada, em que o juiz deve não só valorá-la como decidir pela sua admissibilidade.

1.2.5 Princípio da unidade da prova

O princípio da unidade probatória consiste na regra de que o juiz deve analisar todo o conjunto probatório para decidir a lide levada ao Poder Judiciário, ou seja, todas as provas constantes no processo e as regras atinentes ao direito probatório (presunções, ônus probatório das artes e regras de experiência[74].

Consiste, portanto, em uma garantia às partes de que o juiz, ao exercer o seu livre convencimento motivado, irá apreciar todas as provas que constam no processo. Importante ressaltar, sobre essa questão, que o juiz deve apreciar todo o conjunto probatório, mas com isso não se quer afirmar que ele deva fundamentar a sua decisão em todas as provas apresentadas no processo, até porque elas podem ser contraditórias entre si. Pelo princípio da unidade da prova, o juiz deve considerar todas as provas sobre os fatos relevantes para a solução da lide trazida à juízo, ainda que seja para afastá-las, desde que fundamente a razão para tanto.

---

[73] Este tema será tratado no tópico 2.4.11 desta Tese.

[74] De acordo com William Santos Ferreira: "O princípio da unidade probatória assegura *coerência* e *completude* à decisão judicial. Em relação às questões de fato, garante uma decisão coerente com o conjunto probatório dos autos (*quod non est in actis non est in mundo*), já que às partes assegura que o julgador não deixará de considerar todas as provas relevantes existentes nos autos e as regras – ligadas à prova – incidentes no momento do julgamento (presunções – incluindo máximas de experiência, ficção jurídica e provas legais." cf. FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 262, grifo do autor. No mesmo sentido, Víctor de Santo: "El conjunto probatorio del proceso forma una unidad y, como tal, debe ser examinado y merituado por el órgano jurisdicional, confrontando las diversas pruebas (documentos, testimonios, etc.), señalar su concordância o discordância y concluir sobre el convencimento do que de ellas globalmente se forme." cf. DE SANTO, Victor, **La prueba judicial**. 2.ed. atual. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994, pp. 15-16, grifo do autor. "O conjunto de provas no processo forma uma unidade e, como tal, deve ser examinado e avaliado pelo órgão jurisdicional, comparando as diversas provas (documentos, depoimentos, etc.), apontando sua concordância ou discordância e concluindo sobre a convicção que sobre eles se formou globalmente." (tradução nossa).

Apesar de sua irrefutável contribuição ao princípio da fundamentação das decisões judiciais, o artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil[75], não apresenta como uma das hipóteses de ausência de fundamentação da decisão judicial a sua prolação sem apreciar prova acerca de um fato relevante para a solução do litígio que teria o condão de alterar o resultado do julgamento. Entendemos que a inclusão dessa hipótese dentre aquelas que descrevem a falta de fundamentação de uma decisão judicial é imprescindível, e justamente com supedâneo no princípio da unidade da prova, devendo ser considerada não fundamentada uma decisão que simplesmente ignora uma prova relevante produzida no processo que, caso fosse apreciada, teria o condão de alterar a conclusão da decisão. A decisão viciada pode ser objeto de embargos de declaração com fundamento em omissão, ou mesmo de recurso de apelação a ser interposto contra a sentença omissa. Na hipótese de a decisão que não apreciar a prova relevante consista em acórdão, a parte prejudicada deve manejar embargos de declaração, mas se a omissão não for suprida, essa questão não pode ser ventilada em sede de recurso especial ou mesmo extraordinário, eis que a sua apreciação enseja o reexame de provas (necessidade de apreciação de uma prova que não foi considerada), o que não é permitido nos recursos de direito em sentido estrito.

Se a prova, ainda que seja relevante, não tenha o potencial de infirmar o resultado da sentença, esta não será passível de nulidade, eis que o resultado não seria outro, devendo ser aplicado o disposto no artigo 281, §1º, do Código de Processo Civil[76], em prol dos princípios da eficiência e da razoável duração do processo (CF, arts. 5º, LXXVIII e 37, e CPC, arts. 4º e 8º), não havendo sentido o refazimento do ato judicial que levaria ao mesmo resultado[77].

---

[75] " Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...]. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento."

[76] "Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados. § 1º O ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte."

[77] Perfilha desse entendimento William Santos Ferreira: "A desconsideração de elemento do conjunto probatório, para que haja vício, deve ter força para conduzir a uma decisão diversa, conforme o art. 249, §1º, do CPC (*pas de nullité sans grief*): do contrário, haverá falha judicial que não prejudicou qualquer das partes, não devendo ser decretado o vício." cf. FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 295.

A única exceção seria se o fato objeto da prova desconsiderada consistir em questão prejudicial de mérito, que, nas hipóteses do artigo 503, §1º, do Código de Processo Civil[78], terá a autoridade de coisa julgada material. Neste caso, poder-se-ia se pensar que a parte poderia ser prejudicada pela ausência de tal efeito sobre uma questão não apreciada. Contudo, se a questão prejudicial de mérito consiste em uma premissa a ser analisada pelo juiz para julgar o pedido, a sentença seria nula por ausência de fundamentação, com fundamento no artigo 489, §1º, IV, do Código de Processo Civil, ou seja, será nula a sentença por não apreciar uma causa de pedir necessária ao julgamento do pedido, e não por desconsiderar o documento que comprovaria ou não fato relacionado a esta causa de pedir.

Ainda que a prova sobre um aspecto relevante da lide não convença o juiz, este deve rejeitá-la, indicando as razões para tanto, mas jamais simplesmente desconsiderá-la. E, para que o juiz demonstre que efetivamente apreciou o conjunto probatório, não deve simplesmente fazer uso de termos genéricos, tais como "das provas dos autos se constata", "do conjunto probatório deve-se concluir que", sob pena de violação aos termos dos artigos 371 e 489, II e III, do Código de Processo Civil[79]. Deve o magistrado indicar especificamente as provas que os convenceram sobre determinado fato, e as razões para tanto.

Não suficiente a violação ao princípio da unidade da prova ensejar a nulidade da decisão por falta de sua fundamentação se a prova não apreciada tiver o condão de alterar o resultado da sentença ou do acórdão, nos termos do artigo 93, IX, da Constituição Federal, ela também poderá ser fundamento para o ajuizamento de ação rescisória com fundamento em erro de fato, com fundamento no artigo 966, VIII, ocorrendo este quando, do conjunto probatório dos autos, o juiz considera um fato inexistente e este encontra-se provado no processo, ou o contrário, o

---

[78] "Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. § 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se: I - dessa resolução depender o julgamento do mérito; II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal."

[79] Já sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, William Santos Ferreira já advertia que: "Outro problema é do generalismo do discurso decisório e a falta de fundamentação. Quanto o juiz declara que se convenceu, mas não procede a qualquer especificação da prova, neste caso inexiste fundamentação, porque alegações genéricas como 'diante do conjunto probatório', 'conforme as provas produzidas nos autos' não significam a demonstração do convencimento – rigorosamente, não significam nada – o que viola não somente o inciso IX do art. 93 da CF e o inc. II do art. 458 do CPC, como também o determinado no art. 131, que traz o princípio do livre convencimento *motivado do juiz*: [...]. A exigência do art. 131 do CPC é a reiteração específica, no plano probatório, do constante no inciso IX do art. 93." cf. FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 296.

seja, a decisão de mérito é fundado em um fato tido como existente, mas as provas coligidas nos autos não levam à sua existência.

1.2.6 Princípio da cooperação

O princípio da cooperação é um princípio fundamental, previsto expressamente no artigo 6º, do Código de Processo Civil, que deve nortear todos os participantes da relação jurídica processual. Referido dispositivo legal determina que "todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva." Trata-se, segundo Daniel Mitidiero[80], de "previsão de um dever de debate entre o juiz e as partes a respeito do material recolhido ao longo do processo".

Consiste, portanto, em um princípio ético que deve reger o comportamento dos sujeitos do processo, para que a tutela jurisdicional seja prestada na maior qualidade possível, em tempo razoável, justa e efetiva.

Depreende-se que o princípio da cooperação tem fundamento na Constituição Federal, mormente nos princípios constitucionais da moralidade e eficiência[81], princípios que devem ser observados pela Administração Pública (art. 37, CF), na qual se encontra o Poder Judiciário, bem como no próprio Estado Democrático de Direito, que, no âmbito da relação processual, é calcado nos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF)[82].

---

[80] MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil:** pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 150.

[81] Conforme William Santos Ferreira: "A cooperação também é decorrente de uma preocupação com a eficiência da prestação jurisdicional; enquanto atribuição do Poder Público, o dever de colaboração das partes decorre da necessidade pública do *resultado justo*, devendo o processo ser visto como o 'produto de atividade cooperativa'." cf. FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 250, grifo do autor. Ainda, Cândido Rangel Dinamarco obtempera que "a cooperação de cada uma das partes com o juiz constitui também um enérgico ditame do princípio da lealdade processual, que veda a prática de atos tendentes a dificultar a instrução da causa ou a retardar a efetivação das medidas constritivas da execução forçada." cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. O novo código de processo civil brasileiro e a ordem processual civil vigente. **Revista de Processo**, v. 247, pp. 63-103, set. 2015, p. 75.

[82] Sobre o contexto histórico do direito processual civil, interessantes são as considerações de Igor Labre de Oliveira Barros e Vinícius Pinheiro Marques, ao afirmarem que "O Código de Processo Civil de 1973, bem como as ações cautelares probatórias, estavam atrelados às concepções teóricas do século XIX e a uma ideologia liberal, que propugna por uma intervenção mínima estatal. O Código de Processo Civil de 2015, atento ao paradigma do Estado Constitucional e dos aportes teóricos com a adoção do pós-positivismo, incorporou mudanças e reconheceu um novo modelo de processo baseado no diálogo por meio do qual se reconheça o seu caráter problemático e a construção coparticipativa das soluções dos casos concretos." cf. BARROS, Igor Labre de Oliveira; MARQUES, Vinícius Pinheiro. A Antecipação de Prova frente ao Princípio da Cooperação no CPC de 2015. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina, Thoth, 2021, p. 243.

Com efeito, a democracia tem por uma de suas características a existência de diálogo e participação dos cidadãos na atividade pública. E, sendo a prestação jurisdicional uma atividade pública, o princípio da cooperação constitui importante fonte valorativa de legalidade dos atos processuais em um modelo constitucional do processo civil brasileiro[83].

Isso porque o princípio da cooperação consiste em criar um ambiente de diálogo entre os sujeitos do processo, quais sejam, as partes e o juiz[84], evitando-se assim, ausência de ciência e de oportunidade de as partes se manifestarem sobre alguma alegação ou prova apresentada por uma parte, pela parte adversa. Do mesmo modo, também é um princípio a ser observado pelo juiz, que deve dar oportunidade às partes de se manifestarem sobre algum fato que porventura tenha sido considerado irrelevante pelas partes, mas importante ao juiz para a solução da lide, e sobre questões que poderiam ser julgadas de ofício.

Tanto é assim que, com fundamento no princípio da cooperação, os artigos 9º e 10, do Código de Processo Civil estabelecem que, via de regra, salvo as exceções previstas no art. 9º, parágrafo único, o juiz não pode proferir decisão contrária a uma das partes sem que ela seja

---

[83] De acordo com Paulo Cesar Pinheiro Carneiro: "O regime democrático exige a participação em cooperação de todos aquele que possam ser afetados pelo exercício de determinado poder do Estado, que só assim poderá ser considerado como legítimo. Nos processos jurisdicionais, a cooperação é verificada com a participação das partes e terceiros que devem construir juntamente com o juiz, a decisão." cf. CARNEIRO, Paulo Cézar Pinheiro. Comentários ao art. 6º. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. p. 70. Ainda, Igor Labre de Oliveira Barros e Vinícius Pinheiro Marques, "o instituto da cooperação ainda é pouco estuado, e unifica com maior energia o padrão constitucional de processo enfatizado pelo Novo Código de Processo Civil. Ligado nitidamente à boa-fé processual, implica um comportamento de lealdade processual por parte de todos os sujeitos do processo, entre os quais se abrange o magistrado, evidentemente." cf. BARROS, Igor Labre de Oliveira; MARQUES, Vinícius Pinheiro. A Antecipação de Prova frente ao Princípio da Cooperação no CPC de 2015. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 247. Oportunas ainda são as observações de René Francisco Hellman: "Nessa quadra da história, o contraditório ganha relevância pelo fato de servir como guia necessário para a construção da decisão judicial democrática. Ele estabelece ao juiz e às partes limites no curso do processo e, ao fazê-lo, contribui para que a atuação jurisdicional seja revestida de legitimidade. Ele é 'inerente ao próprio entendimento do que seja processo democrático, pois está implícita a participação do indivíduo no ato de poder'. [...]. Apesar de haver consideráveis divergências doutrinárias a respeito do tema, verifica-se a estreita ligação entre o tema do contraditório substancial e a chamada colaboração processual. Essa sistemática inaugurada pelo CPC/2015 exige que o juiz comporte-se como um colaborador das partes e com elas dialogue, de maneira que se consiga construir uma decisão que resolva o litígio de forma completa e democrática." HELLMAN, René Francisco. A prova como direito fundamental e a sua produção antecipada. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 407-408.

[84]. Conforme as lições de Cassio Scarpinella Bueno, o princípio da cooperação visa a "viabilizar um constante diálogo, uma verdadeira *conversa* entre os sujeitos processuais para que cada qual se desincumba da forma mais escorreita possível de seus deveres, direitos, ônus e obrigações ao longo de todo o processo. O princípio da cooperação, assim, deve ser entendido como diálogo, no sentido de troca de informações, de municiar o magistrado com todas as informações possíveis e necessárias para mais bem decidir e concretizar a tutela jurisdicional." cf. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil. 12.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. v. 1, p. 145.

previamente ouvida, assim como o juiz não pode decidir com base em fundamento no qual as partes não se manifestaram, ainda que se trate de questão sobre a qual deva decidir de ofício. Não é por outro motivo que autorizada doutrina[85] defende que o princípio da cooperação consiste em uma evolução do princípio do contraditório.

Percebe-se, pois, que o princípio da cooperação tem uma estreita relação com o princípio da boa-fé e o da lealdade, bem como acarreta maior segurança jurídica aos jurisdicionados, na medida em que zela para que a tutela jurisdicional seja o resultado do que restou debatido entre as partes e sopesado pelo Poder Judiciário. Deveras, por mais que uma das partes não tenha sido exitosa com o resultado da sentença proferida, o princípio da cooperação garante com que ela não seja surpreendida com a o conteúdo da decisão, zelando para que os sujeitos do processo tenham completa ciência sobre os fatos e alegações que serão considerados no julgamento da causa e possam sobre eles se manifestarem, influenciando, assim, a convicção do juiz.

Visto sob a ótica do princípio da cooperação, a relação jurídica processual, como deve ser em um modelo constitucional, consiste em uma relação de confiança dos jurisdicionados no Poder Judiciário, que exerce o seu papel sem surpreender as partes. Assim, por mais que uma decisão seja desfavorável à parte, não se pode afirmar que ela foi surpreendida com a decisão judicial, eis que teve oportunidade de se manifestar sobre os fundamentos pelas quais se baseou a decisão. Aliás, pelo princípio da cooperação, deveria ser esperado pelas partes que o resultado da lide seja tal como foi proferida.

É até mesmo possível que, justamente em razão do princípio da cooperação, a parte sucumbente se convença que não tem razão e sequer recorra da decisão judicial. Vê-se, pois, que o princípio da cooperação, além de garantir segurança aos jurisdicionados, é um fator de

---

[85] Conforme Cassio Scarpinella Bueno observa: "Nesse sentido, o princípio da 'cooperação' pode ser entendido como o princípio do contraditório, inserido no ambiente dos direitos fundamentais, que hipertrofia a tradicional concepção dos princípios jurídicos como meras garantias dos particulares contra eventuais abusos do Estado na sua atuação concreta. E por isso mesmo é que ele convida a uma renovada reflexão do próprio princípio do contraditório. De uma visão que relacionava o princípio somente às partes, à possibilidade de atuação das partes, é correto o entendimento que o vincula também ao juiz. Assim, o princípio do contraditório tem abrangência dupla. A lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo, e o juiz deve franquear-lhes esses meios. Mas significa também que o próprio juiz deve participar da preparação e do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia resolve-se, portanto, em um direito das partes e em correlatos *deveres* do magistrado." cf. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil. 12.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. v. 1, p. 144, grifo do autor. No mesmo sentido, Arthur Ferreira Arsuffi, para quem "o princípio da colaboração tem íntima relação com o princípio do contraditório, sendo, aos olhos de alguns, a própria evolução (ou transformação) desse princípio à luz do Estado Democrático de Direito, bem como dos direitos e garantias fundamentais." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 62.

legitimação da relação jurídica processual[86]. Neste contexto, uma decisão judicial que é construída mediante a colaboração de todos os sujeitos processuais, e justamente em razão da sua legitimidade, é menos passível de ser objeto de alegação de nulidade, o que torna a decisão mais efetiva, um dos objetivos do princípio da cooperação, conforme expressamente previsto no art. 6º, do Código de Processo Civil[87].

O princípio da cooperação, ainda, tem estreita relação com a qualidade da decisão a ser proferida, na medida em que a participação e o diálogo das partes trazem maiores elementos para que o juiz profira uma melhor decisão[88]. Aliás, a depender da controvérsia, é até mesmo admitido que terceiros, mediante o instituto do *amicus curiae* e de audiências públicas, por exemplo, participem do debate.

Por ser um princípio norteador do sistema processual civil, verificamos a aplicação do princípio da cooperação em vários dispositivos do Código de Processo Civil, tais como o da proibição de decisões-surpresa (art. 10, CPC), a delimitação, pelo juiz, das questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória e das de direito relevantes para a decisão de mérito (art. 357, II e IV, CPC), a necessidade de fundamentação das decisões judiciais (art. 489, §1º, CPC) e a possibilidade de o juiz inverter o ônus da prova para a demonstração de determinado fato em razão da impossibilidade ou excessiva dificuldade de uma das partes se desincumbir de tal encargo em detrimento de maior facilidade para tanto pela parte adversária (art. 373, §1º, CPC). Esses dispositivos impedem que as partes sejam surpreendidas sobre obrigações, ônus e

---

[86] Não é por outro motivo que Paulo Cezar Pinheiro Carneiro afirma que "Reitera-se o que se disse acima a respeito da decisão judicial: ela somente alcançará a esperada legitimidade democrática, e via de consequência, a almejada rapidez e justiça, se a cooperação for uma constante no *iter* processual." cf. CARNEIRO, Paulo Cézar Pinheiro. Comentários ao art. 6º. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 72.

[87] Arthur Ferrari Arsuffi, ao comentar sobre o tema, observa que "a utilização de técnicas de colaboração entre as partes acrescenta também eficiência ao processo, pois se as partes têm o dever de litigar de forma colaborativa, os atos processuais serão praticados com maior agilidade, uma vez que a utilização de um método cooperativo evita a formação de nulidades e vícios no processo." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 63.

[88] Segundo afirma Daniel Amorim Assumpção Neves: "A colaboração do juiz com as partes exige do juiz uma participação mais efetiva, entrosando-se com as partes de forma que o resultado do processo seja o resultado dessa atuação conjunta de todos os sujeitos processuais. O juiz passa a ser um integrante do debate que se estabelece na demanda, prestigiando esse debate entre todos, com a ideia central de que, quanto mais cooperação houver entre os sujeitos processuais, a qualidade da prestação jurisdicional será melhor." cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de processo civil comentado**. 4.ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 33. Daniel Mitidiero afirma que "o juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico no quando da decisão das questões processuais e materiais da causa. Desempenha duplo papel, pois, ocupa dupla posição: paritário no diálogo, assimétrico na decisão. Visa-se a alcançar, com isso, um 'ponto de equilíbrio' na organização do formalismo processual, conformando-o como uma verdadeira 'comunidade de trabalho' entre as pessoas em juízo. A cooperação converte-se em prioridade no processo." cf. MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil:** pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 53.

deveres que não tinham prévio conhecimento, bem como, em relação ao ônus da prova, o transfere àquele que tenha melhor condições de se desincumbir.

Do mesmo modo, de maneira a contribuir na solução da lide e, portanto, na qualidade da decisão, o Código de Processo Civil prevê a designação de audiências públicas no incidente de resolução de demandas repetitiva e no julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos (arts. 927, §2º, 983, §1° e 1.038, II, CPC, respectivamente). Vê-se ainda a expressão do princípio da cooperação no art. 138, do Código de Processo Civil, que permite a participação do *amicus curiae* no processo, em razão da "relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia", no claro intuito de conferir maior participação dos interessados na lide para colaborarem com a sua solução.

Oportuno ressaltar que a existência de um litígio entre as partes em uma relação jurídica processual não impede que o princípio da cooperação seja aplicado. Com efeito, não obstante as partes tenham posições antagônicas no processo, o princípio da cooperação consiste em um importante padrão ético de seu comportamento, do juiz e de todos os sujeitos que participam no processo.

Se é certo que as partes possuem interesses contrários, a todos interessa que a tutela jurisdicional seja exercida com a maior qualidade possível. Neste sentido, todos os jurisdicionados têm o interesse de que a sentença seja proferida da melhor maneira[89], e nisto reside o ponto em comum de todos os sujeitos para que o seu comportamento seja norteado pelo princípio da cooperação[90]. Uma decisão proferida em um processo em que não haja

---

[89] Segundo Cassio Scarpinella Bueno: "Isso, contudo, não significa que não exista um *outro* tipo de interesse, que é comum a todos esses sujeitos processuais, que é o de resolver a questão pendente de apreciação pelo Poder Judiciário da maneira mais adequada, mais devida, imunizando-a de ulteriores discussões." cf. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil. 12.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. v. 1, p. 144, grifo do autor. No mesmo sentido, Igor Labre de Oliveira Barros e Vinícius Pinheiro Marques: "em que pese a distinção entre a posição do juiz e das partes, todos os componentes da relação processual da ação estão introduzidos dentro de uma mesma afinidade jurídica, e necessitam colaborar entre si para a relação, que é diligente, desenvolvida razoavelmente até a meta para o qual ela é preordenada..." cf. BARROS, Igor Labre de Oliveira; MARQUES, Vinícius Pinheiro. A Antecipação de Prova frente ao Princípio da Cooperação no CPC de 2015. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 249.

[90] Encontram-se, contudo, críticas acerca desse princípio no que tange ao comportamento das partes, em razão de estas terem interesses antagônicos no processo e, por isso, não têm a obrigação de cooperarem entre si, desde que seja respeitada a boa-fé e lealdade processual. Ilustra esse posicionamento a observação de Daniel Amorim Assumpção Neves, para quem "Por outro lado, interpretar o dispositivo legal como previsão que exige das partes uma cooperação entre si, outorgando-lhes um deve que contraria seus próprios interesses defendidos em juízo, é utopia e tornará o dispositivo morto." cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de processo civil comentado**. 4.ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 34.

cooperação entre as partes enseja uma maior irresignação da parte sucumbente, que poderá até ter elementos não só para impugná-la, como para anulá-la, e tal risco é contrário aos interesses da parte cujo resultado da decisão lhe foi favorável.

Uma exteriorização do princípio da cooperação consiste na delimitação dos fatos controvertidos pertinentes ao julgamento da lide e das questões de direito, previsto no artigo 357, II e IV, do Código de Processo Civil, que assegura que todas as partes tenham ciência do que será levado em consideração pelo juiz no julgamento da causa, para que possam se desincumbir do seu ônus probatório.

No que pertine ao objeto do presente trabalho, qual seja, a produção antecipada de provas, observa-se a presença do princípio da cooperação ao se conferir ao réu e demais interessados o direito de produzir outras provas sobre o mesmo fato ou relação jurídica objeto da prova produzida antecipadamente (art. 382, §3º, CPC), e tal possibilidade não tem por objetivo uma solução mais justa e efetiva, objetivo visado no art. 6º, do Código de Processo Civil, mas sim uma avaliação mais completa do fato ou da relação jurídica cuja existência ou inexistência se pretende provar. pelas próprias partes da referida ação, destinatárias da prova.

O princípio da cooperação está presente, também, na redação do art. 378, do Código de Processo Civil, que determina que todos (e isso vai além das partes) devem colaborar com o Poder Judiciário para a busca da verdade, de sorte que o terceiro, alheio ao processo, intimado a depor ou a apresentar um determinado documento, por exemplo, deve atender à determinação do juiz, no intuito de colaborar com a prestação da tutela jurisdicional[91].

A própria ação de produção antecipada de provas utilizada para uma tentativa de autocomposição (art. 381, II, CPC) é um corolário do princípio da cooperação, eis que, ao utilizar tal instrumento processual, a parte busca elementos para tentar, com a sua parte adversária, um meio consensual da resolução do conflito, não sendo possível que as partes cheguem a uma composição extrajudicial se não cooperarem ente si.

Por fim, o princípio da cooperação também se encontra presente na hipótese de cabimento da ação de produção antecipada de provas para justificar ou evitar o ajuizamento do

---

[91] Conforme observa Arthur Ferreira Arsuffi: "Some-se a isso – no âmbito do direito probatório – que a própria lei traz uma regra expressa que impõe não só às partes, mas a toda pessoa (física ou jurídica), a colaboração para produzir a prova, e é possível perceber que deve haver ônus para a parte que deixe de atuar com esse objetivo. Neste sentido, o art. 378 do CPC/2015 prevê que 'ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade'." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, pp. 142-143.

processo que tenha por objeto da resolução da lide no seu plano substancial, eis que, mediante o esclarecimento de determinado fato que permeia a lide, a própria parte que requereu a prova de forma antecipada pode se convencer que lhe falece o seu direito ou que ele não se encontra suficientemente esclarecido e, por isso, se convença de não levar a lide ao Poder Judiciário. Por outro lado, na hipótese de se convencer do seu direito, terá melhores condições de deduzir o seu direito na fase postulatória, bem como a parte adversária que foi parte da ação de produção antecipada de provas não será surpreendida com a apresentação da prova realizada antecipadamente e, tendo participado do rito, poderá se preparar melhor para impugnar o seu resultado, o que vem ao encontro do princípio da cooperação[92].

Com fundamento no princípio da cooperação, Arthur Ferreira Arsuffi[93] defende que a parte, em sede de produção antecipada de provas, deve apresentar todas as provas relacionadas aos fatos que permeiam a lide no seu plano substancial. Com *permissa venia*¸ ousamos discordar do autor, sob o fundamento de que o princípio da cooperação não ter a extensão sugerida a ponto de desvirtuar o objeto da ação de produção antecipada de provas, que consiste na produção de uma ou mais provas em juízo para efeitos de esclarecimento das partes, nos termos do que prevê o artigo 381, do Código de Processo Civil, não podendo ser confundida com o instituto do *discovery* ou do *discovery*, em que as partes demonstram à parte adversária todas as provas que possuem a respeito dos fatos relacionados à lide.

Com efeito, o objetivo da ação de produção antecipada de provas é a sua produção, devendo ser respeitado o direito ao contraditório, e não apresentar à parte contrária todas as provas já em poder do autor da ação acerca da lide. Se a parte já estiver de posse de tais documentos, o seu pedido de produção da prova, inclusive, pode ser desnecessário. Ainda, o disposto no § 3º do artigo 382, do Código de Processo Civil, ao permitir que os interessados produzam outras provas sobre o mesmo fato que pretende ser provado pelo autor, demonstra que a ação de produção antecipada de provas tem por objeto um ou mais fatos a serem objeto

---

[92] De acordo com Arthur Ferrari Arsuffi, "Com acesso a essas informações e documentos, as partes litigarão de forma mais responsável e poderão colaborar – agora dentro do processo – de forma mais eficiente, pois terão melhores condições de construir a fase postulatória, o que permitirá ao magistrado conhecer melhor o caso, e assim exercer seu papel com mais qualidade. Nesse sentido, a produção antecipada de provas se mostra como o instrumento hábil para que as partes possam exercer o direito de obtenção de informações, o que facilitará, como se viu, a prática de atos de colaboração." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, pp. 65-66.

[93] "Ou seja, em razão do princípio da cooperação e da boa-fé, deve-se vedar, por exemplo, que uma parte deixe de revelar determinada informação na fase de produção antecipada da prova e a utilize posteriormente no curso do processo que tem como objetivo a declaração do direito." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 66.

da prova a ser produzida, e não que as partes devem municiar a outra com todas as provas e informações sobre os fatos que permeiam a lide e que serão eventualmente utilizadas na ação que a resolverá.

1.2.7 Princípio da oralidade

O princípio da oralidade, no âmbito do direito probatório, consiste na opção de o legislador valorizar o contato físico do juiz com as partes e testemunhas, oportunidade em que o juiz colhe não só o seu depoimento, mas também tem acesso às suas expressões e comportamentos, o que também deve ser considerado na produção da prova[94]. O juiz possui contato direto com as partes, as fontes de prova e a sua produção.

Do princípio da oralidade não decorre a conclusão de que todos os atos processuais devem ser orais, ou mesmo que há uma hierarquia entre as provas, de sorte que a prova oral se sobreporia à prova escrita, mas tão-somente que a oralidade é importante para o processo civil, eis que o magistrado, por meio da prova oral, colhe provas para o esclarecimento dos fatos controvertidos e mesmo outros elementos que não teria acesso se a prova fosse realizada de forma escrita, como exposto alhures[95].

Constata-se a presença do princípio da oralidade no rito dos Juizados Especiais Cíveis, quando da redação do art. 2º, da Lei nº 9.099/95. Aliás, o pedido e a contestação, em tal rito, podem ser apresentados na forma oral ou escrita (arts. 18 e 30, da Lei nº 9.099/95). Também se observa a obediência a tal princípio na produção das provas orais, consistentes do depoimento pessoal das partes e oitiva de testemunhas.

Importante destacar que os depoimentos, sejam das partes ou testemunhas, embora sejam orais, devem ser registrados, seja por meio de gravação, o que se acentuou pela necessidade de o Poder Judiciário ter que se adaptar a audiências virtuais em decorrência da

---

[94] Conforme Víctor de Santo: "El sistema oral, incuestionablemente, favorece la immediación, la contradicción y la maior eficacia de la prueba, por lo cual debe aplicarse para recepción, en audiência, de las pruebas personales (testimonios, interrogatórios de partes y peritajes)." cf. DE SANTO, Victor, **La prueba judicial**. 2. ed. atual. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994, p. 28. "O sistema oral, inquestionavelmente, favorece o imediatismo, a contradição e a maior eficácia da prova, razão pela qual deve ser aplicado à recepção, na audiência, de provas pessoais (depoimentos, interrogatórios das partes e oitiva de técnicos)." (tradução nossa).

[95] Conforme William Santos Ferreira: "O princípio da oralidade, relacionado ao procedimento, contrapõe-se ao princípio da escrituração; em termos gerais, um sistema que opte pelo primeiro valorizaria a palavra, enquanto o segundo, a escrita. Mas esta não é a mais clara característica, pelo menos não na atualidade em que a oralidade deve ressaltar uma opção pelo *contato pessoal imediato do juiz* com as partes, normalmente com a valorização do depoimento pessoal destas *diretamente* pelo juiz como forma de esclarecimento do *thema probandum*." cf. FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 153, grifo do autor.

pandemia de Covid-19[96], seja por meio de estenotipia, taquigrafia ou outro método de registro, conforme prevê o artigo 460, do Código de Processo Civil[97]. Tal necessidade advém da imprescindibilidade de que o Tribunal, pela devolutividade do recurso a ser eventualmente manejado pelas partes, tenha acesso à prova oral, o que não seria possível se ela não fosse documentada. Esclarece-se, sobre essa questão, que o registro da prova oral não a torna uma prova documental; o meio da prova permanece oral, tendo esta prova sido registrada através de um documento ou gravação.

Digno de nota se mostra destacar que o princípio da oralidade vem sendo mitigado ao longo do tempo no processo civil. Prova disso é o abandono do princípio da identidade física do juiz, previsto no artigo 132, do Código de Processo Civil de 1973 e sem disposição correlata no Código de Processo Civil de 2015, que determinava que, salvo as exceções lá previstas, o juiz que presidia a audiência de instrução deveria proferir a sentença, por ter tido mais contato com as provas produzidas e, por isso, ser possível a prolação de uma decisão mais qualitativa[98].

Contudo, ainda remanesce o princípio da concentração das provas orais em uma audiência uma, oportunidade em que deve ser realizada a produção da prova oral, o debate e o julgamento da causa, do que se conclui que é desejável que a instrução e o julgamento do processo ocorram em uma única audiência, e, por conseguinte, perante o mesmo juiz, conforme artigo 365, do Código de Processo Civil[99].

---

[96] Sobre o tema, ver: LUZ, Tatiana Tiberio; FRANÇOLIN, Wanessa de Cássia. Impacto da pandemia na tramitação dos processos e na jurisprudência civil brasileira. **Revista de Processo**, v. 331, p. 375-404, set. 2022.

[97] "Art. 460. O depoimento poderá ser documentado por meio de gravação. § 1º Quando digitado ou registrado por taquigrafia, estenotipia ou outro método idôneo de documentação, o depoimento será assinado pelo juiz, pelo depoente e pelos procuradores. § 2º Se houver recurso em processo em autos não eletrônicos, o depoimento somente será digitado quando for impossível o envio de sua documentação eletrônica. § 3º Tratando-se de autos eletrônicos, observar-se-á o disposto neste Código e na legislação específica sobre a prática eletrônica de atos processuais."

[98] Sobre o tema, William Santos Ferreira traz importante observação sobre as inovações tecnológicas e o princípio da identidade física do juiz, ao afirmar que "este mundo novo, ao que tudo indica, irá valorizá-la sobremaneira, podendo não somente reduzir custos, com a oitiva de testemunhas a distância, como também permitir a gravação de imagem e som de alta qualidade a um custo viável, o que importará na redução da importância do princípio da identidade física do juiz, pois o que se valorizam neste princípio são os dados *informativos-sensoriais*. Se estes puderem ser transmitidos a outros juízes responsáveis pelo julgamento, aquele que encerrou a instrução, salvo ainda esteja no mesmo local, não necessariamente precisará julgar a lide." cf. FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 177, grifo do autor.

[99] "Art. 365. A audiência é una e contínua, podendo ser excepcional e justificadamente cindida na ausência de perito ou de testemunha, desde que haja concordância das partes. Parágrafo único. Diante da impossibilidade de realização da instrução, do debate e do julgamento no mesmo dia, o juiz marcará seu prosseguimento para a data mais próxima possível, em pauta preferencial." No mesmo sentido, Cassio Scarpinella Bueno: "O princípio da identidade física do juiz, que deriva do princípio da oralidade na sua concepção original, de inspiração Chiovendiana, como já evidenciado, deve ser entendido no sentido de que cabe ao magistrado que colhe as provas orais e coordena os trabalhos desenvolvidos em audiência de instrução e julgamento em que aquelas provas são colhidas profira sentença, isto é, decida. A despeito da falta de repetição de dispositivo como o art. 132 do CPC

Em relação ao assunto, é importante destacar que o estabelecimento do juiz de garantias, previsto na Lei nº 13.964/2019, e aplicado somente no âmbito do processo penal, não infirma a conclusão acima referida de que é desejável que o juiz que realiza a instrução probatória no processo civil profira a sentença. Isso porque o processo penal é estruturado e possui um procedimento e princípios totalmente distintos quando comparados ao processo civil. O juiz de garantias consiste na prerrogativa de que haja um juiz que conduzirá exclusivamente a investigação criminal, que tem por objeto a apuração da materialidade e da autoria do crime. Verifica-se que, durante a investigação criminal, colhem-se provas para fundamentar a denúncia, de sorte que não há que se falar que haja um contraditório do investigado neste procedimento. Ele terá o seu direito de defesa após o eventual oferecimento da denúncia, de sorte que por esse motivo faz sentido, no processo penal, que o juiz que conduz a investigação criminal – e que terá acesso a provas produzidas somente por uma das partes, portanto - não seja o mesmo que conduzirá a instrução e julgamento do processo se for oferecida a denúncia.

Contudo, no processo civil não há uma fase investigatória processual preliminar à apresentação da petição inicial, de modo que o juiz não conduz a atividade do autor em sua investigação sobre os fatos relevantes para o esclarecimento dos seus direitos. Ainda que se trate de ação de produção antecipada de provas[100], é plenamente assegurado o direito ao contraditório do réu neste procedimento, que pode se insurgir à pretensão do autor no que tange ao seu direito à prova, participar de sua produção e até mesmo realizar contraprova. Portanto, a produção antecipada de provas, com ampla participação das partes, é totalmente distinta do procedimento investigatório no âmbito criminal.

Só esse motivo já seria o bastante para afastar a alegação de que o juiz de garantias seria o fundamento para que, no processo civil, o juiz que realizou a instrução probatória não possa julgar a causa. Demais disso, há instrução probatória no processo penal, de sorte que o juiz, após o recebimento da denúncia, além de julgar a causa, também conduzirá a produção de provas naquele processo.

---

de 1973, é correto entender que o princípio subsiste *implicitamente no sistema,* a autorizar que compete ao magistrado que conduzir a fase instrutória em que prova *oral* seja produzida proferir sentença. Isso porque é irrecusável que o magistrado mais bem preparado para proferir sentença após a produção oral de provas é o que presidiu a audiência de instrução e julgamento. Não há como fugir dessa realidade." cf. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos. 11.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. v. 2, p. 231, grifo do autor.

[100] Este tema será tratado no tópico 2 desta Tese.

Ainda sobre o tema, o Código de Processo Civil não mais estabelece que as provas devem ser produzidas em audiência, salvo disposição especial em contrário, conforme dispunha o artigo 336 do Código de Processo Civil de 1973, assim como o juiz deixou de inquirir diretamente as testemunhas, que respondem às perguntas formuladas diretamente pelos advogados, de acordo com o artigo 459, do Código de Processo Civil, dados sintomático de que o princípio da oralidade, embora ainda existente no processo civil, tem tido aplicação reduzida e vem sido alterado ao longo do tempo.

1.2.8 Princípio da máxima eficiência dos meios probatórios

O princípio da máxima eficiência dos meios probatórios encontra fundamento no princípio constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF), também previsto no Código de Processo Civil, em seu artigo 4º, que visa a que seja dado o maior rendimento possível na máquina judiciária, ou seja, que o fim do processo seja atingido – e sem ofensa ao direito ao contraditório e ampla defesa, princípios também constitucionalmente garantidos[101] – com o menor dispêndio de tempo, energia e recursos financeiros.

No âmbito do direito probatório, do princípio da razoável duração do processo decorre o poder-dever de o juiz indeferir as diligências inúteis, ou seja, aquelas que não têm o condão de esclarecer qualquer fato necessário ou pertinente ao julgamento do feito, e as protelatórias, devendo estas serem entendidas as provas que têm por objetivo esclarecer fatos já suficientemente esclarecidos no processo ou que são incontroversos, conforme preconiza o artigo 370, parágrafo único, do Código de Processo Civil[102]. Outra previsão legislativa de indeferimento de diligências inúteis consiste no indeferimento da prova testemunhal se o fato já foi provado por documento ou confissão da parte, ou só puder ser provado por documento ou exame pericial (art. 443, CPC). O princípio da máxima eficiência dos meios probatórios é também externado na necessidade de o juiz julgar antecipadamente a lide e, portanto, não haver

---

[101] Esse tema será tratado no capítulo 1.2.1. desta Tese. Ainda sobre o tema, observa Arthur Ferreira Arsuffi: "De nada adianta um processo célere, mas que viole os direitos e as garantias fundamentais; de nada adianta um processo célere que venha a dar ensejo a inúmeros outros recursos e processos autônomos em razão de sua falta de qualidade. Há, portanto, que se encontrar um equilíbrio entre qualidade e celeridade. É dessa necessidade que se coloca a necessidade de empregar o princípio da eficiência no processo civil. Assim, o processo será eficiente se conseguir obter os melhores resultados com o menor dispêndio de tempo e recursos possível." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 51.

[102] "Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias."

instrução probatória no feito, quando a questão a ser julgada for exclusivamente de direito ou, havendo fatos controvertidos, estes foram esclarecidos por prova documental (art. 355, I, CPC).

Ainda sob o aspecto da máxima eficiência dos meios probatórios, devem as partes e o juiz se pautarem na necessidade de produção de provas que terão o melhor resultado em sua potencialidade. Isso significa dizer que se deve privilegiar não só a produção da prova que esclareça os fatos necessários ao julgamento da lide, mas, dentre as possíveis provas a serem produzidas, a que tem o condão de melhor esclarecer tais fatos[103]. Isso pode evitar a necessidade de produção de outras provas sobre estes mesmos fatos, em razão da segurança e qualidade da prova já produzida, que deixaria indene de dúvidas e até mesmo desnecessária a produção de outras provas. Por exemplo, em uma ação de investigação de paternidade, o exame de DNA é a prova mais segura para se aferir se o réu é genitor ou não do autor, devendo-se privilegiar a realização de tal prova em detrimento de outras possíveis, tais como a oitiva de testemunhas.

Desta feita, o princípio da máxima eficiência dos meios probatórios consiste em uma regra de conduta não só ao juiz, que deve indeferir diligências inúteis ou protelatórias, como às partes, que não devem requerer a produção de tais provas e buscar provar os fatos que pretendem demonstrar através dos meios de prova que teriam a maior aptidão para tanto. O pedido de produção de provas inúteis e impertinentes ao esclarecimento dos fatos necessários ao julgamento da lide pode ensejar a aplicação de multa por litigância de má-fé (art. 80, IV e V, CPC), que deve ser fixada entre 1% e 10% do valor corrigido da causa, sem prejuízo de indenização à parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu (art. 81, CPC). Visto sob essa ótica, o princípio da máxima eficiência dos meios probatórios possui estreita relação com o princípio da cooperação[104], bem como da boa-fé processual (art. 5º, CPC).

Verifica-se também o princípio da máxima eficiência dos meios instrutórios nas medidas coercitivas que se encontram à disposição do juiz para que a prova seja efetivamente produzida, como se dá mediante o uso de meios coercitivos para que terceiro apresente documento ou coisa determinada pelo juiz[105], a pena de confissão como um meio coercitivo

---

[103] De acordo com William Santos Ferreira: "É preciso um terceiro e último elemento: a *qualidade* de cada um dos instrumentos probatórios empregados, a busca e uma *eficiência máxima* no esclarecimento do *thema probandum*: um reconhecimento de que há um *mandado de otimização*, provocador de atitudes tanto legislativas, como dos intérpretes e operadores do direito, voltada a *maximizar os resultados* quando da utilização do ferramental instrutório, aqui estaremos no território do *princípio da máxima eficiência dos meios probatórios.*" cf. FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 185, grifo do autor.

[104] Este tema foi tratado no tópico 1.2.6 desta Tese.

[105] Este tema será tratado no tópico 2.4.9 desta Tese.

para que a parte contrária exiba o documento ou coisa (art. 400, CPC), e a condução coercitiva da testemunha que não comparecer à audiência de instrução, apesar de ter sido intimada (art. 455, §5º, CPC).

Do mesmo modo, a delimitação das questões de fato controvertidas ao julgamento da lide é um momento anterior e necessário para a apreciação das provas necessárias à instrução do feito, para que sejam admitidas as provas que serão úteis, pertinentes e que terão maior aptidão para demonstrar tais fatos. Por essa razão, a inclusão no Código de Processo Civil do despacho saneador contendo as providências descritas no artigo 357 é vista com bons olhos, não só à luz do princípio da cooperação[106], como também da máxima eficiência dos meios instrutórios, na medida em que a instrução probatória será mais eficiente se forem identificados os fatos controvertidos necessários ao julgamento do feito e, por conseguinte, quais os meios de prova que são os mais aptos para esclarecerem tais fatos.

Outro exemplo da aplicação do princípio da máxima eficiência dos meios probatórios consiste na oitiva das testemunhas de forma separada, evitando-se que uma não ouça o depoimento das outras (art. 456, CPC), para que seja extraído de cada depoimento o que efetivamente cada testemunha presenciou ou tem conhecimento e, assim, obter o maior rendimento possível desse meio de prova, bem como a gravação tanto do depoimento pessoal como das testemunhas (art. 460, CPC), procedimento que permite tanto ao magistrado como aos eventuais desembargadores que irão valorá-la que tenham os todos os elementos do conteúdo da prova oral, ou seja, do conteúdo do depoimento, do comportamento e reações dos depoentes, do juiz, das partes e seus respectivos advogados, o que também integra a prova oral[107], de maneira que a gravação do depoimento conduza à obtenção de sua máxima eficiência.

Por fim, é importante ponderar, sob o aspecto do princípio da máxima eficiência dos meios probatórios, se a prova deve ser produzida sem a participação da parte contrária ou mesmo de ambas as partes no caso de uma prova determinada de ofício, seja porque esta(s), ao ter(em) ciência da sua realização, puder(m) inviabilizar a sua produção, seja porque não há tempo suficiente para que se aguarde a citação do réu e a sua efetiva participação da produção da prova, sob pena do seu perecimento. Essa última situação ganha especial relevo no procedimento da ação de produção de provas sob o fundamento de urgência em sua produção

[106] Este tema foi tratado no tópico 1.2.6 desta Tese.
[107] Este tema foi tratado no tópico 1.2.7 desta Tese.

(art. 381, I, CPC), notadamente acerca da possibilidade de o autor requerer a produção da prova liminarmente[108].

Seguramente a produção da prova sem a participação das partes viola o seu direito ao contraditório e à ampla defesa, de sorte que, por essa razão, ela deve ser evitada, sob pena de ser nula. Mas há situações em que o princípio da máxima eficiência dos meios probatórios deve se sobrepor ao do contraditório e ampla defesa. Se estes princípios são fundamentais para o Estado Democrático de Direito, não é menos verdade que o direito à prova também tem este papel fundamental nesse modelo de Estado. Portanto, se a participação da parte prejudicar a produção da prova, como é o caso de risco de se alterar o local da prova pericial se tiver ciência com antecedência da data das diligências periciais, ou mesmo inviabilizá-la, por não haver tempo hábil para tanto, é necessário que o juiz defira ou mesmo determine, de oficio, a sua produção nestas situações excepcionais, sem a participação da parte contrária ou mesmo de quaisquer das partes[109], devendo ser assegurado a esta(s) que se manifeste(m) não só em relação à forma em que foi produzida, como em relação ao seu conteúdo[110].

No que pertine ao objeto do presente estudo, qual seja, a ação de produção antecipada de provas, podemos perceber que o mencionado procedimento concede à prova a sua maior eficiência, eis que é possível que antes mesmo de se ajuizar a ação que visa à resolução da lide no seu direito substancial a parte, em razão do resultado da prova, pode adimplir de maneira espontânea a obrigação que até então não teria prestado, por se convencer que o fato demonstrado pela prova antecipada não alberga o seu direito, assim como pode chegar a um acordo com a parte contrária ou mesmo, se convencendo acerca da ausência do seu direito, desista do ajuizamento da ação que tenha por objetivo declarar o direito material, situações estas que consistem no escopo da jurisdição, eis que são formas de resolução da lide.

---

[108] Este tema será tratado no tópico 2.4.5 desta Tese.

[109] Hipótese interessante sobre o risco de ineficácia da prova se houver a presença das partes foi apresentada por William Santos Ferreira em inspeção judicial determinada de ofício pelo juiz em caso de maus tratos de crianças e trabalho escravo. cf. FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 220.

[110] No mesmo sentido defende William Santos Ferreira: "Existem casos excepcionais, em que a primeira etapa da prova pericial deve ocorrer sem a ciência da parte, quando o cumprimento do disposto no art.431-A puder aniquilar com o objetivo da prova. [...]. O contraditório e a ampla defesa não podem justamente *aniquilar* com um de seus maiores objetivos que é a reunião de elementos suficientes para um julgamento justo. Para tanto, o *princípio da máxima eficiência dos meios probatórios* incidirá não para inobservar o contraditório e a ampla defesa, mas para aplicá-los na forma e no momento apropriados, que justamente assegurem a sua observância com razoabilidade e eficiência." cf. FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 217-221, grifo do autor.

1.2.9 Princípio dispositivo e a preclusão do direito à produção da prova

O processo judicial consiste em uma marcha processual que, para se desenvolver, atua com sistemas de preclusões e presunções. E não poderia ser diferente, eis que o processo judicial não pode ficar à mercê dos jurisdicionados. Se, por exemplo, e desde que se trate de direitos disponíveis, o réu é devidamente citado e não apresenta a sua defesa no prazo de 15 dias úteis, ele será considerado revel, presumindo-se verdadeiras as alegações do autor (art. 344, CPC), e a marcha processual prossegue, não sendo permitido que se aguarde infinitamente a apresentação de defesa pelo réu.

O processo civil brasileiro adota, portanto, o princípio dispositivo, em que as partes devem deduzir as suas pretensões e demonstrá-las na relação jurídica processual[111].

A atividade probatória das partes consiste em um verdadeiro ônus, ou seja, uma atribuição que, caso não seja realizada, pode lhe trazer desvantagens, tais como o juiz não restar convencido do que restou alegado pela parte que não demonstrou as suas alegações e, por isso, julgar a lide de forma contrária aos seus interesses[112].

Apesar de ser indiscutível de que a não observância de apresentar as provas que demonstrem as suas alegações gere consequências à parte, o que lhe traz características de um autêntico ônus processual, não se pode negar que, sob o prisma do escopo da jurisdição de proferir decisões justas e, portanto, fundamentadas em fatos os mais próximos da realidade, as consequências da não desincumbência da prova pela parte estende seus efeitos para além de sua esfera jurídica, atingindo também a função social do processo[113].

---

[111] Flávio Luiz Yarshell faz interessante digressão ao afirmar que o modelo dispositivo, em razão do caráter não intervencionista do juiz na condução do processo, reflete a visão liberal do Estado. Além disso, o modelo dispositivo, em que há um verdadeiro combate judicial entre as partes adversárias, tem como característica a competição, pilar da cultura, sobretudo, norte-americana, e difundida pelo mundo. cf. YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 133. Sobre o princípio da preclusão da prova, Víctor de Santo afirma que "Se trata de una de las aplicaciones del principio general de la preclusión em el proceso, indispensable para darle orden y diminuir los inconvenientes del sistema escrito." cf. DE SANTO, Victor, **La prueba judicial**. 2. ed. atual. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994, p. 22. "Trata-se de uma das aplicações do princípio geral da preclusão no processo, indispensável para lhe dar ordem e diminuir os inconvenientes do sistema escrito." (tradução nossa).

[112] Conforme Cassio Scarpinella Bueno: "A palavra 'ônus', com efeito, relaciona-se com a necessidade da prática de um ato para a assunção de uma específica posição de vantagem própria ao longo do processo e, na hipótese oposta, que haverá, muito provavelmente, um prejuízo para aquele que não praticou o ato ou o praticou insuficientemente." cf. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos. 11.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. v. 2, p. 232.

[113] Trazendo tais reflexões, Luiz Flávio Yarshell defende que a classificação de ônus da prova seria insuficiente por tal razão, ressaltando que a prova também seria, em certa medida, um dever das partes. cf. YARSHELL, Flávio

Assim, em regra, cabe ao autor demonstrar os fatos constitutivos do seu direito, e ao réu, os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor. Tal regra está prevista no artigo 373, do Código de Processo Civil. Essa distribuição do ônus da prova, que se denomina estática, pode sofrer exceção a depender da dificuldade ou até impossibilidade da parte de realizar a produção de tal prova.

E foi justamente diante de situações em que a parte se deparava com a impossibilidade ou excessiva dificuldade de realizar tal encargo que foi criada a teoria das cargas dinâmicas do ônus da prova, segundo a qual a produção da prova deve ser feita por quem tem melhores condições de realizá-la.

Referida teoria tem por fim, portanto, flexibilizar as regras sobre ônus da prova, de maneira a distribuir o ônus probatório não da forma estática, mas considerando quem possui impossibilidade ou excessiva dificuldade de realizar a prova frente à parte que possui maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, sem que, contudo, a inversão do ônus da prova sobre determinado fato possa gerar uma nova situação de impossível ou extrema dificuldade de desincumbência. Não pode o juiz, ao afastar um ônus de impossível ou de excessiva dificuldade por uma das partes, transferi-lo à outra de mesma natureza. Tal teoria foi abarcada pelo artigo 373, § 1º, do Código de Processo Civil, ressaltando o legislador, no § 2º do mesmo artigo, o cuidado que o julgador deve tomar ao inverter o ônus da prova sobre determinado fato, de sorte que a impossibilidade ou extrema dificuldade na realização de uma prova não possa gerar a mesma situação para a parte adversária.

Ainda, em nosso sistema legal vige a regra no artigo 6º, VIII, da Lei nº 8.078/90, segundo a qual o juiz pode inverter o ônus da prova em favor do consumidor se as suas alegações forem verossímeis ou diante da verificação de sua hipossuficiência. Muito embora o legislador tenha utilizado na redação do mencionado artigo a conjunção alternativa "ou", do que se conclui que, desde que presente um dos requisitos para tanto (verossimilhança das alegações *ou* hipossuficiência), parece-nos correta a corrente que defende que, para a inversão do ônus da prova nas relações de consumo, é necessária a presença dos dois requisitos cumulativamente[114]. Não há sentido em inverter o ônus da prova em favor do consumidor se,

---

Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, pp. 148-168.

[114] Esse é o entendimento de Érico de Pina Cabral: "o legislador cometeu um equívoco ao não colocar a partícula 'e' no lugar da partícula 'ou'. Assim, se houver apenas a hipossuficiência do consumidor, mas o fato alegado não se apresentar um mínimo de verossimilhança, não se pode admitir a inversão do ônus da prova." cf. CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Editora Método, 2008,

em que pese as suas alegações serem verossímeis, ele não tenha qualquer dificuldade em produzir a prova. Do mesmo modo, ainda que seja hipossuficiente, não deve ser invertido o ônus da prova se as alegações do consumidor não são verossímeis, isto é, se o próprio juiz não se convencer dos fatos apresentados pelo autor.

A questão de quando deve ser determinada a distribuição do ônus da prova, tormentosa na doutrina sob a égide do Código de Processo Civil de 1973[115], restou superada pela clara disposição do artigo 357, II, e mesmo do §1º, do artigo 373, ambos do Código de Processo Civil. Não há mais qualquer dúvida que a distribuição do ônus da prova deve ocorrer no despacho saneador, ou seja, antes do início da fase instrutória, para que justamente as partes tenham ciência do seu ônus probatório. Tal regra está alinhada com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, previstos no artigo 5º, LIV e LV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Com efeito, não poderia mesmo ser permitido, em um Estado Democrático de Direito, que a parte fosse surpreendida na fase decisória com uma sentença que lhe fosse desfavorável por não ter se desincumbido de um ônus do qual não tinha ciência. Devem as partes, previamente ao início da instrução processual, terem completa ciência do seu ônus probatório[116], de modo a terem oportunidade de produzirem a prova cujo ônus lhe foi atribuído, sob pena de violação ao seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

---

p. 379. Perfilha na mesma direção Antonio Gidi, para quem "A hipossuficiência do consumidor per se não respaldaria uma atitude tão drástica como a inversão do ônus da prova, se o fato afirmado é destituído de um mínimo de racionalidade. [...] para que a inversão do ônus da prova seja autorizada, tanto a afirmação precisa ser verossímil, quanto o consumidor precisa ser hipossuficiente." cf. GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 13, 1995, p. 34. Ainda, oportunas são as lições de William Santos Ferreira: "Uma questão que ainda permanece em discussão é se os dois requisitos constantes do inciso VII do artigo 6° do CDC devem simultaneamente ser identificados no caso concreto para a inversão ou não. O dispositivo utiliza a partícula disjuntiva 'ou', mas se os requisitos fossem separados para fins de autorizar a inversão, ter-se-ia que admitir que a hipossuficiência informativa geraria a inversão, mesmo que inverossímil a alegação do consumidor, o que não revela um mínimo de coerência, porque no momento de decisão pelo juiz estaria ele em dúvida e para tal simplesmente acolher favoravelmente o consumidor quando até o verossímil (embora não provado) estivesse na alegação do fornecedor não guarda um mínimo de consistência com os princípios da harmonização de interesses dos participantes das relações de consumo. Por outro lado, uma alegação verossímil sem hipossuficiência informativa, também não pode justificar a inversão do ônus da prova, visto que a inversão do ônus da prova deverá ocorrer somente nos casos que envolvam a viabilidade probatória e que estimulem a efetiva participação instrutória do fornecedor." cf. FERREIRA, William Santos. Limites e momento da inversão do ônus da prova e a reinversão nas ações de responsabilidade civil. In: Marcelo Benacchio; Alexandre Guerra. (org.). **Responsabilidade civil bancária**. 1.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 378.

[115] Para apreciação das posições doutrinárias sobre o tema, v. por todos, BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 22, pp. 135-137, abril-junho, 1997.

[116] Flávio Luiz Yarshell, ainda na égide do Código de Processo Civil de 1973, defendia que: "considerando-se que a prova se insere no contexto da garantia-síntese que é o devido processo legal, parece lícito afirmar que a exata compreensão, pela parte, do ônus de que é titular é fundamental para que o mecanismo se harmonize com referida

Ao exercer a tutela jurisdicional, o Estado deve garantir segurança aos jurisdicionados, até porque a atividade jurisdicional é ato exclusivo do Poder Judiciário. Por essa razão, e até mesmo para que o ato jurisdicional seja legítimo, deve ser dada oportunidade às partes de apresentarem todos os seus argumentos e de produzir todas as provas que entenderem necessárias para o deslinde da pretensão resistida, indeferindo as diligências protelatórias (art. 370, parágrafo único, CPC). A tutela jurisdicional tem por objetivo a pacificação social, não podendo, por conseguinte, ser ela um instrumento de incerteza, em que o jurisdicionado demanda ou é demandado sem saber previamente as regras dos atos processuais antes de exercê-los[117].

A recente história do Brasil tem demonstrado os nefastos efeitos e os riscos decorrentes de se colocar em xeque as instituições democráticas, dentre estas, o Poder Judiciário, de sorte que é imprescindível que o jurisdicionado, ao fazer parte de uma relação jurídica processual, tenha completa ciência das suas obrigações e ônus processuais antes de exercê-los, o que contribui para que ele tenha confiança no Poder Judiciário e, com isso, que o ato estatal seja legítimo e legitimado pelas partes da relação processual e pela sociedade como um todo, consistindo em algo esperado em razão do comportamento das partes, de suas alegações e das provas produzidas ao longo da marcha processual, e não uma surpresa.

Verifica-se, pois, que o ônus da prova deve ser visto à luz de dois aspectos: i) o subjetivo, destinado às partes, sendo que a ausência de sua desincumbência pode gerar uma desvantagem processual àquele que tinha tal ônus, e ii) o objetivo, destinado ao juiz, que tem a função de apreciar os fatos e, com isso, exercer sua função jurisdicional.

Assim, a distribuição do ônus da prova consiste em uma regra de comportamento das partes durante a instrução processual, e, caso os fatos não sejam suficientemente esclarecidos,

---

garantia. Se existe realmente um direito à prova, e se a atribuição do ônus de provar está ligada a esse direito, então, é preciso que a parte tenha exato conhecimento do encargo que pesa contra si *antes* do momento do julgamento. Vale dizer, a inversão do ônus da prova tão-somente no momento do julgamento não é compatível com a dimensão que se pretende dar à prova, como inerente às garantias da ação, da defesa e do contraditório." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 90.

[117] Como muito bem obtempera Flávio Luiz Yarshell: "A prévia e clara distribuição do ônus da prova às partes, dessa forma, é conduta que se afeiçoa ao assim denominado *princípio da confiança legítima*, que pode ser tido como expressão do direito fundamental à segurança – consagrado no art. 5º, *caput*, da CF brasileira – e que apresenta como uma de suas vertentes a exigência de previsibilidade do direito. Ele é tido como uma imposição não apenas ao legislador e ao administrador, mas bem ainda ao Judiciário, sabido que a atividade dos tribunais pode também ser causa de incerteza e de um sentimento de insegurança para os jurisdicionados." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 92).

o juiz proferirá sentença de acordo com o ônus probatório de cada parte, declarando que a parte que não se desonerou do seu encargo não possui o direito objeto da relação processual[118].

Portanto, a regra de distribuição do ônus da prova, além de conceder uma segurança jurídica aos jurisdicionados acerca do que cada um deles têm que provar, acarreta uma expectativa razoável da decisão a ser proferida após a instrução processual, eis que as partes, cientes do seu comportamento e com o da parte adversária durante a instrução processual, já possuem uma expectativa de como a controvérsia será resolvida. Em outras palavras, não serão (ou não deveriam) as partes surpreendidas com a prolação de uma sentença que não reflita o que restou demonstrado ao longo da fase de instrução processual[119].

Da ideia de que o julgador possui poderes instrutórios não decorre a concepção de que as partes não têm o ônus de produzir a prova[120]. É interesse de cada parte provar as suas alegações, pois o desencargo de tal ônus lhe traz uma vantagem processual em relação à contraparte.

1.2.10 Princípio inquisitivo e poderes-deveres instrutórios do juiz

Os poderes instrutórios do juiz têm como fundamento a visão publicista da tutela jurisdicional. O processo judicial, ainda que de natureza civil, não é somente um meio de solução da lide trazida à juízo, o que atende ao interesse privado das partes participantes do referido processo, mas também um meio de pacificação social, sendo este o escopo da jurisdição[121]. Desta feita, a sentença não só visa a apresentar uma solução à controvérsia, mas a *melhor* solução.

---

[118] O que se pretende evitar, eis que o julgamento de acordo com a distribuição do ônus da prova só deve ser aplicado quando as questões de fato pertinentes ao julgamento da lide não estão suficientemente esclarecidas, o que afeta a qualidade da decisão. De acordo com as palavras de William Santos Ferreira, "a incidência do ônus da prova não é alternativa, é resultado da falta de alternativas." cf. FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 199.

[119] Como afirma Luiz Flávio Yarshell: "Em igualdade de condições entre os litigantes, e fora do contexto de direitos indisponíveis, é razoável esperar que o resultado a ser obtido pela parte em juízo seja reflexo do grau de empenho e engajamento que dedicou ao processo." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 130.

[120] Este tema foi tratado no tópico 1.2.9 desta Tese.

[121] "Sendo o órgão judicial visto tradicionalmente como o destinatário dos elementos de instrução e sendo o processo instrumento para a consecução de resultado que interessa ao Estado (atuação da vontade concreta do direito objetivo para eliminação da controvérsia e consequente pacificação social), é mesmo de se admitir que o magistrado, para esclarecimento dos fatos controvertidos, possa não apenas determinar ou indeferir as provas requeridas pelas partes como, ainda, tomar a iniciativa de medidas de instrução." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 113.

Para que haja a prolação de uma sentença justa, deve-se buscar o esclarecimento dos fatos controvertidos de maneira integral, na tentativa de o juiz estar o mais próximo possível da verdade real. Sendo a verdade algo intangível, deve o julgador estar o mais próximo dela no esclarecimento dos fatos, devendo buscar o que a doutrina denomina de "verdade possível"[122]. Neste sentido, ainda que a verdade seja algo utópico, com isso não se quer dizer que ela não deva ser perseguida em um processo judicial que tem por escopo a resolução de uma determinada lide. Deve o juiz, ao julgar uma relação jurídica substancial, basear-se em elementos que lhe tragam certeza sobre os fatos controvertidos e, por isso, julgar com segurança a lide. Esta segurança, inclusive, oferece qualidade às decisões judiciais e conferem segurança jurídica e legitimidade ao Poder Judiciário. Este é o fundamento para os poderes instrutórios do juiz, que consiste no seu poder-dever de, não havendo a produção de provas suficientes sobre determinado(s) fato(s) controvertidos, e desde que seja possível a produção de provas neste sentido, determiná-las de ofício[123].

Os poderes instrutórios do juiz possuem maior ou menor abrangência, a depender do método de avaliação dos fatos controvertidos de um determinado ordenamento jurídico. Se for utilizado o método dispositivo, o juiz exerce um papel mais inerte na busca do seu convencimento sobre o direito material, contentando-se com as provas produzidas pelas partes e, se a questão não for suficientemente esclarecida, deve julgar a lide de acordo com as regras de distribuição do ônus da prova. Já o método inquisitivo permite uma posição mais atuante do juiz, em que ele mesmo pode determinar as provas que entender necessárias para o deslinde da controvérsia.

A distinção entre o método dispositivo e inquisitivo consiste em um tema mais teórico, eis que diferentes ordenamentos jurídicos adotam um sistema misto, em que há elementos

---

[122] Interessante as considerações trazidas por William Santos Ferreira acerca do conceito da verdade no plano processual: "As afirmações doutrinárias são excessivamente oscilantes, mas é traço comum não assegurarem que a noção ideológica do juiz será conforme a realidade, por isto sendo afirmado que a *convicção judicial* seria: a 'máxima probabilidade', a 'certeza razoável', a 'verdade possível' ou, ainda, a 'verità probabile' ou o 'alto grau de probabilidade'." cf. FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 278, grifo do autor.

[123]. Conforme Víctor de Santo: "Conforme a este principio, el órgano jurisdicional debe tener facultades para ordenar y praticar pruebas oficiosamente. Es, por lo tanto, um dever del juez ejercitarlas cuando sean necessárias o convenientes para comprovar la realidade de los hechos alegados o investigados." cf. DE SANTO, Victor, **La prueba judicial**. 2. ed. atual. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994, p. 28. "De acordo com este princípio, o órgão jurisdicional deve ter o poder para determinar e produzir provas de ofício. É, portanto, dever do juiz exercê-lo quando for necessário ou conveniente para verificar a realidade dos fatos alegados ou investigados." (tradução nossa).

inquisitoriais, bem como também técnicas do método dispositivo. E este é o caso do modelo adotado pelo sistema brasileiro.

Com efeito, o Código de Processo Civil, em seu artigo 370, permite que o juiz determine a produção de provas de ofício. Os poderes instrutórios do juiz podem ser dar no momento do saneamento do processo, quando exercer as providências previstas no artigo 357 do mesmo *Codex*, antes mesmo que as partes solicitem a produção das provas que entenderem necessárias para a demonstração dos fatos que alegam, ou de maneira subsidiária, na hipótese em que, produzidas as provas requeridas pelas partes, o juiz não se convenceu acerca da relação de direito material trazida a juízo e, havendo a possibilidade de realização de mais provas referentes à questão, determine de ofício a produção das provas que entende que serão pertinentes para a apuração dos fatos controvertidos.

Verifica-se que os poderes instrutórios do juiz, de certa forma, colidem com o ônus da prova que é distribuído às partes, na medida em que quanto mais o juiz exerce os seus poderes instrutórios, maiores as chances de os fatos controvertidos serem esclarecidos e, por isso, menor a probabilidade de o magistrado proferir uma decisão de mérito tendo como fundamento as regras de distribuição do ônus da prova[124].

Justamente em razão desse confronto entre os poderes instrutórios do juiz e a distribuição do ônus da prova, há corrente doutrinária que defende que o juiz deve exercer os seus poderes instrutórios, independentemente do direito postulado em juízo, ao passo que outra corrente doutrinária entende que há limites para o juiz exercer os seus poderes instrutórios, a depender do direito material postulado em juízo, da qualidade das partes ou até mesmo dos seus advogados.

Para a primeira corrente, os poderes instrutórios do juiz guardam relação com o exercício da tutela jurisdicional, que deve buscar a decisão mais justa e legítima possível. O enfoque da questão não é atrelado ao direito discutido na relação processual, mas sim no

---

[124] Tanto é assim que Chiovenda afirma que em um sistema processual em que se permite que o juiz exerça os seus poderes instrutórios, não há sentido em se falar em distribuição do ônus da prova às partes. cf. CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. Nápoles: Jovene, 1980, p. 796. Já William Santos Ferreira, fazendo referência ao Código de Processo Civil de 1973, no que é aplicável ao vigente Código de Processo Civil, defende que o ônus da prova não é contraditório com os deveres-poderes instrutórios do juiz, por entender que "o art. 333 tem momento específico de adoção, que é diante do *non liquet*, de forma subsidiária resolvendo a questão, mas no momento decisório, após a superação das etapas instrutórias necessariamente anteriores;" cf. FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 254.

exercício da tutela jurisdicional, que deve, sempre, ser a melhor e mais correta possível[125]. Ainda, a previsão legal do poder de instrução judicial não limita tal poder a determinadas hipóteses (art. 370, CPC).

Já de acordo com a segunda corrente, o poder de instrução do juiz deve ser sopesado com outras circunstâncias, na medida em que o exercício da tutela jurisdicional não tem por finalidade propriamente a busca pela verdade real ou mesmo a verdade mais condizente à real, mas sim a pacificação social através de conceder o direito, de maneira integral ou parcial, aos jurisdicionados em uma relação jurídica de direito processual. Não seria nem mesmo possível que o juiz, em todo e qualquer processo submetido ao seu crivo, tivesse o dever de exercer o seu poder de instrução no intuito de esgotar a produção de todas as provas que poderiam contribuir para a elucidação dos fatos. O exercício do poder de instrução, demais disso, acarreta um maior tempo de tramitação do processo, o que contraria o direito das partes à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF e art. 4º, CPC), além de maior energia e custos judiciais.

Esses seriam os efeitos do exercício dos poderes instrutórios do juiz de maneira ilimitada, mas entendemos que não se pode impedir tal exercício por ser meramente custoso ao

---

[125] Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero: "O juiz pode exercer seus poderes instrutórios independentemente da natureza do direito (disponível ou indisponível) posto em causa. Entender que nos casos de direitos disponíveis o juiz pode limitar-se a acolher o que as partes levaram ao processo é o mesmo que afirmar que o Estado não está muito preocupado com o que se passa com os direitos disponíveis, ou que o processo que trata de direitos disponíveis não é o processo que é instrumento destinado cumprir os fins do Estado Constitucional." cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 391. Compartilha do mesmo entendimento William Santos Ferreira: "O que é submetido à resolução judicial é orientado pelo princípio dispositivo, porque relativo à relação *material*, porém o instrumental para esta resolução é fortemente informado pelo princípio inquisitivo (ou da oficialidade), o que é mais aclarado quando se constata que as partes têm a esperança e a garantia (!), da atuação ou reintegração objetiva do direito, derivando desta o dever-poder de *diligências para melhor decidir*." cf. FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 236-237, grifo do autor. Igualmente, Cassio Scarpinella Bueno: "Este Curso sempre recusou a separação, defendendo que também no direito processual civil é correto sustentar a busca pela 'verdade real', justamente pela inequívoca iniciativa probatória que o sistema processual civil brasileiro reconhece ao magistrado. A *qualidade* da prestação da tutela jurisdicional, em atenção ao modelo constitucional do direito processual civil, não pode tolerar qualquer outro comprometimento do magistrado que não a busca da 'verdade real', isto é, a 'verdade', que no seu íntimo corresponda àquilo que realmente aconteceu no plano exterior ao processo e, por ter acontecido, acabou por motivar a *necessidade* da atuação do Estado-juiz para prestar tutela jurisdicional. Assim, o que importa acentuar são os objetivos e os correlatos meios para os atingir, inclusive no que diz respeito à produção das provas que deve guiar a atuação do Estado-juiz, também no âmbito do direito processual civil. [...]. O compromisso do magistrado de um Estado Constitucional é o de buscar os elementos mais seguros para julgar de acordo com o seu próprio convencimento, em respeito às diversas variantes admitidas pelo sistema processual e que decorrem desde o modelo constitucional. Ele não pode julgar sem a busca segura e consciente desses elementos. E, se em algum momento da história tal iniciativa era possível, ela não pertence ao atual ordenamento jurídico brasileiro e ao sistema processual civil hoje vigente." cf. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos. 11.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. v. 2, pp. 220-221, grifo do autor.

Poder Judiciário, seja em razão do tempo, seja em razão da energia dispensada para o exercício de tais poderes. Se realmente fosse o escopo da tutela jurisdicional a atuação concreta da vontade da lei em todo e qualquer processo judicial, seria imperioso que o juiz exercesse os seus poderes instrutórios em toda relação processual, custe o que custasse ao Estado.

Mas isso não nos parece acontecer. Ainda que o direito processual consista em um ramo autônomo do direito, é inegável que ele seja instrumento para tutelar o direito material, e disso advém algumas consequências. A relação processual civil tem características diferentes, a depender do direito material deduzido em juízo. O réu tem o ônus de apresentar contestação e de impugnar especificamente os fatos alegados pelo autor, sob pena de serem presumidas verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor (art. 344, CPC). Contudo, tal presunção não ocorre se a lide versar sobre direitos indisponíveis (art. 345, II, CPC). Assim, a revelia do réu não enseja a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor sobre direitos indisponíveis, tendo o juiz, por conseguinte, o dever de investigar os fatos que permeiam o processo, não obstante a ocorrência de revelia.

Ainda, a distribuição do ônus da prova pode ser objeto de convenção entre as partes, exceto se, dentre outras hipóteses, recair sobre direito indisponível (art. 373, § 3º, I, CPC). A confissão da parte não produz efeitos sobre fatos relativos a direitos indisponíveis (art. 392, CPC). Outrossim, o Ministério Público deve atuar nos processos que versem sobre direitos sociais indisponíveis, dentre outros exemplos.

Percebe-se, pois, que as partes não podem dispor do direito indisponível, justamente pela sua característica de indisponibilidade. E tal fato também tem consequência no plano processual, na medida em que, justamente pela natureza do direito material objeto do processo, as partes não arcam com as consequências dos ônus processuais caso não os exerçam. E não poderia ser diferente. Se as partes não podem dispor do direito, eventual desincumbência de um ato processual não pode gerar o mesmo efeito se se tratasse de um processo cujo objeto consista em um direito material disponível.

A própria possibilidade de convenção das partes acerca do ônus probatório quando a lide tratar de direitos disponíveis e não violar abuso do direito, ou seja, quando torne excessivamente difícil o exercício de tal direito, conforme estabelece o artigo 373, § 3º, do Código de Processo Civil, parece-nos remeter à ideia de que o juiz não pode exercer poderes instrutórios quando o processo versar sobre o direito disponível, na medida em que, ao exercê-los, o juiz supre de certa forma o ônus probatório das partes, fazendo com que a parte negligente

no desencargo da produção probatória possa não sofrer as consequências da sua omissão. Se as partes podem convencionar sobre o ônus probatório nestas hipóteses, não caberia, por uma questão lógica, o magistrado exercer seus poderes instrutórios, eis que isso contrariaria o negócio jurídico processual validamente celebrado entre as partes. Por outro lado, a previsão de possibilidade de tal instituto em relação aos ônus probatórios em lides que envolvem direitos disponíveis nos faz concluir, *prima facie*, que o juiz não pode exercer seus poderes instrutórios nestes casos, ao menos de uma maneira geral.

Também não nos convence o argumento de que, ao ter o poder de indeferir as provas requeridas pelas partes, o juiz, de certa forma, intervém na instrução do processo, do que se concluiria que ele teria poderes instrutórios em qualquer relação jurídica processual[126]. O juiz, dirigente do processo, deve conduzi-lo, de maneira a indeferir as provas requeridas pelas partes que não têm por escopo esclarecer os fatos controvertidos necessários ao julgamento do caso. Disso não se conclui, todavia, que ele tenha poderes para, de ofício, determinar a produção das provas que entende necessárias aos esclarecimentos dos fatos. Se houver o indeferimento da produção de uma prova que a parte entenda relevante, deve ela recorrer de tal decisão, sob o fundamento de que foi cerceada no seu direito de defesa, mas do fato de o juiz ter o *munus* de conduzir a marcha processual, inclusive a instrução, não se pode concluir que ele possa exercer poderes instrutórios em todo e qualquer processo de natureza civil.

Já quando o direito é indisponível, as partes não possuem as mesmas faculdades processuais, assim como o regime de ônus processual é diferente quando comparado a um processo cujo objeto é um direito disponível. Se as partes não podem dispor do direito material, e se o processo possui um caráter instrumental, sendo o meio para o reconhecimento e exercício do direito material, não podem as partes dispor também dos atos processuais, de sorte que, se não se desincumbirem de um ônus processual, este não pode gerar o efeito de preclusão ou mesmo de presunção de veracidade dos fatos alegados pela parte adversa.

Outrossim, o fato de o artigo 370, do Código de Processo Civil, não limitar as hipóteses nas quais os poderes instrutórios do juiz incidem não infirma a conclusão acima. Uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico leva à conclusão de que tais poderes são aplicados quando a lide versar sobre direitos indisponíveis, como se dá com a ausência de aplicação dos efeitos da revelia quando o réu não impugna especificamente os fatos

---

[126] FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 240.

apresentados pelo autor que versem sobre direito material indisponível, ou mesmo quando não permite que as partes celebrem convenção sobre a distribuição do ônus da prova sobre direitos indisponíveis.

Por estes motivos, entendemos que o poder de instrução do magistrado deve ser admitido quando a relação processual versar sobre direitos indisponíveis[127]. Caso a tutela jurisdicional verse sobre direito material disponível, em princípio, as partes têm o ônus de instrução, e, em razão da disponibilidade do direito, devem arcar com as consequências de sua omissão, dentre elas, a de se submeterem às regras de distribuição do ônus da prova como critério de julgamento caso os fatos não tenham sido suficientemente esclarecidos.

O escopo púbico do direito processual não é ilimitado. Não fosse assim, o autor, ainda que com a concordância do réu, não poderia desistir do processo ou renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação (art. 487, III, "c", CPC), assim como não poderia o réu reconhecer a procedência do pedido. Ainda, não poderiam as partes celebrarem transação sobre o objeto da lide, ou mesmo convenção sobre determinados atos processuais, não haveria o regime de preclusão no processo, dentre tantos outros exemplos no ordenamento jurídico que demonstram que o próprio exercício da tutela jurisdicional não é indisponível às partes. Por conseguinte, não deve ser admitido, em razão do caráter publicista do processo – o que não se nega, embora este não seja ilimitado – que o magistrado exerça os seus poderes instrutórios indiscriminadamente, independentemente do direito material objeto da relação processual.

Contudo, independentemente da natureza do direito material objeto do litígio, seja ele disponível ou não, deve o poder de instrução levar em consideração a qualidade das partes que participam da relação jurídica processual. O princípio da igualdade é alçado na Constituição Federal a um direito fundamental (art. 5º, *caput*, CF), e, uma decorrência lógica de tal direito é a igualdade de tratamento que deve ser concedida às partes de uma relação jurídica processual (art. 7º, CPC).

Mas o princípio da igualdade, para ser efetivo, não deve tratar igualmente as partes de forma unânime, de uma maneira formalista. Para que tal princípio seja aplicado materialmente,

---

[127] No mesmo sentido, Flávio Luiz Yarshell: "a disponibilidade do direito material autoriza que o juiz minimize a sua iniciativa em troca da maior atuação dos interessados ou, diante da inércia, do julgamento conforme as regras de distribuição do ônus da prova – agora, sim, vistas sob o prisma objetivo. Tal postura, antes de ser formalista, ressalta o caráter instrumental do processo e dele faz um meio de atuação mais fiel dos valores contidos no plano material." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, pp. 124-125.

deve-se tratar as partes de forma desigual no limite de sua desigualdade. E nisto reside o princípio da isonomia, uma decorrência do princípio da igualdade, pois parte do pressuposto de que os cidadãos brasileiros e os estrangeiros residentes no país não são, necessariamente, iguais.

E nem poderia ser diferente. O Brasil é o segundo país mais desigual do mundo, só superando a África do Sul, segundo o Relatório sobre as Desigualdades Mundiais elaborado pelo World Inequality Lab[128]. A renda média da população consiste em cerca de R$ 43.700,00. Contudo, a população que representa os 10% mais ricos do país possuem uma renda equivalente a R$ 253.900,00, e corresponde a 58,6% da renda total do país. A metade da população brasileira recebe apenas 10% do total da renda nacional.

Tal fator não pode passar despercebido pelo Poder Judiciário, mormente em um Estado Democrático de Direito. Se se deve dar paridade de tratamento em relação aos direitos, ônus e faculdades processuais (art. 4º, CPC), é preciso verificar se, no caso concreto, os jurisdicionados são iguais substancialmente.

Em relações jurídicas processuais em que as partes não são iguais substancialmente, deve o juiz ser mais atuante, justamente para assegurar a igualdade entre as partes. Portanto, deve o juiz em um determinado caso concreto, verificar ser as partes possuem condições de igualdade no seu aspecto financeiro, cultural ou mesmo em relação à sua capacidade postulatória. Uma parte menos favorecida, por exemplo, pode não ter condições financeiras de arcar com os honorários advocatícios de um advogado e, por essa razão, contar com o serviço de Defensoria Pública ou mesmo com um advogado que presta serviço à referida instituição em casos de assistência judiciária gratuita. E, neste caso, se a parte adversa contratar renomada banca de escritório de advocacia, isso não pode passar despercebido pelo juiz.

Verificamos exemplos em nosso ordenamento jurídico em que, na tentativa de assegurar um igual tratamento entre as partes, o próprio legislador concede vantagens à parte substancialmente mais fraca na relação processual. Como exemplo, pode ser citada a inversão do ônus da prova, desde que presentes os requisitos para tanto, nas relações de consumo (art. 6º, VIII, Lei nº 8.078/90,); a competência do foro do domicílio do consumidor (art. 101, I, Lei nº 8.078/90,); do domicílio do guardião de filho incapaz e da vítima de violência doméstica e

[128] FERNANDES, Daniela. **4 dados que mostram por que Brasil é um dos países mais desiguais do mundo, segundo relatório**. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-59557761>. Acesso em: 21 jan. 2023.

familiar nos processos que tratem de divórcio, anulação e casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável (art. 53, I, *a* e *d*, CPC); o domicílio do alimentando nos processos em que se pedem alimentos (art. 53, II, CPC). Demais disso, o Ministério Público deve necessariamente atuar como fiscal da ordem jurídica nos processos que envolvam interesse de incapaz (art. 178, II, CPC).

Portanto, deve o magistrado ter a sensibilidade de verificar, no caso concreto, se uma parte é mais vulnerável que a outra e, se tal fato se confirmar, dirigir o processo de maneira a que a parte substancialmente mais fraca não seja prejudicada por tal fato. Dentre as maneiras de se assegurar um tratamento isonômico entre as partes está o poder de instrução judicial, devendo o juiz exercê-lo quando a parte mais vulnerável da relação jurídica não se desincumbir de tal ônus de maneira satisfatória, ainda que a lide trate de direito disponível[129]. A apuração da igualdade substancial entre as partes não é tarefa fácil, devendo o juiz imiscuir-se na controvérsia apresentada em juízo e nas condições de cada um dos jurisdicionados, devendo verificar não somente o aspecto financeiro, mas cultural, técnico, e mesmo a sua capacidade postulatória.

Por fim, importante mencionar que, mesmo diante da maior dificuldade de produção da prova pela parte mais vulnerável da relação processual, deve o juiz, antes do exercício dos seus

---

[129] No mesmo sentido, Flávio Luiz Yarshell: "Além da indisponibilidade do direito, também a desigualdade substancial das partes parece justificar maior grau de intervenção estatal e, portanto, um papel mais marcadamente ativo do juiz na instrução como ferramenta para assegurar que a uma delas não se conceda uma vantagem inicial em relação à outra." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 126. Perfilha do mesmo entendimento, ainda que com uma maior largueza para permitir os poderes instrutórios do juiz na determinação de provas que foram referidas nas provas produzidas, Cândido Rangel Dinamarco, na sistemática do Código de Processo Civil de 1973, sendo seu entendimento aplicável ao Código vigente, ao afirmar que "A fórmula do desejável compromisso de equilíbrio entre o modelo dispositivo e o inquisitivo consiste em prosseguir reconhecendo a estática judicial como norma geral, mas mandar que o juiz tome iniciativas probatórias em certos casos. É impossível traçar uma linha razoavelmente nítida entre o largo campo da proibição e os pequenos oásis de ativismo, mas alguns critérios razoavelmente objetivos existem e são capazes de iluminar a questão. Diante da omissão das partes, o juiz deve determinar de ofício a realização de provas em casas associadas ao *estado ou à capacidade das pessoas,* como ações de separação judicial, de divórcio ou conversão daquela neste, investigação de paternidade, interdição, guarda de filhos, suspensão ou destituição do pátrio-poder, *etc.*; também nas *ações coletivas*, especialmente quando promovidas por associações, as quais nem sempre são patrocinadas adequadamente; *idem*, em *ações populares*; e, em causas de qualquer espécie, quando se aperceber de que a omissão é fruto de pobreza, de deficiências culturais das partes ou da insuficiência do patrocínio que lhes está ao alcance (especialmente, em casos de *assistência judiciária) etc.* De um modo geral, ele tem também esse dever sempre que os próprios elementos de prova já produzidos evidenciem ou insinuem de modo idôneo a existência de outros inexplorados pelas partes e relevantes para o bom julgamento da causa (*testemunha referida*, requisição de documentos, perícias, que venham a mostra-se indispensáveis, inspeções judiciais, *etc*.): novas diligências determinadas pelo juiz nessas circunstâncias são genericamente autorizadas pelo art. 130 do Código de Processo Civil e concorrem para o correto exercício da própria função jurisdicional." cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 3, p. 55, grifo do autor.

poderes instrutórios, constatar se seria o caso de aplicação da inversão do ônus da prova (art. 373, § 1º, CPC). Isso porque, além de tal regra ser expressa em lei, entendemos que os poderes de instrução do juiz devem ser utilizados em regime de exceção quando a lide tratar de direitos disponíveis, e nas hipóteses acima elencadas. Ainda, o ordenamento jurídico não estabelece os critérios para se aferir a desigualdade substancial entre os jurisdicionados, o que dá margem a um certo subjetivismo em sua apuração pelo magistrado, algo que não se espera em um devido processo legal, em que as partes possuem uma expectativa na maneira em que não só elas como o juiz devem atuar no processo.

Demais disso, há grande discussão acadêmica se o juiz, ao determinar a produção de provas, atua de maneira imparcial na condução do processo. Relevantes juristas defendem que os poderes instrutórios do juiz ferem o princípio da imparcialidade, na medida em que determina a realização de uma prova que deveria ser requerida por uma das partes. Tanto é assim que nos países que utilizam o sistema da *common law*, a instrução do processo é tarefa afeita às partes e seus advogados, não sendo permitido que o juiz interfira em matéria de produção de provas.

Muito embora doutrinadores defendam que os poderes instrutórios não ferem o princípio da imparcialidade, eis que, ao determinar a produção de uma prova, o juiz não tem ciência antecipada do seu resultado, a nosso ver, o exercício dos poderes instrutórios não deixa de substituir um ônus que é conferido à parte que deveria demonstrar o fato objeto da prova[130]. Ao exercer seus poderes instrutórios, o juiz, ainda não convencido sobre os fatos controvertidos, pretende esclarecer um fato que não foi provado pela parte que o deveria, e, que, caso não o juiz não o fizesse de ofício, sujeitar-se-ia às consequências da ausência de seu desencargo. A prova determinada pelo juiz poderá ser inconclusiva, o que não trará maiores consequências ao processo; porém, se elucidar a questão controvertida, trará vantagens à parte inerte.

Portanto, em certa medida, ao determinar a realização de uma prova, o juiz favorece quem a deveria ter solicitado. Por essas razões, entendemos que, em regra, o magistrado só poderia exercer os seus poderes instrutórios, no processo civil, em demandas que versarem

---

[130]. Nos dizeres de Flávio Luiz Yarshell: "Se é verdade, por um lado, que o juiz desconhece a quem favorece certa prova, por outro lado, é rigorosamente certo que conhece a quem desfavorece a correspondente falta." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 131.

sobre direitos indisponíveis ou em casos que envolvam direito disponível e haja desigualdade substancial entre as partes.

Deve ser assegurada a participação das partes na prova determinada de ofício, bem como a elas deve-se dar a oportunidade de se manifestar sobre o seu resultado e de produzir eventuais contraprovas, de maneira a se assegurar o seu direito ao contraditório.

De todo modo, não suficiente as questões apresentadas sobre os limites e hipóteses de incidência dos poderes instrutórios do juiz, o ordenamento jurídico brasileiro, em relação ao processo civil, oferece o protagonismo da instrução do processo às partes. Tanto é assim que o considera um verdadeiro ônus[131], e não pode a parte que não exerceu tal ônus pretender a nulidade ou reforma de decisão judicial porque o juiz não exerceu seus poderes instrutórios, devendo arcar com as consequências da ausência de sua desincumbência, com exceção das hipóteses legais[132].

1.2.11 Princípio da persuasão racional do juiz ou do livre convencimento motivado[133]

No direito processual civil, o juiz deve apreciar os argumentos das partes à luz das provas apresentadas no processo e julgar a lide, apresentando expressamente as razões que o levaram a tal entendimento. É o que se extrai do art. 371, do Código de Processo Civil[134].

Interessante notar que o legislador do Código de Processo Civil, retirou o advérbio "livremente" ao se referir ao modo como o juiz aprecia as provas no referido artigo, justamente porque não há arbitrariedade na apreciação das provas[135]. Embora não haja hierarquia entre os

---

[131] Este tema foi tratado no tópico 1.2.9 desta Tese.

[132] Segundo Flávio Luiz Yarshell: "Sobre o tema parece não haver dúvida quanto à circunstância de ser conveniente para o sistema que a prova resulte de iniciativa e de atividade das partes (não apenas na ótica do julgamento)." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 181.

[133] Acerca da terminologia do princípio, William Santos Ferreira afirma que há uma diferença entre o emprego do termo "persuasão racional" ou "livre convencimento motivado", a depender de se entender se o juiz possui poderes instrutórios (e defendemos neste trabalho que ele possui limites de incidência, conforme item 1.2.10): "se o ponto alto de incidência é o da análise crítico-valorativa do julgador, a denominação *persuasão* é inapropriada, porque empregada em época que a iniciativa probatória competia às partes litigantes, daí se direcionando a nomenclatura para este *'esforço' persuasivo* de convencer o juiz, quando o que rege atualmente o sistema probatório é a irrelevância do responsável pela produção da prova, destacando-se apenas a sua existência para consideração judicial (princípios da aquisição e comunhão da prova), sendo possível a determinação de provas, inclusive *ex officio* (princípio dos deveres-poderes instrutórios), pelo que, mais *coerente* a terminologia *livre convencimento motivado."* cf. FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 287, grifo do autor.

[134] "Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento."

[135] Sobre o tema, interessante é a observação de Cassio Scarpinella Bueno: "Também aqui o entendimento mais correto é no sentido de que a nova codificação se limitou a evidenciar, no plano da *textualidade*, o que já era

meios de prova e tampouco definição em lei da forma como as provas devem ser valoradas, o juiz não tem a "liberdade" de considerar determinadas provas em detrimento de outras. Ele deve analisar todo o arcabouço probatório e demonstrar, na fundamentação de sua decisão, as razões pelas quais entende que determinado fato restou ou não demonstrando, indicando não só as provas que levaram ao seu convencimento, como aquelas que entendeu que a questão não teria sido esclarecida, e por quê.

Tal princípio constitui importante meio de evitar abusos e arbitrariedades no exercício da função jurisdicional, assim como também consiste em uma garantia de que as provas apresentadas pelas partes serão apreciadas, ainda que não sejam levadas em consideração como fundamento da decisão, por serem contrárias a outras provas[136]. Neste caso, o juiz deve demonstrar as razões pelas quais não considerou uma determinada prova, tendo em vista a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, garantia prevista no art. 93, IX, da Constituição Federal[137].

É certo que a verdade é algo utópico e, em um processo judicial, objetiva-se ter a maior certeza possível acerca dos fatos controvertidos para se resolver a crise de direito material das partes. Do mesmo modo, não há como negar que existe um certo subjetivismo na apreciação das provas, na sua interpretação e valoração. Ao tratar do tema, Flávio Luiz Yarshell[138], pontua que "a certeza está no espírito, enquanto a verdade está nas coisas", o que retrata bem esta situação.

Justamente em razão desse subjetivismo, inerente à apreciação das provas, é que o sistema processual civil determina que o juiz é livre para apreciar as provas, mas deve motivar a sua decisão, devendo apresentar o que extraiu do material probatório apresentado e produzido no processo judicial e o que foi determinante para convencê-lo sobre os fatos controvertidos,

---

corrente no pensamento jurídico nacional. Até porque, na perspectiva do modelo constitucional do direito processual civil brasileiro, é errado supor que exista qualquer margem de liberdade a qualquer agente estatal, inclusive os magistrados de qualquer Tribunal ou grau de jurisdição." cf. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos. 11.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. v. 2, p. 223, grifo do autor.

[136] Interessante observação é trazida por William Santos Ferreira ao afirmar que, em razão do dever de fundamentação da decisão pelo juiz, é ele que deve convencer as partes acerca da lisura de sua decisão, daí a falar-se em "persuasão racional das partes". cf. FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 292.

[137] Este tema foi tratado no tópico 1.2.1 desta Tese.

[138] YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 247.

assim como também asseverar as razões pelas quais desconsiderou determinadas provas no seu exercício de convencimento.

Percebe-se, pois, que o princípio da persuasão racional do juiz possui dupla finalidade: i) evitar eventuais abusos e arbitrariedades judiciais, e ii) permitir que as partes tenham ciência das razões e provas que levaram o juiz a resolver a lide de determinado modo, tendo, assim, elementos concretos para se insurgir contra eventual decisão ou mesmo se convencerem, pelos argumentos apresentados, que a decisão se mostra acertada. Neste sentido, o livre convencimento motivado é um importante instrumento para dar segurança jurídica à sentença e, consequência disso, à legitimidade e confiança ao próprio Poder Judiciário. Afinal de contas, os jurisdicionados terão muito mais respeito à referida instituição se as suas pretensões e provas forem efetivamente apreciadas e sopesadas na decisão judicial, bem como se o juiz expressamente se manifestar sobre elas[139].

Interessante ressaltar que o livre convencimento, em nosso ordenamento jurídico, difere dos sistemas europeus continentais[140], em que, com base no livre convencimento, o juiz tem liberdade para conduzir a fase instrutória do feito, não limitando a sua atividade à valoração das provas apresentadas pelas partes, como sói acontecer no Brasil, salvo nas exceções em que o juiz pode exercer os seus poderes instrutórios[141].

O princípio do livre convencimento foi estruturado a partir do contexto da estrita legalidade, de maneira a controlar a arbitrariedade do julgador. O livre convencimento motivado foi uma escolha entre a estrita legalidade e a absoluta liberdade de julgamento.

Com efeito, o princípio da persuasão racional do juiz – ou do seu livre convencimento motivado – consiste em uma evolução tanto do sistema da prova legal quanto o da livre convicção. No sistema da prova legal, as provas possuem uma hierarquia de valor, de sorte que caberia ao juiz apreciar qual prova teria o maior valor em relação a esse sistema tarifado e, com

---

[139] Conforme William Santos Ferreira: "Às três razões determinantes expostas por Taruffo, independência-legalidade-garantia de defesa, deve ser incluída uma quarta, que é a legitimação (jurídica e política) da interferência estatal na vida das pessoas, impedindo que se utilizem da autotutela na mesma medida em que, como contrapartida, assegure-lhes uma decisão fundamentada que interferirá nas suas vidas. Ou seja, toda fundamentação de uma decisão judicial é a indispensável justificativa da invasão estatal. Sem fundamentação não há interferência estatal legítima." cf. FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 297.

[140] Sobre o tema, ver: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-sâxonicos. In: **Temas de direito processual**. Sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 165 e seguintes.

[141] Este tema foi tratado no tópico 1.2.10 desta Tese.

isso, julgar a lide. Uma conclusão inevitável da adoção do sistema da prova legal consistiria na ausência de uma análise crítica do juiz sobre as provas produzidas, de maneira a ensejar soluções injustas, eis que uma prova que teria uma maior carga valorativa poderia ser contrária a todas as outras produzidas e, mesmo assim, o juiz deveria se pautar naquela que a lei atribuísse maior valor.

Já o sistema da livre convicção concede ao juiz ampla liberdade em seu julgamento, sem necessidade de motivar a sua decisão ou mesmo de apreciar as provas produzidas no processo, dando margem a arbitrariedades. Por essa razão, o princípio do livre convencimento motivado consiste em uma evolução dos dois sistemas, na medida em que não atribui uma hierarquia entre as provas, devendo o juiz analisar todo o conjunto probatório do processo, mas deve fundamentar a sua decisão, não podendo se furtar à análise das provas de fatos pertinentes à solução da lide[142].

Percebe-se que o livre convencimento motivado do juiz tem estreita relação com o princípio da unidade da prova, eis que, ao se convencer sobre os fatos relevantes no plano probatório, o juiz deve analisar todo o conjunto de provas produzido no processo, sendo nula a decisão que não apreciar um fato relevante no julgamento da lide que poderia alterar o seu resultado[143].

Um exemplo do princípio do livre convencimento motivado do juiz no ordenamento jurídico brasileiro consiste na ausência de presunção de veracidade das alegações formuladas pelo autor mesmo se o réu não contestar a ação, se os fatos alegados por aquele não forem verossímeis ou estão em contradição com a prova apresentada nos autos do processo, ainda que a relação jurídica tratar de direitos disponíveis (art. 345, IV, CPC). Nesta hipótese, não obstante a não apresentação de defesa, o juiz não se convenceu da veracidade dos fatos alegados pelo

---

[142] Conforme lições de Cassio Scarpinella Bueno: "O sistema brasileiro, que representa o chamado 'sistema da persuasão racional' ou 'sistema do convencimento *motivado* do juiz', localiza-se entre os dois extremos usualmente identificados: o da 'prova legal' ou 'tarifada' ou 'plena', em que é vedado ao magistrado a valoração da prova porque todo o seu valor probante e consequências jurídicas são prefixadas pelo ordenamento jurídico, e o da 'convicção íntima do juiz', em que prevalece a orientação oposta, de plena liberdade do magistrado na análise e valoração da prova, sem qualquer vinculação às normas de direito positivo." cf. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos. 11.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. v. 2, p. 216, grifo do autor. Sobre o tema, ainda, Arthur Ferrari Arsuffi: "É verdade que, no caso concreto, uma prova pode ter mais relevância que outra. Entretanto, tal constatação não permite criar uma hierarquia probatória prévia, dissociada do caso concreto, *ope legis*. Ou seja, o que é relevante para a admissão da prova não é o *meio probatório adotado*, mas sua capacidade de influenciar eficazmente no momento da valoração. Essa é a conclusão que se extrai da regra da persuasão racional do julgador e do princípio da máxima eficiência dos meios probatórios." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 136, grifo do autor.

[143] Este tema foi tratado no tópico 1.2.5 desta Tese.

autor, cabendo a este produzir provas que os demonstrem, sob pena de a ação ser julgada improcedente[144,145].

O princípio do livre convencimento motivado encontra limites em atos de disposição das partes no plano probatório, como ocorre nas hipóteses de confissão, em que o juiz não pode decidir de modo contrário ao que admitiu a parte confessa, ou mesmo nos limites dos seus poderes instrutórios[146].

---

[144] Conforme ressalta William Santos Ferreira, fazendo referência ao Código de Processo Civil de 1973, no que é de todo aplicável ao Código de Processo Civil vigente: "o juiz não se deve contentar *exclusivamente* com a *inércia* do réu; o fato incontroverso e a presunção de veracidade serão integrantes do *conjunto probatório* submetido à apreciação *crítico-valorativa* do juiz (art. 131) e não obstaculizadores do livre convencimento motivado. Sem convicção, caberá ao juiz a determinação de provas, mesmo sem pedido das partes." cf. FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 239-240.

[145] Assim já asseverou o Superior Tribunal de Justiça: "AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE TÍTULO DE CRÉDITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL. REVELIA. PRESUNÇÃO RELATIVA. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. CERCEAMENTO DE DEFESA RECONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ. 1. Agravo interno contra decisão da Presidência que não conheceu do agravo em recurso especial. Reconsideração. 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, 'a caracterização da revelia não importa em presunção absoluta de veracidade dos fatos, a qual pode ser afastada pelo Juiz à luz das provas existentes, cumprindo-lhe indicar as razões da formação do seu convencimento.' (AgInt no AgInt no AREsp 1.110.702/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe de 09/03/2018). (AgInt no AREsp n. 1.238.913/SP, relator Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 23/8/2018, DJe de 28/8/2018).

[146] Este tema foi tratado no tópico 1.2.10 desta Tese.

2 AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Para desenvolvermos o assunto em questão, qual seja, a ação de produção antecipada de provas, há que se entender a prova no enfoque epistemológico da sua produção, utilização e valoração no direito processual civil.

Isso porque nem sempre a prova é produzida judicialmente, e ainda que o seja, a sua valoração não vem no mesmo momento de sua produção[147]. Até mesmo é possível que a prova produzida em juízo sequer seja valorada judicialmente, como será exposto a seguir.

Com efeito, a prova pode ser produzida fora do processo, tal como se dá, por exemplo, com a prova documental. Ainda que seja produzida extrajudicialmente, ela pode ter fé pública, como ocorre com as certidões públicas e as atas notariais.

A ação de produção antecipada de provas visa à produção da prova perante o Poder Judiciário, em um processo judicial. Não se trata de prova *trazida* a juízo, mas sim, de prova *produzida* em juízo.

O Código de Processo Civil, ao regular a ação de produção antecipada de provas, rompe com a tradicional dogmática de que o juiz é o destinatário final da prova. Com isso não se quer dizer que o juiz não tenha independência na valoração da prova e tampouco tenha o dever de

---

[147] Entendendo de maneira diferente, em obra anterior ao Código de Processo Civil vigente, Luiz Guilherme Marinoni , Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero afirmam que "Embora o Código de Processo Civil aluda à 'produção antecipada de provas', certo é que por esta via apenas se assegura a possibilidade de futuramente produzir a prova. A asseguração de prova consiste em documentação de alegações de fato. É para a memória da coisa – *ad perpetuam rei memoriam.* Não há produção, mesmo porque sequer se sabe se o processo (em que a prova efetivamente será produzida) existirá, sequer cabendo ao juiz, neste procedimento, valorar a prova colhida (art. 381, §2º, CPC)." (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015*,* p. 407. Com a devida vênia aos ilustres doutrinadores, não concordamos com a sua posição, pois entendemos que em sede de ação de produção antecipada de provas há atos relativos à produção e registro da própria prova, sendo somente a sua valoração postergada para eventual ação que tenha por objeto a resolução da controvérsia no seu plano material. Por essa razão, coadunamos com a posição, Cândido Rangel Dinamarco afirma que "*a realização da prova consiste nas medidas consistentes em extrair das fontes elementos de convicção procurados*. Esse é o momento probatório culminante, em que se concentram as atividades mais relevantes dos procedimentos probatórios, variando estes de acordo com as dificuldades que cada espécie de fonte apresenta. [...]. A *valoração da prova* é ato privativo do juiz e efetua-se depois de desenvolvidas todas as atividades dele próprio e das partes, destinadas à obtenção dos informes que cada uma das fontes haja sido capaz de oferecer. Ele é um dos *momentos probatórios*, embora não faça parte de procedimento algum; integra a série de raciocínios que, quando já realizada a prova, o juiz desenvolve sobre a causa e os elementos do processo, em preparação à elaboração da sentença. Havendo identificado o pedido, seu fundamento jurídico e os fatos alegados pelo autor, e havendo também confrontado os fatos alegados com o pedido feito e os requisitos legais para que possa ser atendido, chega o momento em que o juiz põe atenção nos elementos de prova *produzidos* e passa a avaliar o poder de convicção de que eles estejam dotados." cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 3, pp. 91-92, grifo do autor.

decidir o processo de conhecimento pelo seu livre convencimento motivado, baseado no conjunto probatório do processo. A tradicional lição do destinatário da prova e a sua função no processo civil procede, e permanece válida até os dias de hoje. Contudo, a produção da prova não se limita somente a tal fim.

Sob a perspectiva do devido processo legal e do Estado Democrático de Direito, a prova, embora dirigida ao juiz para formar o seu convencimento em sua função tradicional, também pode ser vista como um meio de legitimação da decisão a ser proferida pelo Poder Judiciário[148]. Afinal de contas, o Estado, pelo Poder Judiciário, tem por escopo a pacificação social, decidindo as controvérsias da sociedade, e da forma mais correta e segura para isso. Tanto é assim que, sendo apresentada uma lide ao juiz, ele não pode se omitir a julgá-la, ainda que não esteja convencido de quem possa ter razão no processo. Não sendo suficientemente esclarecida a controvérsia, o juiz pode utilizar-se de seus poderes instrutórios, previstos no artigo 370, do Código de Processo Civil – e nos limites do que apresentamos no item 1.2.10-, ou até mesmo julgar de acordo com a distribuição do ônus das provas entre as partes, mas não pode simplesmente deixar de julgar a lide. Embora esta não seja a solução mais esperada para a solução da controvérsia, pois afeta a qualidade da decisão, há a resolução da lide[149].

Demais disso, a realização da prova em um processo é a garantia da parte que a realizou que ela será considerada na sentença[150]. Isso porque uma decisão que vai de encontro às provas

---

[148] Ao discorrer sobre o direito à prova, Cândido Rangel Dinamarco assevera que "na Constituição, o direito à prova é inerência do conjunto de garantias do *justo processo*, que ela oferece ao enunciar os princípios do contraditório e ampla defesa, culminando por assegurar a própria observância destes quando garante a todos o *due process of law* (art. 5º, incs. LIV e LV). Pelo aspecto constitucional, direito à prova é a liberdade de acesso às fontes e meios segundo o disposto em lei e sem restrições que maculem ou descaracterizem o *justo processo*." cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 3, p. 48, grifo do autor.

[149] Nas palavras de Paulo Cézar Pinheiro Carneiro "É notório que, quanto melhor e, portanto, mais produtiva for a prova coligida no processo, possivelmente maior será a segurança do juiz para julgar e, certamente, com maior justiça." cf. CARNEIRO, Paulo Cézar Pinheiro. **Acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 73. Flávio Luiz Yarshell também compactua desse mesmo entendimento, ao asseverar que: "Em todos esses casos, assim como analogamente se dá em relação ao ônus da prova, o que se nota é que o elemento *interesse público* que existe no processo e na jurisdição, notadamente em seu escopo jurídico (de atuação da vontade do direito objetivo ao caso concreto), torna, mesmo, imperfeita a ideia de ônus como uma posição jurídica cuja não-observância redunde sempre e exclusivamente em prejuízo para o próprio titular. O processo, instrumento a serviço do Estado que é, busca resultados que antes interessam àquele; e, nessa medida, a falta de adequada 'colaboração' dos litigantes não deixa de trazer, em alguma medida, prejuízo a um interesse que, sob essa ótica, não é apenas das partes. Portanto, a própria ideia de *ônus*, tal como concebida, não deixa de apresentar, de forma genérica – e não apenas no que diz com a prova -, uma certa imperfeição, que avulta quando se pensa na decisão justa como um resultado desejado pelo Estado." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 52, grifo do autor.

[150] Flávio Luiz Yarshell afirma que, no que tange ao direito a prova, ele compreende "as prerrogativas de buscar a prova e a ela ter acesso; de requerê-la; de tê-la admitida; de participar da respectiva produção; e, finalmente, de

produzidas nos autos, além de configurar *error in judicando*[151], também não convence as partes sujeitas a tal decisão da sua justeza.

A prova, seja aquela trazida ou mesmo aquela formada em um processo, tem como objetivo não só convencer o juiz, mas as próprias partes da relação de direito material submetidas a um processo judicial acerca da certeza ou, ao menos, da probabilidade do seu direito. Isso porque, encerrada a fase instrutória, muito embora ainda não tenha sido proferida uma decisão de mérito, as partes já possuem conhecimento acerca do que restou demonstrado e das alegações sobre as quais não houve prova a respeito. É dizer, após a fase instrutória do feito, as partes já têm ciência da fragilidade e/ou da robustez do que alegaram ao longo do processo judicial, de sorte que o conteúdo da sentença, se sopesados devidamente o direito e o que restou demonstrado pelas partes, não deveria ser uma surpresa a elas. Nesse sentido, os fundamentos da sentença de mérito, consistente na análise judicial acerca das provas apresentadas nos autos e os seus efeitos jurídicos, tem a finalidade não só se evitar o arbítrio do julgador na resolução de conflito, mas também de persuadir as próprias partes acerca de que outra não poderia ser a solução dada pelo Poder Judiciário[152].

Vê-se, assim, que a prova não é só um direito das partes demonstrarem as suas alegações ao longo da marcha processual e um meio de convencimento do julgador acerca de quem possui

---

obter a correspondente valoração." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 210.

[151] Sobre os vícios da decisão de mérito, sua classificação e conceitos, oportunas são as lições de Cassio Scarpinella Bueno: "são duas as espécies de vícios que podem ensejar a interposição de um recurso, a partir de clássica distinção largamente empregada: o chamado vício de *juízo* (ou de julgamento), comumente identificado pela expressão latina *error in judicando*, e o vício de *atividade*, designado em geral pela expressão latina *error in procedendo*, cada qual correspondendo a uma diversa operação mental a ser desempenhada pelo órgão *ad quem* quando do julgamento do recurso. O vício de juízo (ou de julgamento) denota que o recorrente pretende que o órgão *ad quem* reexamine a decisão recorrida porque ela apreciou e aplicou mal o direito e/ou fato no caso concreto, e essa circunstância enseja o proferimento de uma *nova* decisão, capaz de se impor à anterior, reformando-a. Em tais casos, o mérito do recurso é a obtenção de uma decisão a ser proferida, desde logo, pelo órgão competente para tanto, prevalecendo o entendimento do órgão *ad quem* sobre o tema, que a substitui. O vício de atividade, por sua vez, significa que o recurso se volta a questionar não, propriamente, a decisão, em si mesma considerada, é dizer, a sua *qualidade*, mas o *procedimento* que foi observado até o seu proferimento: a decisão é, nesse sentido, *formalmente* e não *materialmente* errada, de forma diversa do que se dá nos casos de vício de juízo. Por exemplo, um magistrado, indeferindo o pedido de produção de provas feito pelo réu, acolhe integralmente o pedido de tutela jurisdicional pelo autor. Nesse caso, pode o recorrente buscar não o proferimento de uma nova decisão que se sobreponha a outra no que diz respeito ao juízo sobre a prova já produzida, mas, diferentemente, a sua anulação (ou invalidação) pelo órgão *ad quem*, viabilizando, com isso, que nova decisão seja proferida pelo órgão *a quo* com a correção de sua atividade, isto é, com a consideração da prova até então não produzida. A função do recurso, em tais casos, é *rescindente.*" cf. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos. 11.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. v. 2, p. 589, grifo do autor.

[152] Sobre o tema, ver: TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 22.

razão no conflito de direito material trazido a juízo, mas, e por isso, uma forma de legitimar a atividade jurisdicional. Afinal de contas, um jurisdicionado que não conseguiu demonstrar as suas alegações e sagrou-se vencido no processo é convencido que terá poucas chances de reverter a decisão de mérito no Tribunal, podendo, inclusive, se convencer com a sua derrota frente ao que restou demonstrado nos autos e os fundamentos da sentença. De outra sorte, a parte vencida em um processo judicial que entende que as provas apresentadas no processo ao seu favor não teriam sido suficientemente valoradas poderá requerer a revisão da decisão de mérito através do competente recurso para tanto.

Portanto, as provas não possuem só o papel de formar a convicção do juiz já no seu principal objetivo, mas também de convencer as próprias partes acerca da sua situação diante de um conflito. A prova, neste passo, não confere somente oportunidade às partes de demonstrarem as suas alegações, mas segurança de que a tutela jurisdicional será concedida com base nelas, e, uma vez realizadas, que elas serão devidamente sopesadas e levadas em consideração pelo julgador.

E nisso reside a quebra do paradigma apresentado pelo Código de Processo Civil ao regular a produção antecipada de provas. Isso porque ela deixou de ser vista somente sob o prisma de convencimento do juiz em um futuro de processo de conhecimento que irá resolver o conflito de interesses de direito material, mas passou também a ser uma maneira de possibilitar a composição entre as partes e até mesmo a convencê-las de que não possuem o direito que achavam que teriam, evitando-as de ajuizar uma demanda para decidir o conflito de direito material, e, com poucas chances de sucesso, terem uma decisão desfavorável contra si e, ainda, pagarem as custas de sucumbência à parte contrária[153].

---

[153] Como Flávio Luiz Yarshell observa, com propriedade: "o direito à pré-constituição da prova evidencia o papel que esta última desempenha em relação às partes para formação do seu convencimento, servindo como guia para um ingresso mais seguro e responsável em juízo ou, por outro, para a superação da controvérsia mediante soluções de autocomposição." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 304. No mesmo sentido, Ana Carolina Pazin Costa: "Importa dizer que a asseguração de prova de natureza satisfativa difere do eventual direito material (que somente será discutido em caso de futura ação de conhecimento) como consequência lógica do direito fundamental à prova." cf. COSTA, Ana Carolina Pazin. Da produção antecipada da prova como modelo autônomo no Código de Processo Civil de 2015. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 40. Não é por outro motivo que Arthur Ferreira Arsuffi assevera que "a existência de divergência sobre a matéria fática, somada ao, até então, pernicioso sistema processual civil brasileiro, que só permitia haver atividade probatória no curso de processo de conhecimento, *empurrava* as partes em direção ao litígio." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 77, grifo do autor.

Aliás, a parte que requereu a produção antecipada que lhe foi desfavorável pode não só deixar de ajuizar ação de conhecimento fundada na aludida prova, como também poderá buscar realizar uma composição com os demais sujeitos da relação de direito material conflituosa, de modo a evitar que estes ajuízem uma ação de conhecimento buscando tutelar os seus direitos, eis que, ciente de que o seu direito é frágil, corre o risco de ser vencido naquela demanda[154].

Vê-se, pois, que o direito à prova, consistente no direito de requerer a produção da prova e produzi-la de maneira independente do processo em que se discute a controvérsia existente entre as partes, deixou de ser um direito decorrente do direito de ação e de defesa[155], visto sob a ótica do direito de as partes demonstrarem as suas alegações no processo em que tem por escopo a solução da lide entre as partes, mas constitui um verdadeiro direito autônomo à produção da prova com o advento do Código de Processo Civil, especialmente na regulamentação das hipóteses de cabimento da ação de produção antecipada de provas[156].

---

[154] Sobre o tema, Chiara Besso observou, com propriedade, que "L´idea è che spesso la soluzione della lite dipende non dalla soluzione di questioni di diritto, ma della recostruzione dei fatti, cosi che uma volta sentino il testimone o esperita la consulenza técnica, il futuro attore posso convincersi dell'infondatezza totale o parziale della própria pretesa e rinunciare a instaurarei il processo e magari accettare uma soluzione transativa dela lite." cf. BESSO, Chiara. **La prova prima del processo**. Torino: G. Giappichelli Editores, 2004, p. 15. "A ideia é que muitas vezes a resolução da lide não depende da resolução de questões de direito, mas da reconstrução dos fatos para que, uma vez ouvida a testemunha ou realizada a prova técnica, o futuro demandante possa convencer-se da total ou parcial falta de fundamentação da sua pretensão e desistir de ajuizar o processo, ou até mesmo talvez aceitar uma solução consensual à lide." (tradução nossa).

[155] Flávio Luiz Yarshell traz interessante diferenciação entre o direito de provar e o direito à prova, afirmando que aquele consiste no "direito de empregar todos os meios disponíveis para demonstração da verdade dos fatos em que fundada uma pretensão ou resistência, no contexto de um dado processo cujo objeto é a declaração do direito", enquanto este "é um direito simplesmente à produção (obtenção e pré-constituição) de determinada prova, entendido como a prerrogativa de invocar do Estado um ato que se esgote aí." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, pp. 232-234. Sobre o conceito do direito à prova, Daniel Conalgo Rodrigues e Francisco de Mesquita Laux afirmam que: "O direito à prova, por sua vez, analisado a partir de um prisma estrito, não guarda relação com o direito de requerer sua produção, nem mesmo de ter o seu requerimento admitido, participar da produção ou obter a valoração, pelo órgão julgador, daquilo que foi produzido. Significa principalmente – e por si só – buscar a prova e a ela ter acesso, o que se convencionou de chamar de direito autônomo à prova, dissociado das primeiras hipóteses, mais conectadas do que se denominou direito de provar." cf. RODRIGUES, Daniel Conalgo; LAUX, Francisco de Mesquita. Produção antecipada da prova sem o requisito da urgência: a experiência estrangeira e o CPC/2015. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 140. Pertinente ainda se mostram as consequências do direito à prova, conforme Fredie Didier Jr.: "O direito à prova é um direito fundamental de conteúdo complexo. Ele compõe-se das seguintes situações jurídicas: a) o direito à adequada oportunidade de requerer provas; b) o direito de produzir provas; c) o direito de participar da produção da prova; d) o direito de manifestar-se sobre a prova produzida; e) o direito ao exame, pelo órgão julgador, da prova produzida." cf. DIDIER JUNIOR, Fredie. Produção antecipada da prova. In: FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (coords.). **Grandes temas do novo CPC**: Direito Probatório. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 193.

[156] Conforme Flávio Luiz Yarshell: "A medida probatória autônoma encontra fundamento no poder ou direito de *ação* (CF, art. 5º, XXXV), que tem amplitude suficiente para autorizar o interessado, sem propriamente invocar a declaração de direito material em dado caso concreto, a postular atuação estatal dirigida à busca, obtenção e produção de providências de instrução. O *direito à prova* – com tal concepção – se afeiçoa não apenas ao escopo

Isso porque a produção antecipada da prova não está necessariamente estrita à hipótese de sua utilização em um futuro processo judicial que resolverá a controvérsia existente entre os interessados. Muito ao contrário, de acordo com as hipóteses do artigo 381, II e III, do Código de Processo Civil, o referido procedimento pode levar à autocomposição entre as partes ou mesmo a outro meio alternativo de resolução de conflitos, ou até mesmo ao desencorajamento de se levar a disputa ao Poder Judiciário[157].

---

jurídico da jurisdição, mas especialmente ao escopo social, de pacificação pela superação da controvérsia: quanto melhor o interessado conhecer dados relativos à controvérsia, maior será a chance de propor uma demanda bem instruída; de deixar de fazê-lo; ou, de transigir. Nessa perspectiva, o direito à prova se afina com o componente preventivo que é inerente à inafastabilidade do controle jurisdicional e à adequada cognição. Salvo aos casos em que fundada na alegação de perigo da demora, não se trata de medida cautelar dada a autonomia que lhe conferiu o texto legal." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários aos arts. 381 a 383. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civi**l. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1027, grifo do autor. Sobre o tema, Chiara Besso ao defender o direito à prova sem o requisito de urgência, afirma que: "*Il modello di prova anticipata proposto è quindi um modelo che consente l'assunzione prima del processo di uno qualsiasi dei mezzi di prova puché la parte richiedente dimostri di avere interesse giuridico alla conservazione o alla fissazione dell'emento di prova um futuro, eventuale giudizio di merito. Lo stato oggettivo di pericolo, che faccia apparire probabile il verificarsi del danno derivabile della insoddisfazione del dirito alla prova, se può costituire il motivo che sta alla base della richiesta di prova prima del processo, non è condizioni necessaria per la concessione della misura."* cf. BESSO, Chiara. **La prova prima del processo**. Torino: G. Giappichelli Editores, 2004, p. 210. "O modelo de prova antecipada proposto é, portanto, um modelo que permite a obtenção de um dos meio de prova antes do julgamento, desde que o requerente demonstre ter interesse jurídico na conservação ou na fixação do elemento probatório para o futuro, em eventual julgamento de mérito. O estado de perigo objetivo, que faz parecer provável a ocorrência do dano decorrente da insatisfação do direito à prova, se puder constituir o motivo subjacente ao pedido da prova antes do julgamento, não é condição necessária para a concessão da medida." (tradução nossa).

[157] De acordo com Ana Carolina Pazin Costa: "conclui-se que o Código de Processo Civil de 2015 introduziu um direito autônomo à prova, e que a parte pode se valer da medida probatória autônoma, além da hipótese de urgência, como forma de evitar o litígio ou de conhecer melhor os fatos para propor futura e eventual demanda melhor fundamentada." cf. COSTA, Ana Carolina Pazin. Da produção antecipada da prova como modelo autônomo no Código de Processo Civil de 2015. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 42. No mesmo sentido, Bruno Augusto Sampaio Fuga: "A grande mudança de paradigma com o CPC/2015 é retirar o requisito de urgência para produção antecipada da prova, deixando mais evidente o seu caráter autônomo." cf. FUGA, Bruno Augusto Sampaio. A produção antecipada da prova: aspectos gerais e natureza da sentença. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 122. Ainda, Eduardo Arruda Alvim e Ígor Martins da Cunha: "Tais medidas não consubstanciam tutelas provisórias de urgência, não estão revestidas de cautelaridade, mas de uma necessidade autônoma de certificação e efetivação de um direito à prova, possuindo, na essência, verdadeiro objetivo satisfativo." cf. ALVIM, Eduardo Arruda; CUNHA, Ígor Martins da. Produção Antecipada de Provas no Código de Processo Civil de 2015. In FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 170. Perfilha do mesmo entendimento Renê Francisco Hellman: "Os referidos incisos (de cabimento da ação de produção antecipada de provas) trabalham na perspectiva de um conflito, mas ao mesmo tempo indicam a possibilidade de que o conflito judicial seja evitado a partir da produção da prova. Nesse ponto, nota-se justamente a autonomia do direito à prova." cf. HELLMAN, René Francisco. A prova como direito fundamental e a sua produção antecipada. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 410-411.

Visto sob essa perspectiva, a produção antecipada de prova não é mais vista sob a ótica do ônus das partes em matéria de instrução das suas alegações ou do convencimento do juiz, mas do convencimento das próprias partes acerca das suas chances do direito que acreditam possuir[158].

A produção antecipada de provas pode ser empregada, a partir do Código de Processo Civil, como um processo tendente a gerar segurança aos interessados sobre o fato que se pretende provar por meio daquele meio de prova. Deveras, uma vez concluída a produção da prova antecipadamente, embora o julgador que dirige o referido processo não a valore, conforme disposto no artigo 382, § 2º, do Código de Processo Civil[159], as partes interessadas terão ciência do seu resultado, e, a partir daí, poderão avaliá-lo, assim como as suas chances de êxito em eventual demanda em que resolverá a lide, e decidir se irão ajuizar processo com o objetivo de tutelar o direito material que afirmam ter ou mesmo buscar resolver o conflito através de uma autocomposição ou outro meio alternativo de solução de conflitos[160].

---

[158] Conforme afirma Flávio Luiz Yarshell: "Se isto é correto, o direito à prova pode ser entendido, então, como direito simplesmente à obtenção de certa providência de instrução, sem a necessária vinculação direta com o direito de ação exercido para se pleitear a declaração do direito (ou com o exercício da defesa no processo instaurado nestes termos) relativamente a uma dada situação substancial. Sob esse prima, o direito à prova ganha, em certo sentido, autonomia." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 211. Ainda, Bruno Augusto Sampaio Fuga assevera que: "O CPC/15 deixa evidente assim que a prova além de ter caráter autônomo não é apenas do juiz, mas também das partes para que formem seu convencimento sobre os fatos." cf. FUGA, Bruno Augusto Sampaio. A produção antecipada da prova: aspectos gerais e natureza da sentença. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 122. No mesmo sentido, Eduardo Arruda Alvim e Ígor Martins da Cunha: "Percebe-se, diante do todo pontuado acima, que o CPC/2015 reconhece a existência de um direito *autônomo à prova*. Afasta-se, portanto, da percepção de que a prova se destina exclusivamente ao juiz. Como possível observar, nas hipóteses dos incisos II e III, bem como nos §§1º e 2º, observa-se que a permissão relacionada à produção das provas se destina substancialmente às partes." cf. ALVIM, Eduardo Arruda; CUNHA, Ígor Martins da. Produção Antecipada de Provas no Código de Processo Civil de 2015. In FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 174, grifo dos autores.

[159] "Art. 382. Na petição, o requerente apresentará as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair. [...]. § 2º O juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas."

[160] "Vista por este ângulo, a pré-constituição da prova pelos interessados pode e deve ser vista como algo desejável e útil para o sistema. Os cuidados que as partes possam ter com a pré-constituição da prova antes do processo judicial podem, para além de uma função preventiva, desempenhar, inclusive, uma função pedagógica." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 43. No mesmo sentido, Bruno Augusto Sampaio Fuga: "Produzir a prova de maneira prévia poderia, inclusive, possibilitar a avaliação das chances de litígio a ser proposta, ou seja, suas chances de sucesso." cf. FUGA, Bruno Augusto Sampaio. A produção antecipada da prova: aspectos gerais e natureza da sentença. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 122. Ainda, Arthur Ferrari Arsuffi: "...uma das principais funções do instituto é permitir que as partes avaliem de forma consciente, com base em informações confiáveis, seus riscos (podendo mitigá-los, ao definir os

Sobre essa questão, devemos considerar que a avaliação do resultado da prova possui um cunho subjetivo, de sorte que, ainda que ela seja favorável a quem requereu a sua produção, a sua utilização em processo que tenha por escopo à solução da crise de direito material não levará inexoravelmente à procedência da demanda. Isso porque, além da avaliação da prova pelo juiz, cujo resultado pode levar a outro daquele a que chegou a parte, há que se considerar que outras provas poderão ser produzidas no processo, de sorte que, mesmo havendo um certo grau de certeza no resultado da prova produzida antecipadamente, daí não decorre a certeza do resultado do processo que vise a solucionar a lide. Neste contexto, as partes podem optar por se autocomporem ou mesmo por utilizarem qualquer meio de resolução alternativa de conflito, o que lhes poupam da incerteza do resultado do processo se a controvérsia for levada ao Poder Judiciário.

Com efeito, ao transferir ao Poder Judiciário a solução da lide, as partes não têm o controle do que será decidido, assim como se sujeitarão à decisão, que tem a característica de se tornar imutável quando transitada em julgado. Já na autocomposição, por outro lado, as próprias partes chegam a uma solução para a controvérsia, tornando-se protagonistas na solução do litígio e, assim, decidirem o que vão renunciar ou não. A autocomposição, neste contexto, enseja às próprias partes decidirem sobre o que vão ou não renunciar, evitando que tal decisão lhes fuja da sua esfera de controle para ser transferida ao Poder Judiciário.

Além disso, a produção antecipada da prova, se se considerá-la além da hipótese de urgência, é uma importante ferramenta para apurar se as partes apresentam alegações destituídas de fundamento, conduta não esperada das partes, seus procuradores e terceiros que participam do processo, conforme determina o artigo 77, II, do Código de Processo Civil, sendo tal ato considerado litigância de má-fé, de acordo com o artigo 80, V, do mesmo diploma legal, sujeito à sanção prevista no art. 81, do mesmo diploma legal.

Se se admitir só a produção de provas durante a fase instrutória do processo cujo objeto é a resolução da lide, o magistrado não terá como aferir se a parte ou mesmo seu procurador ou terceiro apresentou alguma alegação destituída de fundamento, pois, salvo se a prova apresentada for pré-constituída, não haveria como se saber o resultado da produção da prova no momento da fase postulatória do processo. O mesmo não se dá se a prova for produzida em sede de ação de produção antecipada de provas, pois essa é realizada antes do processo em que

---

limites objetivos e subjetivos do processo futuro) e o custo-benefício de litigar." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 158.

se resolverá o mérito da lide travada entre as partes. Uma vez realizada e, se ela não apresentar o resultado esperado pela parte e mesmo assim esta ajuizar demanda formulando a sua pretensão em prova desfavorável, tal ato viola o dever tipificado no artigo 77, II, do Código de Processo Civil, sendo hipótese de configuração de litigância de má-fé (art. 80, V, CPC), podendo a parte ser sancionada com o pagamento de multa pelo abuso do seu direito processual (art. 81, CPC)[161].

Muito embora o Código de Processo Civil de 1973 não tratasse das hipóteses de cabimento da produção antecipada de provas, ela era admitida quando houvesse risco de perecimento da prova, não sendo possível a sua produção no momento oportuno, qual seja, na fase instrutória da ação declaratória do direito. A medida cautelar de produção antecipada de provas vinha regulada na Seção VI, do Livro III, do Código, que tratava dos procedimentos cautelares específicos. Assim, cabia o ajuizamento de uma medida cautelar de produção antecipada de provas antes ou durante um processo que se encontrava na fase de conhecimento para a conservação da prova, e tal medida era dependente dele (art. 796, CPC/73).

Já o Código de Processo Civil não só apresenta expressamente as suas hipóteses de cabimento, como também admite que ela seja ajuizada sem o requisito de risco de perecimento da prova, como se dá nas hipóteses em que sua produção possa viabilizar a autocomposição entre as partes do direito material sobre a qual recairá o objeto da prova ou outro meio de solução de conflito, bem como se o seu resultado puder justificar ou evitar o ajuizamento da ação de conhecimento que visaria a solucionar o conflito de interesses objeto da prova produzida antecipadamente (art. 381, incs. I a III, CPC).

Andou bem o legislador ao abarcar as demais hipóteses para a admissibilidade da produção antecipada de provas. A sua utilidade se coaduna com as normas fundamentais do processo civil, dentre elas, o estímulo à solução consensual dos conflitos (art. 3º, §§ 2º e 3º, CPC) e o princípio da eficiência, que está não só previsto no artigo 8º do Código de Processo

---

[161] No mesmo sentido, Flávio Luiz Yarshell: "Mais ainda, a antecipação da prova ou mecanismos de instrução preliminares não apenas permitem uma mais autêntica cooperação das partes como, ainda, se revelam um importante instrumento para combater o eventual abuso do processo. Isso ocorre na medida em que se oferecem aos interessados elementos a partir dos quais podem razoavelmente aferir suas chances de êxito. Dessa forma, atenua-se a dificuldade normalmente indicada na caracterização do abuso, que consiste na apuração do elemento subjetivo das partes em relação às posições que defendem perante o juízo. Embora remanesça o citado aspecto subjetivo, passa a haver parâmetros a partir dos quais a parte pode avaliar se sua conduta será, no fim, qualificada como abusiva." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 180).

Civil, como na própria Constituição Federal, ao tratar, em seu artigo 37, dos princípios que regem a administração pública direta e indireta.

A forma como ela vem disciplinada conferiu aos interessados na produção da prova a possibilidade de verificar o seu resultado antes da fase instrutória da ação de conhecimento, e, por isso, deu-lhes a chance de decidir se, ante o resultado da prova, seria viável o próprio ajuizamento do processo de conhecimento.

Aliás, sabendo que o seu direito é frágil, a própria parte que requereu a produção da prova poderá tomar a iniciativa de tentar um acordo com a parte contrária, de maneira a evitar o ajuizamento de ação que tem ciência que terá grandes chances de perder[162].

Isso trouxe uma maior eficiência à tutela dos direitos das partes como ao próprio Poder Judiciário, pois a utilização da ação de produção antecipada de provas, tal como foi formatada, evita o ajuizamento de ações infundadas, contribuindo, assim, para que as partes desistam de sua pretensão quando não forem convencidas do seu direito pelo resultado da prova, ou visem a realização de acordo ou outro meio alterativo de solução de conflitos, deixando de utilizar o Poder Judiciário.

A crise no Poder Judiciário não é atual, a comunidade jurídica há muito vem se dedicando a encontrar meios de, se não a solucionar, mitigá-la. O próprio Código de Processo Civil demonstra tal preocupação, ao, por exemplo, limitar as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento e criar os precedentes jurisprudenciais.

Com efeito, segundo o relatório "Justiça em números" de 2023[163], emitido pelo Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2022 foram ajuizados 31,5 milhões de demandas judiciais, o maior número da série histórica, que ocorre desde 2009, representando um aumento de cerca de 10% no ajuizamento de ações. Dos casos novos ajuizados, cerca de 73% pertencem à Justiça Estadual, e 10% à Justiça do Trabalho. O ano de 2022 foi encerrado com 81,4 milhões de processos em tramitação.

---

[162] Como observa Arthur Ferrari Arsuffi: "Trata-se, portanto, de instrumento que permite às partes exercerem papel de protagonistas na resolução de seus próprios conflitos." cf ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 105.

[163] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA- CNJ. **Justiça em números**. 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/sumario-executivo-justica-em-numeros-200923.pdf>. Acesso em: 09 out. 2022.

Realmente, os dados são alarmantes e se deve dar a devida eficiência ao processo, de forma que o Poder Judiciário possa conceder a devida tutela jurisdicional aos jurisdicionados e não entre em colapso, e, neste passo, criar soluções para que as partes resolvam os seus conflitos por outros meios que não perante o Poder Judiciário. Com isso não se quer dizer que a autotutela[164] passou a ser permitida, mas sim que demandas podem ser evitadas se a parte, anteriormente ao ajuizamento da ação de conhecimento, souber se a sua pretensão possui bases sólidas para tanto para avaliar se é conveniente o ajuizamento do processo de conhecimento ou mesmo buscar uma forma de se compor com as demais partes da relação de direito material.

Em países que adotam um sistema de produção de provas em fase anterior à fase instrutória do processo de conhecimento verificou-se que o número de processos que chegam efetivamente à fase de julgamento é reduzido[165].

Outrossim, se o exercício da tutela jurisdicional tem por excelência a função de resolver as crises de direito material existente entre os jurisdicionados, é inegável que a produção antecipada de provas estimula a solução de tais crises, ainda que através do não ajuizamento do processo que vise à composição da lide ou mesmo através da autocomposição ou meios alternativos de solução de conflitos.

Servindo a produção da prova como uma forma de convencer as partes acerca dos fatos que permeiam a relação jurídica de direito substancial, elas devem utilizar a prova com responsabilidade, evitando o ajuizamento de demandas sem fundamento, o que consiste em abuso de direito, e até mesmo procurando a realização de uma forma de autocomposição com o seu adversário. Portanto, a ação de produção antecipada de provas sem o requisito da urgência

---

[164] Sobre o conceito de autotutela, autocomposição e heterocomposição, oportunas são as lições de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco: "'autotutela' significa a imposição de determinada resolução ao conflito por uma das partes, à outra, independentemente da anuência desta à solução escolhida. As formas pertencentes a essa categoria valem-se da força física para a sua realização, como no caso da *vendetta* (aplicação de uma sanção a um infrator por parte do ofendido ou de seus familiares). A 'autocomposição', por seu turno, diz respeito às formas de solução de conflitos a partir do consenso entre as partes. Pertencem a esse grupo a desistência, a submissão e a transação (respectivamente, a renúncia à pretensão, a conformação com a resistência oposta, e a realização de concessões mútuas). Por fim, a 'heterocomposição' abrange os mecanismos de solução de conflitos de que participam terceiros, como a defesa de terceiro, a conciliação, a mediação, o processo estatal (judicial) e a arbitragem." cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 25.

[165] Analisando não somente a fase preliminar de produção da prova, mas outros fatores que levam à judicialização dos conflitos, ver WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz. Ação dúplice. **Revista de Processo**, v. 31, p. 138-143, jul-set. 1983.

não só não viola como é um importante instrumento para o escopo da atividade jurisdicional que visa, em última instância, à pacificação social[166].

Ainda que por via indireta, é inegável que a ação de produção antecipada de provas, analisada sob esta ótica, estimula a composição da lide, escopo do Poder Judiciário[167]. Visto sob esse prisma, o juiz não é o único e exclusivo destinatário da prova, na medida em que ela é valorada, em outro contexto, pelas próprias partes[168].

A valoração da prova produzida em sede de antecipação de provas é feita não só pelas partes interessadas, mas é um dever dos seus advogados. De acordo com o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 2º, parágrafo único, VI e VII), o advogado

---

[166] De acordo com Flávio Luiz Yarshell: "*O direito à prova* – com tal concepção – se afeiçoa não apenas ao escopo jurídico da jurisdição, mas especialmente ao escopo social, de pacificação pela superação da controvérsia: quanto melhor o interessado conhecer dados relativos à controvérsia, maior será a chance de propor uma demanda bem instruída; de deixar de fazê-lo; ou, de transigir. Nessa perspectiva, o direito à prova se afina com o componente preventivo que é inerente à inafastabilidade do controle jurisdicional e à adequada cognição." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários aos arts. 381 a 383. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civi**l. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.027, grifo do autor.

[167] Conforme Arthur Ferrari Arsuffi: "Atualmente, portanto, é preciso empregar maior amplitude no conceito tradicional de jurisdição civil, o qual passa a englobar todos os meios legalmente aceitos e que preservem os direitos e garantias fundamentais, para solucionar conflitos do modo mais eficiente possível, entre eles a produção antecipada da prova. Dentre esses meios, a produção antecipada da prova tem lugar de destaque, pois, como se verá ao longo deste trabalho, permite, através de atividade judicial, que as partes possam resolver seus conflitos de maneira mais eficiente, o que vai ao encontro do objetivo precípuo da jurisdição. Nessa ordem de ideias, a linha mestra para incluir determinada atividade dentro do conceito ampliado da jurisdição civil é exigir que ele: (i) seja praticado perante autoridade judicial e (ii) que sua finalidade esteja relacionada – ainda que de forma indireta ou periférica – com a resolução de conflitos." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, pp. 38-39.

[168] Conforme observa Flávio Luiz Yarshell, "a prova não desempenha apenas o tradicional papel de formar o convencimento do juiz, mas atua de forma relevante na formação do convencimento dos interessados relativamente a suas chances de êxito em futuro processo (quer para demandar, quer para resistir a dada pretensão). A ausência de elementos probatórios preliminares, se não impede, dificulta essa avaliação das partes; avaliação que, se houvesse, poderia, inclusive, levar a soluções de autocomposição, com mais rápida e eficaz eliminação da controvérsia e pacificação social. Assim, se a antecipação ou pré-constituição da prova, dentro de certas condições, harmoniza-se com o interesse público, sua falta – aí, certamente, decorrente da inércia dos interessados – não deixa de configurar prejuízo ao interesse da coletividade." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, pp. 53-54. Ainda, segundo observação de Eduardo Talamini: "Supera-se a noção de que as provas têm por destinatário único o juiz, não dizendo respeito às partes. Reconhece-se que as partes têm, em relação às provas, não apenas uma faculdade estritamente instrumental e interna ao processo, atinente ao exercício da ação e da defesa. Mais do que isso, as partes têm direito à produção ou à aferição da veracidade da prova, antes e independentemente do processo, por uma série de razões: avaliar suas chances efetivas numa futura e eventual disputa litigiosa, estimar os custos de tal disputa, verificar as possibilidades e termos de um possível acordo com o adversário – e assim por diante. Como se vê, esses objetivos guardam relação instrumental com uma possível disputa litigiosa, em que aquela prova poderia vir a ser usada. Mas essa disputa litigiosa não é apenas futura, e sim também eventual. Pode vir a não existir. Mais do que isso, o resultado da ação probatória pode ser decisivo para que ela não ocorra. Evidencia-se assim que a prova, ainda que não perdendo seu caráter de instrumentalidade, não se destina apenas à demonstração de fatos dentro de um específico processo. Tem um papel que vai muito além disso, ao fornecer previamente balizas para as partes, como acima destacado." cf. TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, v. 260, pp. 75-101, out. 2016, p. 76.

deve buscar a conciliação entre as partes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios, bem como tem o dever de aconselhar o seu cliente a não ajuizar lide aventureira, isto é, desprovida de fundamento.

Portanto, a produção antecipada da prova fora do âmbito do processo em que se solucionará a controvérsia é um estímulo à busca da autocomposição e para se evitar o abuso do direito processual. As partes têm o direito de requerer a produção antecipada da prova, mas disso advém consequências e responsabilidade a elas e a seus advogados, o que é de todo louvável, pois há um aprimoramento da função jurisdicional e do dever ético de todos que participam da relação jurídica processual[169].

Ao reconhecer o direito à prova como um direito autônomo, importante considerar que se alargou o direito de ação para além das hipóteses de lesão ou ameaça de lesão a um direito, previsto na Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXV, pois confere ao jurisdicionado o direito de produzir determinada prova sem que haja qualquer lide ou mesmo ameaça a lesão a qualquer direito. E a ação de produção antecipada de provas, tal como regulamentada no Código de Processo Civil, não pode ser vista como inconstitucional neste ponto.

Isso porque a Constituição Federal não limitou a função jurisdicional a tais hipóteses. O Poder Judiciário não pode se esquivar de apreciar lesão ou ameaça ao direito, mas com isso não se conclui que o direito de ação não pode ser exercido fora dessas hipóteses, como se dá nos casos de produção antecipada de prova sem o requisito da urgência.

Ressalte-se que a ação de produção antecipada de provas sem o requisito de urgência no direito comparado é prevista e utilizada há um largo período, sendo um importante meio de estimular a autocomposição.

Nos países que adotam a *common law*, tal como se dá com a Inglaterra e Estados Unidos, já se previa uma fase preliminar em que as partes produzem as provas que pretendem acerca da controvérsia, o que acarreta, não obstante o processo ficar mais custoso e ineficiente,

---

[169] Conforme observa Flávio Luiz Yarshell: "Quanto maior amplitude da cognição prévia acerca da controvérsia, mais se pode exigir eticamente das partes em juízo, relativamente ao dever de veracidade." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 206. No mesmo sentido, Arthur Ferreira Arsuffi: "Frise-se, portanto, que as partes têm, portanto, o dever de litigar de forma mais responsável e consciente – principalmente agora que o Código prevê instrumento próprio que possibilita o acesso aos dados necessários para tomar decisões conscientes, qual seja, a produção antecipada da prova." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 127.

esclarecimentos das próprias partes acerca dos fatos e que elas tenham, por isso, condições de avaliar os riscos de se prosseguir no processo e se submeter ao julgamento (*trial*).

Na Inglaterra, pela edição do *Civil Procedure Act*, em 1997 e das *Civil Procedure Rules*, em 1998, que passarram a vigorar no ano seguinte, estabeleceu-se o dever de revelação das partes (*disclosure*) tanto no procedimento de *pre-action* como na *pretrial*, sendo aquela uma fase anterior ao ajuizamento da ação que tem por objetivo a resolução da lide, e esta, a fase anterior ao julgamento da lide, tendo a ação sido ajuizada.

O ordenamento jurídico inglês permite que aquele que ainda não tem certeza se pretende veicular a sua pretensão perante o Poder Judiciário valha-se do instituto denominado *pre-action*, em que as partes devem trocar informações relevantes acerca da controvérsia. Trata-se de um dever de revelação das partes acerca não só das provas sob as quais fundamentarão as suas alegações no decorrer de eventual processo, como de todos os fatos importantes que permeiam a controvérsia, ainda que fragilizem a sua posição jurídica, sendo essa obrigação regulada por treze protocolos a serem obedecidos pelas partes. O descumprimento da parte do seu dever de revelação pode ser sancionado através da aplicação de uma das penalidades do *contempt of Court.* Pela análise das provas apresentadas pelas partes, estas poderão avaliar as suas chances de êxito no ajuizamento de ação que tenha por escopo a resolução da controvérsia, decidindo se irão ou não recorrer ao Poder Judiciário, ou mesmo tentar uma solução da lide mediante a autocomposição. Como não há um processo judicial, o juiz não controla, nesse momento, o ato das partes, que será apreciado posteriormente se a demanda que tem por objetivo a resolução da lide for ajuizada. Caso as partes cheguem a uma autocomposição, a apreciação do comportamento das partes acerca do *disclosure* resta prejudicado[170].

É possível até mesmo nesse procedimento ser solicitado documentos em poder de terceiros – o que deve ser submetido ao controle judicial -, bem como seja expedida uma ordem de busca e apreensão dos referidos documentos a este sem a sua prévia intimação para apresentá-los, desde que demonstrada a relevância do documento para o deslinde da controvérsia e que seja demonstrado, com um certo grau de probabilidade, que as partes serão

---

[170]. ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 202-205; JOLOWICZ, John Anthony. **On civil procedure**. Cambridge: University Pressa, 2002, pp. 41-45.

partes em um futuro processo em que se resolverá a crise de direito material e que há perigo de perda ou destruição dos documentos pelo destinatário da ordem de busca e apreensão[171].

O *disclosure* também é previsto na fase *pretrial* da ação, ou seja, antes da audiência em que ocorre o julgamento. Nesta fase, as partes devem revelar todas as provas sobre os fatos relacionados à controvérsia, sejam favoráveis ou não à sua posição jurídica. Sendo uma fase em um processo já instaurado e em trâmite, a atuação das partes é controlada pelo juiz, que poderá sancionar as partes com a sanção do *contempt of Court*.[172]

Assim como ocorreu na Inglaterra, os Estados Unidos também preveem uma fase de *discovery* antes do julgamento do processo. As *Federal Rules of Civil Procedure*, de 1997, previam essa fase antecedente ao processo judicial, de forma abrangente e não necessariamente dirigida por um juiz.

Assim, o instituto facultava às partes a obtenção de declarações da parte contrária e de terceiros, o que não se dava perante um juiz, mas perante um oficial público ou pessoa indicada pelo juiz pelo qual essa fase processual se desenvolvia; interrogatórios, que se davam perante o juiz, mas que podiam ser realizados na fase final do *discovery* ou mediante uma audiência preliminar ao ajuizamento do processo, denominada *pretrial confference;* apresentação de documentos; coisas; inspeção de lugares; testes; exame físico ou mental de pessoas; e até mesmo o pedido para que a parte contrária reconheça determinados fatos (*request of admission*)[173].

Contudo, a experiência na utilização do instituto revelou que, dado o seu caráter abrangente e, em algumas situações, sem o controle judicial, não raras vezes ele era utilizado de forma abusiva, o que comprometia a eficácia do procedimento, eis que o tornava moroso e

---

[171] Ver: BESSO, Chiara. **La prova prima del processo**. Torino: G. Giappichelli Editores, 2004, pp. 111-118.
[172] RODRIGUES, Daniel Conalgo; LAUX, Francisco de Mesquita. Produção antecipada da prova sem o requisito da urgência: a experiência estrangeira e o CPC/2015. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 142-144.
[173] Conforme Oscar Chase: "As normas processuais norte-americanas autorizam uma ampla gama de ferramentas com as quais os advogados dos litigantes podem buscar provas fora do Tribunal, mas estando respaldados pela autoridade da Corte em exigir a cooperação dos adversários e terceiros. Cada parte tem o poder de exigir que o adversário e outras testemunhas em potencial se sujeitem a questionamentos orais sob juramento sem a presença do juiz (deposition), respondam sob juramento perguntas escritas (interrogatories), ofereçam seus documentos para exame do adversário (document discovery) e, quando suas condições físicas e mentais estejam em discussão, submetam-se a exames médicos realizados por um profissional da escolha do interessado. [...]. A par de estabelecer um prazo para a conclusão do processo, o juiz normalmente se envolverá apenas se uma das partes pedir uma decisão sobre um pleito ou uma defesa em particular." cf. CHASE, Oscar. **Direito, cultura e ritual:** sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. Tradução Sérgio Arenhart e Gustavo Osna São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 91.

dispendioso. Por essa razão, as *Federal Rules of Civil Procedure* passaram por sucessivas reformas a partir da década de 1980, de forma que as partes deveriam se sujeitar à *pretrial confference* já na fase inaugural da fase de *discovery.* dirigida por um juiz, que iria verificar a pertinência das provas requeridas e apreciar os pedidos de acordo com a relevância da prova à controvérsia e a proporcionalidade na sua produção.

Na década de 1990 reforçou-se os poderes do juiz na fase *discovery*, bem como se estabeleceu limites em relação aos números de providências de certas provas a serem requeridas pelas partes, que deveriam apresentar um programa antes da *pretrial confference*, devendo ser apresentado o rol de documentos que faria parte dessa fase do processo, pessoas que deveriam ser ouvidas ou que estariam em posse dos documentos, além da indicação de assistentes técnicos para a produção de testes[174].

A produção das provas na fase do *discovery* é imputada e destinada às partes. Isso porque, nessa fase preparatória do processo não é dado ao juiz conhecer o direito e a lide controvertida, mas sim esclarecer as partes sobre os fatos e respectivas provas que norteiam a controvérsia, para que elas se preparem para uma fase de julgamento do processo, que lhe é posterior.

Não obstante tal fato, neste procedimento há uma fase em que o juiz, embora não decida a controvérsia existente entre as partes, e a sua decisão não vincule o juiz que resolverá a lide, avalia as provas realizadas pelas partes, de modo a propiciar a reavaliação das partes em relação às suas chances e riscos se efetivamente levarem a sua lide à apreciação do Poder Judiciário.

As hipóteses de cabimento para a ação de produção antecipada de provas também sofreram modificações ao longo do tempo na Alemanha. Em sua concepção original, a ação de produção antecipada de provas era admitida em caso de risco de perecimento da prova ou de acordo entre as partes, e tinha como objeto somente a prova testemunhal, a inspeção judicial e a prova pericial. A partir de 1924, foi admitida para que se demonstrasse o "estado atual de uma coisa", o que não guardava relação, necessariamente, com o risco de perecimento da produção da prova. Em 1990, houve nova alteração no rito, sendo admitida a realização da prova pericial expressamente para que seja evitado o ajuizamento de um processo que tenha por objeto a solução da controvérsia. Note-se que, a partir de 1990, o Zivilprozessordnung (ZPO)

---

[174] BESSO, Chiara. **La prova prima del processo**. Torino: G. Giappichelli Editores, 2004, p. 123.

reconheceu um autêntico direito à produção da prova ao jurisdicionados, no intuito de esclarecer as suas chances de sucesso caso a controvérsia seja judicializada[175].

Por fim, encontramos a possibilidade de produção antecipada de provas, sem o requisito de urgência, na Europa Continental já no direito romano-canônico clássico e pós-clássico, pelos institutos *publicatio ad perpetuam rei memoriam* e *probatio ad futuram memoriam*, e, atualmente, à *istruzioni preventiva* e o *sequestro giudiziario* italiano, e à *mesure d´instruction in futurum* francesa[176], por exemplo, além da sua previsão no direito alemão, conforme exposto.

Digno de nota, ainda, observar que as novas hipóteses de cabimento da produção antecipada de provas no direito processual civil brasileiro rompem, em certa medida, com a tradicional ideia de que o Poder Judiciário não é órgão de consulta, não podendo ser utilizado pelos jurisdicionados para fins de esclarecimentos sobre o direito que entendem que possuem[177].

Se é certo que o juiz, na ação de produção antecipada de provas, não valora a prova produzida (art. 382, § 2º, CPC), não se manifestando sobre o que restou demonstrado com o resultado da prova produzida judicialmente, não respondendo a eventual "consulta" da parte, não se pode negar que a produção antecipada da prova, sem o requisito de urgência, tem por objetivo esclarecer os interessados sobre os fatos relativos ao direito que eles alegam possuir,

---

175. BESSO, Chiara. **La prova prima del processo**. Torino: G. Giappichelli Editores, 2004, pp. 27-65.

176 RODRIGUES, Daniel Conalgo; LAUX, Francisco de Mesquita. Produção antecipada da prova sem o requisito da urgência: a experiência estrangeira e o CPC/2015. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021,p. 141.

177"RECURSOS ESPECIAIS. PREVIDÊNCIA PRIVADA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA. INTERESSE PROCESSUAL. AUSÊNCIA. CONDIÇÃO DA AÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. NECESSIDADE. [...] 3. No caso dos autos, desponta cristalina a desnecessidade do provimento judicial para responder a indagações hipotéticas da parte autora, fundadas no exercício do direito de retirada de patrocínio não efetivado e sequer cogitado. 4. O Poder Judiciário não pode ser utilizado como órgão de consulta para responder a questionamentos das partes acerca de situações futuras hipotéticas e abstratas. 5. Recurso especial da PETROS provido e recurso especial da ARLANXEO prejudicado." (REsp n. 1.750.925/RJ, relator Ministro Moura Ribeiro, relator para acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 24/9/2019, DJe de 10/10/2019). "ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. ATIVIDADE DE PRATICAGEM. LIMITES DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA. FIXAÇÃO DE PREÇOS MÁXIMOS PELA AUTORIDADE MARÍTIMA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. ART. 1.022 DO CPC/2015. ERRO MATERIAL, OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS. [...] 3. Dito isso, não pode agora vir a administração pública a esta Corte Superior e pedir que lhe enumere quais seriam os casos concretos em que se permitiria a intervenção da autoridade marítima para a pretendida fixação dos preços dos referidos serviços, pois o Poder Judiciário não constitui órgão de consulta à disposição das partes, especialmente quanto a hipotéticas e abstratas situações futuras de aplicação de dispositivos legais ou de orientações jurisprudenciais, ou prevenção de problemas e novas demandas judiciais. 4. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no REsp n. 1.662.196/RJ, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 5/12/2017, DJe de 19/12/2017).

e, por isso e sob essa ótica, não visa a uma solução da lide ou mesmo a antecipar uma prova que será utilizada em processo judicial que vise a tal solução, mas sim a conscientizar as partes das suas chances de êxito em tal demanda, o que pode ensejar a autocomposição entre as partes e evitar o ajuizamento de processo judicial que vise ao acertamento da lide.

Contudo, esse direito à produção antecipada da prova não é absoluto, ainda que não seja fundado na urgência da produção da prova. É preciso que o autor, ao utilizar-se de tal procedimento, demonstre o seu interesse processual, ou seja, na necessidade e utilidade da prova, isto é, que demonstre que existe uma lide existente ou hipotética entre as partes e que a prova a ser realizada é pertinente e útil para o esclarecimento dos fatos controvertidos[178]. Tanto é assim que o *caput* do artigo 382, do Código de Processo Civil, atribui ao autor da ação de produção antecipada de provas o ônus de demonstrar as razões que justifiquem a necessidade da prova e os fatos sobre os quais a atividade deverá recair. Portanto, não pode o demandante pretender a produção antecipada da prova para fins meramente especulativos.

Por esta razão, ainda que o direito à prova seja um direito autônomo, ou seja, sem que a produção da prova esteja atrelada a um processo cujo objeto é a resolução da lide travada entre as partes, não se pode negar que a relação jurídica de direito material deve ser apresentada pela parte que requeira a prova, para que o juiz que dirigirá a ação de produção antecipada de provas

---

[178] Sobre o tema, Flávio Luiz Yarshell observa que "Não se trata, portanto, de admitir uma espécie de direito incondicionado à prova, que colocaria o Estado na posição de sujeição, isto é, de ter que sempre dar resposta positiva ao pleito de pré-constituição da prova, ainda que sem relação – mesmo que mediata – com uma futura declaração do direito. Assim, sob o ângulo do Estado, não interessa despender energia para a produção antecipada de uma dada prova sem qualquer relação, por menor e hipotética que possa ser, com uma controvérsia minimamente delimitada e com a expectativa, ainda que relativamente longínqua, de um julgamento estatal. Aliás, indefinição dessa ordem inviabilizaria a própria atuação estatal, porque não seria possível determinar quais seu objeto e limites." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 335. Ainda, segundo Bruno Augusto Sampaio Fuga: "As razões que justificam a antecipação (CPC/2015, art. 381) e principalmente os fatos sobre os quais a prova há de recair devem ser precisos e não genéricos. Do contrário, a prova prestada poderá ser imprecisa e, consequentemente, imprestável para o processo principal." cf. FUGA, Bruno Augusto Sampaio. A Produção antecipada da prova: aspectos gerais e natureza da sentença. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 128. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery coadunam do mesmo entendimento, ao afirmarem que "A necessidade de pedir a antecipação da prova é, na verdade, o interesse processual no ajuizamento da medida (CPC 485 VI). Não demonstrando o requerente a existência da necessidade da antecipação, o pedido deve ser extinto sem conhecimento do mérito. [...] Na petição inicial do pedido de produção antecipada de prova, o requerente deverá dar os fundamentos de fato e de direito que justificam o requerimento, bem como deverá deduzir o pedido de antecipação da prova, com suas especificações. Neste contexto, é necessário que indique qual será o fato probando objeto da antecipação." cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 21.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, pp. 967-968). No mesmo sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves: "Os requisitos indicados pelo dispositivo, ora comentado, parecem ser exigidos para que o juiz possa analisar o interesse de agir do autor, tanto pelo aspecto da necessidade quanto da adequação." cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de processo civil comentado**. 4.ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 738.

verifique a legitimidade das partes, bem como o interesse processual da parte que requer a sua produção. A prova deve ser pertinente para demonstrar algum fato requerido pela parte, e o esclarecimento do fato, por sua vez, deve ser útil e necessário para o deslinde de eventual futura crise de direito material existente entre as partes ou mesmo crise já existente[179].

Ainda, oportuno ressaltar que, além de ser útil para que as partes avaliem de forma objetiva as suas chances e riscos de judicializar a lide, a ação de produção antecipada de provas pode ainda ser imprescindível, de modo que é necessária a intervenção do Poder Judiciário - para a sua produção. Como exemplo, podemos citar os casos em que a parte pretende a quebra de sigilo bancário ou fiscal, ou mesmo que uma linha telefônica seja grampeada. Nestes casos[180], a prova é ilícita, e o juiz deve sopesar os valores em jogo para deferi-la. Somente mediante a sua admissão pelo Poder Judiciário é que ela detém característica de validade, podendo ser, a partir daí, utilizada no processo que resolverá a lide.

Outro exemplo seria o pedido de exibição de documento que está em poder da outra parte ou de terceiro. Não sendo permitida a autotutela, a parte não tem poder de apreender o documento que está em posse de terceiro, expediente que deve utilizar o juiz se este insistir em não o apresentar, conforme prevê o artigo 403, parágrafo único, do Código de Processo Civil[181]. Por fim, em relação à parte adversa que se negar a apresentar o documento sem justo motivo, não se pode presumir verdadeiros os fatos que o autor pretendia apresentar[182], nos termos do artigo 400, do Código de Processo Civil, em sede de produção antecipada de provas, mas poderá o juiz que dirige a ação de produção antecipada de provas adotar medidas coercitivas e até mesmo sub-rogatórias para que a coisa ou o documento seja exibido. Nestas hipóteses, a prova poderia ocorrer na esfera extrajudicial se a parte adversária ou mesmo o terceiro, em poder do documento, contribuísse e apresentasse os documentos. Contudo, havendo a recusa ou silêncio, a produção da prova perante o Poder Judiciário se mostra absolutamente necessária, pelas razões acima expostas.

---

[179] Entendendo de maneira diferente nas hipóteses em que a parte requer e apresentação de documento ou coisa fundada na relação jurídica de direito material, Flávio Luiz Yarshell afirma que "não parece haver um direito à prova nos termos sugeridos. O direito, em suma, é à pessoa ou à coisa, e não propriamente à prova, que, quando muito, aparece apenas de forma eventual e secundária." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009p. 235.

[180] Este tema foi tratado no tópico 1.2.3 desta Tese.

[181] Conforme obtempera Flávio Luiz Yarshell, "sendo indispensável a prática de atos de coerção ou privativos do Estado, é de se duvidar que outro órgão estatal – que não integre o Poder Judiciário ou, ao menos, que não seja marcado por rigorosa imparcialidade – possa determiná-los." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 301.

[182] Este tema será tratado no tópico 2.4.9 desta Tese.

Não obstante a sua natureza jurídica contenciosa de maneira geral, à exceção da hipótese descrita anteriormente, é plenamente possível que as partes celebrem negócio jurídico processual sobre o objeto da ação de produção antecipada de provas, com fundamento no artigo 190, do Código de Processo Civil[183] e conforme Enunciado 19, do Fórum Permanente de Processualistas de Processualistas Civis[184]. Assim, as partes podem dispor sobre o foro em que tramitará o rito da ação de produção antecipada de provas[185], sobre os meios e fontes de prova que poderão ser utilizados pelas partes, sobre eventual hierarquia entre as provas a serem produzidas, eis que, não obstante não haja tal tarifação no ordenamento processual brasileiro, não há óbice para que haja convenção entre as partes sobre essa questão, ônus da prova, dentre outras questões. Especificamente se o negócio jurídico processual entabulado entre as partes versar sobre o ônus probatório, a disposição não poderá tornar a desincumbência de tal ônus ser excessivamente difícil à parte, sob pena de se tornar inválida, nos termos do artigo 373, §3º, II, do Código de Processo Civil.

Por fim, é possível que o autor requeira a produção de mais de uma prova em sede de ação de produção antecipada de provas, e sobre mais de um fato. Contudo, deve demonstrar a pertinência do esclarecimento dos fatos que pretende demonstrar para a lide existente ou hipotética entre as partes, bem como que a sua produção antecipada seria cabível dentre as hipóteses que serão apresentadas posteriormente[186]. É preciso que o autor, em sua petição inicial, demonstre efetivamente os fatos ou relação jurídica que pretenda demonstrar, bem como o meio de prova para tanto, sob pena de o seu pedido não ser determinado. Ainda, não deve ser admitida a cumulação de vários pedidos de produção antecipada de provas se tal fato acarretar

---

[183] "Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo."

[184] "São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso14, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de disclosure), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal."

[185] Este tema será tratado no tópico 2.4.1 desta Tese.

[186] Este tema será tratado no tópico 2.2 desta Tese.

demora excessiva no procedimento, devendo ser aplicado, para esta hipótese, o disposto no artigo 382, § 3º, do Código de Processo Civil, com as observações pertinentes a esse respeito[187].

2.1 Natureza jurídica

A ação de produção antecipada de provas possui uma natureza jurisdicional, sendo evidente que o juiz, ao conduzir a produção da prova, exerce uma função jurisdicional.

Com efeito, e muito embora o juiz, na ação de produção antecipada de provas, não as valore na perspectiva de resolver a controvérsia entre as partes, de acordo com o artigo 382, § 2º, do Código de Processo Civil, com isso não se pode afirmar que não decida sobre a possibilidade de sua própria produção e os limites para tanto.

O juiz, na ação de produção antecipada de provas, não consiste em um mero homologador da prova. Para que ela tenha a força de ser uma prova judicial, intuito do autor que requer a sua produção em juízo, o magistrado deve tomar medidas para que ela seja devidamente produzida, se é que ela pode ser produzida.

Assim, ao analisar o pedido de produção da prova, o juiz deve apreciar se o autor do processo tem interesse na sua produção, ou seja, se a prova é pertinente para a elucidação dos fatos que permeiam a controvérsia entre as partes. Demais disso, além de apurar o interesse processual do autor na produção da prova, o juiz deve apreciar se o autor possui o direito de requerer a sua produção, como acontece, por exemplo, na hipótese de o autor requerer a produção de uma prova ilícita.

Outrossim, ainda que seja deferida a sua produção, o juiz deve assegurar que todos os envolvidos na controvérsia participem da relação jurídica processual, assim como lhes seja assegurado o direito ao contraditório, de sorte que, além da sua participação no processo, seja-lhe assegurada a sua participação efetiva na produção da prova. Sobre esta questão, deve o juiz apreciar, em pedidos de produção liminar da prova, sem que haja a participação do réu em sua produção, se estão presentes os requisitos que a justifiquem[188].

No que tange à produção da prova propriamente dita, o juiz deve dirigi-la, seja nomeando um perito judicial, substituindo-o em caso de sua impugnação ou indeferindo

---

[187] Este tema será tratado no tópico 2.4.6 desta Tese
[188] Este tema será tratado no tópico 2.4.5 desta Tese.

quesitos impertinentes no que tange à prova pericial[189], seja acatando a contradita e indeferindo perguntas impertinentes na produção da prova oral. Até mesmo o juiz pode deferir a produção de outra prova pericial se se convencer que a matéria não foi suficientemente esclarecida, conforme autoriza o artigo 480, do Código de Processo Civil.

Vemos, pois, que o juiz exerce poderes decisórios na ação de produção antecipada de provas, ainda que não valore o seu resultado no que pertine à controvérsia existente entre as partes.

Uma decorrência do aspecto jurisdicional da produção antecipada de provas consiste no exercício de um autêntico direito de ação ao autor veicular a sua pretensão, eis que o autor, ao pretender a produção da prova de forma antecipada, rompe com a inércia da jurisdição, como prevê o artigo 2º, do Código de Processo Civil[190]. E, ao exercer o seu direito de ação, em sede de ação de produção antecipada de provas, o jurisdicionado deve demonstrar os pressupostos de constituição e validade do processo e as condições da ação[191].

Flávio Luiz Yarshell[192] confere enfoque à natureza na ação de produção antecipada de provas. Tendo em vista que a prova pode ser realizada de maneira extrajudicial, pelas próprias partes – salvo nos casos em que ela necessariamente deve ocorrer perante o Poder Judiciário -, ao optar pela ação de produção antecipada de provas, ela tem a natureza de substituir a prova que seria feita diretamente pelas partes.

---

[189] Sobre o indeferimento de quesitos, muito bem observam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero: "É importante observar que é prudente o deferimento de todos os quesitos formulados pelas partes. Apenas os quesitos manifestamente impertinentes, conforme a própria narrativa do contexto fático a que se liga a prova pericial, é que são passíveis de indeferimento." cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 410).

[190] Segundo Flávio Luiz Yarshell :Se o direito de ação pode ser entendido como o direito de estimular a jurisdição e se a atividade realizada na produção antecipada da prova é, por tudo que se viu, tipicamente jurisdicional, então, confirma-se que o direito à prova, com tal delineamento, encontra respaldo no próprio direito de ação..." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 313.

[191] Este tema será tratado no tópico 2.4.3 desta Tese.

[192] "Assim, sem embargo de todas as possibilidades de pré-constituição da prova pelas partes sem a intervenção estatal, isso nem sempre é o quanto basta ou, por outro lado, nem sempre é o que se revela mais útil, quer sob o prisma das partes, quer sob o ângulo do Estado. Não obstante o papel dos interessados, a presença do juiz na atividade probatória ora apresenta um elevado grau de utilidade, ora se revela simplesmente imprescindível. Entra aí, portanto, a atuação estatal com nítida feição substitutiva. A propósito, basta considerar o papel de direção e de presidência dos trabalhos de colheita, produção e registro da prova desempenhado pelo órgão judicial. Nestas tarefas a intervenção estatal recai sobre a atividade alheia e atua vontade do direito objetivo concernente a outrem." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 283.

Com efeito, não é ilícito que a parte colha o depoimento de uma testemunha através de ata notarial, ou mesmo contrate um técnico para elaborar um laudo técnico, com o intuito de substituir uma prova pericial. Contudo, tais provas, ainda que possam ser feitas pela parte, serão classificadas como provas documentais, pré-constituídas ao ajuizamento do processo que tiver por fim o deslinde da controvérsia, e não teriam o condão de substituir uma prova oral ou mesmo pericial.

Com isso não se quer afirmar que no modelo processual brasileiro há uma hierarquia do valor das provas, eis que este é calcado no princípio da livre persuasão racional do juiz[193], decorrência do que preconiza o artigo 371, do Código de Processo Civil. Entretanto, ainda que não haja uma hierarquia das provas em relação à sua força probante, tal fato não influencia as provas no tocante à sua classificação. Uma ata notarial é um documento público, que possui presunção relativa de veracidade. Contudo, consiste em uma prova documental, não podendo ser considerada uma prova oral, na medida em que o juiz e tampouco a parte contrária poderão formular perguntas ao declarante do documento. O mesmo se diz em relação ao laudo técnico unilateral, em que a parte contrária restou alijada de apresentar quesitos e participar da produção da prova.

Não se pode desconsiderar, ainda, que a prova pré-constituída foi colhida e produzida exclusivamente por uma das partes, envolvida na controvérsia e interessada no seu resultado. Tal prova não será só valorada em seu resultado na hipótese de ser utilizada em futuro processo que tenha por objetivo resolver a lide, como também será objeto de análise a respeito de sua validade e eficácia, o que não ocorre com uma prova colhida e produzida em sede de produção antecipada de provas, perante um juiz, um sujeito imparcial na relação jurídica que, ao final, homologará ou não a prova. A homologação judicial da prova consiste no reconhecimento, pelo Poder Judiciário, de que ela é válida e eficaz, não tendo a parte tal reconhecimento se realizar a pré-constituição da prova por sua própria iniciativa.

Não obstante esses fatos, é certo que a parte, mesmo assim, tem o direito de esclarecer os fatos que permeiam a controvérsia unilateralmente e, se optar por produzi-la em juízo por meio da ação de produção antecipada de provas, esta terá uma natureza substitutiva em relação à iniciativa das partes.

---

[193] Este tema foi tratado no tópico 1.2.11 desta Tese.

Por todas essas razões, entendemos que a ação de produção antecipada de provas possui natureza jurídica de jurisdição contenciosa. Isso porque, ainda que não haja a resolução da lide no seu plano substancial, a ação de produção antecipada de provas se funda em uma lide já existente ou potencial entre as partes, sendo possível que haja uma controvérsia acerca do próprio direito do autor em requerer a produção da prova, ou mesmo sobre como ela deve ser produzida, devendo o juiz se manifestar sobre tais questões no curso do processo e, ainda, ao final, decidir se a prova produzida é válida e eficaz. Portanto, tendo em vista que se funda em um conflito entre as partes acerca da própria produção da prova e o seu modo, a sua natureza é de jurisdição contenciosa[194]. A própria redação do §1º, do artigo 382, do Código de Processo Civil, permite tal conclusão, ao determinar a citação de todos os interessados na produção da

[194] Eduardo Talamini defende o mesmo posicionamento, ao sustentar: "Mas a produção antecipada de prova nem sequer se trata de simples 'jurisdição voluntária'. Por um lado, ela normalmente se insere no contexto de um conflito, ainda que não tenha por escopo diretamente o resolver. Por outro, pode estabelecer-se um conflito específico relativamente à própria produção da prova (por exemplo, o demandado resiste, não permitindo acesso às fontes probatórias). Em qualquer caso, o juiz substitui-se às partes: atuando como terceiro imparcial, define as normas jurídicas incidentes sobre os fatos postos, relativamente à admissibilidade e modo de produção da prova." cf. TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, v. 260, p. 76, out. 2016. No mesmo sentido foi defendido tal posicionamento em sua obra com WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: cognição jurisdicional. 16.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. v. 2: processo comum de conhecimento e tutela provisória, pp. 369-370. Ver, ainda, YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários aos arts. 381 a 383. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civi**l. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 1027-1.028. Perfilha dessa corrente Arthur Ferrari Arsuffi: "Trata-se, ainda e em regra, de procedimento de jurisdição contenciosa, pois, como diz Eduardo Talamini, se insere, ainda que indiretamente, no âmbito de um conflito, cuja solução não é o seu escopo imediato. Consiste, portanto, em verdadeira demanda, procedimento jurisdicional contencioso, desvinculada e absolutamente autônoma de eventual e futuro processo onde se pretenda declaração de direito material." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 44. Daniel Amorim Assumpção Neves compartilha do mesmo entendimento para todas as hipóteses de ação de produção antecipada de provas – com o que não concordamos -, ao asseverar que "é importante afirmar que esses processos probatórios são espécies de processos jurisdicionais, sendo inadmissível crer em uma natureza administrativa ou qualquer outra que não a jurisdicional. Esse entendimento parece o mais correto até mesmo em situações em que as ações cautelares probatórias são destituídas de qualquer espécie de conflito de interesses, de modo a funcionar como homologação judicial dos interesses dos sujeitos que buscam o Poder Judiciário, ou ainda quando se produz uma prova sem que exista resistência do demandado." cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 9-10. Defendendo a natureza voluntária da ação de produção antecipada de provas, ainda que o réu se insurja à pretensão do autor, Fredie Didier Jr.: "O processo autônomo de produção antecipada de prova é de jurisdição voluntária. Não é processo cautelar – não há sequer necessidade de alegar urgência. A circunstância de poder haver conflito quanto à existência do direito à prova não o desnatura: é da essência da jurisdição voluntária a existência de uma *litigiosidade potencial.* É jurisdição voluntária pelo fato de que não *há necessidade de afirmação do conflito em torno da produção da prova*." cf. DIDIER JUNIOR, Fredie. Produção antecipada da prova. In FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 195. No mesmo sentido, Vinícius Vilela dos Santos e Marcos Vicente Dassie Noronha: "Ainda quanto à natureza jurídica, trata-se de procedimento de jurisdição voluntária, 'pelo fato de que não há necessidade de afirmação do conflito em torno da produção da prova', razão pela qual, inclusive, não há sucumbência." cf. SANTOS, Vinícius Vilela dos; NORONHA, Marcos Vicente Dassie. Produção Antecipada de Provas como Instrumento de Autocomposição. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 382.

prova, salvo se o rito não possuir caráter contencioso, do que se conclui que este pode ter este caráter.

Contudo, nada impede que o réu não ofereça resistência à produção antecipada da prova, o que ensejará que o autor arque com os ônus sucumbenciais[195].

O que é importante, para que seja fixada a natureza jurídica da ação de produção antecipada de provas, é a *possibilidade* da existência do conflito de interesses entre as partes sobre o direito do autor à sua produção e o modo em que ela será produzida, devendo o juiz decidir a respeito do direito à prova e, se esta foi produzida, sobre a sua validade e eficácia. Não há necessidade de que o réu exerça efetivamente o seu direito para fins de identificação da natureza jurídica da ação. Fosse assim, não teria natureza jurisdicional os processos cíveis em que o réu é revel.

Especificamente na hipótese prevista no artigo 381, §5º, do Código de Processo Civil, ou seja, quando utilizada para registrar algum fato ou relação jurídica sem caráter contencioso, situação em que se dispensa a citação dos interessados na produção da prova (art. 382, §1º, CPC), a ação de produção antecipada de provas assume a natureza de jurisdição voluntária, justamente porque não há a possibilidade de haver conflito de interesses na produção da prova. Tanto é assim que o próprio legislador expressamente determinou que tal hipótese de cabimento da ação de produção antecipada de provas não tem natureza jurídica contenciosa.

2.2 Hipóteses de cabimento

2.2.1 Risco de perecimento do direito à produção da prova

Esta é a hipótese clássica para a produção antecipada da prova, e a única até então prevista em nosso ordenamento jurídico até o advento do Código de Processo Civil[196], eis que possui estrita ligação com a ideia de que a prova é dirigida ao juiz, que, convencendo-se dos fatos e das provas trazidas pelas partes, conhece o direito e exerce a tutela jurisdicional, proferindo uma sentença[197]. Assim, a produção antecipada de prova baseada no risco de

---

[195] Este tema será tratado no tópico 2.4.12 desta Tese.

[196] A ação de produção antecipada de provas fundada no requisito de urgência possui previsão no ordenamento jurídico brasileiro desde as Ordenações Afonsinas, podendo ser encontrada nas Ordenações Manuelinas e Filipinas, além de ter expressa previsão no Regulamento 737/1850 e no Código de Processo Civil de 1939. A esse respeito, ver: ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 43.

[197] Conforme Flávio Luiz Yarshell: "Perder a prova seria prejudicar, de alguma forma, o futuro julgamento estatal; e, sendo assim, o sistema consente em antecipar a produção da providência, para preservar o escopo jurídico da

perecimento da prova tem lugar quando não é possível esperar a sua produção na fase instrutória do processo em que se discute efetivamente a controvérsia das partes.

Trata-se de uma hipótese que visa a resguardar o direito à produção da prova pela parte no processo que visa à declaração do direito material, que corre o risco de não poder ser exercido no momento oportuno para tanto. Não é por outro motivo que parte da doutrina entende que seria mais correto se falar em "asseguração da prova", e não de "produção da prova em si", na medida em que, na ação de produção antecipada de provas prevista no artigo 381, I, do Código de Processo Civil, o autor quer resguardar o seu direito de provar determinado fato ou relação jurídica que será exercido em outra relação processual[198]. Em que pese essa distinção, nos parece que ela é indiferente ao objeto do estudo, tendo em vista que a prova será efetivamente produzida na ação de produção antecipada de provas fundada na urgência, ainda que seu objetivo é que ela seja utilizada no processo em que se resolverá a lide em seu plano substancial.

Nesta hipótese, a prova a ser produzida tem como objetivo ser mais um elemento para o convencimento do juiz que resolverá a lide de direito substancial, e, por isso, possui direta ligação com o processo já ajuizado ou a ser ajuizado para o acertamento da lide entre as partes[199].

A produção antecipada de prova, neste caso, portanto, está atrelada ao processo que tem por objeto a resolução da crise de direito material existente entre as partes, na medida em que possui como escopo a produção e a conservação da prova que seria impossível de ser produzida

---

jurisdição. A necessidade da prova, ainda nessa ótica, é vista em sua ligação com o julgamento estatal, daí o porquê de se entender que não há necessidade nem utilidade- portanto, não há interesse – em se antecipar a medida senão diante do perigo de perdê-la." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 137.

[198] Sobre o tema, por todos, Ovídio A. Baptista da Silva, para quem "na asseguração cautelar de provas, o que se pretende á tão-somente documentar algum fato cujo desaparecimento seja provável, a fim de poder-se depois utilizá-lo como prova." cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 378. No mesmo sentido, ver: RAATZ, Igor. Da distinção entre a Tutela Cautelar para a Asseguração do Direito à Prova e a Produção Antecipada de Prova fundada na Urgência: do seu esquecimento pelo atual Código de Processo Civil à Subsistência da Pretensão à Segurança da Prova. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 262-264.

[199] Perfilha do mesmo entendimento Flávio Luiz Yarshell, para quem "nos casos de produção antecipada fundada em *periculum in mora* e, portanto, com a finalidade de conservação, o direito à prova surge como simples desdobramento dos direitos de ação e defesa, entendidos não como um puro direito de produção de uma dada prova, mas como invocação de um provimento jurisdicional acerca de certa situação da vida, pelo qual se busca (ou se buscará) a declaração do direito." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 244.

no momento processual adequado naquele processo[200]. Pode ser proposta, por conseguinte, de maneira antecedente ao processo de conhecimento, ou mesmo incidental, desde que ajuizada antes da fase instrutória da ação de conhecimento, sob pena de não ser útil[201].

Sobre esse tema, importante considerar que, de acordo com o artigo 139, VI, do Código de Processo Civil, o juiz pode alterar a ordem de produção dos meios de prova, de sorte que, em casos de urgência ou risco de perecimento de determinada fonte de prova, possa produzi-la em momento anterior em detrimento de outra. Em razão dessa possibilidade, as partes podem requerer a alteração da ordem de produção das provas na fase instrutória do próprio processo que tenha por fim a declaração do direito material, faltando-lhes interesse processual, portanto, em ajuizar ação de produção antecipada de provas com fundamento no requisito de urgência quando o processo que tenha por objetivo o acertamento da lide já estiver na fase instrutória, pois podem se valer desse recurso. Se o pedido de alteração da ordem dos meios de prova, contudo, for indeferido pelo juiz, remanescerá o seu interesse processual na ação de produção antecipada de provas baseada no requisito da urgência.

Por expressa disposição do artigo 381, I, do Código de Processo Civil, a produção antecipada de prova em caso de urgência deve ser requerida quando "haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação".

Portanto, tem a natureza de uma tutela cautelar[202], haja vista que o autor da produção antecipada de provas não visa a antecipar um pedido seu ou mesmo os efeitos de um pedido

---

[200] Conforme as lições de Flávio Luiz Yarshell, "tratando-se de antecipação da prova com o escopo de conservá-la, a pretensão deduzida efetivamente se resume a essa providência: o que pretende o interessado é exclusivamente produzir prova para futuro processo (ou fase de um dado processo já em curso), cujo objeto, por seu turno, é a declaração do direito no caso concreto." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 243.

[201] Segundo Bruno Augusto Sampaio Fuga: "A produção antecipada poderá ser *antecedente* ou *incidente* à causa principal. Na hipótese de ser incidente, deverá antes da dilação probatória, do contrário não seria antecipação da prova." cf. FUGA, Bruno Augusto Sampaio. A produção antecipada da prova: aspectos gerais e natureza da sentença. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021. p. 131. No mesmo sentido, ver: MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Produção antecipada da prova: natureza, cabimento e garantias constitucionais do processo. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 469-470.

[202] No mesmo sentido, Eduardo Arruda Alvim e Ígor Martins da Cunha: "Prevê o art. 381, I, do CPC/2015 clara hipótese de tutela provisória de urgência cautelar, ao dispor que será admitida a produção antecipada de prova caso 'haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação'. As demais hipóteses esculpidas nos incisos II e III do referido art. 381, como será adiante detalhado, têm fundamento distinto, não se caracterizando como espécie de tutela de urgência. A hipótese do inciso I do novo Código, em sua essência, preserva a medida cautelar antes disposta nos arts. 846 e seguintes do revogado CPC/73.

que buscaria no processo que visa à declaração do direito material, o que se dá com a tutela antecipada, mas busca assegurar a realização de uma prova que será efetivamente utilizada em uma ação que tenha por objeto resolver a lide de direito material. Com efeito, ainda que o processo que tenha por objetivo a resolução da crise de direito substancial existente entre as partes não se torne inútil sem a produção daquela prova, é certo que a ausência de sua apreciação pelo juiz afetará a qualidade da decisão, o que compromete o exercício da tutela jurisdicional.

Deve o autor demonstrar que existe uma lide entre as partes, que ajuizou ou ajuizará um processo para a resolução dessa lide, e que, para tanto, é necessária a produção da prova requerida antecipadamente, que será impossível ou muito difícil de ser produzida no momento oportuno da ação de conhecimento da lide no seu plano substancial. O autor deve demonstrar não só o risco de perecimento da prova, como o seu direito de pleiteá-la e a sua pertinência e relevância para o julgamento da lide de direito material[203].

A produção da prova consiste em uma medida satisfativa, eis que a sua produção esgota a pretensão do postulante que a pediu. Contudo, e exclusivamente nessa hipótese, é certo que o

---

Isso porque, presente o requisito de 'urgência', permite-se que a prova seja produzida *antecipadamente,* isto é, antes do momento em que deveria ser ordinariamente produzida, ou seja, no bojo do processo de conhecimento, após a produção do despacho saneador." cf. ALVIM, Eduardo Arruda; CUNHA, Ígor Martins da. Produção Antecipada de Provas no Código de Processo Civil de 2015. In FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 168, grifo dos autores. Também esse é o posicionamento de Alexandre Freitas Câmara: "A primeira modalidade de demanda probatória autônoma a ser tratada no CPC é a *demanda cautelar de asseguração de prova* (art. 381, I), cabível quando 'haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência [do processo]'. É que há casos em que se verifica a existência de risco de que, em razão da demora necessária para que se chegue ao momento em que normalmente se daria, no processo de conhecimento, a produção de uma prova, não seja mais possível a sua colheita." cf. CÂMARA, Alexandre Feitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 238, grifo do autor. Perfilha do mesmo entendimento Eduardo Talamini: "Assim, a produção antecipada pode assumir papel de tutela urgente (cautelar), pois, entre outras hipóteses, cabe seu emprego quando houver a perspectiva da impossibilidade ou excessiva dificuldade de sua produção em futuro processo (art. 381, I). A asseguração da prova é classicamente apontada como uma das modalidades de tutela cautelar." cf. TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, v. 260, p. 77, out. 2016.

[203] Conforme Eduardo Arruda Alvim e Ígor Martins da Cunha: "O interessado deve necessariamente demonstrar, em primeiro lugar, que *tem direito à produção da prova*, como teria, de todo modo, no momento procedimental normal, diferenciando-se apenas em virtude da urgência, que faz imperativa a sua antecipação, em relação ao momento processual adequado. Esse *direito à produção* da prova, por sua vez, deve ser interpretado com base na teoria geral da prova, devendo a parte demonstrar, sobretudo, a *pertinência* e a *relevância* da prova pretendida. Deverá, assim, apresentar 'as razões que justifiquem a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair' (CPC/2015, art. 382, *caput*). Em segundo lugar, a parte também deve demonstrar a pertinência e a relevância da prova requerida, tendo em vista o bem da vida a ser almejado. Isto porque não, propriamente, há uma autonomia absoluta da prova." cf. ALVIM, Eduardo Arruda; CUNHA, Ígor Martins da. Produção Antecipada de Provas no Código de Processo Civil de 2015. In FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 169-170, grifo dos autores.

postulante utilizará tal prova em processo já em curso ou em futuro processo, em que haverá a resolução da lide. Neste contexto, evidente o seu caráter instrumental, tendo a produção da prova o objetivo de conservá-la para a sua utilização em outro processo[204].

Por essa razão, entendemos que a produção antecipada de provas fundada na necessidade de urgência de sua produção, sob pena de esta não ser mais possível no momento processual adequado no âmbito do processo que visa à resolução da lide, possui um caráter de tutela de urgência cautelar e, por isso, deveria ser tratada não como uma ação autônoma de produção antecipada de provas, mas como um pedido antecedente ou incidental nos autos do processo que resolverá a lide, regime que deve ser utilizado para as demais providências requeridas em sede de tutela cautelar, como determina o artigo 305 e seguintes, do Código de Processo Civil[205].

---

[204] Sobre o tema, Flávio Luiz Yarshell assevera que "Esse último (o direito de provar), como visto, está ligado essencialmente ao processo cujo objeto é a declaração do direito; e, se e quando a prova aí for requerida de forma antecipada, seu pressuposto será mesmo a urgência. A prova, no contexto do direito de provar, é pensada como um dos direitos enfeixados pela concepção analítica da ação e também da exceção, e não com a autonomia que aqui se preconiza." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, pp. 312-313.

[205] Sobre o tema, Arthur Ferrari Arsuffi: "Mais ainda, sequer haveria a necessidade de existir uma espécie própria para a produção antecipada da prova com o requisito da urgência – bastaria que houvesse previsão de que 'é cabível tutela provisória em sede de produção antecipada de prova'. Essa solução, que a nosso ver parece ser a mais adequada, iria ao encontro da técnica legislativa adotada na confecção do CPC/2015, que colocou fim à tipicidade cautelar para privilegiar um sistema mais flexível e baseado na atipicidade. Desse modo, a solução adotada é tecnicamente adequada e compatível com a existência do chamado direito autônomo à prova. Por essa razão, ao que tudo indica, deixa de haver duas espécies de produção antecipada da prova, passando a existir uma única espécie – aquela cujo objetivo é tutelar o direito autônomo à prova – onde é cabível a concessão de tutela provisória, em suas regulares hipóteses previstas nos artigos 294 a 311 do CPC, o que resolve os problemas relacionados à urgência na produção da prova. cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 48. Coaduna do mesmo entendimento João Batista Vilhena: "Na hipótese do inc. I, art. 381, configurada está ação de natureza cautelar, de caráter contencioso, bastando para isso constatar que o texto do inciso em questão alude ao '*...fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da* ação;...' e, desse modo, percebe-se que a medida aqui abordada tem caráter preventivo, intuito de impedir que a prova objeto da demanda, por certas circunstâncias, presente o *periculum in mora*, venha a se perder e, com isso, torna possível de se evitar fique prejudicada a faculdade da parte em demonstrar, em eventual ação futura, a verdade sobre fato relevante para a proteção, salvaguarda de seu direito. [...]. Vistas estas todas as situações dos inc. I e III, do art. 381, do CPC/2015, não se pode deixar de ressaltar que no caso do inc. I, por configurar, a medida regrada em tal norma, ação autônoma cautelar, de caráter contencioso, seu procedimento deve ser o mesmo das medidas provisórias antecedentes (arts. 305 a 310) [...]" cf. VILHENA, João Batista. Da exibição de documento como produção antecipada da prova. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 288-291, grifo do autor. Ainda, Antônio Cláudio da Costa assevera que a hipótese de ação de produção antecipada prevista no inciso I do art. 381, do Código de Processo Civil tem "verdadeira forma de tutela provisória de natureza cautelar", sendo possível, por conseguinte, a veiculação de "ação cautelar preparatória específica de produção antecipada de prova..." cf. COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. **Tutela provisória**. São Paulo: Malheiros, 2017, pp. 147-148. Defendendo posição contrária, Bruno Augusto Sampaio Fuga afirma que "É faculdade da parte ajuizar a ação do art. 381, desde que respeitados os requisitos aqui descritos: não deve o julgador pedir para complementar o pedido adequando à ação que julgar mais pertinente, pois na hipótese do art. 381 poderá a parte ajuizar ação sem atender a nenhum requisito da cautelar pois são ações distintas. Como já dito, os requisitos da

Entendemos que a produção antecipada de provas possui natureza de tutela cautelar porque, em certa medida, assegura o resultado útil do processo. Se o processo é o instrumento em que se exerce a tutela jurisdicional, sendo o seu escopo a declaração do direito no caso concreto, a prova, sob a sua ótica objetiva, tem por fim assegurar o resultado útil do processo. A prova a ser antecipada será um dos elementos de convencimento ao juiz que resolverá à lide, de sorte que a possibilidade de sua produção de forma urgente tem por finalidade a prolação de uma sentença melhor qualitativamente, em que o magistrado terá tido a oportunidade de apreciar uma prova que não teria sido possível produzir no momento da instrução. Nessa perspectiva, a produção da prova de maneira antecipada, fundada no artigo 381, I, do Código de Processo Civil, interessa não só às partes envolvidas na lide, como ao próprio escopo da jurisdição.

Portanto, não obstante a produção antecipada da prova baseada no risco de urgência não assegure o resultado útil do processo principal, mas sim, tem por objeto a tutela satisfativa do direito à prova, a asseguração do direito à prova tem relação com a qualidade da decisão que será proferida em eventual e futuro processo que tenha por objeto a resolução da lide no plano substancial, eis que o juiz, ao proferi-la, terá maiores elementos para a elucidação dos fatos[206].

---

cautelar (CPC, art. 305) e até a finalidade da ação são diferentes da Ação de Produção Antecipada de Provas." cf. FUGA, Bruno Augusto Sampaio. A produção antecipada da prova: aspectos gerais e natureza da sentença. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 123. Perfilha do mesmo entendimento Igor Raatz, defendendo que a produção antecipada de prova fundada no requisito de urgência visa a acautelar o direito à prova, e não ao processo. cf. RAATZ, Igor. Da distinção entre a Tutela Cautelar para a Asseguração do Direito à Prova e a Produção Antecipada de Prova fundada na Urgência: do seu esquecimento pelo atual Código de Processo Civil à Subsistência da Pretensão à Segurança da Prova. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 264-268. Fernando Gama de Miranda Netto também defende que não se trata de um pedido cautelar, ao afirmar que: "Entretanto, entendemos essa concepção cautelar equivocada. A lei disciplina nos arts. 381 a 383 um direito autônomo à produção da prova, cujo objeto é diverso de uma tutela cautelar que exigirá desde logo a referência a um outro tipo de provimento atrelado a uma pretensão concreta declaratória do direito material." cf. MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Produção antecipada da prova: natureza, cabimento e garantias constitucionais do processo. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 459. Defendendo a natureza cautelar do procedimento, mas que se deve respeitar o seu rito próprio, Daniel Amorim Assumpção Neves assevera que: "Ainda que tenha natureza cautelar, não se aplicará a essa ação probatória o procedimento da medida cautelar antecedente, mas o procedimento previsto nos arts. 381 a 383 do Novo CPC (Enunciado 50 da I Jornada de direito processual civil do CJF:'A eficácia da produção antecipada de provas não está condicionada a prazo para a propositura de outra ação')." cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de processo civil comentado**. 4.ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 734.

[206] Como afirma João Batista Vilhena ao tratar do pedido de exibição de documentos, racional que pode ser estendido a todas as provas requeridas em ação de produção antecipada de provas com base no requisito da urgência: "A medida de exibição de documento não perdeu a cautelaridade a ela pertinente, pois, ainda que se mostre como providência satisfativa do direito autônomo à prova que nela se consagra, eventualmente serve à eficácia de futuro processo, garantindo a utilidade deste último mediante preservação da prova, sua asseguração." cf. VILHENA, João Batista. Da exibição de documento como produção antecipada da prova. In: FUGA, Bruno

Neste sentido, a produção da prova com fundamento na urgência visa assegurar, de certa forma, o resultado do processo, que é a prestação da tutela jurisdicional de forma justa e efetiva (art. 6º, CPC), possuindo, por conseguinte, natureza de tutela cautelar[207].

Não haveria razão para entender de maneira diferente. Além de sua natureza jurídica consistir em verdadeira tutela de urgência cautelar, como exposto alhures, é perfeitamente possível compatibilizar a hipótese de produção antecipada de provas fundada na urgência com o instituto da tutela de urgência cautelar.

A adoção do rito da tutela cautelar, nesta hipótese, até mesmo lhe traz mais eficiência processual, guardadas as considerações, sobre essa questão[208]. Com efeito, se a prova produzida de maneira antecipada tem por objetivo ser utilizada como elemento de convencimento pelo juiz que julgará a controvérsia, ela será requerida perante este mesmo juiz, o que não ocorre com necessariamente nas ações de produção antecipada de provas, conforme artigo 381, § 3º, do Código de Processo Civil.

Com isso não se quer dizer que ele valorará a prova logo após a sua produção, mas que ela será requerida e produzida perante o juiz que julgará a lide ou possui maior conhecimento desta caso o pedido de produção de provas seja feito de maneira incidental. Seria contraproducente e violaria o princípio da eficiência a situação em que será ou já foi ajuizado um processo que tenha por objeto a solução da lide, dois juízes terem que apreciar, ainda que de maneira perfunctória nesse momento de apreciação do pedido cautelar, a lide, a legitimidade das partes e o interesse processual do postulante na produção da prova.

Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 294.

[207] Defende tal posicionamento Arthur Ferrari Arsuffi, para quem "A doutrina chegou a divergir acerca da natureza cautelar dessa modalidade de produção antecipada da prova, com o argumento de que a medida não protege o próprio resultado útil do processo; ela é apenas um meio a ser utilizado no processo. Acontece, entretanto, que a medida assegura material probatório que servirá a embasar a própria e eventual sentença do processo em que o objeto será a declaração do direito." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 41. Posição contrária é apresentada por Igor Raatz: "A tutela cautelar – e isso vale para a segurança do direito à prova – volta-se, pois, a tutelar uma *pretensão à cautelar* e refere-se a uma *situação cautelanda,* que é, efetivamente, assegurada. Portanto, ela não acautela o processo ou a função jurisdicional. Ela não se relaciona diretamente ao resultado útil do processo ou da função jurisdicional." cf. RAATZ, Igor. Da distinção entre a Tutela Cautelar para a Asseguração do Direito à Prova e a Produção Antecipada de Prova fundada na Urgência: do seu esquecimento pelo atual Código de Processo Civil à Subsistência da Pretensão à Segurança da Prova. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 265.

[208] Este tema será tratado no tópico 2.4.1.2 desta Tese.

Quanto aos requisitos para que a produção da prova seja veiculada como tutela de urgência de natureza cautelar, eles permanecem os mesmos quando comparados àqueles da ação de produção antecipada de provas fundada na urgência. Conforme determina o artigo 305, do Código de Processo Civil, o postulante deve apresentar "a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo".

Ora, se o autor ajuizasse uma autêntica ação de produção de provas com fundamento no artigo 381, I, do Código de Processo Civil, deveria preencher todos os requisitos, do mesmo modo, isto é, deveria demonstrar que existe uma lide entre as partes, que já existe um processo em curso ou que será futuramente ajuizado, tendo por escopo a resolução dessa lide, que a produção de uma determinada prova é essencial para o esclarecimentos dos fatos ou mesmo para a demonstração do seu direito, e corre-se o risco de o autor não ter o direito de produzir tal prova (e nisto reside o direito que ele objetiva assegurar) no momento processual oportuno no âmbito da ação principal.

O réu será citado para apresentar defesa (art. 305, CPC), devendo esta consistir especificamente sobre o direito à produção da prova formulado pelo autor, ou seja, deve apresentar eventuais razões que demonstrem que o autor não tem direito à sua produção, seja porque não existe qualquer lide entre as partes, seja porque o autor não tem direito à produção de tal prova, por violar, por exemplo, direito à intimidade do réu ou de terceiro, ou por qualquer outro motivo. Pode, ainda, apresentar questões de ordem pública, alegar a incompetência do órgão jurisdicional ou mesmo a ausência dos requisitos da tutela de urgência. Aliás, mesmo em sede de ação de produção antecipada de provas o direito à defesa deve ser garantido, malgrado o disposto no artigo 382, § 4º, do Código de Processo Civil[209].

O réu, ainda, terá o direito de requerer as provas que pretende produzir (art. 306, CPC), coadunando com o rito da ação de produção antecipada de provas, em que o réu pode requerer a produção de prova no referido procedimento (art. 382, §3º, CPC).

Por estas razões, pela natureza jurídica do requerimento da produção da prova antecipada fundada no risco de seu perecimento se produzida no processo em que se resolverá a lide, entendemos que ela deveria ser classificada como um pedido de tutela de urgência de natureza cautelar e, como tal, se adotar o seu respectivo regime previsto no Código de Processo

[209] Este tema será tratado no tópico 2.4.6 desta Tese.

Civil, não havendo qualquer prejuízo às partes na adoção de tal procedimento. Muito pelo contrário, será oportunizado o direito ao contraditório ao réu, direito esse que foi sufragado no rito da ação de produção antecipada de provas pelo legislador e é objeto de crítica[210].

Porém, nada impede que o autor opte por ajuizar uma ação de produção antecipada de provas, ou seja, um rito especial, tendo em vista que tal hipótese encontra-se albergada no art. 381, I, do Código de Processo Civil[211]. Nesta hipótese, portanto, o autor tem a faculdade de ajuizar a ação de produção antecipada de provas ou requerer uma tutela de urgência de natureza cautelar, seja antecedente ou incidental ao processo que tenha por objeto a resolução da lide de direito material, desde que tal pedido seja feito antes do despacho saneador de tal processo, sob pena de o autor não ter interesse processual na produção antecipada da prova, eis que tal pedido não será útil e tampouco necessário, na medida em que ela poderá ser feita no processo de conhecimento do direito material, que se encontra na fase instrutória[212].

Encontram-se presentes na jurisprudência diversos acórdãos que admitem a produção antecipada de provas como tutela cautelar antecedente ao processo que tem por objetivo a resolução da lide em seu plano substancial[213].

---

[210] Este tema será tratado no tópico 2.4.6 desta Tese.

[211] Fredie Didier Jr. também defende a posição sustentada, ao asseverar que "A produção antecipada de prova pode ser requerida como um incidente processual, no bojo de um processo já em curso. Os arts. 381-384 do CPC regulam a ação autônoma de produção antecipada de prova, proposta antes da chamada ação principal. Nada obstante o silêncio normativo, é possível, sobretudo em situações de urgência, requerer a produção antecipada de prova incidentalmente, valendo o regramento da produção antecipada autônoma como modelo." cf. DIDIER JUNIOR, Fredie. Produção antecipada da prova. In FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 194-195.

[212] A não ser que o autor demonstre que não pode aguardar o momento para a sua realização no processo de conhecimento. Por exemplo, havendo a necessidade urgente de uma prova oral, em que a testemunha se encontra enferma ou prestes a se mudar ao exterior, o autor tem o interesse em requerer a produção antecipada de provas se no processo que vise à resolução da lide de direito substancial se encontre na fase instrutória, mas há a necessidade de produção de prova pericial. Contudo, imperioso ressaltar que mesmo no processo de conhecimento da lide de direito material é possível se requerer a inversão da produção das provas se tal pedido for fundamentado.

[213] "APELAÇÃO - Produção antecipada de prova consistente na exibição de documentos, em forma de tutela cautelar antecedente – Via adequada, no sistema do novo CPC – Inteligência dos artigos 305/308, 381/383 e 396 do CPC de 2015 – Afastada, pois, a carência da ação – Processo ainda não maduro para o julgamento de mérito – Relação jurídico processual não formada – Sentença de extinção do feito por falta de interesse processual, cassada, com necessidade de prosseguimento da ação – RECURSO PROVIDO PARA AFASTAR A EXTINÇÃO DA AÇÃO E DETERMINAR O PROSSEGUIMENTO DO FEITO." (TJSP; Apelação Cível 1004555-52.2022.8.26.0073; Relator (a): Vicente de Abreu Amadei; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro de Avaré - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 02/12/2022; Data de Registro: 02/12/2022). "TUTELA CAUTELAR ANTECEDENTE. Exibição de documentos. Produção antecipada de provas com escopo preparatório de ação com pedidos declaratório e condenatório. Afastada a arguição de inépcia da inicial, bem como de nulidade do ato citatório. A medida buscada pelo autor pode ser postulada em caráter preparatório, como produção antecipada de provas (arts. 381 a 383 do CPC), aproveitando-se, ainda, as regras de exibição de documentos para a instrução de processo de conhecimento (arts. 396 a 404 do CPC). Adequação da via eleita. Não atendimento do requerimento administrativo pelo réu que equivale à recusa do pedido. Reconhecido o interesse de

Por fim, questão interessante é perquirir se, verificando a presença dos requisitos para a concessão de tutela de urgência, poderia o juiz *ex oficio*, conceder a tutela de urgência para a produção da prova.

Entendemos que, de maneira geral, não pode o juiz determinar de ofício a produção da prova, seja em razão do princípio dispositivo, em que o juiz deve se pautar por aquilo que foi requerido pelo autor, sob pena de violar o princípio da imparcialidade, seja porque, ao não valorar a prova (art. 382, §2º, CPC), sequer há que se falar que o juiz, no âmbito da ação de produção antecipada de provas, pode exercer os seus poderes instrutórios. Contudo, se a prova requerida antecipadamente tiver por objeto esclarecer fato que permeia um direito indisponível, parece-nos que o juiz teria o poder-dever de determinar a produção da prova em sede de tutela de urgência, eis que o autor, por não ter disponibilidade sobre o direito material, não teria, por conseguinte, como dispor da prova que supostamente demonstraria tal direito, a ponto de ser impossível produzi-la no momento requerido para tanto.

2.1.2 Possibilidade de autocomposição ou outro meio de solução de conflito

Como exposto anteriormente[214], até o advento do Código de Processo Civil, a prova, no âmbito do direito processual civil, tinha a função de formar a convicção do juiz. Assim, ele era o destinatário final da prova, era para ele que a prova era dirigida, para que ele, fundado em seu convencimento motivado, exercesse a tutela jurisdicional. A partir do advento do Código de Processo Civil, a prova passou a ser vista não só sob a perspectiva do juiz, mas também das partes, de modo que a prova produzida antecipadamente propicia que as partes avaliem as suas chances e riscos caso a lide seja levada ao Poder Judiciário[215], podendo, também, fornecer

---

agir. Julgamento de procedência da ação confirmado, devendo ser parcialmente reformada a sentença, contudo, exclusivamente quanto aos juros de mora, para que eles se sujeitem aos parâmetros do Tema 810 do STF e do Tema 905 do STJ. RECURSO PROVIDO EM PARTE." (TJSP; Apelação Cível 1005426-19.2021.8.26.0073; Relator (a): Isabel Cogan; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Avaré - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/09/2022; Data de Registro: 14/09/2022). "APELAÇÃO CÍVEL. Pedido de exibição de documentos. Exibição de contrato. Indeferimento da inicial. Desnecessidade concreta da atividade jurisdicional que se constata. Irresignação do autor que não merece ser acolhida. A pretensão da exibição pode ser formulada por meio de ação autônoma destinada à produção antecipada de prova (art. 381 NCPC), por meio de tutela cautelar requerida em caráter antecedente (art. 305 do NCPC) ou, incidentalmente, em processo de conhecimento (arts. 396 a 404 NCPC). No caso dos autos, postulou-se a exibição cautelar do documento, com pedido de tutela cautelar em caráter de urgência, o que não era admissível. Não esclarecido qual o direito ameaçado de dano irreparável ou de difícil reparação nem houve demonstração de relação com a necessidade da exibição de documento. Ausência de interesse processual. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO." (TJSP; Apelação Cível 1007721-82.2020.8.26.0196; Relator (a): Cristina Medina Mogioni; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Franca - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/05/2021; Data de Registro: 10/05/2021).

[214] Este tema foi tratado no tópico 2 desta Tese.

[215] De acordo com Arthur Ferrari Arsuffi: "Em outras palavras, a produção antecipada da prova permitirá que as partes acessem o material probatório subjacente ao conflito em que estão envolvidas, tendo a oportunidade de

importantes subsídios não só ao esclarecimento dos fatos que norteiam à controvérsia, como para fins de negociação.

Deveras, ao realizar a avaliação da prova produzida, é possível que as partes tenham o interesse de realizar uma tentativa de autocomposição ou mesmo de se submeterem a alguma das técnicas de solução alternativa de conflitos, com as ressalvas feitas à arbitragem[216].

É possível que o resultado da prova demonstre que os fatos não se deram como acreditava o autor, por exemplo, o que pode convencê-lo a procurar alguma forma de resolução alternativa de conflito. Sobre essa questão, Arthur Ferrari Arsuffi[217] observa que a divergência sobre a questão fática é um obstáculo comum para a realização de acordo entre as partes, de modo que a produção antecipada da prova é uma ferramenta importante para o convencimento das partes acerca de como os fatos ocorreram e, com isso, se viabilizar um acordo entre elas. Decorrência disso, a prova produzida antecipadamente é um instrumento de convencimento não só da parte que a requereu, mas também da parte adversa no rito da ação de produção antecipada e provas. Demais disso, após a produção da prova, as partes terão mais elementos para avaliar não só a sua posição em relação ao litígio, como para estabelecer as bases para uma proposta de acordo, caso seja do seu interesse.

E nisto reside uma das hipóteses de cabimento da ação de produção antecipada de provas: quando ela seja suscetível de realizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflitos.

Na prática, o resultado de qualquer prova realizada judicial e antecipadamente pode viabilizar a autocomposição entre as partes, de sorte que tal efeito é oriundo justamente do resultado da prova. Isso porque a prova será produzida para que a parte que a requereu possa avaliar as suas chances de êxito e os riscos a que estará sujeita se a lide for levada ao Poder Judiciário e, possuindo alguma insegurança em ajuizar a demanda, prefira tentar uma autocomposição com o seu adversário[218]. Dessa maneira, toda prova produzida

---

exercer atividade valorativa sobre ele antes de assumirem os riscos e custos de um litígio acerca do direito material." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 102.

[216] Este tema será tratado no tópico 2.4.1.1 desta Tese.

[217] ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, pp. 102-107.

[218]. Conforme Eduardo Arruda Alvim e Ígor Martins da Cunha: "A este propósito, quanto mais informações a respeito das circunstâncias relacionadas ao processo, especialmente ligadas ao contexto probatório, melhor poderão as partes exercer a sua autonomia privada (ou autorregramento de vontade), com vistas a pacificar socialmente o conflito por meio da autocomposição." cf. ALVIM, Eduardo Arruda; CUNHA, Ígor Martins da.

antecipadamente pode propiciar a autocomposição entre as partes, que é desejada e estimulada em nosso sistema e pode ser feita a qualquer momento.

Com efeito, ao submeter a lide à apreciação do Poder Judiciário, transfere-se a terceiro a resolução da controvérsia, não tendo os jurisdicionados – ainda que possam ter alguma expectativa em como a lide se resolverá, pela prova produzida antecipadamente e outras provas pré-constituídas que estão à sua disposição – qualquer certeza de como ela será resolvida.

Neste contexto, a autocomposição é excelente meio de solução do conflito, eis que as próprias partes resolvem a lide, mediante concessões recíprocas, sem terem que se submeter ao crivo de terceiro. Aliás, a autocomposição é uma das formas para o atingimento do escopo da tutela jurisdicional, na medida em que o conflito é resolvido. Não é por outro motivo que o Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução nº 125/2010, implementou o sistema de Justiça Multiportas, promovendo a autocomposição mediante técnicas de mediação e conciliação.

Aliás, a incerteza não só da valoração da prova pelo juiz que julgará a lide, mas da sua própria valoração pelas partes, inclusive, pode ser proveitosa para que o juiz responsável pela condução da produção antecipada de provas determine uma audiência para fins de tentativa de conciliação entre as partes antes mesmo de sua produção[219],Nada impede, contudo, que, após a produção da prova, o juiz tente a conciliação entre as partes, e isso para todas as hipóteses de cabimento da ação de produção antecipada de provas, mormente se a prova foi pleiteada justamente sob o fundamento de viabilizar a autocomposição entre as partes[220].

Produção Antecipada de Provas no Código de Processo Civil de 2015. In FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 172.

[219] Este tema será tratado no tópico 2.4.5 desta Tese.

[220] Neste sentido, Jonathan Nasser Reglioli: "O importante sobre a prova produzida com o intuito de as partes celebrarem acordo é de que o juiz possa – na verdade, deva -, após a produção das provas, usar da oportunidade e tentar promover a conciliação entre as partes e estimular a solução de autocomposição, inclusive por meio de recursos de mediação e arbitragem nos termos do art. 24 e seguintes da Lei 9.00/95." cf. REGLIOLI, Jonathan Nasser. Produção antecipada da prova: aspectos controvertidos. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 306. No mesmo sentido, Arthur Ferrari Arsuffi: "Entretanto, em razão das peculiaridades do procedimento e do princípio da eficiência, apesar da audiência de conciliação e/ou mediação não fazer logicamente sentido no início do procedimento, há espaço para deslocar tal audiência para o final do procedimento – quando as partes já terão acesso aos meios de prova produzidos e estarão em momento oportuno para transacionar acerca do direito material subjacente. Nesse cenário, se coloca interessante uma *alteração procedimental* por iniciativa do juiz, para que determine a realização de audiência de conciliação e/ou mediação ao final da demanda probatória." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, pp. 185-186, grifo do autor.

Importante considera, que tanto nos Estados Unidos como na Inglaterra não só há uma fase preliminar de instrução antes do processo em que irá ser decidido a crise de direito material (*discovery* e *disclosure*, respectivamente na *pre-action*), após o acesso às provas apresentadas, busca-se métodos de autocomposição entre as partes, sendo um importante ambiente para que as partes, após o acesso às provas apresentadas e, avaliem suas chances e riscos em um litígio, decidam se submeter-se-ão a um processo judicial ou se realizarão um acordo[221]. Entre nós, o Código de Processo Civil prima pela autocomposição, devendo esta ser realizada sempre que possível, de acordo com o disposto nos seus artigos 3º, §§ 2º e 3º, e 139, V.

Para que a parte requeira a produção da prova com a finalidade de tentar a autocomposição, não é necessário que, uma vez produzida e homologada a prova, as partes tenham que efetivamente se autocomporem. A validade ou a eficácia da prova não está condicionada à autocomposição das partes. Deve a parte, ao requerer a produção da prova fundada no seu interesse em realizar a autocomposição, demonstrar que existe, ainda que potencialmente, uma lide entre as partes e que possui interesse de resolvê-la de maneira extrajudicial, mas a sua intenção não é o suficiente para que a autocomposição efetivamente ocorra, pois isso envolve ato de disposição e vontade da sua parte adversária, assim como, após a produção da prova, a parte que a requereu pode entender que tenha boas chances de que, ao submeter a lide ao Poder Judiciário, se sair vitoriosa e, por isso, acabar por desistir de tentar uma autocomposição.

É necessário que a prova tenha o condão de ser um instrumento para que seja possível uma autocomposição entre as partes e isso basta para que o autor possa requerê-la na ação de produção antecipada de provas, desde que ela seja admitida em nosso ordenamento jurídico e que o autor demonstre a sua pertinência para uma tentativa de autocomposição, não sendo necessário que as partes efetivamente cheguem a uma autocomposição.

E, justamente porque qualquer prova sobre a ocorrência ou não de um fato que permeia a lide pode ser apta a viabilizar a autocomposição, esta hipótese de cabimento da ação de produção antecipada de provas é admitida em qualquer hipótese em que o autor demonstre uma lide existente ou hipotética, a pertinência da prova para o esclarecimento de algum fato relacionado à lide e o seu direito à produção de tal prova[222]. Deve o autor, também e nesta

---

[221] cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 165.

[222] Conforme afirmam Daniel Conalgo Rodrigues e Francisco de Mesquita Laux: "Reconhecer a existência de um direito autônomo à prova não significa, portanto, afirmar que a *tutela do direito à prova* não deve guardar qualquer

hipótese específica de cabimento da ação de produção antecipada de provas, alegar o seu interesse na tentativa de uma autocomposição entre as partes ou algum outro meio adequado de solução de conflito, tal como a conciliação ou a mediação, e que a produção da prova de maneira antecipada pode viabilizar que as partes cheguem a uma solução da controvérsia. É cabível ainda que seja precedente a uma lide que será efetivamente ou eventualmente ajuizada, ou mesmo ela já tendo sido instaurada, não havendo óbice para a utilização da produção antecipada de provas quando houve tiver sido ajuizada a ação que tenha por objeto a resolução da controvérsia.

Flávio Luiz Yarshell[223] defende que para a produção antecipada de prova ser admitida, é necessário que a parte que a requeira apresente seu interesse processual, consubstanciado na demonstração de que cabe ao autor da ação de produção antecipada de provas o ônus de produzi-la em eventual e futuro processo judicial em que se decidirá sobre a lide efetivamente travada entre as partes.

Com a *permissa vênia,* ousamos discordar do referido jurista. Independentemente a quem será atribuído o ônus de produzir determinada prova acerca de umfato controvertido em futuro e eventual processo judicial que tenha por escopo a resolução da controvérsia existente entre as partes, entendemos que quaisquer das partes têm interesse na produção da prova destinada a apurar efetivamente os fatos relacionados à controvérsia, sendo este o seu interesse processual. Isso porque é do seu interesse a apuração dos fatos, ainda que no processo judicial declaratório do direito material não seja seu ônus a produção da respectiva prova, justamente para que, convencendo-se da existência ou não do seu direito, opte pela realização de um acordo com a parte adversária ou até mesmo se sinta desencorajado a ajuizar a medida judicial para a resolução do conflito.

---

relação com a necessidade de demonstração de pertinência entre a prova que se pretende obter e a situação de direito material eventual e potencialmente objeto de demanda voltada à declaração do direito. Requerer a antecipação da prova por interesse na autocomposição necessita de demonstração, na causa de pedir, da exata ligação entre a prova que se pretende obter e o eventual conflito que se busca compor de maneira consensual." cf. RODRIGUES, Daniel Conalgo; LAUX, Francisco de Mesquita. Produção antecipada da prova sem o requisito da urgência: a experiência estrangeira e o CPC/2015. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 146.

[223] "[...] pode pretender a produção antecipada da prova mesmo fora dos casos de urgência- portanto, invocar a observância, por outrem, de um 'dever de informar' – aquele a quem a lei atribui o encargo de provar. É da necessidade, ainda que eventual ou potencial, de provar (ou, por outras palavras, de sofrer as consequências da falta da prova) que surge a admissibilidade da antecipação e, por exemplo, a possibilidade de exigir que alguém forneça informações e correspondentes registros (que podem ser coisas, documentos ou outras fontes)." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 101.

Portanto, mesmo que não seja ônus do autor da ação de produção antecipada de provas a realização de tal prova, entendemos que ele possui interesse processual no ajuizamento da referida demanda, uma vez que útil e necessária para o esclarecimento de determinado fato controvertido relacionado à efetiva lide existente entre as partes. Porém, deve o autor demonstrar a utilidade e a pertinência da prova cuja produção antecipada se requer para o esclarecimento de fato relevante relacionado à lide existente ou hipotética entre as partes no seu plano substancial.

Questão interessante reside em perquirir se a parte possui interesse processual na produção de uma prova para apurar a ocorrência de determinado fato se possui outras provas que levam à conclusão sobre a existência ou inexistência do fato que pretende provar. Entendemos que mesmo assim remanesce o interesse processual do autor, desde que ele demonstre a pertinência da prova acerca da elucidação de determinado fato que permeia a relação jurídica de direito material, pois, em uma eventual futura ação de conhecimento não há certeza de como o juiz, em sua persuasão racional, valorará as demais provas, de sorte que a produção da prova requerida pelo autor de forma antecipada poderá ser útil para que ele demonstre o fato pretendido. Demais disso, ainda no tocante ao capítulo que ora se desenvolve, a sua produção antecipada é útil ao próprio convencimento das partes acerca do seu direito, podendo ser uma forma útil de incentivar a autocomposição ou outro meio alternativo de solução de conflitos.

Como visto, a prova produzida antecipadamente fundada na possibilidade de o seu resultado viabilizar a autocomposição não tem a sua validade e eficácia condicionada à efetiva autocomposição entre as partes. É dizer, ainda que não haja autocomposição, a prova produzida antecipadamente e homologada judicialmente é apta a servir como meio de prova em processo judicial que tem por finalidade o acertamento da lide, ainda que a sua produção tenha sido fundada na intenção de quem a requereu a realizar a autocomposição.

Isso porque, e conforme será exposto detalhadamente posteriormente[224], a prova produzida perante o Poder Judiciário tem o seu crivo, de maneira que, ao ser homologada, a prova foi referendada judicialmente no que pertine à sua validade e eficácia. Portanto, ainda que não haja autocomposição entre as partes – fato que não é requisito para que a prova tenha tais características, como visto -, mesmo assim ela pode ser utilizada em processo judicial que

[224] Este tema será tratado no tópico 2.4.11 desta Tese.

tenha por finalidade resolver a lide, estando o juiz, neste processo, vinculado à validade e eficácia da prova[225].

Além de a autocomposição poder ser de iniciativa das partes, ela pode ser buscada pelos meios alternativos de resolução de conflitos, como prevê, aliás, o próprio artigo 381, II, do Código de Processo Civil.

Assim, as partes podem decidir se submeterem às técnicas de mediação, em que um terceiro, alheio à lide, tenta aproximar as partes e resolver o conflito, dirigindo a negociação a ser feita por elas, ou a uma avaliação da lide por uma pessoa de confiança das partes, que analisará as provas até então disponíveis e, de acordo com a sua avaliação, externará como ela deveria ser solucionada. Ressalte-se que, nesse caso, a decisão da pessoa indicada a fazer uma avaliação do caso não vincula as partes, eis que a lide foi apreciada por um terceiro que não o Poder Judiciário. Contudo, essa técnica, denominada de "avaliação neutra de terceiro", pode ser um campo fértil para estimular as partes a uma tentativa de autocomposição[226].

Ainda na hipótese de ação de produção antecipada de provas ajuizada pelo autor na tentativa de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito, resta indagar se o seu pedido deve ser deferido se o réu, ao ser citado, informar que não tem interesse em qualquer meio de solução de conflito.

Deveras, ainda que o réu seja citado no processo para que lhe seja oportunizado o seu direito ao contraditório e à participação na produção da prova, é certo que ele não é obrigado a se sujeitar a qualquer procedimento para uma tentativa de autocomposição ou mesmo de outro meio de solução adequada do conflito. Tal forma de resolução da lide demanda tratativas entre as partes e a busca de uma solução comum mediante renúncias recíprocas, consistindo-se, pois, em ato de disposição das partes, de sorte que o réu não tem o dever de aceitar essa forma de composição da lide[227].

---

[225] Este tema foi tratado no tópico 2.4.11 desta Tese.

[226] YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, pp. 295-296.

[227] Daniel Conalgo Rodrigues e Francisco de Mesquita Laux aventaram essa hipótese, ao asseverarem que: "Verifica-se, por outro lado, que aplicar literalmente a redação do inciso II do art. 381 do CPC pode ensejar a possibilidade de apresentação de alegação, por outro suposto 'interessado' – na redação do CPC – na produção da prova, no sentido de que simplesmente não tem interesse na autocomposição – algo que, por si só, poderia demonstrar a inviabilidade do requerimento de antecipação da prova. Não se pode *coagir* alguém a *optar* pelo método consensual, as medidas são contraditórias." RODRIGUES, Daniel Conalgo; LAUX, Francisco de Mesquita. Produção antecipada da prova sem o requisito da urgência: a experiência estrangeira e o CPC/2015. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.).

Parece-nos que se o autor fundamentou a sua pretensão de produção antecipada de prova somente para que esta viabilize uma autocomposição ou outro método adequado de solução de conflito, a manifestação de desinteresse por esse método de resolução de conflito, por parte do réu na ação de produção antecipada de provas, acarreta a perda superveniente do interesse processual na produção da prova, eis que não será mais possível a solução da controvérsia por meio da autocomposição, tendo em vista o seu desinteresse por parte do réu.

Seria mais prudente que o autor fundamente a sua pretensão de forma cumulativa, pretendendo a produção da prova para uma tentativa de autocomposição ou, caso ela não ocorra, para avaliar as suas chances de êxito, caso pretenda judicializar a lide. As hipóteses de cabimento dos incisos II e III do artigo 381, do Código de Processo Civil, não são contraditórias. Muito pelo contrário, há um aparente escalonamento de situações em que a prova produzida antecipadamente possa ser utilizada.

Com efeito, ainda que o réu não se insurja contra a intenção do autor de tentar viabilizar a autocomposição ou se valha de outro meio de solução adequada de conflito, mesmo assim é possível que as partes não cheguem a uma autocomposição e, por isso, que ela não ocorra.

Nesta situação, diante da ausência de resolução do conflito de maneira consensual, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a solução efetiva da lide, e, para tanto, a prova produzida antecipadamente é um importante instrumento de avaliação das partes acerca das suas chances de êxito em eventual demanda de conhecimento da lide no seu plano material, dentre as outras provas que dispõem. Não é por outro motivo que esta é mais uma hipótese de cabimento da ação de produção antecipada de provas (art. 381, III, CPC).

Por essa razão, entendemos que, se o autor fundamentou a sua pretensão de produção antecipada de prova unicamente na busca de uma autocomposição, a alegação, por parte do réu, em não resolver a lide no seu plano material acarreta a falta de interesse processual superveniente do autor em seu pedido, devendo a ação de produção antecipada de provas ser julgada extinta, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, VI, do Código de Processo

---

Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 146-147. Defendendo que o juiz não deve extinguir a lide, ver: MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Produção antecipada da prova: natureza, cabimento e garantias constitucionais do processo. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 461.

Civil. Isso porque não poderia o juiz alterar a causa de pedir para que o pedido de produção da prova seja produzido judicialmente[228].

Contudo, se o autor fundamentar a sua pretensão no seu interesse de avaliar o resultado da prova para justificar ou evitar o ajuizamento de ação que vise à resolução do direito material (art. 381, III, CPC), para além de utilizá-la em uma tentativa de autocomposição ou outro meio adequado de resolução de conflito, o seu interesse processual remanesce, devendo o seu pedido ser apreciado pelo juiz[229].

2.2.3 Utilização da prova antecipada para justificar ou impedir ação que vise à solução da lide no seu plano substancial

A parte também pode requerer a produção da prova de forma antecipada para justificar ou evitar o ajuizamento de ação que verse sobre a lide no seu plano material, hipótese prevista no artigo 381, III, do Código de Processo Civil.

Portanto, mediante a realização da prova, a parte irá avaliar as suas chances de êxito, caso pretenda levar a lide ao Poder Judiciário. Neste sentido, pode a parte se convencer que a sua posição jurídica não é boa o suficiente, desencorajando-se de propor a demanda[230], ou, ainda na hipótese de evitar o ajuizamento da ação, ache arriscado submeter a lide ao Poder Judiciário e busque a autocomposição com os demais envolvidos na relação jurídica em seu plano

---

[228] Entendendo de maneira diferente, ainda que discorra acerca da produção antecipada de prova fundada na urgência, Arthur Ferrari Arsuffi afirma que: "Atualmente, com a inserção no direito positivo da hipótese de produção antecipada da prova sem o requisito da urgência, esse debate, fiel à lei então vigente, passou a ter valor de um dado histórico, afinal, à medida que for proposta ação de produção antecipada da prova fundada no inciso I do art. 381 do CPC (aquela que 'exige', em tese, urgência) se o juiz se convencer da inexistência de risco de perecimento da prova, ainda assim poderá (deverá) deferir a produção antecipada da prova com base nos demais incisos do dispositivo. Essa é a consequência lógica da incidência do princípio da eficiência – e até do controverso 'princípio' da primazia do julgado do mérito, uma vez que há direito autônomo à prova -, pois, caso o juiz negasse a produção da prova pelo fundamento de que não há urgência, o autor, imediatamente, reproporia a demanda, dessa vez com base na hipótese de produção sem o requisito da urgência, e alcançaria o mesmo resultado." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, pp. 47-48.

[229] Fernando Gama de Miranda Netto afirma que "Embora seja interessante o estímulo à autocomposição. Parece que o inciso II está contido dentro no inciso III. [...] Nesta linha de raciocínio, a escolha da ação de produção antecipada da prova se liga ao interesse legítimo de melhor conhecer os fatos. Posteriormente, com as cartas na mesa, poder-se-á pensar em um acordo seja judicial (em processo futuro) ou extrajudicial." cf. MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Produção antecipada da prova: natureza, cabimento e garantias constitucionais do processo. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 461-462.

[230] Segundo Fredie Didier Jr.: "A produção da prova pode servir, aliás, exatamente como *contra-estímulo* ao ajuizamento de outra ação: o sujeito percebe que não tem lastro probatório mínimo para isso; nesse sentido, a produção antecipada da prova pode servir como freio à propositura de demandas infundadas." cf. DIDIER JUNIOR, Fredie. Produção antecipada da prova. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos Londrina: Thoth, 2021, p. 195.

substancial, hipótese prevista no inciso II, do artigo 381, do Código de Processo Civil, outra possibilidade de fundamento para a ação de produção antecipada de provas[231].

Deste modo, pode-se concluir que, por ser a autocomposição ou outra forma adequada de solução de conflito um fator que evita o ajuizamento da ação que vise à solução da lide, na medida em que esta foi solucionada de maneira consensual, a hipótese de cabimento prevista no artigo 381, II, do Código de Processo Civil está inserida no inciso III, do mesmo diploma legal, o que reforça a sugestão para que o autor, ao fundamentar o pedido de produção antecipada de prova sem o requisito de urgência, preveja ambas as situações[232]. Não é por outro motivo que se encontra na doutrina críticas às hipóteses de cabimento previstas no artigo 381, II e III, do Código de Processo Civil, tratarem de situações estanques, devendo ser consideradas em conjunto[233].

Nesta hipótese de cabimento da ação de produção antecipada de provas, deve o autor demonstrar a existência de uma lide efetiva ou em potencial das partes no seu plano material e a pertinência e utilidade da realização da prova para que seja demonstrado determinado fato essencial para o esclarecimento da lide, de maneira que o resultado da prova será apreciado para efeitos de avaliar a conveniência de se ajuizar ou não processo que vise à resolução da

---

[231] Segundo Daniel Conalgo Rodrigues e Francisco de Mesquita Laux: "Em relação à hipótese prevista no inciso III do art. 381 do CPC, evita-se o ajuizamento da demanda voltada à declaração do direito material quando, com a antecipação da prova: (i) a parte que pretendia demandar se convence da inexistência do direito material que alegava titularizar; (ii) quando se alcança a solução do conflito mediante a utilização de um método alternativo – ou melhor, adequado – de solução de controvérsias, como a autocomposição (hipótese inserta, de modo desnecessário, no inciso II)." cf. RODRIGUES, Daniel Conalgo; LAUX, Francisco de Mesquita. Produção antecipada da prova sem o requisito da urgência: a experiência estrangeira e o CPC/2015. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 147. Ainda, conforme Eduardo Arruda Alvim e Ígor Martins da Cunha: "Nesta última hipótese, as partes terão mais segurança a respeito da situação tal como posta e, ainda, dos eventuais desdobramentos que dela podem advir. Não se trata, portanto, de uma segurança entendida como a preservação da prova, como na hipótese do inciso I, mas em verdade, entendida como 'razoável previsibilidade das partes, a partir dos elementos disponíveis, quanto aos seus ônus, chances e riscos em futuro processo.' A depender das circunstâncias do caso concreto, os resultados obtidos na produção antecipada de provas podem ser essenciais para a tomada de decisão em relação à propositura ou não da ação, ou, ainda, dos contornos do provimento jurisdicional a ser pleiteado." cf. ALVIM, Eduardo Arruda; CUNHA, Ígor Martins da. Produção Antecipada de Provas no Código de Processo Civil de 2015. In FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 173.

[232] Este tema foi tratado no tópico 2.2.2 desta Tese.

[233] É essa a posição de Igor Raatz, para que "Na verdade, a pretensão à constituição da prova sem urgência atrela-se à necessidade do conhecimento e esclarecimento de fatos que possam justificar ou evitar futura demanda. A autocomposição, portanto, é uma possível consequência do procedimento para produção da prova, e não o seu objetivo, até porque não se sabe, de antemão, o resultado que será obtido." cf. RAATZ, Igor. Da distinção entre a Tutela Cautelar para a Asseguração do Direito à Prova e a Produção Antecipada de Prova fundada na Urgência: do seu esquecimento pelo atual Código de Processo Civil à Subsistência da Pretensão à Segurança da Prova. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 261.

controvérsia no seu plano material. Ainda, deve o autor demonstrar o seu direito à realização de tal prova.

Essa medida também é um importante instrumento para que as partes não só avaliem as suas chances em uma ação que vise ao acertamento da lide, mas que fundamentem a sua pretensão melhor e de maneira mais completa e responsável. Com efeito, no processo civil brasileiro há a estabilização da demanda já na fase postulatória, ou seja, antes da fase instrutória, nos termos do artigo 329, do Código de Processo Civil, e o resultado da prova pode ter o condão de tornar os argumentos apresentados pelas partes insuficientes ou mesmo prejudicados, não sendo possível que estas aditem os fatos e a causa de pedir da demanda após a instrução e, ainda, sofram os riscos de pagamento de sucumbência ante uma pretensão ou defesa mal formulada. A ação de produção antecipada de provas, neste sentido, dá maior segurança às partes não só em relação ao direito decorrente do fato provado, como às suas alegações na demanda que tenha por finalidade a resolução da lide, sendo importante ferramenta para identificar e delimitar os elementos subjetivos (partes) e objetivos (pedidos e causa de pedir) da lide[234], bem como para fundamentar de maneira mais segura a defesa.

2.2.4 Interesse em registro de um fato ou de relação jurídica sem caráter contencioso

O Código de Processo Civil, em seu artigo 381, § 5º, ainda, prevê a possibilidade do manejo da ação de produção antecipada de provas àquele que "pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica para simples documento e sem caráter contencioso, que exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção".

Trata-se de uma hipótese em que a parte pretende documentar o registro de algum fato ou relação jurídica para resguardar-se. Nesse caso específico, o autor não deve demonstrar uma lide já existente ou mesmo em potencial entre as partes, muito pelo contrário, esta hipótese de cabimento da ação de produção antecipada de provas expressamente prevê que o seu caráter não é contencioso, donde se conclui que o autor, para requerer a produção da prova, não tem a intenção de utilizá-la em qualquer processo judicial. Seu interesse é registrar e documentar um fato ou relação jurídica para resguardar os seus direitos. Assim como nas demais hipóteses, o

---

[234] Como afirma Arthur Ferrari Arsuffi: "No sistema processual civil brasileiro, a produção antecipada da prova ocupa esse papel e é o instrumento próprio para que a parte tenha acesso às informações necessárias e possa, com base nelas: i) definir quais pessoas ocuparão o polo passivo da demanda; ii) definir qual é o objeto da demanda; iii) definir os valores envolvidos no litígio; iv) avaliar os custos envolvidos no litígio; v) avaliar o risco e a conveniência de litigar." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 112.

autor, ao requerer a produção antecipada da prova, deve demonstrar o seu direito à sua produção, assim como a sua pertinência, utilidade e que o meio de prova requerido é apto para demonstrar o que pretende, o que, nesta hipótese, não é relacionado a algum fato que permeia qualquer lide efetiva ou hipotética entre as partes, mas a sua utilidade para que o autor tenha algum direito resguardado.

Por ser esta a única hipótese em que não há caráter contencioso na produção da prova, sequer em potencial, ela poderá ser feita unilateralmente, sem a necessidade de citação de qualquer interessado na sua produção, sendo aplicável o disposto no artigo 382, §1º, do Código de Processo Civil[235]. Para esta hipótese, o autor requer a prova, o juiz aprecia se ela deve ou não ser deferida e, caso seja deferida, a prova é produzida.

Contudo, uma vez que ela é produzida sem o caráter contencioso, o que dispensa, inclusive, a citação de eventual interessado na sua produção, ela não ser admitida com as mesmas características de uma prova produzida antecipadamente como nas demais hipóteses, sob pena de violar o direito ao contraditório e ampla defesa da parte adversa[236]. Com efeito, não tem a prova produzida antecipadamente nesta hipótese o condão de vincular o réu na lide que resolverá o mérito em seu plano substancial, que não teve a oportunidade de se manifestar sobre o direito de produzir a prova e sequer participado da sua produção.

---

[235] Sobre a aplicação do princípio do contraditório nos procedimentos de jurisdição voluntária, Nelson Nery Junior observa que: "relativamente aos procedimentos de jurisdição voluntária, é preciso que se tenha em conta que não se trata de observar o contraditório em seu aspecto técnico processual, de dar aos litigantes igualdade de chances, porque não existem partes em sentido técnico nesses procedimentos, aliado ao fato de que o *princípio inquisitório* é que preside os procedimentos de jurisdição voluntária, podendo o juiz decidir até por equidade (CPC/1973 1107 e 1109; CPC 723)." cf. NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 13.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 278.

[236] Conforme defende Jonathan Nasser Regioli: "Contudo, a prova produzida não pode ser empregada em processo com caráter contencioso, pois ela é ilícita nesta oportunidade nos termos do art. 5º LVI da Constituição Federal, afrontando o disposto no art. 5º LV da Constituição Federal." cf. REGLIOLI, Jonathan Nasser. Produção antecipada da prova: aspectos controvertidos. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 310. Daniel Amorim Assumpção Neves critica a dispensa da citação dos interessados na produção antecipada de provas nesta hipótese de cabimento, ao asseverar que "Não concordo com essa conclusão porque, mesmo que não haja indicação de utilização da prova em processo judicial ou administrativo futuro, o que retirará da produção da prova a natureza contenciosa, nunca será somente apta a resolver dúvida exclusiva do requerente, sempre interessando ou afetando alguém. O que pode ocorrer é a impossibilidade de identificação dos interessados, hipótese de réu incerto, quando ocorrerá a citação dos interessados pelo edital." cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de processo civil comentado**. 4.ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 739.

Quando muito, poderia ser apresentada como uma mera prova documental, eis que pré-constituída, devendo ser assegurado plenamente o direito ao contraditório da parte contrária acerca da sua validade e conteúdo.

Por não ter havido o contraditório em sede de ação de produção antecipada de provas, o juiz que conduz o processo que visa à resolução da lide no plano material tem o poder de não só valorá-la – como ocorre nas demais hipóteses de provas produzidas antecipadamente -, como também de admiti-la ou mesmo perquirir sobre a sua validade.

Justamente em razão do seu caráter não contencioso, o procedimento encontra crítica na doutrina[237], que entende que tal caráter limitou consideravelmente a sua utilidade. Contudo, nada impede que a parte, visando a utilizar a prova em eventual futura demanda, de caráter contencioso, portanto, e que tal prova seja oponível ao réu, ajuíze a ação de produção antecipada de provas com fundamento nos artigos 381, II e III, do Código de Processo Civil.

2.3 Legitimidade (ativa e passiva)

A correta indicação das partes que comporão o polo ativo e passivo da ação de produção de provas consiste em um dos requisitos mínimos indispensáveis para que o demandante possa ter o seu pedido apreciado.

Com efeito, a legitimidade das partes consiste em uma das condições da ação, ou seja, uma das condições para que o exercício do direito de ação tenha o mínimo indispensável para ser apreciado em seu mérito. Não se pretende afirmar que o direito de ação é condicionado e deve se submeter a requisitos e condições. Pelo princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, todos têm o direito de ação, qual seja, o direito de provocar a inércia do Poder Judiciário.

---

[237] Não é por outra razão que Flávio Luiz Yarshell assevera que: "A ausência de participação dos interessados – que a combinação dos arts. 381, §5º e 381, §1º, equivocadamente limitou – faz da prova um elemento simplesmente ineficaz em relação a eles. Isso diminui ou até prejudica a utilidade da prova – quer para a finalidade de convencimento do juiz, oportunamente; quer para estímulo das partes para finalidade de autocomposição." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários aos arts. 381 a 383. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civi**l. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.030. No mesmo sentido, Fernando Gama de Miranda Netto afirma que "Realmente se prevalecer a interpretação literal do dispositivo, permitindo apenas uma justificação unilateral, ela será um procedimento quase inútil, quer para o convencimento do magistrado em eventual processo futuro, quer para estimular as partes a buscarem a autocomposição, já que não terá eficácia em relação a quem não participou da produção da prova." cf. MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Produção antecipada da prova: natureza, cabimento e garantias constitucionais do processo. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 465.

Contudo, para que o seu pedido seja devidamente apreciado pelo Poder Judiciário, e nisso reside a análise do mérito do processo, a ação deve preencher certas condições, sob pena de o processo ser extinto sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, VI, do Código de Processo Civil. Nestes casos, o direito de ação será exercido, tanto é assim que o demandante terá uma resposta do Estado-Juiz, que definirá que o autor da ação não tem o direito de ter uma sentença de mérito, mas não da forma que o ordenamento jurídico determina para a tutela do interesse do demandante.

Para que o autor de uma determinada ação tenha o seu pedido conhecido, que é o seu objetivo ao romper com a inércia da jurisdição, ele deve preencher determinadas condições para o exercício do seu direito de ação. Tais condições são denominadas de "condições da ação" e consistem na legitimidade das partes e interesse processual, conforme artigo 485, VI, do Código de Processo Civil.

O interesse processual possui relação com as hipóteses de cabimento da ação de produção antecipada de provas[238], e será objeto de mais detido exame[239], quando examinaremos quais as questões que o magistrado deve apreciar para receber a ação de produção antecipada de provas.

Este tópico tem por escopo determinar quem deve compor o polo ativo e passivo da ação de produção antecipada de provas, tema que se refere à legitimidade processual.

A legitimidade para ser parte em um processo guarda estreita relação com a legitimidade das partes no plano do direito material. Assim, só terá direito a uma decisão de mérito aquele que alega que possui um direito substancial e que figure como autor da demanda, e se indicar como réu nessa demanda a parte que também entende que é titular desse direito no plano substancial, ou que, mesmo que não entenda ser titular do direito, nega-se a atender a pretensão do demandante e, na hipótese de o autor ter razão, a ele deve ser imposto o cumprimento da obrigação ou, quando menos, sujeitar-se aos efeitos da sentença[240]. Verifica-se, pois, que a

---

[238] Este tema foi tratado no tópico 2.2.2 e seus subtópicos desta Tese.
[239] Este tema será tratado no tópico 2.4.3 desta Tese.
[240] Conforme lições de Cassio Scarpinella Bueno: "Nesse sentido, a legitimidade para a causa nada mais é do que a capacidade jurídica transportada do plano material para o plano do processo. A regra é que somente aquele que pode ser titular de direitos e deveres no âmbito do direito material tem legitimidade para ser *parte*, é dizer, para tutelar em juízo, ativa ou passivamente, aqueles mesmos direitos e deveres. [...]. Assim, a noção de legitimidade para a causa deve ser extraída do plano material, transportando a titularidade da relação de direito material em realidade processual e os envolvidos em uma dada relação jurídica material em *parte*, sempre entendida como aquela que *pede* e em face de quem se *pede* algo em juízo. É por essa razão e, sobretudo, pela necessária referência dos planos material e processual, que Enrico Tullio Liebman se referia à legitimidade como 'pertinência subjetiva

capacidade jurídica no plano material enseja a legitimidade das partes para o exercício do direito de ação, contendo o mínimo indispensável para que tal direito seja exercido de maneira regular.

Entretanto, algumas considerações sobre o tema devem ser feitas, o que não infirma o que restou exposto.

A capacidade de ser titular de direitos e obrigações nem sempre coincide com a capacidade de estar em juízo. De acordo com o artigo 1º, do Código Civil, toda pessoa é titular de direitos e deveres e, por isso, possui direitos e obrigações no plano material. Coisa diversa, contudo, é a sua capacidade de estar em juízo. Portanto, o transporte do plano material para o plano processual pode não ser o mesmo no que tange à legitimidade das partes. Assim, por exemplo, o incapaz, ainda que seja titular de direitos e deveres no plano material, deverá ser representado pelos seus pais, tutor ou curador em uma relação jurídica processual. E, para que haja o preenchimento correto das condições da ação em um determinado processo, é preciso que o autor da demanda indique nos polos da ação as pessoas que possuem capacidade para estar em juízo, considerando as partes da relação de direito substancial objeto da lide. Há também casos em que a lei confere legitimidade extraordinária para alguém demandar direito alheio em nome próprio, conforme artigo 18, do Código de Processo Civil. Observa-se que, ainda nestes casos, a análise dos titulares da relação de direito material é essencial para a avaliação da legitimidade das partes, pois com base na capacidade das partes é que se identifica a capacidade de quem pode estar em juízo ou mesmo se é aplicável a hipótese de legitimidade extraordinária.

Sustentou-se que o Código de Processo Civil rompeu com a tradicional dogmática de que a antecipação da prova judicial só seria cabível pelo requisito da sua urgência, quando não seria possível esperar a sua produção na fase instrutória do processo que visa a solucionar a lide. Isso porque o Código de Processo Civil, autoriza a produção antecipada da prova sem que haja o requisito de urgência, conferindo aos jurisdicionados um direito autônomo à prova.

Porém, ainda que se entenda que as partes possuem um direito autônomo à prova, ele não é desvinculado de maneira absoluta do plano substancial. Como exposto, para que o autor faça jus à produção antecipada da prova, deve demonstrar que existe ou mesmo há a possibilidade de existir uma lide entre as partes, e que a prova a ser antecipada é relevante para

---

da ação'." cf. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil. 12.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. v. 1, pp. 310-312, grifo do autor.

demonstrar um fato pertinente à solução da controvérsia. Verificamos que a relação jurídica de direito material é necessária não somente para apurar o interesse processual do autor em requerer a antecipação da prova[241], mas também para analisar se as partes indicadas no polo da ação são legítimas.

Portanto, os legitimados tanto ativos quanto passivos para a ação de produção antecipada de provas são os mesmos legitimados para a ação que visa à solução da crise de direito material. Ainda que não haja uma relação processual futura que tenha por objeto a resolução da lide – e nisto reside o caráter autônomo da ação de produção antecipada de provas nas hipóteses do artigo 381, II e III, do Código de Processo Civil -, não há como negar que a relação de direito material deve ser considerada para efeitos de identificação dos sujeitos que são legitimados a figurarem como partes na ação de produção antecipada de provas, na medida em que, caso a lide seja judicializada, a prova produzida antecipadamente, se homologada, é oponível a todos que fazem parte da relação no seu plano substancial[242].

Tendo em vista que qualquer parte envolvida na relação jurídica de direito material pode pretender a produção da prova antecipada, a litispendência deve ser reconhecida se houver duas ou mais demandas entre as partes tendo como objeto a produção antecipada de uma determinada prova para fins de esclarecimento do mesmo fato, sendo indiferente, para efeitos de configuração da litispendência, a identificação de qual parte está em qual polo da demanda. Isso porque o seu objeto é a produção da prova, sendo que não se sabe o seu resultado, que sequer é valorado pelo juiz que dirige o processo, daí porque ela possui natureza dúplice[243]. Portanto, havendo existência de duas ações de produção antecipada de provas entre as mesmas partes e tendo por objeto a mesma prova, resta configurada a litispendência, sendo indiferente em que polo da ação tais partes figurarem[244].

---

[241] Este tema será tratado no tópico 2.4.3 desta Tese.

[242] Conforme afirma Flávio Luiz Yarshell: "Embora reconhecendo a dificuldade que possa existir nessa delimitação, não parece despropositado entender que a ligação entre o direito à prova e a relação de direito material, para determinação dos legitimados (ativos e passivos), passe pela perspectiva do direito de ação cujo objeto é a declaração ou atuação prática do direito." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 367.

[243] Este tema será tratado no tópico 2.4.11 desta Tese.

[244] De acordo com Flávio Luiz Yarshell: "Isso é particularmente importante no assunto examinado porque, por sua própria natureza, a prova é uma só. Portanto, ainda que a pessoa que figura como autora de uma demanda seja ré em outra, com idêntico objeto, isso não afasta – não, ao menos, por si só – a identidade que pode levar ao reconhecimento dos fenômenos da litispendência e da coisa julgada. [...] Portanto, tratando-se do exercício do direito à prova, com os contornos aqui delineados, analogamente ao que passa em relação ao processo cujo objeto é a declaração do direito, parece também correto se afirmar que a garantia do acesso à justiça não tolera seja dada pretensão trazida ao Poder Judiciário mais de uma vez. Nessa seara, também vigora o repúdio ao *bis in idem*, que deve levar em conta os elementos identificadores da demanda e a circunstância de que se quer evitar dois processos

Pela mesma razão, e considerando que a sentença produzida em sede de ação de produção de provas tem a característica de produzir coisa julgada material, pelas razões que serão demonstradas[245], haverá violação à coisa julgada se quaisquer das partes, independentemente do polo em que figurarem, ajuizarem ação de produção antecipada de provas que tenham as mesmas partes e a mesma prova que foi objeto de ação de produção antecipada de provas anterior, em que houve homologação da prova mediante sentença transitada em julgado.

Importante, neste ponto, que a coisa julgada formada na ação de produção antecipada de provas, não pode ser vista do mesmo modo que nas ações que tenham por objeto a solução da lide. Isso porque o sistema jurídico processual, para gerar segurança aos jurisdicionados, só aceita um resultado para uma determinada lide, de sorte que, havendo a resolução da lide mediante sentença transitada em julgado, não há como esta ser discutida novamente. O mesmo não ocorre, contudo, com as provas apresentadas pelas partes e produzidas judicialmente. Não há – e nem poderia, por violação ao princípio da ampla defesa – limitação do número de provas que podem ser produzidas para a demonstração de um determinado fato. Portanto, um mesmo fato pode ser objeto de vários meios de prova, que devem ser apreciados pelo juiz que resolverá a lide no seu plano substancial, mediante o seu livre convencimento motivado. Desta feita, ainda que haja uma prova produzida antecipadamente que vincule as partes, e nisso reside a coisa julgada material no que tange à sua validade e eficácia, nada obsta que a parte pretenda produzir outras provas sobre o mesmo fato. Nestas hipóteses, será produzida a produção de *outras* provas sem se desconsiderar a prova produzida antecipadamente e homologada judicialmente.

Pelas mesmas razões, se o juiz que conduz a ação de produção antecipada de provas, embora tenha reconhecido o direito do autor na produção da prova, não a homologue ao final, por entender pela sua invalidade, a sentença fará coisa julgada material entre as partes, de sorte que tal prova não pode ser oponível ao réu ou mesmo ser utilizada pelo autor, em razão do reconhecimento da invalidade ou nulidade da prova. E esse deve ser o efeito da coisa julgada material da sentença que não homologa a prova produzida antecipadamente, ou seja, diz respeito à validade e eficácia da prova produzida.

---

instaurados com o fim de produzir o mesmo resultado." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, pp. 390; 401.

[245] Este tema será tratado no tópico 2.4.11 desta Tese.

Por ter por objeto a prova que foi produzida nos autos da ação de produção antecipada de provas, é perfeitamente possível, portanto, que, ante uma prova não homologada, o autor possa ajuizar outra ação de produção antecipada de prova que tenha por objeto o mesmo meio de prova e sobre o mesmo fato objeto da ação anterior, e isso não viola a coisa julgada material, a não ser que tenha por objeto a mesma prova objeto desta ação anteriormente julgada. E, para que isso seja possível, é necessário diferenciar o termo prova do termo meio da prova.

Se o autor pretende que o réu, por exemplo, apresente o mesmo documento, objeto da ação anterior, ou seja, a mesma prova, a sua pretensão viola coisa julgada material, na medida em que esta prova já foi objeto de apreciação do Poder Judiciário e não foi homologada, por estarem ausentes os requisitos legais para tanto. O mesmo raciocínio deve ser aplicado se o autor pretende inquirir testemunha cujo depoimento foi indeferido, por ter sido acolhida a contradita, por exemplo. Porém, se pretender o *mesmo meio de prova*, disso não deriva que se trata da *mesma prova*. Se o autor pretender a realização de uma prova oral de outra testemunha ou mesmo pericial, por exemplo, será produzida outra prova nesta segunda ação de produção antecipada de provas, eis que a prova pericial será outra, a produzida na segunda ação de produção antecipada de provas[246], não tendo a sentença proferida na primeira ação de produção antecipada de provas a extensão de produzir efeitos na prova pericial produzida nesta segunda ação. O mesmo se dá com o depoimento de outra testemunha, que sequer foi objeto da primeira ação de produção antecipada de provas.

Uma vez que a sentença a ser proferida em sede de produção antecipada de provas pode potencialmente homologar a prova produzida antecipadamente e, por isso, vincular as partes no que tange à sua validade e eficácia, conforme as considerações que serão expostas[247],, seria oportuno que todos os envolvidos na relação de direito material participem da ação de produção antecipada de provas, eis que, se houver controvérsia na aludida relação (caso ela já não exista), a prova produzida antecipadamente poderia ser utilizada por todos e perante todos os envolvidos na relação de direito substancial. Isso porque a prova produzida antecipadamente não vincula a parte que não participou do referido rito, de sorte que esta pode alegar violação ao seu direito ao contraditório na ação de conhecimento[248].

---

[246] Este tema será tratado no tópico 2.4.11 desta Tese.
[247] Este tema será tratado no tópico 2.4.11 desta Tese.
[248] Sobre o tema, oportunos são os esclarecimentos de Bruno Augusto Sampaio Fuga: "A parte autora, mesmo existindo a possibilidade de produção da prova sem caráter contencioso, deverá sempre que possível e necessário indicar todos os interessados em eventual ação 'principal' a ser proposta, pois do contrário os efeitos da produção poderão ser questionados na ação principal por ferir o princípio do *contraditório*." cf. FUGA, Bruno Augusto

A participação de todos os envolvidos na relação jurídica em direito material na ação de produção antecipada de provas vem ao encontro do princípio da eficiência e do maior rendimento da relação jurídica processual eis que, se qualquer um dos envolvidos em tal relação não participar da ação de produção antecipada de provas, a prova que vier a ser homologada não poderá ser oponível àquele que não participou dessa relação processual.

Contudo, em que pese, e pelos motivos acima referidos, seja recomendável que o autor da ação de produção antecipada de provas inclua no polo passivo todos os que façam parte da relação jurídica no plano substancial, entendemos que o litisconsórcio não pode ser considerado obrigatoriamente necessário, em razão da finalidade desse tipo de ação.

Isso porque não há o acertamento da lide na ação de produção antecipada de provas, de sorte que o Poder Judiciário não julgará efetivamente a relação jurídica de direito material. O autor da ação de produção antecipada de provas pretende a realização de uma determinada prova judicialmente perante o Poder Judiciário, no intuito de esclarecer algum fato acerca da controvérsia, seja já existente ou futura, entre as partes, mas não a resolução da controvérsia em si.

Por essa razão, e tendo em vista o seu escopo, não está o autor da ação de produção antecipada de provas obrigado a indicar no polo passivo da demanda todos os partícipes da relação jurídica de direito material. Em razão do princípio constitucional do acesso à Justiça, o litisconsórcio facultativo é a regra, havendo a exigência de litisconsórcio necessário somente por disposição de lei ou pela natureza da relação de direito controvertida, conforme artigo 114, do Código de Processo Civil[249].

Sampaio. A produção antecipada da prova: aspectos gerais e natureza da sentença. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 129, grifo do autor.

[249] Sobre o tema, oportunas são as lições de Cássio Scarpinella Bueno: "Quanto à *obrigatoriedade* da formação do litisconsórcio, ele pode ser *facultativo* ou *necessário*, a depender da *possibilidade* de sua formação (no sentido de ela ser *admitida* pela lei) ou da sua formação *compulsória* (quando ela é imposta pelo ordenamento jurídico ou porque ela deriva das peculiaridades do próprio direito material, da 'natureza da relação jurídica controvertida', no que é clara a primeira parte do art. 114), respectivamente" cf. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil. 12.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. v. 1p. 532, grifo do autor. No mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco, ao tratar do tema na égide do Código de Processo Civil de 1973, que é aplicável ao *Codex* vigente: "A necessariedade do litisconsórcio é ditada no art. 47, *caput*, que indica as duas situações conducentes a ela. Na árdua tarefa de decifrar as palavras confusas desse dispositivo, chega-se à conclusão de que o litisconsórcio será necessário *quando for unitário* e também *quando a lei assim o determinar.* Fora dessas hipóteses, é facultativo. A facultatividade do litisconsórcio constitui regra geral, porque corresponde ao princípio da *liberdade das partes,* não sendo lícito impor a sua implantação quando a lei não a exige (Const., art. 5º, inc. II), e porque a necessariedade importa restrição ao *direito de ação*¸ também constitucionalmente assegurado. Nos casos de litisconsórcio

É conveniente que todas as partes da relação de direito no plano substancial façam parte da ação de produção antecipada de provas, na medida em que a parte que participou da referida ação não poderá utilizar a prova anteriormente produzida em ação de conhecimento que efetivamente julgará a lide perante a parte que não foi parte da ação de produção antecipada de provas, sob pena de violação ao seu direito ao contraditório e à ampla defesa[250]. Aliás, o objetivo

---

necessário, o sujeito só poderá agir em associação com outros, ou em face de dois ou vários, também em conjunto. Por isso é que se diz que a necessariedade se resolve em uma *legitimidade necessariamente conjunta* (Liebman); e o *caráter excepcional* do litisconsórcio necessário deve conduzir a evitar interpretações que atribuam arbitrariamente a necessariedade a casos não estritamente cobertos pelas duas hipóteses do art. 47 do Código de Processo Civil. O litisconsórcio só será necessário (a) quando a causa versar um *objeto incindível*, conforme disposição genérica contida no art. 47 do Código de Processo Civil ou (b) quando assim a lei o estabelecer de modo específico, embora o objeto não seja incindível." cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 2, pp. 352-353, grifo do autor. Ainda, Luiz Fux e Rodrigo Fux: "A facultatividade sofre exceção nos casos em que impõe-se a *indispensabilidade do litisconsórcio.* Nessas hipóteses 'somente uma pluralidade de pessoas é legitimada a agir em juízo', fenômeno que se apresenta como excepcional e assim deve ser interpretado. Essa modalidade de *litisconsórcio* denomina-se *compulsório, obrigatório* ou *necessário,* razão pela qual *não pode ser desmembrado.* A sentença no litisconsórcio necessário deve ser formalmente uma e materialmente dúplice, dispondo o juiz, em *simultaneus processus*, sobre a situação jurídica de todas as partes litisconsorciadas. Assim, v.g., na ação de anulação de ato jurídico todos os partícipes devem figurar como litisconsortes no processo, sob pena de tornar-se nula ou ineficaz a sentença, consoante dispõe o novel código." cf. FUX, Luiz; FUX, Rodrigo. Comentários ao art. 114. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 393. Daniel Amorim Assumpção Neves aborda o tema de maneira semelhante, ao pontuar que: "A segunda forma de tornar um litisconsórcio necessário é a própria natureza jurídica da relação de direito material da qual participam os sujeitos que obrigatoriamente deverão litigar em conjunto. Na realidade, a necessidade de formação do litisconsórcio não decorre somente da natureza da relação jurídica de direito material, mas também da limitação processual que determina que somente as partes sofrerão os efeitos jurídicos diretos do processo. No plano de direito material, fala-se em relações jurídicas incindíveis, cuja principal característica é a impossibilidade de um sujeito que dela faça parte suportar um efeito sem atingir todos os sujeitos que dela participam. Significa dizer que existem determinadas relações jurídicas de direito material que, gerando-se um efeito jurídico sobre ela, seja modificativo ou extintivo, todos os sujeitos que dela participam sofrerão, obrigatoriamente, tal efeito jurídico. No plano processual, não se admite que o sujeito que não participa do processo sofra os efeitos jurídicos diretos da decisão, com exceção dos substituídos processuais e dos sucessores. Em regra, os efeitos jurídicos de um processo somente atingirão os sujeitos que fizeram parte da relação jurídica processual, não beneficiando nem prejudicando terceiros. A soma dessas duas circunstâncias faz com que o litisconsórcio seja necessário: sabendo-se de antemão que todos os sujeitos que participam da relação jurídica de direito material sofrerão todo e qualquer efeito jurídico gerado sobre a relação, e sabendo-se que o sujeito que não participa do processo poderá sofrer os efeitos jurídicos da decisão, cria-se a obrigatoriedade de todos estarem presentes no processo, única forma possível de suportarem seus efeitos, que inexoravelmente atingirá a relação de direito material da qual participam." cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de processo civil comentado**. 4.ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 213. Sobre o rito da ação de produção antecipada de provas, referido autor afirma que "Significa que o juiz poderá incluir réus no processo independentemente da vontade do autor. Não vejo como o princípio dispositivo possa ser superado na determinação dos sujeitos parciais da relação jurídica processual, nem mesmo pela sugestão de parcela da doutrina de intervenção *iussu iudicis*, fenômeno processual ausente de nosso sistema processual desde a revogação do CPC/1939. E tampouco podem ser considerados assistentes litisconsorciais porque a sua intervenção será coercitiva e não facultativa." cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de processo civil comentado**. 4.ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 739.

[250] No mesmo sentido, Eduardo Arruda Alvim e Ígor Martins da Cunha: "A regra, assim, será a citação de quem puder suportar os efeitos da prova antecipada, para que possa participa de sua produção, sobretudo considerando que futuramente o que for ali atestado poderá ser utilizado em seu desfavor em demanda futura. Há, portanto, correto prestígio à bilateralidade da audiência, à ampla defesa e, notadamente, ao postulado do devido processo legal." cf. ALVIM, Eduardo Arruda; CUNHA, Ígor Martins da. Produção Antecipada de Provas no Código de Processo Civil de 2015. In FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago

da referida ação é justamente que as partes tenham melhor conhecimento sobre algum fato para melhor avaliar a sua posição jurídica na relação de direito material, de sorte que seria recomendável que todos participem da ação de produção antecipada de provas.

Contudo, embora a participação de todos seja recomendável, em prol do princípio da efetividade e para que haja o melhor rendimento da ação de produção antecipada de provas, não é um dever do autor demandar tal tipo de ação em face de todos aqueles que fazem parte da relação de direito material. Parece-nos que tal incumbência seria mais um ônus que um dever. Se o autor da ação de produção antecipada de provas não ajuizar a ação em face de todos os envolvidos da relação de direito substancial, a consequência não será a extinção do processo, como prevê o artigo 115, parágrafo único, do Código de Processo Civil, mas a impossibilidade de utilizar a prova produzida antecipadamente em ação de conhecimento que tenha por objeto a resolução da lide em face de quem não fez parte da ação de produção antecipada de prova[251]. Neste caso, a prova que foi produzida antecipadamente deverá ser novamente realizada na ação de conhecimento, para aquele que não fez parte da ação de produção antecipada de provas dela participe.

A regra, portanto, é que haja litisconsórcio facultativo em sede de ação de produção antecipada de provas. Contudo, entendemos que há casos em que o litisconsórcio deve ser necessário, inclusive na ação de produção antecipada de provas.

Segundo o artigo 114, do Código de Processo Civil, o litisconsórcio será necessário quando "por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes."

Entendemos que os órgãos públicos que têm o dever funcional de investigação, como é o caso do Ministério Público, por exemplo, consoante dispõe o art. 8º, da Lei nº 7.345/85, devem incluir todos os envolvidos na relação de direito material na ação de produção antecipada de provas. Isso porque, ao assim agir, os referidos órgãos ajuízam a ação de produção antecipada de provas não como uma faculdade, mas no exercício de um dever legal. E, sendo órgãos públicos pertencentes à administração pública direta da União, Distrito Federal, Estados e

---

Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 177.

[251] Em relação à ação de produção antecipada de provas, Flávio Luiz Yarshell afirma que "no âmbito do direito à prova, quanto à legitimação que possa levar à situação de litisconsórcio, parece lícito dizer que, por regra, vigora a facultatividade." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 374.

Municípios, devem obedecer aos princípios previstos no artigo 35, da Constituição Federal, dentre eles, da impessoalidade, moralidade e eficiência.

Por essa razão, os órgãos públicos que têm por função institucional a investigação de fatos, para avaliar a conveniência de ajuizar ação que tenha por objeto o acertamento da lide no seu plano substancial, não podem simplesmente "escolher" quem deve compor o polo passivo na ação de produção antecipada de provas[252]. Seja pelo caráter impessoal da sua forma de atuação, seja em prol do princípio da eficiência, seja pela indisponibilidade do direito à prova, por produzi-la no exercício de um dever legal, para que a prova seja oponível a todos os envolvidos na relação de direito material, deve o órgão incumbido de tal poder de investigação, ao ajuizar a ação de produção antecipada de provas, incluir na referida relação processual todos os envolvidos na relação de direito material[253].

Outrossim, se a eficácia da sentença da ação de conhecimento depender da citação de todos os litisconsortes, pela natureza da relação jurídica, há a necessidade de que todos eles participem da ação de produção antecipada de provas. E aqui, pelas características da referida ação, algumas considerações merecem ser feitas.

Embora na ação de produção antecipada de provas o juiz não julgue a lide no seu plano substancial, isso não é suficiente para determinar que não haja litisconsórcio necessário nesse tipo de ação.

---

[252] Odete Medauar pontua importantes considerações no processo administrativo, que devem, pela mesma razão, ser aplicadas integralmente na atuação dos agentes públicos imbuídos no dever de investigação em processos judiciais: "Impessoalidade, imparcialidade, objetividade, envolvem tanto a ideia de funcionários que atuam em nome do órgão, não para atender a objetivos pessoais, como de igualdade dos administrados e atuação norteada por fins de interesse público. Trata-se de ângulos diversos do intuito essencial de impedir que fatores pessoais, subjetivos, sejam os verdadeiros móveis e fins das decisões administrativas. [...] Deve-se fazer predominar o sentido de função, isto é, o caráter objetivo nas atuações dos agentes, pois, sob tal enfoque, os poderes atribuídos não se destinam a atender a interesses móveis e subjetivos pessoais; finalizam-se ao interesse de toda a coletividade, portanto, a resultados desconectados de razões pessoais." cf. MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, pp. 89-90.

[253] Conforme Flávio Luiz Yarshell: "É possível também cogitar de litisconsórcio *necessário* se o direito à prova for também um dever legal. [...]. Nesses casos, se a situação substancial envolver, por seus próprios termos e peculiaridades, uma pluralidade de sujeitos, a busca e a pré-constituição da prova há de ser dirigida, salvo exceção devidamente justificada, a todos eles. É o que resulta, nesses casos, da indisponibilidade do direito à prova – indisponibilidade fundada na premissa da existência de um dever legal – e, em alguma medida, dos princípios da igualdade e da impessoalidade, tudo, em suma, a tornar indivisível para o sujeito ativo o exercício daquele direito e impedir desigualdades fortuitas ou injustificadas relativamente aos sujeitos eleitos para figurarem no polo passivo do processo de antecipação." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários aos arts. 381 a 383. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civi**l. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.035.

Em caso de ação de produção antecipada de provas fundada no requisito da urgência, ou seja, na hipótese do artigo 381, I, do CPC, é necessário que todos os que participam da ação de conhecimento sejam partes da ação de produção antecipada de provas, ainda que não seja caso de litisconsórcio necessário na ação de conhecimento. Isso porque a ação de produção antecipada de provas, nesse caso e, por excelência, tem um caráter instrumental, na medida em que servirá para instruir ação que tenha por objeto o acertamento da relação de direito material. E, se ela instruirá a referida ação, é necessário que todos que façam parte dela também sejam partes da ação de produção antecipada de provas, não podendo tal prova, atrelada àquela ação, ser oponível para uma ou algumas partes, e para outra(s), não.

Ainda que desatrelada do requisito de urgência, ou seja, nas demais hipóteses de cabimento de ação de produção antecipada de provas (art. 381, II e III, CPC), haverá litisconsórcio necessário pela natureza da relação jurídica de direito material. Em outras palavras, se houver litisconsórcio necessário na ação de conhecimento que tenha por objeto a resolução da lide em seu plano substancial, a necessariedade do litisconsórcio na referida ação se estende à ação de produção antecipada de provas.

Malgrado nestas hipóteses não haja necessariamente uma pretensão de ajuizamento da ação de conhecimento para o acertamento da lide em seu plano substancial, a relação material, pela sua natureza, é uma hipótese de litisconsórcio necessário. Portanto, se o autor pretende realizar a prova antecipadamente para uma tentativa de autocomposição entre as partes, devem todas as partes da relação no seu plano substancial participar da ação de produção antecipada de provas, pois a autocomposição só será possível se houver a participação de todas estas partes.

Do mesmo modo, se o autor pretende a produção antecipada de provas para justificar ou evitar o ajuizamento da ação de conhecimento, deverá todas as partes que fazem parte da relação de direito material participar da ação de produção antecipada de provas. Isso porque, caso a prova produzida antecipadamente justifique o ajuizamento da ação para fins de acertamento da lide, ela não poderá, em uma ação de conhecimento em que haja litisconsórcio necessário, ser oponível a uma(s) da(s) parte(s), e a outra(s), não. Pela natureza do litisconsórcio necessário na ação de conhecimento em que todos os envolvidos na relação jurídica de direito

material devem participar da relação processual, um determinado fato não pode ser considerado provado para um litisconsorte, e não para outro[254].

Portanto, em regra, o litisconsórcio é facultativo na ação de produção antecipada de provas. Contudo, caso referida ação seja manejada por órgãos que possuem o dever legal de investigação ou nas hipóteses de urgência para utilização de demanda que vise à solução da lide ou em que a relação jurídica de direito material importar em litisconsórcio necessário na ação de conhecimento, haverá litisconsórcio necessário em sede de ação de produção antecipada de provas.

Caso o litisconsórcio seja facultativo, não pode o juiz determinar de ofício a citação dos demais interessados na produção da prova, conforme prevê o artigo 382, § 1º, do Código de Processo Civil, pois o autor tem a faculdade de ajuizar a ação em face de um ou mais legitimados passivos, assumindo as consequências de ineficácia da prova em relação aos que não integrarem a referida ação[255]. Se o autor possui tal faculdade, não pode o juiz determinar que todos os réus interessados na prova sejam citados. O dever de o juiz determinar de ofício a

---

[254] Defende esse posicionamento Flávio Luiz Yarshell: "A ligação do direito à prova com a situação substancial tem também projeções sobre o tema do litisconsórcio. Se a relação material apontar para eventual litisconsórcio *facultativo* (com a considerável abertura que o sistema processual continua a proporcionar nessa matéria, conforme art. 113), assim também ocorrerá em relação à ação probatória autônoma. [...]. Quanto à hipótese de o litisconsórcio ser necessário pelo caráter unitário, não obstante a autonomia do direito à prova, sendo incindível uma dada relação de direito material e havendo que se antecipar prova relativamente a ela, devem ser necessariamente trazidos para o processo todos os titulares no plano substancial. Isso se justifica porque a ineficácia da prova produzida antecipadamente em relação a quem não participou do processo destinado a essa finalidade, embora não necessariamente inviabilize o resultado de posteriores atividades estatais, pode comprometê-lo de forma importante, se a prova que se antecipou não puder, por alguma razão, ser novamente produzida. Nesse caso, na medida em que o fato diga respeito monoliticamente a diversas pessoas – e aí reside o caráter unitário – não se poderá considerá-lo provado para um e não provado para outros e, principalmente, não poderá se considerar provado em relação a que não participou da colheita da prova. [...]. Portanto, sob o ângulo estatal, impõe-se a presença de todos quantos estejam ligados, no plano substancial, aos fatos sobre os quais se pretende pré-constituir prova, em típica situação de litisconsórcio necessário." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários aos arts. 381 a 383. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civi**l. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 1.035-1.036.

[255] Defendendo a determinação da citação de todos os interessados na produção da prova de ofício em qualquer situação, Eduardo Arruda Alvim e Ígor Martins da Cunha: "Caso o magistrado entenda pela existência de outros interessados, como pensamos se dará na maioria dos casos, deverá determinar a citação em homenagem à bilateralidade da audiência, à ampla defesa e, em última análise, ao devido processo legal." cf. ALVIM, Eduardo Arruda; CUNHA, Ígor Martins da. Produção Antecipada de Provas no Código de Processo Civil de 2015. In FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 167-178. No mesmo sentido, Fredie Didier Jr.: "A peculiaridade é que, neste procedimento, o juiz determinará, *até mesmo de ofício*, a citação dos *interessados* na produção da prova. Ou seja: caso o juiz entenda que há algum interessado na prova do fato ou na produção da prova, cuja citação não tenha sido requerida, poderá determiná-la *ex officio*. É uma hipótese típica de intervenção *iussu iudicis*." cf. DIDIER JUNIOR, Fredie. Produção antecipada da prova. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 200, grifo do autor.

citação de todos os interessados na produção de prova deve ser aplicado unicamente nas situações em que o litisconsórcio é necessário, em razão da sua natureza. Ainda, tal providência deve ser tomada em todos os casos de litisconsórcio necessário, pois, além de ser necessária a participação de todos os litisconsortes na ação de produção antecipada de provas para que esta seja eficaz, o que é suficiente para que haja a sua citação, não haveria, no ajuizamento da petição inicial, como o juiz apurar que inexistiria caráter contencioso na produção da prova, requisito indicado no artigo 382, §1º, para que seja determinada a citação de ofício de todos os interessados na produção da prova[256].

Com efeito, há situações em que sequer o autor teria condições de indicar a existência do "caráter contencioso" na produção da prova, na medida em que esta pode se fundar em eventual e futura controvérsia no plano material. E, se a controvérsia não é ainda existente, não teria como o autor e, por consequência, o juiz, como apurar se haveria um caráter contencioso na produção da prova. Demais disso, o "caráter contencioso" do pedido de produção antecipada de provas só seria constatado após a citação do réu, eis que, ainda que não haja lide efetiva no plano substancial entre as partes, o réu pode se insurgir contra a produção da prova, alegando, por exemplo, que a prova é impertinente para o esclarecimento do fato, ou é ilícita, por violar o seu sigilo bancário, fiscal e o seu direito à intimidade, por exemplo. Desta forma, seja em razão das características do litisconsórcio necessário, seja para ser assegurado efetivamente o direito ao contraditório do réu, este deve ser sempre citado em sede de ação de produção antecipada de provas, não cabendo ao juiz auferir, no momento da propositura da ação, se esta possui caráter contencioso, eis que tal constatação só será possível no desenvolvimento do processo, mormente em razão da natureza jurídica de caráter contencioso desse tipo de ação, com exceção da hipótese descrita no artigo 381, §5º, do Código de Processo Civil.[257] .

Independentemente se o litisconsórcio é facultativo ou necessário, ele sempre será, pelas suas características, unitário[258]. Isso porque, pela natureza da sentença proferida no âmbito da

---

[256] "§ 1º O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a citação de interessados na produção da prova ou no fato a ser provado, salvo se inexistente caráter contencioso."

[257] Este tema foi tratado no tópico 2.1 desta Tese.

[258] Sobre o conceito de litisconsórcio unitário, oportunas são as lições de Cassio Scarpinella Bueno: "Quanto às *possíveis soluções* a serem reconhecidas pelos litisconsortes, o litisconsórcio pode ser *simples* ou *unitário*. Será *simples* quando, ao menos em tese, embora isso não seja desejável, for possível que cada litisconsorte receba uma solução diversa do outro no plano do processo. Será *unitário* quando a solução for igual (ou uniforme, como se lê do art. 116) para todos os litisconsortes. O que acaba se mostrando decisivo para discernir essas duas classes é a constatação de haver uma ou mais de uma situação de direito material subjacente ao processo. Quando a situação for uma só, embora relativa a diversos sujeitos (um só contrato com mais de um contraente e/ou mais de um contratado simultaneamente, por exemplo), a hipótese será de litisconsórcio *unitário*. Quando cada litisconsorte for sujeito de sua própria situação de direito material (e, para ilustrar, basta alterar o exemplo anterior para a

ação de produção antecipada de provas, o resultado deve ser uniforme e incindível para todas as partes. É dizer, ou a prova não é homologada, não sendo válida e eficaz; ou ela é homologada, vinculando todas as partes que fizeram parte da relação processual[259], de sorte que é impossível que quaisquer das partes tenha outra sorte que as outras na demanda.

Se é certo que no Código de Processo Civil de 1973, a conceituação de litisconsórcio unitário *e* necessário estavam amalgamados no artigo 47, a distinção (reconhecida, à unanimidade, pela doutrina) é feita com precisão na codificação atual. Com efeito, o Código de Processo Civil traz o conceito de litisconsórcio unitário em seu artigo 116[260].

Aqui, necessário fazermos um breve parênteses em relação ao conceito de litisconsórcio unitário trazido pelo mencionado artigo 116, do Código de Processo Civil, e a unitariedade do litisconsórcio da ação de produção antecipada de provas. Isso porque, muito embora o mencionado dispositivo legal preceitue que o litisconsórcio será unitário quando o juiz tiver de decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes, pela natureza da relação jurídica, tal entendimento deve ser adaptado à ação de produção antecipada de provas, devido às suas características próprias.

Conforme veremos[261], o mérito que será analisado na ação de produção antecipada de provas não será o deslinde da controvérsia do plano substancial existente ou em potencial das partes, mas sim, se o autor tem o direito de requerer a produção antecipada da prova pleiteada, e se esta foi produzida de maneira válida e eficaz, devendo, nesta hipótese, vincular todas as

---

hipótese de vários contratantes pretenderem discutir seus próprios contratos em face do mesmo contratado em um só processo), a hipótese será de litisconsórcio *simples*." cf. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil. 12.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. v. 1, p. 532, grifo do autor. Cândido Rangel Dinamarco pontua que: "Quanto todos os litisconsortes estão em defesa de uma só relação jurídica *incindível*, não é possível endereçar a cada um deles um julgamento de mérito diferente. É inteiramente inadmissível, de modo mais absoluto, julgar procedente a demanda em relação a um desses litisconsortes e improcedente quanto aos demais. Precisamente porque a relação jurídica é única e incindível, seria inviável dar efetividade a dois preceitos assim contraditórios. Consequentemente, não podendo caminhar por caminhos opostos aqueles que devem necessariamente chegar a um destino comum, durante o processo esses litisconsortes são tratados de modo *homogêneo.* A homogeneidade no tratamento de todos é essência do regime do *litisconsórcio unitário*." cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 2, p. 350, grifo do autor. Lia Carolina Batista Cintra também observa que: "Os litisconsortes estarão sujeitos a esse especial regime, conforme dispõe a lei, sempre que o juiz tiver de decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes, ou seja, sempre que a situação jurídica discutida em juízo for incindível." cf. CINTRA, Lia Carolina Batista. Comentários ao art. 116. In: SCARPINELLA BUENO, Cassio (coord.). **Comentários ao código de processo civil**, São Paulo: Saraiva, 2017, v. 1, p. 516.

[259] Este tema será tratado no tópico 2.4.11 desta Tese.

[260] "Art. 116. O litisconsórcio será unitário quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes."

[261] Este tema será tratado no tópico 2.4.11 desta Tese.

partes que participaram da ação. Portanto, e embora haja um *mérito* na ação de produção antecipada de provas, este deve ser entendido como o pedido do autor, ou seja, o seu direito de requerer a produção antecipada da prova, e se esta foi produzida de acordo com os ditames legais, o que não deve ser confundido com a lide no seu plano material.

Ainda, o resultado da referida ação é uniforme não pela natureza da controvérsia existente entre as partes, mas pela natureza da própria ação de produção antecipada de provas. Ou a prova será produzida, ou não. Ou ela é válida, ou não, e o seu resultado – ainda que não seja apreciado pelo juiz que conduz a ação de produção antecipada de provas – vinculará todos os que participaram da referida ação, estejam eles no polo ativo ou passivo da demanda (o que envolve outra característica da referida ação, qual seja, a sua natureza dúplice)[262].

Por estas razões, entendemos, conforme exposto alhures, que o litisconsórcio existente na ação de produção antecipada de provas é, em regra, facultativo, podendo ser em alguns casos necessário, mas sempre será unitário.

Na hipótese de a coisa ou o bem-estar na posse de terceiro, aqui entendido como parte que não esteja envolvida na lide no seu plano substancial, deve o terceiro, na ação de produção antecipada de provas, ser inserido no polo passivo da demanda. Isso porque o objeto da ação de produção antecipada de provas é a prova, e não a solução da lide. Sendo o pedido de prova dirigido a terceiro, ele deve ser qualificado na relação jurídica processual como réu, devendo a ele ser garantido o devido processo legal e todas as garantias que lhe são inerentes, como o direito ao contraditório[263]. Tanto é assim que, no procedimento comum, o terceiro deve ser

---

[262] No mesmo sentido, Flávio Luiz Yarshell: "Além disso, convém observar que, embora a regra quanto à formação do litisconsórcio seja a da facultatividade, uma vez que ele seja concretamente constituído, sua natureza – quanto à relação entre litisconsortes – é de litisconsórcio unitário. É que o resultado da prova produzida, até mesmo porque não envolve propriamente a sua valoração e, portanto, não está ligado a um julgamento, se apresenta a todos de maneira uniforme. É possível até que os litisconsortes pretendam extrair da prova consequências diversas, como é também possível que sua avaliação – para determinação de futuras chances em processo declaratório – seja não-uniforme. Contudo, como resultado que se põe às partes, a prova se apresenta como uma situação ela própria incindível, não sendo despropositado, aqui, invocar analogia entre esse fenômeno e aquele que se passa em relação aos provimentos de natureza declaratória ou constitutiva." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009p. 375.

[263] De acordo com Flávio Luiz Yarshell: "Isso explica, em boa medida, a ideia – à qual já se fez alusão – de que em processo instaurado por força do direito à prova não há propriamente 'terceiros': ainda que os fatos que se busca investigar e a prova que se busca pré-constituir possam, desde logo e a partir de elementos disponíveis no plano substancial, ser relacionados – quando ao respectivo emprego – a determinada pessoa, e ainda que essa pessoa não seja exatamente aquela em face de quem se exercita o direito à prova, isso não afasta a ideia de que, ao menos em alguma medida, a esfera jurídica dessa pessoa, no confronto de que se exercita o direito à prova é atingida, e, portanto, ela é – ou, quando menos, pode vir a ser – diretamente afetada." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009p. 364.

"citado" para apresentar o documento ou a coisa, nos termos do artigo 401, do Código de Processo Civil. Ora, se até mesmo no processo que tenha por objeto a resolução da crise de direito material o terceiro é citado, integrando a lide, não há razão para que ele não seja citado também na ação que tenha por objeto a produção antecipada da prova que está em seu poder.

Deveras, se a prova está na posse de terceiro, a pretensão do autor atinge a sua esfera jurídica, pois o terceiro deverá apresentar o documento ou coisa. E, por essa razão, deve ser assegurado o seu direito ao contraditório, conferindo-lhe a oportunidade para alegar, por exemplo, que ele não está de posse do documento ou coisa, ou que não pode apresentá-lo por dever de sigilo.

É necessário, portanto, que seja dada oportunidade ao terceiro de apresentar o documento ou recusá-lo a exibi-lo, demonstrando as razões para tanto, o que é garantido pelo artigo 402, do Código de Processo Civil[264]. Por estas razões, o terceiro deve integrar a lide na qualidade de réu.

Do mesmo modo, caso o objeto da produção antecipada da prova seja a oitiva de uma testemunha, ela deve ser qualificada como ré na ação de produção antecipada de provas, para que tenha oportunidade de eventualmente se recusar a depor, seja em razão da sua incapacidade ou suspeição, seja em razão de a questão a ser elucidada envolver seu dever de sigilo ou lhe acarrete grave dano, sendo um direito de qualquer testemunha de não se autoincriminar, ou ao seu companheiro ou parentes até o terceiro grau, situação que lhe faculta se recusar a depor, nos termos do artigo 448, do Código de Processo Civil.

Portanto, se a prova for dirigida a um terceiro – este entendido em relação à existente ou mesmo hipotética controvérsia de direito material que fundamente o pedido de produção de prova antecipada –deve ser-lhe assegurado o seu direito ao contraditório e ampla defesa,

---

[264] No mesmo sentido, Flávio Luiz Yarshell: "Ademais, quando se exige de qualquer pessoa que pratique ato qualificável como produção da prova, não há como qualificar essa pessoa simplesmente como 'terceiro', na medida em que é sua – ou também é sua – a esfera jurídica atingida. O 'terceiro' pode até ostentar tal qualidade se visto em relação às partes que, nos limites do objeto do processo, contendem. Contudo, a pretensão de quem quer que seja, dirigida a outrem, de produção de certa prova coloca o destinatário na posição de parte. Essa ressalva é importante, na medida em que, em qualquer circunstância, ainda que os elementos de prova em poder do 'terceiro' digam respeito a outrem (daí por que ser rotulado de 'terceiro'), devem ser observadas as garantias inerentes ao devido processo legal e, dentre dele, em particular, a garantia do contraditório. É possível que o 'terceiro' nenhuma resistência tenha a opor. Mas também é possível que haja fundamentos para que resista à produção da prova, como na hipótese de sigilo profissional." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 325.

devendo figurar, juntamente com todos os envolvidos na controvérsia, como réu na ação de produção antecipada de provas.

Interessante questão sobre a legitimidade processual na ação de produção antecipada de provas merece ser trazida: quando a relação substancial envolve direito coletivo *lato sensu*, sendo este entendido como os difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Não obstante haver discussão doutrinária sobre qual a natureza jurídica dos legitimados a propor ação coletiva, se se trata de legitimação extraordinária, por estarem agindo em nome próprio para defender direito alheio, principalmente no caso da tutela de direitos individuais homogêneos[265], por se defender direito alheio de pessoas determinadas ou, ao menos, determináveis, em nome próprio, ou se se trata de legitimação autônoma para a condução do processo que defende direitos difusos[266], em que os titulares são indetermináveis e os interesses apresentados em juízo são indivisíveis, ou mesmo coletivos, em que os titulares do direito são determináveis e o objeto do processo é indivisível[267], tal discussão é indiferente para a problemática que se pretende desenvolver. O importante é que determinados entes, e apenas estes, possuem capacidade processual concorrente, disjuntiva e exclusiva para as demandas coletivas, seja para a defesa de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Salvo a ação popular, cuja legitimidade ativa pertence a qualquer cidadão, conforme artigo 1º da Lei nº 4.717/65, os titulares dos direitos difusos, coletivos e individuais

---

[265] Como defende Cândido Rangel Dinamarco: "É crescente o emprego da técnica da legitimidade extraordinária para causas referentes a direitos e interesses supra-individuais. Tal é o sinal da *transmigração do individual para o coletivo*, que se revela como uma das características mais destacadas das recentes evoluções do direito processuais no Brasil." cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 2, pp. 311-312, grifo do autor.

[266] De acordo com o entendimento de Ricardo de Barros Leonel: "quem demanda em defesa de interesses difusos ou coletivos, postula ao mesmo tempo tanto aquilo que é próprio como alheio e indivisível; não se pode, assim, afirmar que atue como legitimado ordinário, pois não o é integralmente ao pretender a defesa do que é de titularidade alheia; não se pode, do mesmo modo, asseverar que postule como legitimado extraordinário, pois, embora atue em nome próprio na defesa de interesse alheio, também atua para a tutela de interesse próprio. Foge essa modalidade de legitimação às regras, princípios e concepções clássicas." cf. LEONEL, Ricardo Barros. **Manual do processo coletivo**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 159.

[267] Conforme as lições de Hugo Nigro Mazzilli: "*Difusos* – como conceitua o CDC – são interesses ou direitos 'transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato'. Os interesses difusos compreendem grupos menos determinados de pessoas (melhor do que pessoas *indeterminadas,* são pessoas *indetermináveis*), entre as quais inexiste vínculo jurídico ou fático preciso. São como um *feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontram unidas por circunstâncias de fato conexas.* [...]. *Coletivos, em sentido estrito, são interesses transindividuais indivisíveis de um grupo determinado ou determinável de pessoas, reunidas por uma relação jurídica básica comum.* [...]. Para o CDC, *interesses individuais homogêneos são aqueles de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos de origem comum*, normalmente oriundos das mesmas circunstâncias de fato." cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo:** meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 19.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 50-54, grifo do autor.

homogêneos não podem demandar em nome próprio em juízo, devendo serem representados pelos entes previstos no artigo 5º da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e no artigo 82 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), leis que fazem parte do microssistema da tutela jurisdicional coletiva *lato sensu.*

Partindo dessa premissa, só são legitimados a ajuizar ação de produção de provas que tenha por objeto o esclarecimento de fatos atinentes a uma controvérsia que versa sobre direitos coletivos *lato sensu* aqueles que são legitimados a defender tais direitos em juízo. Não poderia haver outra conclusão partindo-se de uma interpretação sistemática e coerente das normas que regem o direito processual coletivo[268].

A problemática reside em que medida a prova produzida em um processo ajuizado por um ente legitimado a propor a ação de produção antecipada de provas vincula os próprios tutelados ou mesmo os demais entes que possuem legitimidade concorrente para tutelar não só os direitos coletivos *lato sensu* em juízo como demandar a própria ação de produção antecipada de provas ajuizada por um dos legitimados. Isso porque a sentença que eventualmente homologar a prova vincula as partes em relação à sua validade e eficácia[269].

Em relação às ações coletivas, tem-se reconhecido a existência de litispendência quando há duplicidade de ações contendo a mesma causa de pedir, pedido e a coletividade ou mesmo grupo de pessoas que se visa a tutelar na referida ação, independentemente de qual ente que possui legitimação extraordinária para ajuizar a ação a propôs[270]. Não há mais discussão acerca

---

[268] No mesmo sentido, Flavio Luiz Yarshell: "A relação entre legitimidade para a ação (declaratória) e legitimidade para o direito à prova, tal como sugerido acima, parece simplificar a questão: antes de determinar quem está extraordinariamente legitimado a postular a antecipação, ou pré-constituição da prova, há que se indagar quem está extraordinariamente legitimado a postular a declaração do direito. E quem estiver esta última investidura, na linha de raciocínio exposta, terá, ao menos em princípio, a titularidade do direito à prova, na concepção aqui exposta." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova.** São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 370.

[269] Este tema será tratado no tópico 2.4.11 desta Tese.

[270] De acordo com as lições de Ricardo de Barros Leonel: "Na identificação do autor, em virtude das características dos interesses metaindividuais e da espécie de legitimação, não se leva em conta a sua identidade *física ou institucional*, mas sim a identidade da respectiva *condição jurídica*. Ainda que não haja a mesma identidade física ou institucional, havendo a identidade de condição jurídica – posição do autor que se atina com a relação jurídica de direito material deduzida em juízo -, o elemento subjetivo – parte ativa – de suas demandas coletivas propostas por autores 'distintos' será o mesmo." cf. LEONEL, Ricardo Barros. **Manual do processo coletivo**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 229, grifo do autor. No mesmo sentido, Kazuo Watanabe: "Se o que expõe o autor da demanda coletiva como *causa de pedir*, no aspecto ativo, são os interesses ou direitos 'difusos' ou 'coletivos' [...] e formula ele o *pedido de tutela* coletiva desses interesses ou direitos transindividuais e indivisíveis, é suficiente uma só demanda coletiva para a proteção de todas as pessoas titulares desses interesses ou direitos. Não faz qualquer sentido admitir-se uma segunda demanda para a tutela desses interesses ou direitos difusos ou coletivos, ou mesmo interesses ou direitos individuais homogêneos, mormente se veiculados por um ente legitimado por todo o País, como o Ministério Público. De pronto é constatável a ocorrência de litispendência." cf. WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. **Revista de Processo**,

da abrangência territorial dos efeitos da sentença da ação coletiva, tendo em vista o julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.101.937, que declarou inconstitucional o artigo 16, da Lei nº 7.347/85, que limitava os efeitos da sentença proferida na ação coletiva aos limites da competência territorial do órgão prolator a decisão, exceto se a ação for julgada improcedente por insuficiência de provas[271].

O reconhecimento da inconstitucionalidade do referido dispositivo legal deu mais força à tese de litispendência, eis que o resultado de uma ação coletiva produz efeitos *erga omnes* ou *ultras partes*, nas situações descritas no artigo 103, da Lei nº 8.078/90, sem que haja limitação

---

n. 67, pp. 18-19. jul-set. 1992. Perfilha do mesmo entendimento Ada Pellegrini Grinover: "duas ações civis públicas, a primeira intentada pelo Ministério Público, outra por uma associação (nas condições do art. 5º da Lei 7.347/85 – LACP), versando sobre o mesmo objeto e tendo por fundamento a mesma causa de pedir. Ninguém negará, aí, a litispendência. O mesmo fenômeno ocorre entre duas ações populares constitucionais, uma intentada por alguns cidadãos, outra por outros, com o mesmo objeto e a mesma causa de pedir. Também aqui, ninguém negará a litispendência." cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispendência. In: MILARÉ, Édis (coord.) **Ação civil pública** – Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 24. Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: "AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÕES COLETIVAS. SUBSTITUÍDOS QUE FIGURAM EM MAIS DE UMA EXECUÇÃO. LITISPENDÊNCIA CONFIGURADA. I - Em se tratando de ações coletivas, a aferição da litispendência deve ser feita sob a ótica dos beneficiários dos efeitos da sentença, ainda que, em princípio, as partes processuais sejam diferentes no momento da impetração. [...]." (AgRg nos EmbExeMS n. 6.864/DF, relatora Ministra Regina Helena Costa, Terceira Seção, julgado em 14/8/2014, DJe de 21/8/2014) "RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO COLETIVA. DIREITOS COLETIVOS. IMPETRAÇÃO DE DOIS MANDADOS DE SEGURANÇA POR DUAS ENTIDADES REPRESENTATIVAS DA MESMA CATEGORIA PROFISSIONAL. MESMA CAUSA DE PEDIR. IDENTIDADE PARCIAL DE PEDIDOS. CONTINÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. I- O aspecto subjetivo da litispendência nas ações coletivas deve ser visto sob a ótica dos beneficiários atingidos pelos efeitos da decisão, e não pelo simples exame das partes que figuram no pólo ativo da demanda. Assim, impetrados dois mandados de segurança por associação e por sindicato, ambos representantes da mesma categoria profissional, os substituídos é que suportarão os efeitos da decisão, restando, assim, caracterizada a identidade de partes.[...]" (RMS n. 24.196/ES, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 13/12/2007, DJ de 18/2/2008, p. 46).

[271]. "Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 16 DA LEI 7.347/1985, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 9.494/1997. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA AOS LIMITES DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR. REPERCUSSÃO GERAL. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS DESPROVIDOS [...] 3. Necessidade de absoluto respeito e observância aos princípios da igualdade, da eficiência, da segurança jurídica e da efetiva tutela jurisdicional. 4. Inconstitucionalidade do artigo 16 da LACP, com a redação da Lei 9.494/1997, cuja finalidade foi ostensivamente restringir os efeitos condenatórios de demandas coletivas, limitando o rol dos beneficiários da decisão por meio de um critério territorial de competência, acarretando grave prejuízo ao necessário tratamento isonômico de todos perante a Justiça, bem como à total incidência do Princípio da Eficiência na prestação da atividade jurisdicional. 5. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS DESPROVIDOS, com a fixação da seguinte tese de repercussão geral: 'I - É inconstitucional a redação do art. 16 da Lei 7.347/1985, alterada pela Lei 9.494/1997, sendo repristinada sua redação original. II - Em se tratando de ação civil pública de efeitos nacionais ou regionais, a competência deve observar o art. 93, II, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). III - Ajuizadas múltiplas ações civis públicas de âmbito nacional ou regional e fixada a competência nos termos do item II, firma-se a prevenção do juízo que primeiro conheceu de uma delas, para o julgamento de todas as demandas conexas'." (RE 1101937, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 08/04/2021, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-113 DIVULG 11-06-2021 PUBLIC 14-06-2021).

territorial dos efeitos da coisa julgada, o que poderia justificar a existência de múltiplas ações coletivas com identidade de titulares do direito deduzido em juízo, causa de pedir e pedido.

Portanto, havendo identidade dos elementos da ação – devendo-se entender como parte os titulares do direito material apresentado em juízo, e não os entes que possuem a legitimidade para propor a ação coletiva, pelas características do processo coletivo -, deve ser reconhecida a litispendência. Essa conclusão se aplica aos processos que têm por objetivo a resolução da lide de direito material. Resta analisarmos se tal conclusão pode ser aplicada à ação de produção antecipada de provas.

Para tanto, é necessário verificarmos as especificidades da ação de produção antecipada de provas. Sem a menor dúvida, o ente legitimado, ao propor a ação de produção antecipada de prova para apurar a existência ou inexistência de algum fato relevante para o esclarecimento de uma lide coletiva *lato sensu*, ainda que hipotética no momento do ajuizamento da ação, tutela um direito metaindividual, seja difuso, coletivo ou individual homogêneo, eis que tem por objetivo apurar os fatos e, com isso, mensurar as suas chances de êxito e os riscos caso leve a controvérsia do plano de direito material ao Poder Judiciário.

Ao ajuizar a ação de produção antecipada de provas, o ente legitimado para tutelar um direito metaindividual exerce a tutela do direito autônomo à prova dos titulares desse direito, como defendemos neste trabalho.

Se a sentença que visa ao acertamento da própria lide de direito material vincula os seus titulares nestas hipóteses, não haveria razão para afastar essa regra nas ações coletivas de produção antecipada de provas, ainda mais se se considerar que neste tipo de ação se tutela o direito autônomo à prova. Por estas razões, entendemos que não haveria razão para não serem aplicadas as regras previstas nos artigos 103 e 104, da Lei nº 8.078/90, ainda que o instituto da coisa julgada deva ser analisado à luz das especificidades da ação de produção antecipada de provas.

O disposto no artigo 103, I e II, da Lei nº 8.078/90, estabelece que, a depender da natureza do direito material tutelado, seja ele difuso ou coletivo, a sentença fará coisa julgada *erga omnes* e *ultra partes*, a não ser que a ação seja julgada improcedente por insuficiência de provas. Trata-se de coisa julgada *secundum eventus probationis*, pois ela terá o condão de ter a autoridade de coisa julgada, caso a ação seja julgada procedente ou improcedente, salvo se neste último caso houver cognição insuficiente sobre todos os meios de prova dos fatos relevantes ao

julgamento do mérito[272]. Desta maneira, a ação, seja procedente ou improcedente, vincula os titulares do direito material de natureza difusa ou coletiva *lato sensu*, a não ser que a demanda seja julgada improcedente por falta de provas. Ainda que se considere o Projeto de Lei nº1.641/2021, que altera o procedimento da ação civil pública, o seu artigo 32 estabelece que a sentença proferida em sede de ação coletiva faz coisa julgada *erga omnes*, seja ela procedente ou improcedente. O seu §2º estabelece que essa regra é aplicada, inclusive, em caso de improcedência por falta de provas. Contudo, qualquer legitimado para propor a ação coletiva poderá repropor a ação fundada em prova não considerada no julgamento anterior que tenha a aptidão de, isoladamente, reverter a decisão[273].

Contudo, essa regra não pode ser simplesmente transportada para a ação coletiva de produção antecipada de provas. Isso porque esta ação tem por objetivo o reconhecimento do direito do autor à produção da prova, e, uma vez que ela seja produzida, se ela é válida e eficaz, situação em que a prova será homologada[274]. Portanto, a homologação da prova produzida consiste na procedência da ação.

Porém, ainda que a prova seja homologada, disso não decorre que o seu resultado tenha sido favorável ao ente legitimado para tutelar o direito difuso ou coletivo. Isso porque o juiz que conduz a ação de produção antecipada de provas não a valora (art. 382, §2º, CPC). Ainda que as partes valorem o resultado da prova – e esse é o objetivo da ação de produção antecipada de provas –, não há como se afirmar que a valoração da prova produzida antecipadamente pelo ente legitimado para a sua propositura será a mesma que irá exercer o juízo que eventualmente resolver a lide no seu plano substancial. Desta forma, ainda que a ação seja julgada procedente, disso não decorre que o seu resultado seja favorável para os titulares do direito material.

---

[272] Conforme Rodolfo de Camargo Mancuso: "Nesse contexto, tem-se por razoável uma certa *flexibilidade* na formação da coisa julgada *coletiva*, o que aliás se verifica desde a oferta de modalidades diversas, segundo a natureza e segundo a expansão maior ou menor do interesse metaindividual judicializado. Neste ponto, observe-se que nos interesses essencialmente coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito) incide a cláusula *secundum probationem* (Lei 8.078/90, art. 81, I e II0, mas não assim nos individuais homogêneos (Lei supra, art. 81, III): a consequência é que, nos dois primeiros casos, a ação coletiva poderá vir a ser reproposta, desde que fundada em novas provas, ao passo que nos individuais homogêneos a improcedência – independentemente do nível de cognição que tenha sido alcançado – atuará sempre *erga omnes* (*pro et contra*, pois), ressalvadas, naturalmente, as demandas individuais, até porque em face destas a coisa julgada coletiva só se transporta para favorecer (*in utilibus*: § 3º do art. 103 e art. 104 da Lei 8.078/90)." cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 302-303.

[273] CAMARA LEGISLATIVA. **Projeto de Lei nº 1641**, de 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2001406>. Acesso em: 04 nov. 2023.

[274] Este tema será tratado no tópico 2.4.11 desta Tese.

Mesmo assim, não há que se falar que o pedido do ente legitimado a propor a ação coletiva de produção antecipada de provas não teve o seu pedido atendido, consistente na produção da prova, independentemente do seu resultado. Tendo em vista que a sentença que homologa a prova reconhece não só o direito do ente legitimado a produzir a prova, como reconhece a sua validade, ela produz coisa julgada material e produz eficácia *erga omnes* e *ultra partes,* vinculando os demais entes legitimados a propor a ação de produção antecipada de prova e os titulares do direito difuso ou coletivo *stricto sensu*, respectivamente.

A sentença que homologa a prova nos autos da ação coletiva de produção antecipada de provas só não vinculará o titular do direito coletivo *stricto sensu* que tiver ajuizado ação individual com vistas à produção da mesma prova sobre o mesmo fato em face do mesmo réu se não tiver requerido a suspensão do seu processo no prazo de trinta dias a contar da sua ciência da ação coletiva, nos termos do artigo 104, da Lei nº 8.078/90.

Por outro lado, se o juiz reconhecer que o ente legitimado a propor a ação coletiva não tem o direito de produzir a prova, julgará a ação improcedente. E, neste caso, o juiz pode entender que a ação é improcedente por diversos motivos, tais como a falta de interesse processual do ente legitimado a requerer a produção de determinado meio de prova tendo como objeto um dado fato, ou que a produção da prova viola bem protegido por lei, tal como a intimidade do réu ou segredo industrial, dentre outros fundamentos.

Neste caso, tendo em vista que a ação foi julgada improcedente, a sentença fará coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, se a prova requerida foi para esclarecer uma lide, ainda que hipotética, que verse respectivamente sobre direito difuso ou coletivo *stricto sensu*. Entretanto, qualquer ente legitimado para veicular a ação coletiva de produção antecipada de provas pode propô-la novamente, ainda que tenha por objetivo a mesma prova para esclarecer o mesmo fato objeto da ação coletiva anterior, desde que demonstre, através de uma prova nova, que possui o direito à produção da prova. Essa é a conclusão que extraímos do art. 103, I e II, da Lei nº 8.078/90, no que tange à ação coletiva da produção antecipada de provas para tutelar direito difuso ou coletivo *estricto sensu*.

Ainda, é possível que o juiz admita a produção da prova e, ao final, não a homologue, por entender que ela possui algum vício, como se dá, por exemplo, quando não foi oportunizado o direito ao contraditório ao réu. Neste caso, com *grano salis* é possível que se considere que a ação foi julgada improcedente, eis que, ainda que fosse conferido ao ente legitimado para a propositura da ação o direito à produção da prova, ela não foi homologada. Desta forma, ela

produz os efeitos da coisa julgada material entre as partes. Neste caso, parece-nos difícil que haja a possibilidade de repropositura da ação coletiva de produção antecipada de provas, eis que a prova não foi homologada por insuficiência de provas, mas porque não obedeceu aos requisitos legais para produzir seus efeitos desejados.

Em caso de não homologação da prova produzida em ação coletiva de produção antecipada de provas, as mesmas considerações que foram feitas para a ação individual no que tange à extensão da coisa julgada material sobre os seus limites objetivos devem aqui ser consideradas[275], sendo possível, portanto, que qualquer ente legitimado para propor a ação coletiva possa requerer a produção de outra prova sobre o mesmo fato, sem que isso viole a coisa julgada em ação coletiva que visa a esclarecer um fato que permeia uma lide de direito difuso ou coletivo *stricto sensu* no seu plano substancial.

Especificamente quando a prova a ser produzida envolver relação jurídica de direito material que verse sobre direitos individuais homogêneos, caso o titular do direito material não ajuíze ação individual de produção antecipada de provas ou, se ajuizada, não requerer a sua suspensão, resta perquirir se, ainda que a ação coletiva de produção antecipada de provas acolha o pedido do ente legitimado que a propôs, de sorte a reconhecer o direito na produção da prova e homologá-la, se deve ser aplicado o regime previsto nos artigos 103, III, §§ 2º e 3º e artigo 104, da Lei nº 8.078/90.

Isso porque o regime da coisa julgada para as ações coletivas que versam sobre direitos individuais homogêneos faz coisa julgada *erga omnes* em caso de procedência do pedido, não beneficiando o titular que não requerer a suspensão da sua ação individual no prazo de trinta dias a contar da ciência dos autos da ação coletiva[276].

O artigo 103, III, da Lei nº 8.078/90, estabelece que a ação coletiva que versa sobre direitos individuais homogêneos faz coisa julgada *erga omnes* em caso de procedência do pedido, dispondo expressamente que esse efeito tem por intuito "beneficiar todas as vítimas e seus sucessores".

---

[275] Este tema será tratado no tópico 2.4.11 desta Tese.

[276] "Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva."

Contudo, sobre o tema, necessário esclarecer que, pela natureza da ação de produção antecipada de provas, não há uma decisão acerca da relação de direito material, de sorte que não há que se falar em procedência ou improcedência de eventual lide neste aspecto[277], tampouco há valoração da prova pelo juízo que dirigiu a ação de produção antecipada de provas. Portanto, ainda que haja procedência do pedido no que tange à produção da prova e à sua homologação, o seu resultado pode ser desfavorável ao titular do direito material, a depender do resultado da prova, que será avaliado de maneira subjetiva pelas partes e substituídos processuais.

Tendo em vista a expressa disposição legal do artigo 103, III, da Lei nº 8.078/90, entendemos ser possível que o titular do direito individual ajuíze ação de produção antecipada de provas de forma individual tendo como objeto a mesma prova sobre o mesmo fato da ação coletiva da ação de produção antecipada de provas e contra o mesmo réu em que a prova foi homologada se demonstrar que a prova homologada naquele processo não o beneficiou, devendo ser concedido, por conseguinte, o seu direito à produção da prova.

Se a prova homologada judicialmente em ação coletiva de produção antecipada de provas que vise ao esclarecimento de fato que permeia um direito individual homogêneo tiver resultado favorável ao seu titular do direito material, ele não poderá fazer uso da prova se tiver ajuizado ação individual de produção antecipada de provas tendo como objeto a mesma prova sobre o mesmo fato da ação coletiva e, ainda, em face do mesmo réu, se não requerer a suspensão da sua ação individual no prazo de trinta dias a contar da sua ciência da ação coletiva, nos termos do artigo 104, da Lei nº 8.078/90.

Na hipótese de a prova requerida em ação coletiva de produção antecipada de provas ajuizada para esclarecer fato que permeia uma lide de direito individual homogêneo não for homologada, ou mesmo a pretensão do ente legitimado não for acolhida, por se entender que ele não teria direito à produção da prova, tais decisões devem ser consideradas como improcedência da ação, hipótese em que o seu resultado não produz efeitos em relação aos titulares do direito material, nos termos do artigo 103, III, da Lei nº 8.078/90, ou mesmo em relação aos demais colegitimados para propor a ação coletiva de produção antecipada de provas.

Ainda atinente às ações coletivas, importante demonstrar o imenso debate doutrinário acerca da possibilidade de o ente legitimado a representar os interesses metaindividuais possa

---

[277] Este tema será tratado no tópico 2.4.11 desta Tese.

compor o polo passivo de demandas, o que repercute na ação de produção antecipada de provas, e, se possível, qual ente deveria representar a coletividade.

O ordenamento jurídico brasileiro previu que os entes legitimados a representar os interesses coletivos *lato* sensu possuem legitimidade para propor a ação coletiva (arts. 91, da Lei 8.078/90, 5º, da Lei 7.347/85, 3º, da Lei 7.853/89, dentre outras que fazem parte do microssistema do direito processual coletivo), sendo silente a respeito da possibilidade de ação coletiva passiva, isto é, de tais entes serem demandados para representar a coletividade em uma ação e, com isso, sujeitarem não só eles como os seus substituídos aos efeitos da sentença proferida naquela ação.

Por esta razão, parte da doutrina entende pela impossibilidade de ação que tenha como legitimado passivo algum ente que tenha legitimidade para substituir a coletividade, por falta de amparo legal[278]. Pedro da Silva Dinamarco[279] defende que a entidade que representa a coletividade no polo passivo da ação coletiva deve ter prévia autorização judicial, ao passo que Hugo Nigro Mazzilli[280] conclui que, salvo casos excepcionais, o ordenamento jurídico não

---

[278] Como exemplo de tal corrente, pode-se citar as reflexões de Ricardo de Barros Leonel sobre o tema: "Os dispositivos que tratam da legitimação falam em propositura de ações coletiva, e não em resposta a ações propostas (art. 5º da Lei 7.347/85; art. 3º da Lei 7.853/89; art. 1º da Lei 7.813/89; art. 91 da Lei 8.078/90; art. 29 da Lei 8.884/94, que, ao usar a expressão 'poderão ingressar em juízo', deixa claro, no contexto, que se refere ao ajuizamento de ação; do mesmo modo, o art. 210 da Lei 8.069/90, que, ao utilizar a expressão 'para as ações civis fundadas em interesses coletivos, deixa claro que o fundamento da ação é o interesse metaindividual, e, portanto, a legitimação tratada é ativa). Daí a impossibilidade de reconvenção em ação coletiva, pois a coletividade figuraria como demandada na ação reconvencional." cf. LEONEL, Ricardo Barros. **Manual do processo coletivo**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002p. 206, rodapé n. 148. Do mesmo modo, Rodolfo de Camargo Mancuso: "No *direito posto* não há como se excogitar, por analogia ou outra interpretação extensiva, de legitimação *passiva* das entidades e órgãos que hoje têm o poder de agir (e não o de resistir), até porque daí se trata, em última análise, de uma sorte de legitimação extraordinária, que é excepcional e, portanto, não pode ser presumida, devendo constar às expressas numa norma de regência, conforme o exige o art. 6º do CPC." cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 452, grifo do autor.

[279] "não se admite que um fornecedor ou uma associação de fornecedores de determinado produto ou serviço (associação de seguradoras, de montadoras de automóveis, de supermercados etc.) ajuíze demanda em face de representante dos consumidores (Idec, Procon, etc.) a fim de que seja declarada a validade de uma cláusula contida em contrato-padrão. Nesse caso, fica claro que nenhuma das associações teria interesse próprio na solução da controvérsia, ainda que a defesa dos seus associados constitua seu objetivo social." cf. DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 269, rodapé n. 306.

[280] "Mas, ressalvados esses casos excepcionais, já comentados acima, não se admite que a coletividade lesada seja substituída processualmente senão no polo ativo da ação civil púbica ou coletiva. [...]. A nosso ver, portanto, de *lege ferenda*, dever-se-ia legitimar no polo passivo alguns órgãos estatais para substituírem processualmente coletividades de pessoas, desde que no processo interviesse obrigatoriamente o Ministério Público e desde que a coisa julgada pudesse formar-se em benefício destas, não em seu prejuízo – como já ocorre no sistema dos arts. 16 da LACP e 103 do CDC. Só não cremos que seja de prudência admitir, de *lege ferenda*, possam as associações civis ser legitimadas para substituir no *polo passivo* a categoria que representem, salvo se autorizadas por deliberação de assembleia, específica para o caso, e desde que, apenas nessa situação, fosse limitada a extensão subjetiva da sentença ao grupo que expediu a autorização." cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo:** meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 19.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 327-328.

permite que os titulares dos interesses metaindividuais sejam substituídos por um ente no polo passivo de uma ação coletiva, sugerindo uma proposta de alteração legal para que determinados entes sejam autorizados para tanto, sugerindo que alguns entes estatais e associações sejam legitimadas para tanto, desde que, nesse último caso, haja deliberação de assembleia que as autorize a defenderem os interesses dos seus associados no polo passivo da ação coletiva no determinado caso específico, e que os efeitos da sentença fiquem limitados aos sujeitos que autorizaram a sua substituição pela associação e se a decisão beneficiar a coletividade, bem como que haja a intervenção do Ministério Público na ação coletiva passiva.

Já Ada Pellegrini Grinover[281], em obra que foi atualizada por João Ferreira Braga e Kazuo Watanabe, defende que o ordenamento jurídico brasileiro permite a ação coletiva passiva, mencionando a sua previsão no artigo 554, § 1º, do Código de Processo Civil.

Com *permissa vênia*, ousamos discordar da referida jurista, sob o fundamento de que, na hipótese disposta no artigo 554, § 1º, do Código de Processo Civil, a ação possessória envolve caso de litisconsórcio passivo, e não de ação coletiva passiva. Tanto é assim que os réus que forem encontrados no local serão citados pessoalmente, e os demais serão citados por edital, devendo, ainda, ser dada ampla publicidade da ação (art. 554, §1º, CPC). Portanto, os réus serão citados para, querendo, defenderem direito próprio em nome próprio, o que não ocorre nas ações coletivas.

---

[281] "E, no tocante à ação coletiva passiva, amplamente admitida pelos tribunais brasileiros, sempre houve cuidados em relação à representatividade do grupo, categoria ou classe de pessoas que figuram no polo passivo da demanda. [...]. A ação coletiva passiva, entendida como a ação promovida não pelo grupo, mas contra o grupo, correspondendo à *defendant class action* do sistema norte-americano, é certamente mais rara do que a ativa, mesmo nos sistemas que a adotam. No entanto, não se pode descartar a possibilidade de o grupo figurar no polo passivo da demanda, seja esta individual ou coletiva. Aliás, nas relações de trabalho, o sindicato, com alguma frequência, é demandado nos processos da área. Exemplos de ação coletiva passiva podem ser colhidos na experiência de vários países: ações possessórias ajuizadas contra grupos organizados nas invasões de propriedades (como o MST – Movimento Sem Terra brasileiro); ações intentadas contra 'torcidas organizadas', como as de times de futebol, de caráter inibitório ou até condenatório; processos ajuizados contra associações de fabricantes de produtos considerados nocivos, para que seus associados (e não a associação) sejam obrigados a colocar advertências nos rótulos; demandas contra categorias profissionais, para que seus membros se abstenham de exibir didascálias ofensivas a outra profissões. A previsão da ação coletiva passiva avança nos países de civil law. Está ela expressamente contemplada na Noruega, em Israel, no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. Na Colômbia e no Paraguai, os relatores informam que, embora não expressa, decorre do sistema. Na Venezuela tem sido acolhida pela jurisprudência. Nos ordenamentos da Argentina e do Chile, a doutrina reconhece sua existência. É de grande relevância observar que o novo Código de Processo Civil, no art. 554, inserido no capítulo das ações possessórias, introduziu formalmente no ordenamento brasileiro uma ação coletiva passiva, prevendo a citação das pessoas ocupantes que forem encontradas no local, e a citação das demais por edital, com as cautelas dos parágrafos 1º, 2º e 3º. Mas o dispositivo não se preocupa com a "representatividade adequada" nem com o regime da coisa julgada. Seja como for, trata-se de um passo importante para o acolhimento formal da ação coletiva passiva no ordenamento brasileiro." GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do CDC e da Lei do Superendividamento**, Rio de Janeiro, Forense, 2022, pp. 775-790.

Importante mencionar que há acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a questão, asseverando que a legitimidade ativa que é conferida por lei a determinados entes para a defesa dos interesses metaindividuais não acarreta a legitimidade passiva para que tais entes defendam seus substituídos em ações coletivas passivas, salvo algumas exceções[282].

A questão, como visto, é amplamente debatida na doutrina e produz reflexos não somente em relação aos entes legitimados a representar a coletividade na ação coletiva passiva, como sobre os efeitos da coisa julgada no que tange aos seus limites objetivos e subjetivos. Por não ser objeto do presente estudo, não pretendemos nos aprofundar nesta questão – que daria ensejo a uma obra própria, devido à sua complexidade. Por ora, limitaremos a demonstrar as correntes doutrinárias acerca de sua possibilidade, conforme exposto alhures.

Ainda no que tange às ações coletivas de produção antecipada de provas – e não só em relação a elas, sendo aplicável a toda ação de produção antecipada de provas cujo objeto tenha a aptidão de interessar outras pessoas além daquelas que participam da relação processual[283],–, é necessário que, em razão dos seus efeitos, se dê ampla publicidade acerca do ajuizamento da ação.

Arthur Ferrari Arsuffi[284], ao comentar a necessidade de dar ampla publicidade aos interessados na produção de uma determinada prova, sugere que sejam adotadas as práticas previstas no artigo 554, §§ 1º a 3º, do Código de Processo Civil, ou seja, a publicação de edital

---

[282] "Processo civil. Recurso especial. Ação coletiva ajuizada por sindicato na defesa de direitos individuais homogêneos de integrantes da categoria profissional. Apresentação, pelo réu, de pedido de declaração incidental, em face do sindicato-autor. Objetivo de atribuir eficácia de coisa julgada à decisão quanto à extensão dos efeitos de cláusula de quitação contida em transação assinada com os trabalhadores. Inadmissibilidade da medida, em ações coletivas. [...] A atribuição de legitimidade ativa não implica, automaticamente, legitimidade passiva dessas entidades para figurarem, como rés, em ações coletivas, salvo hipóteses excepcionais. [...] Pelo panorama legislativo atual, a disciplina da coisa julgada nas ações coletivas é incompatível com o pedido de declaração incidental formulado pelo réu, em face do sindicato-autor. A pretensão a que se declare a extensão dos efeitos de cláusula contratual, com eficácia de coisa julgada, implicaria, por via transversa, burlar a norma do art. 103, III, do CDC. Recurso improvido." (REsp n. 1.051.302/DF, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23/3/2010, DJe de 28/4/2010).

[283] Este tema será tratado no tópico 2.3.1 desta Tese.

[284] "Assim, devem ser adotados todos os meios para que possíveis interessados na prova possam participar do processo. Para tanto, em casos como o exemplo acima e em quaisquer outros em que o número de interessados seja grande (por exemplo, ação de produção antecipada de prova que envolva dano ambiental ou vício em determinado medicamento), é preciso que se adote uma postura proativa para dar ciência a todos os interessados. O CPC/2015 possui interessante previsão no capítulo das Ações Possessórias, que poderá ser utilizado como referência nessas situações. Trata-se dos parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 554, que examina a ação possessória quando há grande número de ocupantes (ação possessória coletiva). Tais dispositivos trazem importante parâmetro normativo sobre o tema, prevendo que deve haver a citação postal daqueles que for possível identificar, a citação por edital de todos os demais e o emprego de meios atípicos para dar publicidade à existência da ação, como 'anúncios em jornal ou rádio locais, da publicação de cartazes na região do conflito e de outros meios." ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, pp. 203-204.

sobre o ajuizamento da ação, anúncios em jornal ou rádio locais e publicação de cartazes na região do domicílio dos supostos interessados em participar da produção da prova. Ainda, merecem ser consideradas as práticas previstas no artigo 11 do Projeto de Lei nº 1641/2021, devendo-se dar publicidade da ação coletiva de produção antecipada de provas no cadastro do Conselho Nacional de Justiça, no site do Tribunal em que tramita a ação e da agência, órgão ou regulador relacionado[285].

2.3.1 Cabimento de intervenção de terceiros

Conforme demonstramos, a regra para a ação de produção antecipada de provas, no que tange ao litisconsórcio, consiste na sua facultatividade[286]. Porém, e não obstante os casos em que o litisconsórcio seja facultativo, é possível que um terceiro tenha interesse em participar da ação de produção antecipada de provas.

Por exemplo, poder-se-ia pensar em uma ação de produção antecipada de provas ajuizada por um proprietário de um apartamento contra o condomínio, tendo por objeto a realização de uma prova pericial para apurar a causa do incêndio que ocorreu no edifício. O morador que ajuizou a ação de produção antecipada de provas não é obrigado a ajuizar a ação em litisconsórcio ativo com todos os moradores que foram lesados pelo incêndio, pois tal hipótese não consiste em um caso de litisconsórcio necessário. Contudo, outro morador do mesmo edifício que foi lesado pelo incêndio pode ter interesse em intervir no processo, pois também tem interesse no esclarecimento dos fatos que serão objeto da prova produzida antecipadamente. Outro exemplo seria um acidente de ônibus que deixou várias vítimas, em que uma delas ou seus sucessores, caso ela tenha falecido, ajuíze ação de produção antecipada de provas para apurar a causa do acidente; outra vítima ou seus sucessores poderia intervir no processo para fins de esclarecimentos sobre tais fatos, na medida em que também possui interesse.

O interesse que justifica a intervenção de terceiro deve ser um interesse jurídico, ou seja, deve o terceiro demonstrar que a apuração do fato a ser objeto da prova a ser produzida antecipadamente produza algum efeito que atinja a sua esfera jurídica. Com efeito, simples curiosidade ou fins meramente especulativos não justificam a intervenção do terceiro na ação

---

[285] CAMARA LEGISLATIVA. **Projeto de Lei nº 1641**, de 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2001406>. Acessado em: 04 nov. 2023.

[286] Este tema foi tratado no tópico 2.3 desta Tese.

de produção antecipada de provas. É preciso que o terceiro demonstre um interesse jurídico, ou seja, que ele possua uma existente ou eventual lide no plano do direito material, e que o fato que é objeto da prova que se busca antecipar guarda relação com a sua relação no plano substancial, podendo extrair do fato a ser demonstrado efeitos jurídicos que atingem a sua esfera jurídica. A título de exemplo, é o que se dá com a intervenção de uma vítima de um acidente na ação de produção antecipada de provas ajuizada por outra vítima, no intuito de esclarecer a causa do acidente.

O terceiro, ao intervir na ação de produção antecipada de provas, age na qualidade de assistente litisconsorcial. Ainda que o juiz não valore a prova produzida antecipadamente, não se pronunciando sobre a ocorrência ou não do fato e tampouco de suas consequências jurídicas (art. 381, § 2º, CPC), certo é que a prova produzida antecipadamente influirá na relação jurídica de plano material entre o assistente e o adversário do assistido. Ainda, ao prever que o terceiro possa requerer a produção de qualquer prova relacionada ao mesmo fato objeto da ação de produção antecipada de provas (art. 382, §3º, CPC), o legislador conferiu ao terceiro a qualidade de assistente litisconsorcial, pois a sua atuação no processo não é atrelada ao do assistido, o que se dá com o assistente simples, conforme determina o artigo 121, do Código de Processo Civil[287].

Entendemos que não seria possível a denunciação de terceiro à lide em razão do próprio objeto da ação de produção antecipada de provas, em que não se busca a condenação do réu a uma determinada obrigação, mas tão-somente a produção da prova. Desta forma, não possuindo a referida ação cunho condenatório, não estão presentes as hipóteses para a denunciação do terceiro à lide, previstas no artigo 125, do Código de Processo Civil[288].

---

[287] Sobre o tema, assertivas são as lições de Flávio Luiz Yarshell: "Mas, esses terceiros podem ser considerados como assistentes litisconsorciais (art. 124); e, nessa medida, litisconsortes facultativos ulteriores. Isso é coerente com a prerrogativa que a lei lhes deu, de requerer prova no mesmo processo e, portanto, de alterar (ainda que com limites) o objeto do processo. Tal se ajusta também à ideia de que, na assistência litisconsorcial, o assistente poderia ter sido parte principal (autor ou réu). Ademais, embora no processo probatório não haja sentença a 'influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido', a prova (resultado do processo) terá essa – ou análoga aptidão." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários aos arts. 381 a 383. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civi**l. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.037.

[288] Flávio Luiz Yarshell compartilha desse entendimento, ao asseverar que "Não há espaço para a denunciação da lide ou para o chamamento ao processo no processo de antecipação da prova – o que, de resto, doutrina e jurisprudência já afirmavam quando a medida era concebida exclusivamente diante de situações de perigo da demora. Não há prolação de sentença a ensejar pretensão regressiva (art. 129), tampouco apta a constituir título executivo (art. 132)." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários aos arts. 381 a 383. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civi**l. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 1.037-1.038. Pugnando pela

Pela mesma razão, não é cabível o chamamento de terceiro à lide, pois na ação de produção antecipada de provas o réu não corre o risco de ser condenado a pagar qualquer prestação, não havendo, por conseguinte, razão pela qual ele requeira que o afiançado, fiador ou demais devedores solidários integrem a lide, conforme as hipóteses preconizadas no artigo 130, do Código de Processo Civil[289].

2.3.2 Possibilidade de intervenção de *amicus curiae*

A possibilidade de intervenção do ingresso do *amicus curiae* no processo é um corolário do princípio da cooperação, na medida em que permite que terceiros possam colaborar com a controvérsia, trazendo maiores informações sobre fatos que permeiam a lide e, por isso, contribuem para uma melhor solução judicial, pois o juiz, ao proferir a decisão, terá maiores elementos para a análise da controvérsia[290].

Neste passo, e não só nas ações coletivas de produção antecipada de provas, como exposto anteriormente[291], verificando o juiz que o objeto da prova possa interessar a terceiros, ou mesmo que terceiros possam contribuir na produção da prova ou do fato que se pretende provar na demanda, bem como a repercussão que o esclarecimento de certo fato possa ter, deve

---

sua possibilidade caso o réu possa denunciar terceiro à lide em futura ação de indenização, Fredie Didier Jr. afirma: "Para casos assim, Cândido Dinamarco cogitou a possibilidade de o requerido, ainda na produção antecipada de prova, trazer ao processo o futuro *denunciado a lide*, com o propósito de incluí-lo no âmbito de eficácia da prova que se pretende produzir. Essa atípica intervenção de terceiro ampliaria o polo passivo do processo de produção antecipada da prova; com isso, outra pessoa também ficaria submetida à prova produzida, que, na futura denunciação da lide, poderia ser utilizada." cf. DIDIER JUNIOR, Fredie. Produção antecipada da prova. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (Coords.) **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. . p. 203.

[289] Defendendo todas as hipóteses de cabimento de intervenção de terceiros, Bruno Augusto Sampaio Fuga defende: "Entendemos possível a *intervenção de terceiros* na referida ação probatória. Se a finalidade dela, em muitos casos, é inibir eventual ação principal, quanto maior o número de participantes na elaboração da prova, maiores são as chances de evitar cerceamento de defesa. Entendemos então possível o réu denunciar à lide ou fazer chamamento ao processo, assim como ser possível assistente ou amicus curiae, dentre outras medidas interventivas." FUGA, Bruno Augusto Sampaio. A produção antecipada da prova: aspectos gerais e natureza da sentença. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 129.

[290] De acordo com Paulo Cezar Pinheiro Carneiro: "Deve o juiz, sempre que necessário, especialmente nos processos cujo resultado possa alcançar um grande número de pessoas, permitir a intervenção de pessoas, órgãos ou de entidades com interesse, ainda que indireto, na controvérsia. Assim, promover a realização de audiências públicas (art. 927, §2º; art. 983, §1º; art. 1.038, II; v.g.), e até mesmo permitir o ingresso de outros personagens que possam colaborar para a realização da justiça, caso do *amicus curiae* (arts. 138 e 1.038, §2º), são corolários lógicos de uma das formas de cooperação do juiz com o deslinde da causa. Quanto maior for a participação e, portanto, os elementos de informação, maior será a legitimidade democrática da decisão." cf. CARNEIRO, Paulo Cézar Pinheiro. Comentários ao art. 6º. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 71.

[291] Este tema foi tratado no tópico 2.3 desta Tese.

não só admitir a participação do *amicus curiae* na ação de produção antecipada de provas, como determina o artigo 138, do Código de Processo Civil, como determinar ampla publicidade do ajuizamento da ação para que terceiros tenham conhecimento desta e possam dela participar, mediante a publicação de edital sobre o ajuizamento da ação, anúncios em jornal ou rádio locais, publicação de cartazes na região do domicílio dos supostos interessados em participar da produção da prova, inclusão dos dados da ação no cadastro do Conselho Nacional de Justiça, no site do Tribunal em que tramita a ação e da agência, órgão ou regulador relacionado[292].

2.4 Rito da ação de produção antecipada de provas no Código de Processo Civil

2.4.1 Competência

Conforme o artigo 381, §2º, do Código de Processo Civil, para a ação de produção antecipada de provas é competente o juízo do foro onde deve ser produzida a prova ou do domicílio do réu. Trata-se de inovação legislativa que merece aplausos, eis que, em razão da competência da ação de produção antecipada de provas, na égide do Código de Processo Civil de1973, ser do foro competente para a ação que visava o acertamento da lide, nem sempre ela coincidiria com o local em que deveria ser realizada a prova, o que ensejava o risco do perecimento desta, mormente se se considerar o cabimento da ação de produção antecipada de provas, naquele regime, exclusivamente com fundamento na urgência de sua produção. O atual diploma supera tal obstáculo ao permitir que a ação de produção antecipada de provas seja veiculada no foro em que a prova deva ser produzida.

Portanto, há competência concorrente na ação de produção antecipada de provas, podendo o autor escolher entre o foro do domicílio do réu ou do local em que deve ser produzida a produção da prova[293].

---

[292] No mesmo sentido, Flávio Luiz Yarshell: "De outra parte, não se deve descartar o ingresso de *amicus curiae*, na forma do art. 138. A depender dos fatos que sejam objeto da antecipação; da especificidade – quicá técnica – da prova; e de eventual repercussão social do que se pretende conhecer, pode haver espaço para pessoa com especialização e representatividade adequada." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários aos arts. 381 a 383. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civi**l. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.038.

[293] Muito embora reconheça que a competência é concorrente, Arthur Ferrari Arsuffi defende a possibilidade de oposição de exceção de incompetência quando o autor não optar pela competência que seria mais eficiente na produção da prova, posição com a qual não concordamos, por se tratar de competência concorrente. O mencionado autor defende que "É importante porém fazer uma ressalva: em nossa opinião, o Código, quando interpretado de modo sistemático, exige que a competência mais eficiente seja escolhida. Assim, é possível arguir exceção de incompetência quando a competência indicada pelo autor, ainda quando prevista no §2 do art. 381, não seja a mais eficiente possível." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 177.

Não obstante tal faculdade, não nos parece ser eficiente que a ação de produção antecipada de provas seja distribuída no foro do domicílio do réu se a prova a ser produzida deva ser realizada em outro local. Se, por exemplo, o autor pretender a realização de uma prova pericial em um imóvel localizado em uma comarca e o réu residir em outra, o ajuizamento da ação de produção antecipada de provas no foro do domicílio do réu ensejará a expedição de carta precatória para a comarca em que a prova será produzida, se o pedido da sua produção for deferido, o que não parece haver muito sentido, mormente se a produção da prova for fundamentada pela necessidade de sua produção urgentemente.

Oportuno ressaltar que a ação de produção antecipada de provas tem por objeto exclusivamente a sua produção. A expedição de carta precatória para determinar que um juízo de outra comarca realize a produção da prova consiste em delegar a este o objeto da própria ação. Ainda, o juiz que conduz a produção da prova terá que eventualmente decidir acerca de questões apresentadas pelo réu ou mesmo pelo autor (se a prova for requerida pelo réu, nos termos do art. 382, §3º, do CPC) acerca da produção da prova, tais como a impugnação de quesitos que forem entendidos como impertinentes, contradita de testemunhas, pedido de indeferimento de perguntas formuladas às testemunhas, dentre outras. E tais questões são essenciais a serem apreciadas pelo juiz destinatário da ação de produção antecipada de provas quando ele proferirá a sentença no processo[294]. Portanto, seria oportuno que a prova seja produzida nos próprios autos da ação de produção antecipada de provas, de maneira que seja recomendável que a mencionada ação seja distribuída no local em que ela deva ser produzida[295]. Não obstante, em razão de a competência ser relativa, tal recomendação não pode ser imposta ao autor da demanda, que possui a faculdade de ajuizar a ação no foro onde deve ser produzida a prova ou do domicílio do réu.

Por outro lado, se o autor pretender a realização de diversas provas em diversos locais para o esclarecimento de determinado fato, seria recomendável que a ação de produção

---

[294] Este tema será tratado no tópico 2.4.11 desta Tese.

[295] No mesmo sentido defendem Igor Labre de Oliveira Barros e Vinícius Pinheiro Marques: "Entretanto, amparados pelos princípios da competência apropriada, da boa-fé e da eficiência, é imaginável dar prioridade ao foro em que se localiza a fonte da prova. Tal entendimento é congruente com a inexistência de prevenção para a ação que chegue a ser sugerida, a qual notará os preceitos unânimes de competência." cf. BARROS, Igor Labre de Oliveira; MARQUES, Vinícius Pinheiro. A Antecipação de Prova frente ao Princípio da Cooperação no CPC de 2015. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 245.

antecipada de provas seja veiculada no foro onde a maioria das provas será realizada ou no do domicílio do réu[296].

Por se tratar de competência territorial, ela é relativa, de sorte que as partes podem eleger um foro para a tramitação da ação de produção antecipada de provas, nos termos do artigo 63, do Código de Processo Civil[297]. Contudo, se as partes elegerem um foro de eleição para dirimir eventuais litígios oriundos da relação contratual, ele não poderá ser oponível para a ação de produção antecipada de provas, eis que este rito não tem por objeto a resolução de qualquer conflito, mas tão-somente o esclarecimento das partes sobre fatos relativos a ele[298].

É importante mencionar que o juízo estadual tem competência para processar e julgar a ação de produção antecipada de prova requerida pela União, entidade autárquica ou empresa pública federal ou em face dos referidos entes se, na localidade, não houver vara federal, de acordo com o que dispõe o artigo 381, §4º, do Código de Processo Civil. Trata-se de uma regra excepcional, que encontra previsão no artigo 109, §3º, da Constituição Federal[299].

Por fim, a ação de produção antecipada de provas não pode ser ajuizada perante os Juizados Especiais Cíveis. Ainda que o objeto da referida ação não seja a realização de prova pericial, o que, por si só, é incabível no âmbito dos Juizados Especiais, conforme artigo 35, da Lei nº 9.099/95, o rito da ação de produção antecipada de provas previsto no Código de Processo Civil é incompatível como o rito do Juizado Especial Cível (Lei nº 9.099/95), Federal (Lei nº 10.259/2001) e da Fazenda Pública (Lei nº 12.153/2009)[300].

---

[296] Sobre o tema, Arthur Ferrari Arsuffi afirma que: "Observadas essas perspectivas, a competência para conhecer da ação de produção antecipada de provas deve ser do local da produção da prova, quando houver urgência e/ou quando a ação se limitar a meios de prova que devem ser colhidos no mesmo local; de outro lado, quando não houver urgência e quando a amplitude de meios de prova exigir a prática de atos em diferentes locais, a competência deve ser a do domicílio do réu." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, 176-177.

[297] "Art. 63. As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações."

[298] De acordo com Arthur Ferrari Arsuffi: "em se tratando, por exemplo, de produção de provas para apurar responsabilidade civil contratual, não cabe exigir, *a priori*, que a produção antecipada da prova respeite eventual cláusula de eleição de foro, ainda mais quando nessa espécie de processo inexistirá valoração probatória (cf. art. 382, §2º, CPC). Tal cláusula ditará apenas a competência de eventual e hipotético processo indenizatório, enquanto a competência da produção antecipada de provas deve ser aquela que se mostrar mais eficiente." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 179.

[299] "Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: [...]. § 3º Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual."

[300] Sobre o tema, ver: SOUZA, Márcia Cristina Xavier de. Ação de Produção Antecipada de Provas nos Juizados Especiais Cíveis. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago

2.4.1.1 Competência em caso de questão que esteja submetida à cláusula arbitral

Insta perquirir, no que tange à competência para o processamento e julgamento da ação de produção antecipada de provas, se referida competência é do Tribunal Arbitral ou do Poder Judiciário, na hipótese de as partes estabelecerem convenção de arbitragem para a resolução da controvérsia no plano de direito material. Se as partes nada convencionarem a respeito, não há dúvidas de que a ação de produção antecipada de provas, em quaisquer dos seus requisitos previstos no artigo 381, do Código de Processo Civil, deve ser submetida ao Poder Judiciário, eis que o Estado é competente para exercer tal função jurisdicional.

Do mesmo modo, a questão não parece ser tormentosa se, ainda que as partes tenham convencionado cláusula arbitral, a ação de produção antecipada de provas for fundamentada na necessidade de urgência na sua produção, prevista no inciso I, do artigo 381, do Código de Processo Civil, e enquanto não for instituído o Tribunal Arbitral ou não houver a figura do árbitro de emergência no regulamento da Câmara competente para o processamento do procedimento arbitral. Isso porque a própria Lei nº 9.307/96, que instituiu a arbitragem, em seu artigo 22-A, estabelece que, antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência. E, como demonstrado anteriormente[301], a ação de produção antecipada de prova baseada no risco do perecimento da sua produção no momento oportuno para tanto na ação que tenha por objeto a resolução da lide de direito material tem natureza de tutela cautelar[302].

Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. pp. 339-348.

[301] Este tema foi tratado no tópico 2.2.1 desta Tese.

[302] Neste sentido, afirmam Marcelo Mazzola e Rodrigo de Assis Torres que "Essa hipótese se conecta diretamente ao inciso I do artigo 381 do CPC, que, como visto, autoriza a produção antecipada de prova em casos de urgência. Portanto, nesse caso especificamente, parece evidente que, enquanto o tribunal arbitral não estiver instituído – o que somente ocorrerá com a definição dos árbitros e assinatura da ata de missão da arbitragem – e não havendo a figura do árbitro de emergência na convenção arbitral, caberá ao Poder Judiciário conceder medidas urgentes que se façam necessárias em relação ao conflito objeto da convenção arbitral, sejam elas de natureza cautelar ou antecipatória (STJ, REsp 1.297.974, CC-AgRg 116.395,CC 111.230 e REsp 1.325.847), até mesmo em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF)." cf. MAZZOLA, Marcelo; TORRES, Rodrigo de Assis. A Produção Antecipada da Prova no Judiciário viola o Juízo Arbitral e a Competência do Árbitro? In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 333-334. Perfilha do mesmo entendimento Arthur Ferrari Arsuffi: "Sobre esse ponto, é preciso em primeiro lugar estabelecer se a produção antecipada da prova tem ou não requisito de urgência. Havendo urgência, a produção dessa prova, que está vinculada ao direito de provar (e não ao direito autônomo à prova) deve obedecer à mesma regra das demais medidas de urgência, sendo requerida ao Poder Judiciário caso não exista tribunal arbitral constituído ou previsão de constituição urgente para tribunal arbitral. [...] Assim, em se tratando de produção antecipada da prova com requisito da urgência, deve ser respeitada a regra prevista no art. 22-A da Lei de Arbitragem (Lei Federal n. 9.307/96, com redação dada pela Lei n. 13.129/2015), sendo o Poder Judiciário competente para conhecer da

Com efeito, em razão do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF), o jurisdicionado pode recorrer a este para requerer uma providência de urgência de natureza cautelar quando não tiver sido ainda instalado o juízo arbitral, havendo, por conseguinte, uma verdadeira cooperação entre o Poder Judiciário e o Tribunal Arbitral nessa hipótese. Tal competência do Poder Judiciário é facultada à parte, desde que não prevista a figura do árbitro de emergência no Regulamento da Câmara de Arbitragem devidamente escolhida pelas partes, que é justamente a designação de um árbitro para apreciar questões de urgência antes de ser instaurado o Tribunal Arbitral. Nesta hipótese, a ação de produção antecipada de provas deve ser requerida perante a Câmara Arbitral devidamente escolhida entre as partes. Se não houver árbitro de emergência no Regulamento da Câmara de Arbitragem, ou mesmo se o referido Regulamento prever tal instituto e as partes expressamente determinarem no compromisso arbitral que não se submeterão ao árbitro de emergência, a competência para o processamento e julgamento da ação de produção antecipada de provas fundada no requisito de urgência será do Poder Judiciário, devendo a parte instituir o procedimento arbitral no prazo de trinta dias da decisão que encerrar a ação de produção antecipada de provas, nos termos do que preconiza o art. 22-A, parágrafo único, da Lei nº 9.307/96[303].

A questão se torna tormentosa nas demais hipóteses de ação de produção antecipada de provas, que foi alargada pelo Código de Processo Civil e não estão fundadas no requisito de urgência, previstas no artigo 381, II e III, do Código de Processo Civil, e desde que as partes não tenham previsto tal hipótese na convenção de arbitragem.

Se o fato a ser objeto da ação de produção antecipada de provas fundada nas hipóteses do artigo 381, II e III, do Código de Processo Civil, visa a dirimir uma questão sobre a qual as partes estipularam convenção de arbitragem, entendemos que a competência para o seu julgamento seja do Tribunal Arbitral. Deveras, pela autonomia da vontade, as partes definiram, de maneira livre e consciente, que se submeterão ao procedimento arbitral, afastando a competência do Poder Judiciário. Assim, se uma das partes pretender a produção de uma prova antecipada para a tentativa de uma autocomposição ou mesmo para avaliar se irá ou não instaurar o procedimento arbitral, a competência para o processamento e julgamento da

---

medida caso ainda não haja tribunal arbitral constituído." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, pp. 179-180.

[303] "Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência. Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão."

respectiva ação de produção antecipada de provas será do tribunal arbitral, nos termos do artigo 42, do Código de Processo Civil[304].

Ainda que o compromisso arbitral verse sobre outro objeto, qual seja, o eventual litígio entre as partes, é certo que, se não fosse produzida antecipadamente, a prova seria produzida no procedimento arbitral, ou seja, seria produzida perante o Tribunal Arbitral. Demais disso, tendo em vista a sua natureza jurisdicional, é possível que as partes discordem a respeito do direito do autor em requerer a produção da prova, e, caso ele tenha esse direito, em qual medida. Essas questões, ainda que digam respeito ao direito autônomo à prova, trazem impacto em eventual procedimento arbitral que vise à resolução do litígio, sendo recomendável que a ação de produção antecipada de provas, portanto, nestas hipóteses, tramite no Tribunal Arbitral convencionado entre as partes. Ainda, a decisão que homologa a prova vincula o juízo que a valorará quanto à sua validade e eficácia[305]. Em razão da autonomia da vontade das partes, que instituíram o compromisso arbitral, a decisão que homologará a prova violaria a competência do Tribunal Arbitral, na medida em que o obrigaria a considerar tal prova para a resolução do conflito.

Essa é a posição de Eduardo Talamini[306], embora admita a competência do Poder Judiciário quando a ação de produção antecipada de provas for ajuizada para verificar se a sua pretensão está abrangida na convenção de arbitragem, ou na hipótese de necessidade da adoção de medidas coercitivas, ou mesmo quando a produção da prova se tornar muito custosa perante o Tribunal Arbitral. Com *permissa vênia*, ousamos discordar do brilhante jurista. Isso porque na ação de produção antecipada de provas, o autor – ou requerente, no procedimento arbitral –

---

[304] "Art. 42. As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei."

[305] Este tema será tratado no tópico 2.4.11 desta Tese.

[306] "Em princípio, as ações probatórias autônomas relativas a determinado litígio estão abrangidas pela convenção arbitral para ele estipulada. Então, não havendo urgência que impedisse aguardar-se o início da arbitragem, a produção antecipada de prova para fins não cautelares normalmente deveria ser feita em processo arbitral específica para tal fim. Mas podem existir fatores que concretamente justifiquem a antecipação probatória perante a autoridade judiciária. É o que se dá, entre outros casos, quando apenas a própria produção de prova permitirá ao requerente definir os exatos contornos de sua pretensão, inclusive para saber se ela está efetivamente abrangida pela convenção arbitral. Outro exemplo tem-se em casos que, diante de indicativos concretos, sabe-se de antemão que haverá negativa de colaboração ou resistência à produção probatória, de modo a exigirem-se medidas coercitivas que apenas poderiam ser determinadas, em qualquer caso, pelo juiz estatal (Lei 9.307/1996, art. 22, §§ 2º e 4º). Nessa hipótese, parece razoável que a medida de produção antecipada seja desde logo requerida judicialmente. Além disso, pode haver situações em que a produção probatória que se pretende antecipar é extremamente singela e de curta duração (por exemplo, ouvida de uma única testemunha), de modo que seria desproporcional, por sua extrema onerosidade, complexidade e demora, constituir um tribunal arbitral apenas para isso. Também em tais casos justifica-se a competência judiciária." TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, v. 260, p. 79, out. 2016.

deve indicar a lide no seu plano substancial, seja efetiva ou meramente hipotética, bem como o fato que pretende que seja objeto da prova e a sua pertinência para a resolução da lide. E nisto reside a demonstração do seu interesse processual, conforme exposto anteriormente[307]. Portanto, ao pretender a produção da prova de maneira antecipada, deve o autor pontuar o que pretende demonstrar, e qual a pertinência na produção da prova em relação à lide existente ou eventual entre as partes. Por conseguinte, ainda que de maneira perfunctória, o autor indicará a lide de direito material na qual a prova será utilizada e, dessa maneira, poderá identificar se ela está submetida ou não ao procedimento arbitral.

Do mesmo modo, a necessidade de adoção de medidas coercitivas não retira a competência do Tribunal Arbitral na ação de produção antecipada de provas sem o requisito de urgência se o fato a ser dirimido tiver por objeto o esclarecimento das partes acerca de uma questão sujeita à convenção de arbitragem devidamente estipulada pelas partes. Se fosse assim, o próprio procedimento arbitral quando houvesse resistência da parte ao cumprimento das decisões arbitrais não teria razão de ser, o que não faz qualquer sentido. A própria Lei nº 9.307/96 prevê, em seu art. 22-C, o instituto da carta arbitral, que é justamente a ferramenta por meio da qual o Tribunal Arbitral solicita ao Poder Judiciário a adoção de medidas coercitivas, que são exclusivas do Poder Judiciário, para que as suas decisões sejam cumpridas. Por essa razão, ainda que o requerido se negue a cumprir decisão proferida no âmbito da ação de produção antecipada de provas perante o Tribunal Arbitral, tal fato não infirma a competência deste, que pode se valer da carta arbitral.

Tampouco a onerosidade do procedimento ou a sua baixa complexidade justificariam a competência do Poder Judiciário para processar e julgar a ação de produção antecipada de provas sobre fatos que permeiam uma lide que está sujeita à convenção arbitral, de forma livremente pactuada entre as partes. Deve ser respeitada a autonomia da vontade entre as partes, de sorte que, se convencionaram uma cláusula compromissória ou compromisso arbitral, deve o Poder Judiciário respeitá-la, de sorte que não se pode simplesmente desconsiderar a competência do Tribunal Arbitral a depender do custo e da complexidade do rito pretendido pela parte. Contudo, nada impede que a parte promova a ação de produção antecipada perante o Poder Judiciário, que terá competência para tanto se a parte adversa não alegar

[307] Este tema foi tratado no tópico 2.2 desta Tese.

preliminarmente convenção de arbitragem (art. 337, X, CPC), não podendo o juiz reconhecê-la de ofício (art. 337, § 5º, CPC).

Portanto, a ação de produção antecipada de provas nas hipóteses do artigo 381, II e III, do Código de Processo Civil, devem ser processadas perante o Tribunal Arbitral se a prova tiver por objeto o esclarecimento de determinado fato para dirimir questão que as partes submeteram à convenção de arbitragem. O Superior Tribunal de Justiça recentemente enfrentou a questão e decidiu neste sentido[308]. Perfilha do mesmo entendimento Flávio Luiz Yarshell, Viviane Siqueira Rodrigues, Eduardo de Carvalho Becerra e Fábio de Souza. R. Marques[309], Arruda

---

[308] "RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS, COM FUNDAMENTO NOS INCISOS II E III DO ART. 381 DO CPC/2015 (DESVINCULADA, PORTANTO, DO REQUISITO DE URGÊNCIA/CAUTELARIDADE) PROMOVIDA PERANTE A JURISDIÇÃO ESTATAL ANTES DA INSTAURAÇÃO DE ARBITRAGEM. IMPOSSIBILIDADE. NÃO INSTAURAÇÃO DA COMPETÊNCIA PROVISÓRIA DA JURISDIÇÃO ESTATAL, EM COOPERAÇÃO (ANTE A AUSÊNCIA DO REQUISITO DE URGÊNCIA). RECONHECIMENTO. INTERPRETAÇÃO, SEGUNDO O NOVO TRATAMENTO DADO ÀS AÇÕES PROBATÓRIAS AUTÔNOMAS (DIREITO AUTÔNOMO À PROVA) PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. [...]. 3. Sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, dúvidas não subsistiam quanto à competência da jurisdição estatal para conhecer, provisoriamente, da ação de produção antecipada de provas, dada a natureza cautelar que o legislador, à época, lhe atribuía. Entretanto, a partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015 - que não reproduziu, em seu teor, o Livro III, afeto ao Processo Cautelar, então previsto no diploma processual de 1973, e estabeleceu novos institutos processuais que instrumentalizam o direito material à prova -, adveio intenso debate no âmbito acadêmico e doutrinário a respeito da competência do Poder Judiciário para, em caráter provisório, conhecer de ação de produção antecipada de prova, no específico caso em que a pretensão apresenta-se desvinculada da urgência. [...]. 3.2 Esta ação probatória autônoma não exige, necessariamente, que a produção da prova se apresente em situação de risco, podendo ser utilizada, inclusive, para evitar o ajuizamento de uma futura ação, seja pela constatação, a partir da prova produzida, da ausência de direito passível de tutela, seja para viabilizar a composição entre as partes. A ação de produção antecipada de prova, especificamente nas hipóteses estabelecidas nos incisos II e III do art. 381 do CPC/2015, apresenta-se, desse modo, absolutamente desvinculada da natureza cautelar ou de caráter de urgência (concebida como o risco de perecimento do direito à prova). 4. Afigurando-se indiscutível o caráter jurisdicional da atividade desenvolvida pela arbitragem ao julgar ações probatórias autônomas, as quais guardam, em si, efetivos conflitos de interesses em torno da própria prova, cujo direito à produção é que constitui a própria causa de pedir deduzida - e resistida pela parte adversa -, a estipulação de compromisso arbitral atrai inarredavelmente a competência do Tribunal arbitral para conhecer a ação de produção antecipada de provas. A urgência, 'que dita impossibilidade prática de a pretensão aguardar a constituição da arbitragem', é a única exceção legal à competência dos árbitros. Doutrina especializada. 4.1 Esta compreensão apresenta-se mais consentânea com a articulação - e mesmo com a divisão de competências legais - existente entre as jurisdições arbitral e estatal, reservando-se a esta última, em cooperação àquela, enquanto não instaurada a arbitragem, preservar o direito à prova da parte postulante que se encontra em situação de risco, com o escopo único de assegurar o resultado útil de futura arbitragem. Ausente esta situação de urgência, única capaz de autorizar a atuação provisória da Justiça estatal em cooperação, nos termos do art. 22-A da Lei de Arbitragem, toda e qualquer pretensão - até mesmo a relacionada ao direito autônomo à prova, instrumentalizada pela ação de produção antecipada de provas, fundada nos incisos II e II do art. 381 do CPC/2015 - deve ser submetida ao Tribunal arbitral, segundo a vontade externada pelas partes contratantes. 4.2 Em sendo a pretensão afeta ao direito à prova indiscutivelmente relacionada à relação jurídica contratual estabelecida entre as partes, cujos litígios e controvérsias dela advindos foram, sem exceção, voluntariamente atribuídos à arbitragem para solvê-los, dúvidas não remanescem a respeito da competência exclusiva dos árbitros para conhecer a correlata ação probatória desvinculada de urgência. Não cabe, pois, ao intérprete restringi-la, se as partes contratantes não o fizeram expressamente. [...]. (REsp n. 2.023.615/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 14/3/2023, DJe de 20/3/2023).

[309] "Assentada a premissa do caráter jurisdicional das atividades engendradas para a antecipação da prova, dúvida nenhuma pode haver acerca da possibilidade de tal procedimento ser conduzido por árbitros que, afinal, são juízes de fato e de direito (LArb, art. 18), e, pois, também exercem atividade jurisdicional. [...]. Assim, inexistindo

distinção entre a tutela alcançada em um e outro âmbito, não faz sentido retirar o procedimento de produção antecipada da prova do rol de atribuições do árbitro, a menos que se entenda que estaria ele a exercer apenas uma jurisdição parcial. Sucede que essa construção, preservada convicção diversa, não faria sentido sequer do ponto de vista lógico, na medida em que o objetivo fundamental da convenção arbitral é justamente o de excluir a jurisdição estatal. As ressalvas são hipóteses expressamente previstas na LArb e que, como a doutrina bem adverte, devem ser entendidas em favor da arbitragem, dado que seu condão é justamente o de preservar a instituição, o funcionamento e a atividade do procedimento. [...]. E mais: se a jurisdição arbitral pode ser instada a apreciar tutelas de urgência mesmo antes da nomeação do árbitro ou da constituição do painel e, por conseguinte, poderia apreciar a produção antecipada de provas fundada em urgência, qual seria a razão para se excluir dos árbitros a apreciação desse mesmo pleito quando não fundado em urgência? Só se explicaria se o fator 'urgência' fosse responsável por criar um conflito que, de outra forma, não existiria; construção que, escusado dizer, não teria sentido. [...]. A tudo o que já se argumentou acima ainda se soma a conveniência de relegar a presidência da colheita da prova àquele que, no futuro, se e quando houver litígio sobre a matéria de fundo, será incumbido de valorá-la. [...]. primeiro e talvez mais relevante aspecto a ser tratado é o seguinte: a produção antecipada da prova resulta, ao fim e ao cabo, em documentação daquilo que se provou; seja qual for o meio de prova. [...] Privar o árbitro da colheita da prova, portanto, afora ser incoerente sob a perspectiva prática, também poderá impor a própria repetição da prova no procedimento arbitral; o que, salvo melhor juízo, importará dupla incongruência, na medida em que, de um lado, vai de encontro tanto aos postulados que permeiam a escolha das partes pela arbitragem, quanto, de outro, com a lógica que norteia a própria produção antecipada da prova. Segundo, conquanto eventual decisão do juízo estatal - definindo que a prova produzida é válida ou inválida ou que a parte tem ou não tem o direito a produzi-la - não tenha o condão de formar coisa julgada; não se afigura possível submeter às partes à repetição injustificada da prova produzida antecipadamente; o que, preservada convicção diversa, poderia gerar fenômeno análogo à eficácia preclusiva da coisa julgada e inviabilizar a produção da prova na arbitragem. [...]. Terceiro, também relativamente à flexibilidade admitida na arbitragem: diante da disponibilidade que permeia o procedimento arbitral, é possível que a prova seja produzida preliminarmente no âmbito da própria arbitragem, em fase inicial de postulação. [...]. O quarto fundamento favorável à antecipação da prova ser presidida pelo juízo arbitral diz com o prestígio à vontade das partes e ao princípio do favor arbitral: havendo dúvida sobre a competência para examinar a matéria, deve ser privilegiada a opção das partes pela submissão ao juízo arbitral. Se é certo que a jurisdição arbitral repele a estatal que, portanto, assume feição meramente residual, é igualmente certo que, se o litígio for submetido à arbitragem, desde logo e por coerência, também deverá ser eventual medida antecipatória de prova; donde, portanto, a conclusão de que é possível haver arbitragem probatória. Note-se: a única exceção legal à competência dos árbitros, e, ainda assim, facultativa da ida ao Judiciário, não impositiva - é a urgência que dita a impossibilidade prática de a pretensão aguardar a constituição do Tribunal Arbitral. cf. YARSHELL, Flávio Luiz; RODRIGUES, Viviane Siqueira; BECERRA, Eduardo de Carvalho; MARQUES, Fábio de Souza. R. Produção Antecipada de Prova Desvinculada da Urgência na Arbitragem: Réquiem? In YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti (Coord.). **Processo Societário IV**. São Paulo: Quartier Latin, 2021, pp. 455-472.

Alvim e Clarissa Diniz Guedes, embora adotem uma visão mais restritiva em relação à convenção de arbitragem[310]. Contudo, há doutrina que defende que compete à jurisdição estatal o processamento e julgamento do referido rito[311].

Interessante ressaltar que o Conselho Consultivo do Centro de Arbitragem e Mediação AMCHAM expediu a Resolução Administrativa nº 3/2023, que estatuiu o procedimento do árbitro de emergência para os requerimentos de produção antecipada de provas na referida Câmara de Mediação e Arbitragem[312].

2.4.1.2 Prevenção

De acordo com o disposto no artigo 381, §3º, do Código de Processo Civil, o juízo em que a prova antecipada foi produzida não é prevento para julgar o processo que tem por escopo resolver a controvérsia existente entre as partes.

A razão pela qual inexiste prevenção reside no fato de que o juiz, na ação de produção antecipada de provas, embora não tenha total desconhecimento da lide, só a aprecia à luz da

---

[310] "Nesse particular, assume especial destaque o texto da cláusula arbitral. Não havendo ressalvas quanto à produção antecipada de provas, afigura-se primordial analisar a redação desta cláusula que pode tanto aludir à via arbitral como ambiente para solucionar eventuais 'conflitos' decorrentes da relação jurídica existente entre as partes, como fazer referência à atribuição do árbitro para resolver quaisquer questões atinentes à relação jurídica existente entre as partes. No último caso, parece-nos aceitável defender que a produção antecipada de provas está incluída na cláusula, desde que o fato probando integre a relação jurídica existente entre as partes, ou ao menos se inclua no contexto desta relação. Em tais circunstâncias, a amplitude da cláusula que se refere a quaisquer questões atinentes a determinada relação jurídica muito possivelmente incluirá o direito à prova dos fatos que circundam essa relação. E isso se pode afirmar independentemente de se considerar a produção antecipada de prova como uma ação de conteúdo processual: se o objeto desta ação forem fatos pertinentes à relação jurídica mencionada na cláusula arbitral, é certo que os fatos a ela concernentes estão incluídos na ideia ampla que quaisquer questões que digam respeito a tal relação jurídica. Já no caso de a cláusula arbitral ser mais restrita, como no exemplo, muito usual, da cláusula que estabelece a via arbitral como sede para 'dirimir eventuais conflitos entre as partes', afigura-se-nos que a produção antecipada de provas não está, em princípio, incluída na renúncia à jurisdição estatal, que não pode ser interpretada de forma excessivamente ampliativa. [...] Devemos ponderar, ainda, que a Lei de arbitragem estabelece uma modalidade de renúncia à jurisdição que deve ser inequívoca; desse modo, havendo dúvidas sobre a abrangência da cláusula arbitral, poderá o interessado exercer o direito de ação de conteúdo processual (produção antecipada de provas) perante o Judiciário, não podendo lhe ser imposta a via arbitral. cf. ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de; GUEDES, Clarissa Diniz. Produção antecipada de prova e juízo arbitral. **Revista dos Tribunais**, v. 1008, p. 23-40, out. 2019.

[311] Arthur Ferrari Arsuffi, sob o fundamento de que a ação de produção antecipada de provas possui objeto diverso da questão a que as partes estipularam o compromisso arbitral, defende que "em se tratando de relação jurídica diversa, sua sujeição ao juízo arbitral só ocorrerá se as partes, de forma expressa, incluírem tal previsão no compromisso arbitral. Caso contrário, a competência para conhecer da ação de produção antecipada de provas sem o requisito da urgência será do Poder Judiciário." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 184. Ver também: MAZZOLA, Marcelo; TORRES, Rodrigo de Assis. A Produção Antecipada da Prova no Judiciário viola o Juízo Arbitral e a Competência do Árbitro? In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 334-336.

[312] AMCHAM ARBITRAGEM & MEDIAÇÃO. **Resolução Administrativa nº 3/2023**. 2023. Disponível em: <https://estatico.amcham.com.br/arquivos/2023/resolucao-administrativa-n3-2023.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2023.

pertinência da prova requerida e da sua admissibilidade, não exercendo uma análise profunda acerca de todos os fatos que permeiam a lide, e tampouco valora a prova produzida em seu aspecto material, conforme determina o artigo 382, §2º, do Código de Processo Civil.

Por essa razão, não haveria razão para que o juízo em que foi processada a ação de produção antecipada de provas fosse prevento para julgar a lide existente entre as partes.

Justamente por essa mesma razão, não há razão para que o juízo que dirigiu a ação de produção antecipada de provas seja declarado impedido ou suspeito para decidir a lide travada entre as partes se, ainda que o processo que tem por objetivo a solução da lide tenha sido distribuído livremente, tenha sido distribuído aos seus cuidados. Isso porque o juiz não terá analisado a lide naquela ação, não tendo uma preconcepção a respeito de quem seria o titular do direito objeto do processo.

Sobre o tema, Flávio Luiz Yarshell ressalta que, se o juiz, no âmbito da ação de produção antecipada de provas, fizer considerações acerca do seu resultado, em tentativa para fins de conciliação entre as partes – o que é de todo censurável, eis que não ele não possui tal prerrogativa -, ele deve ser considerado suspeito para dirigir o processo que tem por escopo a solução da lide. O mesmo ocorre se, após instaurado este último processo, o juiz, em seu curso, fizer considerações acerca da existência ou inexistência de algum fato que guarda relação com a lide, bem como sobre as suas consequências jurídicas[313]. O juiz deve ser imparcial na condução do processo, não podendo ter ideias preconcebidas acerca dos fatos que permeiam a lide antes de encerrada a fase instrutória. E, mesmo após o encerramento da fase instrutória, não lhe é lícito antecipar suas conclusões sobre fatos atinentes a esta, pois isso deve ser feito somente na fase decisória.

Não obstante tal fato, entendemos que, caso o foro em que foi processada a ação de produção antecipada de provas for o mesmo em que será processada a ação que versa sobre a relação jurídica de direito material, seria de todo oportuno que o juízo que dirigiu a ação de produção antecipada de provas seja prevento para julgar a lide no seu plano substancial. Tal regra traria maior rendimento a ambos os processos, na medida em que o juiz, ao deferir a

---

[313] "Quanto à segunda das hipóteses acima aventadas (o juiz encarregado da produção antecipada é o juiz também investido de competência para julgar a causa), não deixam de ser ponderáveis os argumentos segundo os quais fazer considerações antecipadas sobre questões de fato, antes de se completar adequadamente a instrução e decidir a causa efetivamente, constitui causa de suspeita de parcialidade do juiz." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 292.

produção antecipada da prova, teve contato com a lide existente entre as partes, ainda que de maneira superficial nesse momento. Por essa razão, não haveria sentido que outro juízo analise de maneira mais aprofundada no processo de conhecimento, podendo ele mesmo, que dirigiu a produção da prova, fazê-lo. De outra sorte, ao dirigir a produção antecipada da prova, não haveria razão para que outro juiz a valore no processo de conhecimento[314]. Ressalte-se que, muito embora o Superior Tribunal de Justiça entenda que a ação de produção antecipada de provas não enseja a prevenção do juízo que irá julgar o processo que tenha por objeto a resolução da lide no seu plano substancial, há acórdãos que excepcionam tal regra em casos especiais, tais como quando o laudo pericial ainda não foi apresentado na ação de produção antecipada de provas e a ação de conhecimento foi ajuizada ou quando há a "intervenção do magistrado" no feito da ação de produção antecipada de provas ao designar perito de sua confiança[315].

Contudo, uma parcela da doutrina defende que o juiz que conduziu a ação de produção antecipada de provas estaria impedido de julgar a ação que tenha por objeto a resolução da lide

---

[314] No mesmo sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves: "Entendo que a incidência ou não do fenômeno da prevenção dependa, fundamentalmente, do foro que for considerado competente para conhecer o processo probatório e o foro competente para o processo que eventualmente venha a seguir. Se houver identidade de foros, é até possível – e aconselhável – falar em prevenção do juíz da ação probatória para conhecer a ação principal, ou seja, se ambas as demandas, pelas regras de competência, forem propostas perante a mesma Comarca ou Seção Judiciária, será possível defender que a vara que produziu a prova antecipadamente esteja preventa para conhecer e julgar o processo principal. Essa visão permite, se não houver mudança do juiz, respeitar o princípio da imediatidade, não havendo justificativa plausível na distribuição livre, dentro da mesma competência territorial, do processo principal." cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de processo civil comentado**. 4.ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 736. Perfilha do mesmo entendimento Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero: "É conveniente, todavia, que o juízo da asseguração de prova seja o juízo em que a prova será eventualmente produzida e valorada, mormente se ainda pendente a asseguração de provas no momento da propositura da ação em que a prova assegurada será eventualmente produzida." cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 407.

[315] "Medida cautelar de produção antecipada de provas. Controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Peculiaridade. Precedentes. 1. Estando ainda em curso a ação cautelar de produção antecipada de prova, sequer concluído o laudo pericial, deve ser reconhecida a prevenção para o ajuizamento da ação principal. 2. Recurso especial não conhecido." (REsp n. 712.999/SP, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 12/4/2005, DJ de 13/6/2005, p. 305). "RECURSO ESPECIAL - ALÍNEA 'C' - CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA PERICIAL - NOMEAÇÃO DE PERITO DO JUÍZO - PREVENÇÃO DO JUÍZO QUE APRECIOU A MEDIDA PREPARATÓRIA PARA EXAME DA AÇÃO PRINCIPAL - EXEGESE DA REGRA DO ART. 800 DO CPC E DA SÚMULA N. 236 DO EXTINTO TFR. É de convir que a aplicação da regra do artigo 800 do CPC merece temperamentos quando se trata do ajuizamento de cautelar de produção antecipada de provas, pois a produção antecipada de provas, por si só, não previne a competência para a ação principal. A depender da modalidade de prova requerida, mormente se verificada a intervenção do magistrado no feito, com a nomeação de expert de sua confiança, inegável a prevenção do Juízo da ação preparatória para exame da principal. Na espécie, tendo em vista que a prova pericial requerida pela autora, ora recorrente, demandou a designação de perito do juízo para averiguação do efetivo adimplemento do objeto contratual pela empresa prestadora do serviço de impermeabilização contratado, e considerando-se que o laudo pericial produzido será utilizado como elemento probatório nos autos da ação de rescisão contratual c/c perdas e danos, recomenda-se a prevenção do juízo que conheceu da primeira ação. [...]." (REsp n. 487.630/SP, relator Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 21/8/2003, DJ de 28/6/2004, p. 245).

de direito material, na medida em que, sabendo da conclusão da prova produzida antecipadamente, tal ciência poderia prejudicar a sua imparcialidade, eis que, com base nesta única prova, poderia já prejulgar a causa[316]. Com a devida vênia, entendemos que tal entendimento não pode prevalecer, eis que se baseia em hipótese que deve ser vista como exceção, justamente por ferir um dos deveres funcionais do magistrado e, por isso, ser passível de objeto de sanção não só disciplinar como de recurso pela parte que se sentiu lesada com as decisões proferidas pelo juiz ao longo do processo. A chance de o juiz prejulgar a causa não pode ser argumento para que o juiz que conduziu a ação de produção antecipada de provas não julgue a lide de direito material, até porque o referido prejulgamento da causa pode ocorrer em qualquer procedimento, diante do depoimento das partes, oitiva de testemunhas ou mesmo diante de qualquer ato processual durante a marcha do procedimento.

Do mesmo modo, o juiz de garantias, aplicado no processo penal, não pode ser argumento para que o juiz que conduz a ação de produção antecipada de provas não seja prevento para julgar a lide no seu plano substancial, pelas razões expostas anteriormente[317].

2.4.2 Valor da causa

A ação de produção antecipada da prova visa a produzir uma determinada prova. Tendo em vista o seu objetivo, não há conteúdo econômico em sua pretensão, de maneira que o valor da causa é inestimável[318]. Mesmo assim, pela natureza jurídica jurisdicional da ação de

---

[316] Perfilha desse entendimento Fernando Gama de Miranda Netto: "Melhor teria sido se houvesse dito que o juiz da produção antecipada da prova está *impedido* de ser o juiz da causa que vá, eventualmente, utilizar a prova produzida, em processo posterior, por empréstimo. Com efeito, o juiz da ação de produção antecipada da prova em um segundo processo pode já estar de algum modo comprometido com a produção realizada. É salutar, portanto, que a lei processual atribua a função de julgar a outro juiz para que o mesmo magistrado não exerça a atividade judicante em eventual processo posterior." cf. MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Produção antecipada da prova: natureza, cabimento e garantias constitucionais do processo. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 472.

[317] Este tema foi tratado no tópico 1.2.7 desta Tese.

[318] Conforme assevera Bruno Augusto Sampaio Fuga: "provavelmente a causa será de inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, o valor da causa será muito baixo, pois a pretensão é apenas probatória e ainda sem pretensão condenatória." cf. FUGA, Bruno Augusto Sampaio. A produção antecipada da prova: aspectos gerais e natureza da sentença. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 135. Coaduna desse entendimento Rogério Mollica: "Na produção antecipada de provas não temos condenação ou mesmo proveito econômico e os valores das causas tendem a ser ínfimos. De fato, não se podendo fixar proveito econômico na produção, a Autora vai estabelecer um valor bem baixo para a causa, principalmente, para um recolhimento menor do valor das custas judiciais e até para pressionar um valor menor de honorários periciais, por exemplo, que podem ser muitas vezes fixados em valor menor que o da causa." cf. MOLLICA, Rogério. A condenação em honorários qdvocatícios na produção antecipada da prova. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 489. Ainda, Arthur Ferrari Arsuffi: "Ocorre que, na ação de produção antecipada da prova, não há nenhum interesse econômico diretamente

produção antecipada de provas, deve o autor atribuir um valor à causa, nos termos do que determina o artigo 291, do Código de Processo Civil, para fins meramente fiscais. Nesse sentido, encontram-se julgados sobre o tema[319]. Há autorizada doutrina que defende que o valor da causa deva ser o custo necessário para a sua produção[320]. Com a devida vênia, não concordamos com tal critério, eis que o custo para a produção da prova não deve ser confundido com o seu valor, qual seja, a sua aptidão para o esclarecimento de determinado fato, o que é inestimável.

2.4.3 Recebimento da petição inicial

Ao receber a petição inicial da ação de produção antecipada de provas, deve o juiz, primeiramente, verificar se estão presentes os pressupostos processuais de existência e validade do processo e as condições da ação.

---

perseguido, e tampouco o direito material invocado pelo autor (direito autônomo à prova) tem conteúdo econômico aferível. Assim, tal como acontecia nas cautelares probatórias na vigência do CPC/1973, é extremamente difícil atribuir um valor às ações probatórias autônomas." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 200.

[319] "AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. VALOR DA CAUSA. Pedido de realização de perícia contábil para instruir processo administrativo tributário ou eventual ação anulatória de débito fiscal. Decisão agravada que determinou a emenda à petição inicial para correção do valor da causa, de modo a corresponder ao valor do auto de infração (R$ 43.673.175,84). Descabimento. Não há como se estabelecer relação entre o valor do auto de infração e o valor atribuído à medida cautelar, que visa tão somente à realização de prova, sem vantagem econômica imediata a ser auferida. Manutenção do valor atribuído na petição inicial (R$ 10.000,00). Possibilidade da realização da prova pericial requerida. Inteligência do art. 383, II e III, do CPC. Reforma da decisão agravada, com o regular processamento da ação. Recurso provido. "(TJSP; Agravo de Instrumento 2073542-17.2023.8.26.0000; Relator (a): Osvaldo de Oliveira; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 7ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 31/05/2023; Data de Registro: 01/06/2023). "AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. VALOR DA CAUSA. DETERMINAÇÃO, DE OFÍCIO, DE CORREÇÃO DO VALOR ESTIMADO EM R$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS) PELO EQUIVALENTE À DIFERENÇA ENTRE RECEITA E RECURSOS (SUPOSTAMENTE) RECEBIDOS PELOS REQUERIDOS E QUE SERIA R$ 106.432.593,63 (CENTO E SEIS MILHÕES, QUATROCENTOS E TRINTA E DOIS MIL, QUINHENTOS E NOVENTA E TRÊS REAIS E SESSENTA E TRÊS CENTAVOS), CONFORME PARECER INICIAL APRESENTADO PELA AUTORA EM OUTRA AÇÃO CONEXA. PRETENSÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS QUE, TODAVIA, NÃO POSSUI CONTEÚDO ECONÔMICO IMEDIATO. POSSIBILIDADE DE ESTIMATIVA PELA PARTE. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO." (TJSP; Agravo de Instrumento 2072186-84.2023.8.26.0000; Relator (a): Alexandre Lazzarini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 2ª VARA EMPRESARIAL E CONFLITOS DE ARBITRAGEM; Data do Julgamento: 26/04/2023; Data de Registro: 26/04/2023). "AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS – VALOR DA CAUSA – INESTIMADO – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO. A ação de produção de provas não tem correspondência com o valor patrimonial a ser buscado em eventual ação principal, não possuindo conteúdo econômico imediato. 2. Logo, como não existe critério legal para a fixação do valor da causa, mostra-se razoável a estimativa feita pela parte agravante." (TJMT, Agravo de Instrumento 1011433-35.2022.8.11.0000, CÂMARAS ISOLADAS CÍVEIS DE DIREITO PRIVADO, JOAO FERREIRA FILHO, Primeira Câmara de Direito Privado, Julgado em 01/11/2022, Publicado no DJE 03/11/2022).

[320] Neste sentido, ver: ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, pp. 167-168.

Em relação às condições da ação, deve o autor então demonstrar o seu interesse processual[321], que deve ser aliada às hipóteses de cabimento do referido rito, demonstradas no anteriormente[322].

Conforme disposto no artigo 382, do CPC, o autor deve demonstrar que existe uma controvérsia, ainda que eventual, entre as partes, os fatos que permeiam tal controvérsia e a prova que pretende produzir, demonstrando a pertinência de sua produção para o esclarecimento de um ou mais fatos relacionados à lide, ainda que o autor não pretenda judicializar a questão. E não é necessário que o autor declare que pretenda utilizar a prova no processo que vise à declaração do direito material, na medida em que a produção antecipada da prova visa justamente proporcionar ao autor uma avaliação mais completa das suas chances de êxito caso leve a relação de direito material ao Poder Judiciário, podendo, inclusive, optar por celebrar um acordo com o réu ou mesmo, verificando que as suas chances de sucesso são baixas, desistir de ajuizar demanda que vise à solução da controvérsia, hipóteses previstas no artigo 381, II e III, do Código de Processo Civil.

É necessário que o autor da demanda, portanto, demonstre a *utilidade* da produção da prova e, não só isso, a sua *necessidade*, de modo que só será permitida a produção antecipada da prova se o jurisdicionado demonstrar a pertinência de sua produção, demonstrando o seu interesse processual. Deve o autor da ação de produção antecipada de provas demonstrar a pertinência do esclarecimento de tal fato para a elucidação da lide e, ainda, a pertinência da produção do meio de prova para a apuração do fato que se pretende confirmar ou infirmar[323].

---

[321] Sobre o interesse processual ou interesse de agir, como é também conhecida a referida condição para o exercício do direito de ação, Cassio Scarpinella Bueno afirma que "nesse contexto, o interesse representa a *necessidade* de requerer ao Estado-juiz a prestação da tutela jurisdicional com vistas à obtenção de *vantagem* (é comum a referência a ela como *utilidade*) que, de outro modo, não seria possível alcançar. O interesse de agir, portanto, toma como base o binômio 'necessidade' e 'utilidade'. *Necessidade* da atuação jurisdicional em prol da obtenção de uma dada *utilidade*. Aqui também não há razão para negar a relação existente entre os planos material e processual. É a perspectiva de alguém, no plano material, que se sente lesionado ou ameaçado em direito seu que justifica o rompimento da inércia jurisdicional para obter determinada utilidade. É entender *necessária* a prestação jurisdicional para a proteção de dado bem da vida (*utilidade*) que alimenta a *ação*, cujo exercício dá início ao processo." cf. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil. 12.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. v. 1p. 314, grifo do autor.

[322] Este tema foi tratado no tópico 2.2 desta Tese.

[323] Segundo Flávio Luiz Yarshell, "É preciso que a prova recaia sobre um fato do qual se possa extrair, de forma razoável, determinado interesse jurídico." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 366. Ainda, Arthur Ferrari Arsuffi: "Em relação à causa de pedir (inciso III), o autor deve demonstrar como, em tese, a prova de determinado fato pode ser relevante para comprovar a existência de relação entre o fato que pretende provar e a comprovação de seu eventual e hipotético direito material. Ou seja, o autor tem o dever de demonstrar – ainda que com menor nível de exigência do que haveria no próprio processo de conhecimento – a pertinência entre o gato que se pretende provar (ou investigar) e eventual direito material a ele relacionado. Em seguida, o autor deve, ainda, comprovar a

O interesse que o autor deve apresentar, portanto, consiste em um interesse jurídico, isto é, deve o fato a ser objeto da prova trazer consequências jurídicas na controvérsia, ainda que hipotética nesse momento, entre as partes.

Para que o juiz analise o interesse processual do autor, há ainda que se perquirir se existe uma fundada controvérsia entre as partes, ainda que em potencial nesse momento. Ainda que a ação de produção antecipada de provas não resolva a lide, é necessário que o juiz verifique a utilidade e a necessidade da produção do meio de prova requirido em eventual processo que tenha por objeto a declaração do direito, e para tanto, se a própria controvérsia apresentada pelo autor é fundada. Se, por exemplo, o autor pretende realizar a produção antecipada de uma prova para apurar as suas chances de êxito em cobrar uma dívida já prescrita, ou mesmo uma dívida de jogo ou aposta, a prova a ser antecipada não é útil, eis que o autor não pode cobrar o seu crédito, seja porque a sua pretensão está prescrita, seja porque a ele não é lícito cobrar dívida de jogo ou aposta, nos termos do artigo 814, do Código Civil.

Verifica-se que o juiz responsável pela condução da ação de produção antecipada de provas deve analisar, ainda que de maneira superficial, a controvérsia entre as partes apresentada pelo autor, ainda que esta seja potencial, no que tange à sua factibilidade.

Não que com isso se afirme que o juiz, na ação de produção antecipada de provas, deva antever como será o resultado do processo que julgará a lide, ou mesmo que tenha o direito de negar o direito de ação ao autor, mas, sob a ótica de necessidade e utilidade da prova, a questão perpassa necessariamente pela possibilidade de o autor ter uma sentença de mérito, qual seja o seu resultado, se judicializar a lide[324]. Se, através da análise dos fatos apresentados pelo autor o juiz se convencer que ele não terá direito a uma sentença de mérito no processo que tiver sido instaurado para resolver a lide, então a prova a ser produzida antecipadamente não será útil e tampouco necessária, eis que o juiz no processo declaratório de direito material sequer a

---

pertinência entre o meio de prova que pretende utilizar e a efetiva prova daquele fato. Nesse sentido, importante compreender que a *causa de pedir* na produção antecipada da prova abrange necessariamente a exposição de como o fato que se pretende provar está relacionado com o autor e como, ainda que em tese, a apuração desse fato pode interessar ao autor." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 186.

[324] No mesmo sentido, Flávio Luiz Yarshell: "Mas, quer porque a prova antecipada se dirige às partes na consideração do processo declaratório, quer porque, não havendo solução de autocomposição, a prova tenderá a servir ao juiz no julgamento da controvérsia propriamente dita, é imperativo verificar se *a priori* e mesmo em tese já não é possível detectar a inviabilidade do processo cujo objeto é a declaração. E, se isso for efetivamente detectado, não há razão para fazer prova acerca de fatos que nem mesmo em tese podem conduzir a um resultado favorável ao demandante. E, não havendo razão para provar, naturalmente não haverá razão para antecipar uma prova que se revele, desde logo, inútil." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 354.

apreciará. Faltará ao autor, nessa hipótese, interesse processual em requerer a produção da prova antecipadamente. Deve o juiz extinguir o processo sem julgamento de mérito, nos termos do artigo 485, VI, do Código de Processo Civil, por falecer ao autor interesse processual, mas não deve – e nem poderia, por refugir aos limites objetivos da ação de produção antecipada de provas, especialmente nos termos do que dispõe o artigo 492, do Código de Processo Civil – declarar que o autor não tem o direito que alega ter. Ainda que tenha que enfrentar tal questão ao fundamentar a falta de interesse processual do autor, esta deverá ser apresentada na motivação da sentença, e não em sua parte dispositiva, que deve se limitar à extinção do processo sem julgamento de mérito[325].

Tais considerações também devem ser aplicadas na hipótese de o autor requerer a antecipação da prova para tentar uma autocomposição ou qualquer outro meio alternativo de solução de conflito, na medida em que o próprio direito material não socorre o autor, não sendo possível que o Poder Judiciário ignore tal fato para admitir a produção antecipada da prova. Nada obsta que as partes realizem acordo em casos em que nitidamente uma das partes não tenha qualquer direito, mas o Poder Judiciário não poderá ser utilizado para produzir prova sobre eventual controvérsia que já se encontra esclarecida, justamente em razão de o direito material não albergar o direito do autor.

Para que seja apurado que o autor da demanda tenha interesse processual, não há necessidade de que a prova seja imprescindível de ser produzida perante o Poder Judiciário, como ocorre nos casos de documentos em posse da parte adversária ou de terceiro, ou de pedido de quebra de sigilo bancário ou fiscal, por exemplo. Nestes casos, a necessidade de o autor da ação demandar em juízo é mais fácil de ser percebida, o que não descarta outras hipóteses em que, ainda que a prova pudesse ser produzida pela parte extrajudicialmente, é do seu interesse que ela seja feita perante o Poder Judiciário.

---

[325] Entendendo de maneira diferente, defendendo que a sentença proferida na ação de produção antecipada de provas pode julgar o próprio mérito da controvérsia se esta for inviável, Flávio Luiz Yarshell afirma que "Se é assim, então, a cognição empreendida no processo gerado pelo direito à prova, nesse particular, parece atuar de forma idêntica àquela do processo cautelar, tal como acima mencionado: reconhecendo a inexistência do direito material afirmado pelo demandante, o órgão judicial rejeita a pretensão de produção da prova, ao mesmo tempo em que obsta ao julgamento da pretensão 'principal' fundada nesse suposto direito, cuja inexistência é reconhecida. Como no caso do processo cautelar, também no processo gerado a partir do direito à prova o mencionado óbice decorre mesmo do efeito negativo da coisa julgada: em ambos os casos o comando a ser proferido no processo declaratório do direito não poderia – sob pena de afrontar a coisa julgada – dispor de forma diversa daquela estudada precedentemente, desde que a cognição exercida assim o permita." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 358.

Com efeito, a sentença que homologa a prova produzida antecipadamente, conforme será exposto posteriormente[326], consiste em uma sentença de mérito de natureza constitutiva, em que se reconhece ou não a validade e eficácia da prova. Por esta razão, mesmo que a parte possa produzir a prova de forma extrajudicial – ou seja, nos casos em que a parte não precisa de autorização judicial para requerer a prova, ou nas hipóteses em que a sua produção não dependa dos atos de coerção que são exclusivos do Poder Judiciário – ainda assim ela tem interesse em realizar tal prova judicialmente, eis que pretende ter a segurança de que ela é formalmente válida e, por isso, se for apresentada em eventual processo cujo objeto seja a resolução da lide, vincula o juiz que a julgará em relação à sua admissão como prova. E nisto reside o interesse processual da parte, mesmo que a produção da prova seja possível de ser realizada de forma extrajudicial.

Ao analisar o pedido de produção antecipada da prova, é necessário, ainda, que o juiz verifique não só o interesse processual do autor, mas se ele exerce o seu direito de maneira abusiva, tal como se dá, por exemplo, ao solicitar quebra de sigilo bancário, de correspondência e mesmo de provas que são protegidas legalmente.

Verifica-se que, neste caso, dois direitos constitucionais estão em jogo: o acesso à Justiça por parte do autor e, como consectário de tal direito, a necessidade de este ter acesso a provas para que seja possível a tutela do seu direito e, por outro lado, o direito à intimidade e ao sigilo do réu, ou mesmo à livre concorrência, tal como se dá com segredos industriais.

Nestas hipóteses, entendemos que o juiz deve analisar o caso concreto para ter a sensibilidade de apurar se, diante das provas apresentadas pelo autor, é justificável que ele tenha acesso a documentos e informações protegidas por lei.

Com isso não se quer afirmar que o autor não tenha o direito de requerer a produção antecipada destas provas, mas não se deve negar que o seu deferimento deve ser mais rigoroso, justamente pela proteção legal que a lei confere ao réu.

Nesse contexto, é imperioso que se evite, mediante a utilização da produção antecipada de provas, a prática americana denominada *fishing expedition*, em que o autor, sob a justificativa de ter acesso ao que pretende para esclarecer fatos sob o seu suposto direito, ter o intuito velado de ter acesso a informações sigilosas da contraparte para dela utilizá-las

[326] Este tema será tratado no tópico 2.4.11 desta Tese.

comercialmente, o que configura evidente abuso de direito. Em importante obra sobre o tema, Arthur Ferrari Arsuffi[327] afirma que tal expediente tende a ser menos comum quando comparado ao que ocorre no *discovery* e *disclosure* nos Estados Unidos e Inglaterra, respectivamente, eis que, no modelo brasileiro, a produção da prova requerida em sede de ação produção antecipada de provas é controlada judicialmente.

Deve o juiz que conduz a ação de produção antecipada de provas ser mais rigoroso ao admitir a produção da prova quando tal admissão violar o direito do réu ao seu sigilo, o que envolve não só a sua intimidade, mas pode envolver segredo e propriedade industriais, o que enseja que eventuais concorrentes tenham acesso a eles sob o pretexto de haver necessidade de seu acesso para fins de esclarecimentos sobre determinados fatos[328]. Sobre o tema, há precedente no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em que o pedido de produção antecipada de prova para apurar eventual concorrência desleal envolvendo segredo industrial foi indeferido, sob o argumento de que não haveria indícios de similaridade dos produtos do autor e do réu [329].

Ainda que haja necessidade no caso concreto de acesso a informações sigilosas, o juiz que conduz a ação de produção antecipada de provas deve não só determinar que o processo

---

[327] ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, pp. 156-162.

[328] Sobre o tema, Arthur Ferrari Arsuffi observa que: "Nestas situações – em que poderia ter lugar o abusivo *fishing expedition* – não se pode admitir que, a pretexto de se garantir à prova o direito autônomo, a parte contrária se torne vulnerável e veja quebrado (ou mitigado) o sigilo a que faz jus seu segredo industrial ou direito de propriedade industrial. Nesse sentido, a prática de *fishing expedition* – que é um meio de abuso do processo (abuso de direito) – deve ser vista como um possível meio de violação dos direitos de propriedade industrial, sendo certo que a conduta da parte que atua desta forma pode se enquadrar nas hipóteses do art. 195 da Lei Federal n. 9.279/96 (Lei da Propriedade Industrial), em especial seus incisos XI e XII." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, pp. 166-167.

[329] "PROPRIEDADE INDUSTRIAL. PATENTE. CAUTELAR. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. Agravo de instrumento contra a decisão que deferiu a liminar para possibilitar a produção de prova pericial. Os agravados alegaram, na petição inicial, que os agravantes se utilizam de processo produtivo, por eles criado, para a produção de 'néctar de frutas' denominado 'Activia'. A pretendida produção antecipada de prova se revela justificada quando há o risco de perecimento da prova, presente, ainda, a plausibilidade das alegações. No caso em exame, ausente a plausibilidade nas alegações, tampouco há o risco de perecimento da prova. Os agravantes produzem o impugnado produto desde 2011, produto que é bem reconhecido no mercado. Não há qualquer indicativo de que possam os agravantes alterar o processo produtivo e tampouco deixar de fabricá-lo, o que afasta, portanto, o risco de perecimento da prova, que poderá ser realizada no bojo de eventual ação de indenização promovida pelos agravados. Cumpre lembrar, ainda, que segredos industriais devem ser protegidos. Ausente indicativo seguro da similaridade nos processos produtivos, não se justifica a produção antecipada de prova pericial nas unidades fabris dos agravantes, sob o risco de lesão a interesses das sociedades envolvidas. Ausente o interesse de agir dos agravados, o processo deve ser extinto, nos termos do art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil. Recurso provido para reconhecer a falta de interesse de agir dos agravados, e por consequência, para determinar a extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil." (TJSP; Agravo de Instrumento 2100540-03.2015.8.26.0000; Relator (a): Carlos Alberto Garbi; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Amparo - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/10/2015; Data de Registro: 08/10/2015).

tramite em segredo de justiça, como, ainda, adotar medidas atípicas, tais como condicionar o acesso a somente documentos essenciais e a determinadas pessoas, determinar que estas assinem um termo de confidencialidade ou mesmo que sejam proibidas de utilizar o seu conteúdo extraprocessualmente, com fundamento nos artigos 139, IV, do Código de Processo Civil, e artigo 206, da Lei nº 9.279/96[330] (Lei de Propriedade Industrial), sob pena de pagamento de multa e/ou indenização, como defende em obra importante sobre o tema Arthur Ferrari Arsuffi[331].

Caso tais requerimentos sejam indeferidos, a parte tem o direito de interpor recurso de agravo de instrumento, eis que, não obstante tal hipótese não esteja no rol do artigo 1.015, do Código de Processo Civil, é um caso de aplicação da Tese 988 fixada em sede de recurso especial repetitivo, eis que a apreciação de tal questão será inútil em sede de eventual recurso de apelação, já que o dano restará configurado, conforme será explanado[332].

Outra forma de utilização do referido instituto de forma abusiva consiste no ajuizamento da ação de produção antecipada de provas, ou mesmo no pedido de diversas provas neste

---

[330] "Art. 206. Na hipótese de serem reveladas, em juízo, para a defesa dos interesses de qualquer das partes, informações que se caracterizem como confidenciais, sejam segredo de indústria ou de comércio, deverá o juiz determinar que o processo prossiga em segredo de justiça, vedado o uso de tais informações também à outra parte para outras finalidades."

[331] A esse respeito, Arthur Ferrari Arsuffi: "Nesse sentido, entendemos que os princípios e regras (como, por exemplo, a Lei Federal n. 9.279/96 – Lei da Propriedade Industrial – e Lei Federal n. 9.456/97 – Lei de Proteção de Cultivares) de direito material que protegem tais informações devem ser aplicados no processo, com vistas a criar um procedimento que atenda às especificidades do caso, o que se mostra plenamente viável diante do que prevê o art. 139 do CPC/2015. Nos casos em que a produção antecipada da prova envolver informações sigilosas, mormente aquelas relacionadas a segredos industriais, o juiz deve tomar cuidados extras ao tratar essas informações, determinando, logo de início, que o processo transcorra em segredo de justiça. Tal necessidade, além de decorrer da interpretação do art. 189 do CPC, está prevista de forma expressa no art. 206 da Lei de Propriedade Industrial [...]. Nesse sentido, quando a parte solicitar a exibição de documento que contenha informações sigilosas, o juiz deverá restringir por completo o acesso a essas informações, determinando que a sua exibição se dê apenas ao órgão jurisdicional, o qual avaliará a pertinência da prova e liberará acesso à parte contrária apenas daquilo que for essencial para provar o fato pretendido, visando a preservar a confidencialidade da informação e os direitos da parte que exibiu o documento. Na mesma ordem de ideias, quando houver a necessidade de perícia que possa revelar informações sigilosas, o juiz deverá limitar o acesso de eventuais assistentes técnicos, bem como exigir que o perito assine documento em que se obriga a manter o sigilo das informações (Acordo de Confidencialidade ou *Non Disclosure Agreement* – NDA, como é mais conhecido). [...] Não bastasse isso, tal como se faz no direito italiano, o juiz poderá, com fundamento do art. 139, IV, do CPC e no supramencionado art. 206 da Lei de Propriedade Industrial, proibir que as partes, ou qualquer pessoa que tiver acesso a informações sigilosas no bojo do processo, façam uso extrajudicial/comercial delas, sob pena de pagamento de multa e indenização. Tais cuidados se mostram essenciais para evitar que a produção antecipada da prova seja utilizada de forma abusiva, tornando-se ferramenta de litigantes mal-intencionados que visam apenas à obtenção de informações sigilosas que lhes possas ser úteis comercialmente (*fishing expedition*)." ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, pp. 169-171. No mesmo sentido, ver: ARSUFFI, Arthur Ferrari. O abuso da produção antecipada da prova: direitos fundamentais, sigilo, boa-fé objetiva e custos. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 557-559.

[332] Este tema será tratado no tópico 2.4.13 desta Tese.

procedimento, no intuito de retardar o início do processo que tem por objetivo a resolução da lide de direito material ou encarecer os custos para a produção da(s) prova(s), com o objetivo de impô-los à parte adversária em futuro processo que vise ao acertamento da lide, em uma tentativa não-ética de forçá-la a um acordo ou mesmo à desistência de tutelar o seu direito no plano substancial.

Em países em que se adota a *discovery* e a *disclosure*, institutos que guardam semelhança com a ação de produção antecipada de provas, como exposto, é recorrente a preocupação com o gasto excessivo de tempo e de recursos financeiros nessa fase do processo, não sendo incomum que as partes abusem do seu direito na produção antecipada da prova com vistas a forçar a parte contrária a celebrar um acordo com a parte adversária, em razão desta não ter condições de suportar os custos na produção da prova. Ainda que os custos para a produção da prova sejam pagos de forma antecipada pela parte que requereu a prova, tais custos poderão ser objeto da ação que vise o acertamento da lide, como explanado posteriormente[333]. Neste passo, a parte que possui condição financeira mais favorável pode requerer, em sede de produção antecipada de provas, a realização de prova técnica altamente custosa, ou mesmo a sua repetição, e de maneira abusiva, com vistas não à elucidação dos fatos, mas a forçar a parte adversária, temerosa de ter que ressarcir tais custos, opte pela desistência de se submeter a um processo judicial e resolva a lide mediante composição[334]. Nestes casos, o juiz deve indeferir a produção da prova, sem prejuízo de aplicar à parte que a requereu multa por litigância de má-fé ou ato atentatório à dignidade da justiça[335].

---

[333] Este tema será tratado no tópico 2.4.12 desta Tese.

[334] Conforme observa Frank H. Easterbrook: "Discovery as both a tool for uncovering facts essential to accurate adjudication and a weapon capable of imposing large and unjustifiable costs on one´s adversary. Litigants with weak cases have little use for bringing the facts to light and every reason to heap costs on the adverse party- on this supposition, the one in the right. The prospect of these higher costs leads the other side to settle on favorable terms. All of the models of settlement imply that parties divide between them the gains from avoid litigation." cf. EASTERBROOK, Frank H. Discovery as abuse. 69 **Boston University Law Review 635**. 1989. Disponível em <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2139&context=journal_articles&httpsredir=1&referer=>. Acesso em: 03 nov. 2023. "A discovery é tanto uma ferramenta para descobrir fatos essenciais para um julgamento preciso como uma arma capaz de impor custos elevados e injustificáveis ao adversário. Os litigantes com poucas chances de sucesso têm pouco interesse em apresentar os fatos para fins de esclarecimentos e todas as razões para aumentar os custos sobre a parte adversária – nesta suposição, a que está certa. A perspectiva destes custos mais elevados leva a outra parte a chegar a um acordo em condições favoráveis. Todos os modelos de acordo implicam que as partes dividam entre si os ganhos para evitar o litígio." (tradução nossa).

[335] Sobre o tema, ver: ARSUFFI, Arthur Ferrari. O abuso da produção antecipada da prova: direitos fundamentais, sigilo, boa-fé objetiva e custos. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 541-564.

Na hipótese de o pedido da produção da prova ser deferido e a parte adversária entender que o pedido do autor foi abusivo, além de interpor recurso contra o deferimento da prova, nos termos em que nesta Tese colocamos[336], pode ainda pretender indenização pelos prejuízos que sofreu com o ato decisório, o que deve ser requerido em sede de ação própria, tanto em razão do objeto limitado da ação de produção antecipada de provas, quanto pelo seu procedimento especial ser incompatível com o pedido de indenização[337]. Neste caso, é possível que o pedido de indenização seja veiculado não só em face de quem pediu a prova, como também em face do Estado, na medida em que o Poder Judiciário deferiu a sua produção, o que gerou prejuízos ao jurisdicionado.

Especificamente no que pertine ao requerimento de produção antecipada da prova para que ela enseje uma autocomposição ou mesmo outra forma alternativa de resolução de conflito, hipótese prevista no artigo 381, II, do Código de Processo Civil, não é necessário que o autor atrele a produção da prova à efetiva resolução alternativa do conflito para que demonstre o seu interesse processual. Isso porque a resolução do conflito não depende somente da sua vontade, assim como ele mesmo pode não ter interesse em celebrar acordo com o réu nos termos propostos[338]. Basta que a prova tenha por objeto o esclarecimento de um fato relevante à controvérsia e, com o seu resultado, as partes possam celebrar um acordo extrajudicial, por qualquer forma de resolução alternativa do conflito, mas a validade e a eficácia da prova, caso ela seja homologada, não é condicionada ao eventual acordo a ser celebrado pelas partes. Tanto é assim que a própria dicção do inciso II, do artigo 381, do Código de Processo Civil, estabelece

---

[336] Este tema será tratado no tópico 2.4.13 desta Tese.

[337] Flávio Luiz Yarshell defende o cabimento de indenização pela parte prejudicada com a produção da prova, embora entenda que é possível que ela possa ser objeto na própria ação de produção antecipada de provas: "A aceitação de que a atividade probatória – especialmente quando objeto principal do processo – tem natureza jurisdicional e de que representa um ônus não apenas para o Estado, mas para as partes, leva à conclusão de que ela não é neutra e, pelo contrário, pode gerar prejuízos pelos quais a parte causadora deve responder. Trata-se de responsabilidade objetiva, que dispensa a alegação de prova e culpa; bastam o nexo e o prejuízo. [...]. É mais provável que eventual dano venha a emergir em processo declaratório (em sentido amplo), no qual a prova venha a ser empregada. Mas não se descarta que no próprio processo de produção antecipada de prova tal constatação seja feita. É pensar em casos em que a parte, uma vez autorizada a examinar documentos, extrapole os limites da decisão. Nessa segunda eventualidade, o abuso deve ser reconhecido na sentença, para que se proceda a subsequente liquidação, para apuração de correspondente liquidação." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários aos arts. 381 a 383. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civi**l. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.043.

[338] Conforme Flávio Luiz Yarshell: "Certo que a concreta inibição do processo não depende apenas da realização antecipada da prova. Como já foi visto, uma vez que isso ocorra, a conduta das partes depende da valoração que – por si, por seus advogados e até mesmo por terceiros – façam do material produzido. É possível que as partes cheguem a um ponto comum, e é possível que não. Mas isso, obviamente, está situado em um momento subsequente, e tal eventualidade não é suficiente para afastar a aptidão já mencionada." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 341.

que a prova deve ser "suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito", não estabelecendo que o acordo seja mandatório.

Ainda em relação ao interesse processual em sede de produção antecipada de provas, insta perquirir se o autor pode pretender a produção de fato cuja existência ou inexistência já restou demonstrado por alguma outra prova. A questão é interessante e traz algumas reflexões.

Ainda que o fato que se pretende provar já tenha sido confirmado por uma prova pré-constituída, tem o autor interesse em realizar a produção antecipada da prova para que ela seja reconhecida como válida e eficaz pelo Poder Judiciário, e, ainda, vincule o réu, pelas razões que serão demonstradas posteriormente[339]. Por essa razão, ainda que o fato que o autor pretenda demonstrar já o tenha sido por outra prova pré-constituída, tem ele interesse processual em pretender provar tal fato em sede de produção antecipada de prova.

Outrossim, caso o fato contrário a que o autor pretenda provar já tenha sido objeto de prova pré-constituída, isso não obsta que o autor tenha o interesse em produzir a prova na ação de produção antecipada de prova. Muito pelo contrário, se já há prova de fato contrário ao seu interesse, mais ainda se torna necessária a produção da prova pelo autor, no intuito de que este apresente fato contrário à prova pré-constituída.

Especificamente em relação à realização de prova pericial em sede de ação de produção antecipada de provas, o artigo 480, do Código de Processo Civil, estabelece que uma segunda prova pericial, a ser determinada de ofício ou solicitada pela parte, pode ser realizada se a questão não for suficientemente esclarecida. Parece-nos que no rito da ação de produção antecipada de provas uma segunda prova pericial pode ser realizada. Com efeito, muito embora o juiz não valore a prova produzida judicialmente (art. 382, §2º, CPC), no sentido de aferir se ela foi favorável ao autor ou ao réu, deve apurar, diante de um pedido de produção de nova prova pericial, se a prova atendeu à finalidade pela qual o autor a requereu, ou seja, se esclareceu o fato pretendido pelo autor, qual seja o seu resultado. Caso o fato não tenha sido esclarecido. Desta forma, o juiz deve apreciar a prova à luz do interesse processual de quaisquer das partes em requerer a repetição da prova. O mesmo se diz em relação à metodologia empregada na realização da prova técnica. Se o juiz se convencer que a metodologia não foi adequada, em razão das razões para tanto apresentadas por uma ou ambas as partes, deve nomear um novo perito para a realização da prova. Igualmente se diga em relação a qualquer pedido de

[339] Este tema será tratado no tópico 2.4.11 desta Tese.

complementação de prova em razão de o fato a ser provado não ter sido devidamente esclarecido, com as reservas que serão apresentadas[340].

Contudo, não obstante a possibilidade de repetição e complementação da prova, tal pedido poderá tornar o rito demorado, o que violaria o princípio da economia processual, custoso e até mesmo contraproducente, eis que a repetição e/ou a complementação da prova poderá até ser considerada desnecessária pelo juiz que eventualmente julgará a lide. Deve o juiz, ao apreciar tais pedidos, verificar se a parte que a requereu age em abuso de direito, situação em que o juiz deve indeferir a produção da prova, sem prejuízo de aplicar multa por litigância de má-fé ou ato atentatório à dignidade da justiça.

Outra interessante questão reside em perquirir se há dever do juiz, na ação de produção antecipada de provas, em tentar a autocomposição entre as partes. De acordo com o artigo 139, V, do Código de Processo Civil, é um dos seus deveres buscar a autocomposição, em qualquer tempo.

Há acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça em que se reconheceu a ausência de nulidade processual ante à ausência de designação de audiência para tentativa de autocomposição entre as partes nas ações que tenha por objeto da solução da controvérsia, a não ser que a parte demonstre prejuízo[341] – o que é extremamente difícil, eis que, ainda que não haja designação de audiência para tal fim, as partes podem em qualquer momento buscar, por meios próprios ou alternativos, a autocomposição. Portanto, se a audiência de conciliação consiste em uma facultado nas ações que tenha por objeto a resolução da lide no seu plano substancial, o que se dirá em um processo que não tem por escopo sequer resolver a lide, como se dá na ação de produção antecipada de provas. Portanto, a designação de audiência para fins de conciliação entre as partes não consiste em uma obrigatoriedade do juiz.

---

[340] Este tema será tratado no tópico 2.4.14 desta Tese.

[341] "AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DA PARTE DEMANDADA. 1. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, 'A ausência de realização de audiência de conciliação não é causa de nulidade do processo quando a parte não demonstra prejuízo pela não realização do ato processual' (AgInt no AREsp n. 1.968.508/PE, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 14/2/2022, DJe de 24/2/2022). Incidência da Súmula 83/STJ. Precedentes. [...] (AgInt no AREsp n. 2.161.587/SP, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 28/11/2022, DJe de 2/12/2022) No mesmo sentido: AgInt no REsp n. 1.594.571/SP, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 19/9/2022, DJe de 4/10/2022, AgInt no AREsp n. 1.915.027/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 23/6/2022, DJe de 28/6/2022, dentre outros acórdãos.

Não obstante não ser uma obrigatoriedade, sem dúvida uma tentativa de autocomposição deve ser vista com bons olhos e até mesmo incentivada pelo juiz que conduz a ação de produção antecipada de provas, mormente pela natureza e pela intenção das partes nesse processo de rito especial. Isso porque a parte que requer a produção de uma prova judicialmente (i) ou requereu a sua produção em razão do risco de perecimento de produzi-la em momento oportuno em futuro ou corrente processo que tem por objeto a solução da controvérsia existente entre as partes, o que pode ser moroso, incerto e dispendioso; ou (ii) pretende obter a produção da prova para verificar as suas perspectivas e chances de êxito e, assim, decidir sobre a conveniência de buscar a autocomposição ou outros meios de solução de conflitos ou mesmo de ajuizar o processo para o acertamento da lide.

Percebe-se, pois, que pela própria natureza da ação de produção antecipada de provas, este rito pode ser um meio profícuo para que as partes cheguem a uma autocomposição, eis que elas estão avaliando a suas chances de êxito caso a lide seja levada à apreciação do Poder Judiciário, ou ainda que esta tenha sido ajuizada, na hipótese que fundada no requisito da urgência, a lide ainda não foi apreciada. Dentre os objetivos da produção antecipada de provas, está justamente a composição das partes e se evitar o ajuizamento de processo que vise à satisfação da lide.

A tentativa de autocomposição pode ser realizada logo ao receber a petição inicial, quando o juiz, verificando a presença dos pressupostos processuais e condições da ação, determina a citação do réu para uma audiência para tentativa de autocomposição. Esse momento seria oportuno para uma tentativa de autocomposição, na medida em que a prova ainda não foi produzida, e o seu resultado pode ser incerto tanto para quem a requereu como à sua parte adversária[342]. Ainda, ela pode ser realizada após a produção da prova, em que as partes avaliam o seu resultado, as suas chances e riscos caso a lide seja efetivamente judicializada[343].

---

[342] Sobre o tema, Flávio Luiz Yarshell ressalta que o demandado em ação de produção antecipar de provas pode ser até mesmo beneficiado pela prova requerida pela parte contrária, justamente em razão de não ser possível se auferir o seu resultado antes de sua produção: "...a pré-constituição da prova pode perfeitamente atender aos interesses do requerido, e, conceitualmente falando, é isso que se pode considerar diante da impossibilidade de se determinar o conteúdo da prova antes que ela seja produzida." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 326).

[343] Flávio Luiz Yarshell assevera que "Ademais, nada impede que a conciliação das partes seja tentada pelo órgão judicial perante o qual se demanda a produção antecipada da prova, antes que ela seja deferida ou ainda mesmo enquanto estão sendo efetivadas as providências de instrução. A regra do art. 3º, §2º, referenda a providência." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários aos arts. 381 a 383. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.033. No mesmo sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves: "Conforme ensina a melhor doutrina, a solução consensual do conflito pode ser buscada, inclusive, pelo

Ainda que a ação de produção antecipada de provas tenha por objeto a produção de uma prova pela via judicial, e não a resolução da controvérsia existente entre as partes, é plenamente possível que o juiz que dirige o processo não só estimule a autocomposição como a homologue, caso ela ocorra em juízo[344]. Isso porque a autocomposição judicial pode envolver sujeito estranho ao processo, ou até mesmo relação jurídica que não é objeto do processo judicial, conforme autoriza o artigo 515, §2º, do Código de Processo Civil[345]. Portanto, é plenamente possível que o juiz, na ação de produção antecipada de provas, homologue o acordo celebrado entre as partes em relação à sua crise de direito material que não é objeto do processo, hipótese que vai ao encontro do objeto da ação de produção antecipada de provas, principalmente das novas hipóteses de sua possibilidade, previstas nos incisos II e III, do artigo 381, do Código de Processo Civil, pelo legislador.

Por estas razões, entendemos ser desejável que o juiz, ao verificar a presença dos pressupostos processuais de existência e validade do processo, designe audiência para tentativa de conciliação entre as partes, citando o réu para comparecer na referida audiência antes mesmo que aprecie o pedido de produção judicial da prova, a não ser que haja necessidade de sua realização urgentemente, sendo esta requerida em sede de tutela cautelar. Neste caso, o prazo para a defesa do réu – que defendemos existir, pelas razões expostas posteriormente[346] – deve fluir a partir da audiência de conciliação, caso ela não seja frutífera ou na hipótese de quaisquer das partes não comparecer, nos termos do artigo 335, I, do Código de Processo Civil. Outro momento interessante para a designação da audiência de conciliação seria após a realização da prova, antes que o juiz a homologue ou não.

---

próprio juiz do processo em que se produz a prova, o que se justifica nos termos do art. 3º, §2º, do CPC. Em especial quando tratar-se de produção complexa de prova, é possível que as partes já possam ter substrato fático mais seguro para a autocomposição, mesmo que a produção da prova ainda não tenha se encerrado." cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de processo civil comentado**. 4.ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 735.

[344] No mesmo sentido, Flávio Luiz Yarshell: "Em primeiro lugar, nada impede que a conciliação das partes seja tentada pelo órgão judicial perante o qual se demanda a produção antecipada da prova, antes que ela seja deferida ou ainda mesmo enquanto estão sendo efetivadas as providências de instrução. Não se tratando propriamente de medida requerida em providência cautelar, inclusive é de se presumir que exista tempo para empreitada dessa ordem. Portanto, aceitar a antecipação da prova, tal como aqui exposto, não significa excluir a possibilidade de prévia tentativa de conciliação no processo instaurado com aquele objetivo." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 346.

[345] "Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...] §2º A autocomposição judicial pode envolver sujeito estranho ao processo e versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo."

[346] Este tema será tratado no tópico 2.4.6 desta Tese.

2.4.4 Interrupção do prazo prescricional e decadencial

A decisão que recebe a petição inicial e ordena a citação do réu na ação de produção antecipada de provas interrompe o prazo prescricional ou decadencial para que o autor veicule a sua pretensão acerca da lide em seu plano substancial, desde que o autor promova os atos necessários para viabilizar a citação nos dez dias subsequentes à sua intimação da decisão que determinar a citação do réu, nos termos do que preconiza o artigo 240 e seus parágrafos, do Código de Processo Civil.

Com efeito, se o autor pretender a realização antecipada de uma prova porque ela será de impossível ou difícil realização no curso da ação de conhecimento que tenha por objeto a resolução da lide no seu plano material (art. 381, I, CPC), ele está adotando medidas de preparação para a veiculação – caso a ação não tenha sido ajuizada – ou para a demonstração do seu direito no plano substancial, não havendo que se falar que tenha se quedado inerte na tutela da sua pretensão.

Demais disso, se o autor pretende produzir a prova antecipadamente para realizar uma tentativa de autocomposição ou outro meio alternativo de resolução de conflito (art. 381, II, CPC), ele busca a produção antecipada da prova para resolver a lide de direito material em si, não havendo sentido para que o prazo prescricional ou decadencial não seja interrompido com o ajuizamento da ação de produção antecipada de provas. Do mesmo modo, se pretende realizar a prova antecipada para avaliar as suas chances de sucesso na ação de conhecimento e, com isso, decidir se irá formular ou não tal pretensão (art. 381, III, CPC), não é razoável que o prazo prescricional ou decadencial relativo à sua pretensão ou ao direito, respectivamente, flua durante a ação de produção antecipada de provas, na medida em que o autor requer a produção antecipada da prova justamente para avaliar, frente ao resultado da prova, se irá veicular a sua pretensão de resolução da lide no plano material, não havendo que se entender que o autor teria sido negligente em relação à sua pretensão ou direito[347].

---

[347] No mesmo sentido defende Bruno Augusto Sampaio Fuga: "Deve ser mantida a orientação do CPC/1973 quanto à *interrupção da prescrição* com a citação na produção antecipada de prova. A cautelar quando tem ligação com medida preparatória de outra ação interrompe a prescrição (REsp 202.564), assim deve ser também com o disposto nesse novo procedimento. Não teria sentido a parte autora suportar os efeitos da prescrição se a propositura do referido procedimento do CPC/2015 visa justamente, em alguns casos, evitar ou preparar a ação principal." cf. FUGA, Bruno Augusto Sampaio. A Produção antecipada da prova: aspectos gerais e natureza da sentença. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 129. No mesmo sentido, Arthur Ferrari Arsuffi: "Assim, entendemos que existe uma relação – ainda que em tese – entre a ação de produção antecipada da prova e o eventual processo futuro. Desse modo, o ajuizamento da ação probatória

Ressalte-se que há acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, na égide do Código de Processo Civil de 1973, que defendem que a ação de produção antecipada de provas interrompe o prazo prescricional para o autor formular a sua pretensão[348], não havendo qualquer fundamento para que o referido entendimento deixe de ser adotado na nova configuração da ação de produção antecipada de provas prevista no atual Código de Processo Civil. Ainda que o Código de Processo Civil tenha retirado o caráter instrumental da ação de produção antecipada de provas, desatrelando-a do requisito de urgência e, com isso, reconhecendo um verdadeiro direito autônomo à prova, é certo que tal direito não infirma a conclusão do que se expôs, na medida em que a prova requerida visa a tomar medidas para o acertamento do direito em seu plano substancial, seja para avaliar os riscos no ajuizamento da ação que tutelará tal direito, seja para buscar uma tentativa de autocomposição ou mesmo outro meio alternativo de resolução de conflito, na tentativa de resolver a lide.

Pelo mesmo motivo, e com fulcro no artigo 240, §5º, do Código de Processo Civil, há interrupção do prazo decadencial para o exercício da pretensão com o ajuizamento da ação de produção antecipada de provas, desde que o autor adote as medidas para citar o réu no prazo de dez dias (art. 240, §2º, CPC), conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça[349].

---

deve servir para interromper o prazo prescricional, pois é prova inequívoca da ausência de negligência do titular do direito, o qual passou a buscar sua tutela de forma cautelosa, visando à obtenção de prova substancial antes de se aventurar em demanda que verse sobre o acertamento do direito." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 208. De maneira contrária, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero defendem que "Simples asseguração de prova não interrompe a prescrição (Súmula 154, STF: 'Simples vistoria não interrompe a prescrição'). Com a asseguração de provas nada se exige para além da conservação de prova." cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 408.

[348] "CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE AUTOR. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA EM REGRA. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO CARACTERIZADA. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. CAUTELAR DE ANTECIPAÇÃO DE PROVA. EFEITO INTERRUPTIVO. MEDIDA PREPARATÓRIA DE AÇÃO INDENIZATÓRIA. CPC, ARTS. 219 E 846. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. [...]. II - Na sistemática do Código de Processo Civil de 1973, a cautelar de antecipação de prova interrompe a prescrição quando se tratar de medida preparatória de outra ação, tornando inaplicável, nesses casos, o verbete sumular nº 154/STF, editado sob a égide do CPC/1939." (REsp n. 202.564/RJ, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 2/8/2001, DJ de 1/10/2001, p. 220).

[349] A título exemplificativo: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. NÃO OCORRÊNCIA. REVESTIMENTO DE PISO EM PORCELANATO. VÍCIO DO PRODUTO. AÇÃO CONDENATÓRIA. DECADÊNCIA. 1. Inexiste ofensa aos arts. 165 e 458 do CPC quando o decisum se manifesta, de modo claro e objetivo, acerca da matéria submetida a sua apreciação. [...]. 5. Inexistindo, no caso, prova da resposta negativa, o ajuizamento de cautelar preparatória de produção antecipada de provas evidencia o exaurimento das tratativas negociais, contando-se o prazo decadencial a partir do trânsito em julgado da respectiva sentença, que reconheceu a existência de vício do produto. [...]." (REsp n. 1.303.510/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 3/11/2015, DJe de 6/11/201) Defendendo que não há interrupção do prazo decadencial, Eduardo Talamini afirma que: "O prazo decadencial, porém, não será interrompido pela produção antecipada, pois em regra não se aplicam à decadência as causas interruptivas prescricionais (CC, art. 207). Por exemplo, se a

De acordo com o artigo 202, parágrafo único, do Código Civil[350], o prazo prescricional e decadencial recomeça a partir do último ato realizado na ação de produção antecipada de provas.

Pode-se pensar que, nas hipóteses do artigo 381, §§ 1º e 5º, do Código de Processo Civil[351], o ajuizamento da ação de produção antecipada de provas não interromperia o prazo prescricional ou decadencial. Algumas considerações merecem ser feitas neste sentido.

O disposto no artigo 381, §1º, do Código de Processo Civil, determina que, em sede de produção antecipada de provas, não é permitida a apreensão dos bens, ou seja, não é permitida a prática de atos sub-rogatórios no referido rito. Dessa afirmação não se conclui que o arrolamento de bens, que serve para que o autor tenha ciência dos bens que compõem uma determinada universalidade, não seja utilizado para evitar o perecimento do direito à prova ou mesmo acesso com urgência a tal documentação, tampouco que o arrolamento de bens não sirva para avaliar o risco das partes que são parte da relação jurídica processual da ação de produção antecipada de provas no ajuizamento de ação que vise a tutelar a relação de direito material, ou mesmo que o levantamento dos bens não tenha por objetivo uma tentativa de autocomposição entre as partes ou mesmo de outro meio alternativo de resolução de conflito. Muito pelo contrário, o referido dispositivo legal expressamente determina que a providência de arrolamento de bens observará o rito da ação de produção antecipada de provas. Por essa razão, concluímos que a ação de produção antecipada de provas que tenha por objetivo o arrolamento de bens interrompe o prazo prescricional ou decadencial do direito de ação ou do exercício do próprio direito, respectivamente, no seu plano material.

Contudo, o mesmo raciocínio não deve ser aplicado na hipótese da ação de produção antecipada de provas prevista no artigo 381, §5º, do Código de Processo Civil. Isso porque, conforme demonstrado anteriormente[352], em razão do caráter não contencioso dessa hipótese

---

medida é preparatória de futura ação de anulação (que se submete a prazo decadencial), o prazo de decadência fluirá mesmo enquanto tramitar o procedimento antecipatório da prova." cf. TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, v. 260, p. 84, out. 2016.

[350] "Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: [...]. Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper."

[351] "Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que: [...]. § 1º O arrolamento de bens observará o disposto nesta Seção quando tiver por finalidade apenas a realização de documentação e não a prática de atos de apreensão. [...]. § 5º Aplica-se o disposto nesta Seção àquele que pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica para simples documento e sem caráter contencioso, que exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção."

[352] Este tema foi tratado no tópico 2.2.4 desta Tese.

de ação de produção antecipada de provas, o autor, para requerer a produção da prova, não tem a intenção de utilizá-la em qualquer processo judicial. Por essa razão, por não tomar, em sede de ação de produção antecipada de provas, qualquer medida para tutelar de alguma forma qualquer lide no plano substancial, essa seria a única hipótese em que a ação de produção antecipada de provas não teria o condão de interromper o prazo prescricional e decadencial para a tutela do direito de ação e do próprio direito no seu plano substancial.

2.4.5 Produção liminar da prova

A ação de produção antecipada de provas, como exposto ao longo do presente estudo e até mesmo através de uma mera análise das suas hipóteses legais de cabimento, visa a constituir uma prova para esclarecer as partes sobre um determinado fato importante para o deslinde de uma controvérsia no plano do direito material, seja existente ou em potencial.

Justamente em razão do seu objetivo, é essencial que o réu seja citado para ter a oportunidade de participar da produção da prova. Se a sentença que homologa a prova produzida antecipadamente vincula as partes em relação à sua validade e eficácia, conforme será demonstrado posteriormente[353], é mais do que esperado – na verdade, exigível – que o réu seja citado antes da produção da prova, para que seja assegurado o seu direito ao contraditório.

Portanto, a produção liminar da prova, antes da citação do réu, deve ser medida excepcional, para que não seja violado o direito ao contraditório e ampla defesa do réu[354], e desde que presentes os requisitos da tutela provisória, quais sejam, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, conforme artigo 300, do Código de Processo Civil.

---

[353] Este tema será tratado no tópico 2.4.11 desta Tese.

[354] É por essa razão que Marcos Noboru Hashimoto afirma que "Com efeito, admite-se concessão em caráter liminar na produção antecipada da prova, mas só quando a asseguração desta seja tão intensa a excepcional que impossibilite o chamamento do réu a juízo, sob pena de se consumar o dano." cf. HASHIMOTO, Marcos Noboru. Inadmissibilidade de oferecimento de defesa ou recurso na produção antecipada de provas (CPC/2015), art. 382, parágrafo 4º. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 369. No mesmo sentido, Fernando Gama de Miranda Netto: "Quando não houvesse tempo para citar o requerido (ex: doença grave de testemunha ou mudança de residência para o exterior para país com restrição de uso da rede mundial); ou o réu, uma vez citado, pudesse frustrar a sua utilidade (réu pode eliminar documentos eletrônicos), haveria, no entanto, espaço para ser requerida *tutela liminar inaudita altera parte* fundada exclusivamente na extrema urgência." cf. MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Produção antecipada da prova: natureza, cabimento e garantias constitucionais do processo. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 459-460.

Dentre as espécies de tutela de urgência, entendemos que aquela requerida em sede de ação de produção antecipada de provas possui natureza de tutela antecipada, na medida em que o rito tem por finalidade a produção da prova, e, se ela for requerida liminarmente, antecipa-se o pedido do autor[355].

Deve ser assegurado que o réu seja citado para que efetivamente participe da produção da prova, para que seja assegurado o seu direito ao contraditório, o qual não deve ser assegurado apenas formalmente, mediante a simples citação do réu, mas materialmente. Assim, por exemplo, se a prova a ser realizada antecipadamente for pericial, deve o réu ser citado não apenas para participar das diligências periciais, mas também deve ser assegurado o seu direito de indicar assistente técnico e formular quesitos antes da realização da aludida prova, para que o seu assistente técnico tenha oportunidade de participar das diligências periciais, bem como que seus quesitos sejam respondidos.

De uma maneira geral, ainda que haja a concessão de tutela de urgência em sede de ação de produção antecipada de provas, o réu deve ser citado e deve ser assegurado que ele participe da referida prova antes da sua produção judicial. Justamente por isso, há acórdãos que exigem cautela no deferimento de tutela de urgência liminar na produção da prova, que deve ser deferida apenas em situações excepcionais[356], posição com a qual concordamos, pelas razões

---

[355] Arthur Ferrarri Arsuffi realiza uma distinção na natureza da tutela de urgência em sede de ação de produção antecipada de provas, posição com a qual não concordamos, eis que ela não perde a sua natureza (de antecipar o pedido do autor) pelo fundamento do pedido: "Caso, entretanto, a situação vivenciada pelas partes demonstre haver urgência na produção daquele determinado meio de prova – seja porque ele se encontra em risco de perecimento, seja porque há urgência em obtê-lo -, o meio próprio para tutelar tal urgência será utilizar a tutela provisória, a qual terá natureza cautelar na primeira hipótese e natureza antecipada na segunda hipótese." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 97.

[356] "Contratos bancários. Ação de exibição de documentos. Decisão agravada que determina, in limine litis, a exibição do documento. Inadmissibilidade. Decisão cassada. A concessão de liminar em sede de ação cuja pretensão seja a exibição de documentos é possível somente em hipóteses excepcionais. A ação em questão tem caráter eminentemente satisfativo. A pretensão se limita à exibição do documento, independentemente de sua futura destinação. Em virtude de sua natureza primordialmente satisfativa, é descabida a concessão de liminar, porque, uma vez concedida, o processo se esgota com tal decisão, em detrimento da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa do portador dos documentos. Ademais, da narrativa inicial não se extrai o risco de dano grave, de difícil ou incerta reparação, que adviria à autora se não houver a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional almejada. Ainda que se entenda que, sob a égide da nova legislação, a ação de exibição de documentos deva ser tratada como produção antecipada de provas, conforme o fez o nobre magistrado a quo, deve ser oportunizada ao réu prévia manifestação, como prevê o art. 382, § 1º, do CPC. Agravo provido." (TJSP, Agravo de Instrumento n. 2196453-65.2022.8.26.0000, 12ª Câmara de Direito Privado, Rela. Desa. Sandra Galhardo Esteves, j. 07/10/2022, p. 07/10/2022). "Agravo de instrumento. Produção antecipada de provas. Decisão indeferiu a concessão da tutela de urgência que visava o deferimento de diversas medidas, sem a oitiva prévia da parte adversa. [...]. Indispensabilidade da medida não comprovada. Ausentes circunstâncias que indiquem intenção de dilapidação. Urgência não caracterizada. Ausente prova de intenção do autor de dilapidar patrimônio. Inexistência de risco imediato que justifique a concessão da medida liminar, sem a oitiva prévia da parte contrária. Contraditório só deve ser mitigado em situações excepcionais. Possibilidade de violação do princípio

acima expostas, muito embora há acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça que defendem que é possível postergar a citação do réu após a produção da prova, sob o fundamento de que tal fato não cercearia o seu direito de defesa, na medida em que a sentença que homologa a prova pericial não produziria coisa julgada material, e por essa razão, a alegação da nulidade da prova e a produção de outras provas pelo réu podem ser feitas na ação de conhecimento que tenha por objeto a resolução da lide de direito material[357].

Com *permissa vênia*, ousamos discordar do esposado pelos acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito à ausência de prejuízo do réu ante a ausência de sua participação na produção antecipada da prova, eis que a prova produzida antecipadamente, malgrado a sua valoração não ocorra no âmbito da ação de produção antecipada de provas, lhe traz consequências jurídicas, pois a decisão que homologa a prova vincula as partes no que tange à sua validade e eficácia, inclusive o réu, que não teve oportunidade de participar da prova, conforme será exposto posteriormente[358], não podendo este, em futura ação de conhecimento, requerer a sua nulidade. É por essa razão que defendemos que o juiz que dirige a ação de produção antecipada de prova deve averiguar se o autor tem interesse processual e o direito de requerer a produção da prova requerida, bem como, caso entenda que ela deva ser produzida, assegurar que ela seja produzida regularmente, e nisso inclui oportunizar ao réu o seu direito ao contraditório.

---

do contraditório e da ampla defesa. Resultado. Agravo não provido." (TJSP, Agravo de Instrumento n. 2280976-44.2021.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Edson Luiz de Queiróz, j. 06/12/2021, p. 06/12/2021).

[357] A título ilustrativo: "AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL. PROCEDIMENTO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA (CPC/2015, ARTS. 381 A 383). SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. DECISÃO IRRECORRÍVEL (CPC/2015, ART. 382, § 4º). MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. PERÍCIA DEFERIDA EM CARÁTER DE URGÊNCIA, INAUDITA ALTERA PARS. PRÉVIA COMUNICAÇÃO DO INTERESSADO, MEDIANTE TELEFONEMA. CITAÇÃO POSTERIOR. POSSIBILIDADE (CPC/1973, ARTS. 804 E 811). INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NATUREZA MERAMENTE HOMOLOGATÓRIA DA DECISÃO. INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA MATERIAL. POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE OUTRAS PROVAS PELO INTERESSADO. NULIDADE DA PROVA PERICIAL. DESCABIMENTO DE DISCUSSÃO NO PROCEDIMENTO. MATÉRIA A SER ARGUIDA NA AÇÃO PRINCIPAL. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA. SEGURANÇA DENEGADA. AGRAVO IMPROVIDO. [...]. 3. 'Para a produção antecipada de prova, deferida liminarmente (art. 804), não se exige prévia citação do requerido, pois a precedência na prática do ato decorre da própria natureza da liminar, e a citação posterior está prevista no artigo 811 do CPC'. (REsp 94.579/BA, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 17/09/1996, DJ de 29/10/1996, p. 41.656). 4. Nos termos da jurisprudência consolidada desta Corte, 'A decisão proferida na ação cautelar de produção antecipada de provas é meramente homologatória, que não produz coisa julgada material, admitindo-se que as possíveis críticas aos laudos periciais sejam realizadas nos autos principais, oportunidade em que o Magistrado fará a devida valoração das provas' (REsp 1.191.622/MT, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe de 08/11/2011). [...]. (AgInt nos EDcl no RMS n. 61.128/GO, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 6/10/2020, DJe de 16/10/2020).

[358] Este tema será tratado no tópico 2.4.11 desta Tese.

Desta feita, a produção da prova liminar sem a oitiva da parte contrária somente deve ser admitida em situações excepcionalíssimas, quando a participação do réu pode prejudicar a sua produção ou quando a sua citação para participar da prova não for possível, pelo risco de perecimento desta[359] ou mesmo em razão da urgência do autor[360].

Neste caso, com fundamento no princípio da igualdade das partes, deve o juiz sopesar o direito do autor na produção da prova e a necessidade de urgência na sua produção frente o direito ao contraditório do réu, devendo fazer prevalecer o direito daquele quando a citação do réu puder inviabilizar a produção da prova ou quando não é possível que se aguarde a sua citação. Mas, mesmo nesta última hipótese, entendemos que o juiz deve verificar se o autor cometeu abuso de direito ao, propositalmente, ajuizar a ação de produção antecipada de provas somente quando não fosse possível a citação do réu para que a prova fosse produzida liminarmente e, assim, pretender a homologação judicial de uma prova produzida unilateralmente, ou tenha havido algum motivo para que a ação não fosse ajuizada antes. Embora seja direito do autor requerer a concessão da tutela de urgência, é necessário verificar se o autor exerce o seu direito de forma abusiva no ajuizamento da ação quando não for mais possível a citação do réu antes da produção da prova.

O próprio procedimento é admitido quando há urgência, de maneira a assegurar a produção da prova que não seria possível em momento oportuno em sede do processo de conhecimento. Portanto, de uma maneira geral, a prova produzida antecipadamente nesta hipótese poderia aguardar a citação do réu, eis que o autor se utiliza de um procedimento em

---

[359] No mesmo sentido, Fredie Didier Jr.: "Assim, a liminar na medida de antecipação da prova – ou seja, uma tutela provisória satisfativa do direito à produção da prova antecipada, por mais estranho que pareça – se justificaria quando fosse tamanha a urgência, a ponto de não haver tempo para citação do requerido. Seria uma espécie de *tutela provisória fundada exclusivamente na urgência.* Também se admite essa medida liminar quando o réu, uma vez citado, pudesse frustrar a medida em sua utilidade, justificando-se a postergação do contraditório para o momento seguinte ao da realização da diligência." cf. DIDIER JUNIOR, Fredie. Produção antecipada da prova. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 200. Ainda, Nelson Nery Junior: "Há situações em que o indiciado ou acusado, no procedimento administrativo ou nos inquéritos policial ou civil, age de modo a perturbar o descobrimento da verdade, praticando atos ou se omitindo propositadamente, no intuito de dificultar a apuração da verdade. Quando se der essa prática por má-fé, justifica-se a utilização do inquérito com os mecanismos inquisitórios que lhe são peculiares, havendo mitigação do princípio constitucional do contraditório. Essa situação é semelhante à concessão de liminar *inaudita altera pars*, quando houver perigo de ineficácia da medida, caso se dê previamente o contraditório pleno." cf. NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 13.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 262.

[360] Este tema foi tratado no tópico 1.2.1 desta Tese.

que, ainda que seja oportunizado o direito ao contraditório do réu, a prova será produzida de maneira célere.

Afinal de contas, o seu objeto é a mera produção da prova, de sorte que o seu rito é mais célere quando comparado à ação de conhecimento. Ao receber a petição inicial, o juiz, se verificar que estão presentes os requisitos para que a pretensão seja veiculada, determina a citação do réu para se defender, pelas razões expostas neste trabalho[361]. Após isso, o juiz apreciará se o autor tem o direito de produzir a prova e, se decidir de maneira positiva, a prova será produzida. Desta forma, ainda que a produção antecipada de provas seja fundada no requisito de urgência, a citação do réu, antes da produção da prova, não a inviabilizaria em regra.

Tendo em vista que a ação de produção antecipada de provas, nesse caso, está pautada na urgência, o autor deve demonstrar os requisitos do artigo 300, do Código de Processo Civil, ou seja, demonstrar a probabilidade do seu direito, devendo demonstrar que possui o direito à prova, e que ela é útil e necessária para o deslinde da controvérsia, bem como o perigo da demora caso ela seja realizada em momento ulterior, no momento específico do rito da ação de produção antecipada de provas[362].

É possível que, ainda que não seja hipótese de risco de perecimento da prova em si, o autor tenha urgência em ter acesso a ela. É o caso em que o autor tem interesse na produção da prova para a formulação de um pedido de tutela de urgência em uma ação de conhecimento que visa à resolução da lide no seu plano substancial[363], ou mesmo para embasar eventual pedido de desconsideração da personalidade jurídica do réu com pedido de concessão de tutela de urgência, para que se determine o bloqueio dos bens dos terceiros que serão atingidos pelo instituto. Para tanto, deve o autor requerer a produção antecipada da prova em face não só da

---

[361] Este tema será tratado no tópico 2.4.6 desta Tese.

[362] Bruno Augusto Sampaio Fuga expressamente defende a hipótese de produção da prova liminarmente, ao asseverar que "Neste sentido, poderá também ser *obtida a liminar inaudita altera pars* para, por exemplo, oitiva de testemunhas, vistorias de vestígios urgentes, ou que a própria participação da parte ré no momento possa viabilizar a realização da perícia. Contudo, a prova colhida desta maneira deverá receber análise do juízo da causa principal." cf. FUGA, Bruno Augusto Sampaio. A produção antecipada da prova: aspectos gerais e natureza da sentença. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 133.

[363] No mesmo sentido, Fredie Didier Jr.: "É possível utilizá-la, também, para preparar o lastro probatório de futuro pedido de tutela provisória. A possibilidade de uma 'justificação prévia' em caso de tutela provisória de urgência sinaliza nesse sentido (art. 300, §2º, CPC)." cf. DIDIER JUNIOR, Fredie. Produção antecipada da prova. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 197.

pessoa jurídica cuja personalidade se buscará desconsiderar, eventualmente, em uma ação de conhecimento, como também em face dos seus sócios, para que seja assegurado o seu direito ao contraditório[364]. Pode ainda o autor ter urgência no acesso à prova para poder avaliar a sua decisão sobre determinado negócio jurídico, ou votar em uma assembleia, dentre tantos outros exemplos[365].

Percebe-se que, nestes casos, não há risco de perecimento da prova, mas, mesmo assim, urgência em sua produção[366]. Portanto, ainda que fundada nos incisos II e III, do artigo 381, do Código de Processo Civil, é possível que o autor possa pretender a concessão de tutela antecipada para requerer que a prova seja produzida de maneira liminar.

Por fim, na ação de produção antecipada de provas não há espaço para a concessão de tutela de evidência, eis que, uma vez verificado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu – única hipótese que pode ser ventilada neste tipo de ação dentre aquelas previstas no artigo 311, do Código de Processo Civil – já seria o momento de o juiz apreciar se o autor teria direito à produção da prova, não havendo que se falar em concessão de tutela de evidência. Em razão do rito específico da ação de produção antecipada de provas, não há espaço para a concessão de tutela de evidência, na medida em que a apreciação do direito à produção da prova é feita, por excelência, após a apresentação de defesa por parte do réu, conforme será visto a seguir[367],[368].

---

[364] No mesmo sentido, Bruno Augusto Sampaio Fuga: "Poderá também a ação probatória desde o início colher provas para eventual pedido de *desconsideração da personalidade jurídica,* devendo, neste caso, desde o iniciar serem intimados os sócios para exercer o devido contraditório." cf. FUGA, Bruno Augusto Sampaio. A produção antecipada da prova: aspectos gerais e natureza da sentença. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 129.

[365] Arthur Ferrari Arsuffi apresenta os exemplos de uma empresa que necessita ter acesso a um específico documento para decidir de forma consciente sobre um negócio jurídico, ou mesmo para apresentar proposta em licitação pública, e o interesse do acionista em ter acesso a um documento para votar sobre determinado assunto em assembleia geral de acionistas. cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 95-96.

[366] Conforme Arthur Ferrari Arsuffi: "Portanto, há urgência na obtenção de determinado meio de prova, não porque será impossível que ele seja produzido no futuro, mas porque a parte precisa ter acesso a ele imediatamente. [...]. Essas situações exigem urgência na obtenção da prova, a qual, entretanto, difere daquele existente quando se há risco de perecimento das provas, mas não deixa de ser igualmente tutelável pelo Poder Judiciário através da concessão da tutela provisória." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 95-96.

[367] Entendendo de maneira divergente, defendendo o cabimento de concessão de tutela de evidência nas hipóteses do art. 311, I, II e IV, do Código de Processo Civil, ver ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, pp. 196-199.

[368] Este tema será tratado nos tópicos 2.4.6 e 2.4.7 desta Tese.

2.4.6 Citação e resposta do réu

Uma vez recebida a petição inicial, deve ser dada oportunidade de o réu participar da realização da prova pois, só assim, restará assegurado o seu direito ao contraditório. Ainda que o juiz não resolva a lide travada entre as partes ou mesmo valore as provas no rito da ação de produção antecipada de provas, essa poderá ser utilizada em outro processo em que efetivamente a lide será resolvida. E, para que ela seja utilizada em processo em que se solucionará a lide, é imprescindível que o réu participe de sua produção, trazendo elementos e argumentos que devem fazer parte desta, sob pena de a prova não lhe ser oponível[369]. Além disso, caso ela seja utilizada para fins de autocomposição, é essencial que o réu participe da sua produção, eis que, nessa hipótese, ele também terá ciência do seu resultado e, por isso, das suas chances de êxito e riscos em eventual demanda que tenha por finalidade a solução da lide em direito material.

Em outras palavras, a oportunidade de o réu exercer o seu direito ao contraditório é condição de eficácia da prova a ser produzida na ação de produção antecipada de provas, de sorte que a prova produzida sem a sua citação e oportunidade de sua efetiva participação na produção da prova lhe acarreta a sua ineficácia[370].

Não só à luz do contraditório – o que já seria suficiente para defender a necessidade de citação do réu para participar da prova, – a citação do réu traz utilidade na produção da prova, eis que ele, ao participar de sua produção, traz elementos para a sua formação que fazem com que o autor tenha um melhor panorama dos fatos que pretende provar, na medida em que, ao conceder oportunidade ao réu de participar da prova, ele antecipa os seus argumentos em

---

[369] Conforme leciona Flávio Luiz Yarshell: "De qualquer forma, no contexto da prova produzida de forma antecipada, o papel legitimador do contraditório subsiste. De forma mais evidente, é certo que os elementos de instrução, se não tiverem conduzido à prática de atos de autocomposição, poderão certamente ser considerados quando do julgamento estatal; e, nessa medida, as partes ficam vinculadas à prova produzida. Daí a necessidade de que lhe seja facultada a participação." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, pp. 171-172. No mesmo sentido, Fredie Didier Jr.: "A citação exerce papel importantíssimo, pois é condição de eficácia da prova perante aqueles contra quem se pretende que a prova seja utilizada." cf. DIDIER JUNIOR, Fredie. Produção antecipada da prova. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 198.

[370] "Sobre isso, em primeiro lugar, convém dizer que a ausência de citação e de participação dos interessados faz da prova um elemento simplesmente ineficaz em relação a estes; ineficácia que, diminuindo ou, mesmo, aniquilando a utilidade da prova – quer para a finalidade de convencimento do juiz, oportunamente, quer para estímulo das partes para finalidade de autocomposição -, torna, quando menos, questionável a presença do legítimo interesse de agir, inclusive sob a ótica do Estado, que emprega esforços para a pré-constituição da prova." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, pp. 426-427.

relação à admissibilidade da prova e eventualmente ao fato objeto da prova, o que faz com que o autor tenha uma visão mais completa da sua posição jurídica na controvérsia em seu plano material. Assim, o exercício do direito ao contraditório não só beneficia o réu, que participará efetivamente da prova, como o próprio autor, eis que este só terá completa ciência das suas chances de sucesso em eventual futura demanda que vise a solucionar a lide após a participação do réu na produção da prova. Em outras palavras, o autor analisará não só o resultado da prova, como os argumentos do réu acerca desta, podendo sopesá-los ante o resultado da prova para, assim, decidir se a sua pretensão tem fundamento ou não em um processo que solucionará à lide, para, só assim, verificar se a prova produzida justifica ou evita o ajuizamento de processo que resolva o mérito, nos termos do artigo 382, III, do Código de Processo Civil. A garantia ao contraditório, nesta ótica, interessa ao autor e ao próprio Poder Judiciário, que será beneficiado pelo não ajuizamento de processos que não tenham um mínimo de probabilidade do direito do autor.

É de se questionar se deve ser assegurado ao réu o direito à sua participação da prova se ela for utilizada para uma tentativa de autocomposição, hipótese em que ela não será utilizada em outro processo judicial em que se resolverá a lide, e, por isso, não atingirá a esfera jurídica do réu. Se o direito ao contraditório, neste caso, pode ser mitigado, justamente pela não utilização da prova em outro processo judicial, ela deve ser, ao menos, desejável, considerando a prova como um instrumento de convencimento não só do magistrado, como também das partes. Se o autor pretende a produção da prova para uma tentativa de autocomposição ou outra forma de alternativa de solução de conflitos, a participação do réu na produção da prova tornará muito mais eficiente a tentativa de solução de conflito, eis que, ao participar da prova, o réu também terá ciência de suas chances de êxito na controvérsia e, assim, decidir se aceita a proposta de acordo formulada pelo autor ou até mesmo se oferece uma contraproposta. A participação do réu na produção da prova, portanto, pode aumentar as chances de as partes chegarem a uma autocomposição ou mesmo de lograrem êxito em outra forma alternativa de solução de conflito. Caso não haja uma composição extrajudicial, o autor poderá ajuizar um processo para dirimir a lide contra o réu e utilizar a prova produzida antecipadamente, o que não poderia fazer se não fosse assegurada a sua participação na prova.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 382, §1º, determina que o juiz deve determinar a citação do réu para participar da prova, "salvo se inexistente caráter contencioso". Defendemos que, para que haja maior eficiência do processo, e pelas razões expostas nos parágrafos anteriores, é recomendável que todos os envolvidos na relação jurídica de direito

material sejam necessariamente citados, ainda que o objeto da produção da prova seja para uma tentativa de autocomposição pois, se esta não ocorrer, a prova vinculará as partes em caso de uma futura demanda judicial que tenha por finalidade a resolução da lide. Assim, a desnecessidade de citação do réu só deve ser aplicada na hipótese prevista no artigo 381, §5º, do Código de Processo Civil, em que o autor pretende a produção da prova para simples registro, sem caráter contencioso.

Ainda que assegure a citação dos réus na participação da prova, o Código de Processo Civil, especificamente no seu artigo 382, §4º, não permite que o réu apresente defesa no rito da ação de produção antecipada de provas. Em uma tentativa de entender a razão pela qual o legislador não permite a apresentação de defesa em sede de ação de produção antecipada de provas, Karla Saory Moriya Nidahara[371] apresenta uma interessante comparação entre os ritos da ação de justificação, da medida cautelar de produção antecipada de provas e do arrolamento de bens previstos do Código de Processo Civil de 1973 com a ação de produção antecipada de provas no Código de Processo Civil, asseverando que esta substituiu todos aqueles previstos no Código de Processo Civil. E, como na ação de justificação não havia previsão de oferta de defesa, algo que não era criticado pela doutrina e jurisprudência, em razão do seu caráter não contencioso, talvez tenha havido falha do legislador no Código de Processo Civil ao aglutinar todos esses ritos unicamente na ação de produção antecipada de provas mas não permitir que o réu apresente defesa, o que só poderia ser permitido na justificação – cujo caráter não contencioso foi mantido no artigo 381, §5º, do Código de Processo Civil.

Contudo, e como sustentamos ao longo do presente trabalho, a ação de produção antecipada de provas possui caráter contencioso e seu resultado vincula as partes no que pertine ao seu objeto, de sorte que a proibição de o réu apresentar defesa neste tipo de procedimento não pode ser admitida, por violar o princípio do contraditório e da ampla defesa, princípios inegociáveis no Estado Democrático de Direito e alçados a uma garantia constitucional, prevista no artigo 5º, LV, da Constituição Federal. É até mesmo um contrassenso a preocupação do legislador em assegurar a participação dos interessados na produção da prova – até mesmo determinando a sua citação de ofício, hipótese que entendemos que deve ser restrita às hipóteses de litisconsórcio necessário, como visto[372], do que se conclui a preocupação em zelar pelo

---

[371] NIDAHARA, Karla Saory Moriya. A defesa do réu na ação probatória. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 317-319.

[372] Este tema foi tratado no tópico 2.3 desta Tese.

direito ao contraditório, mas, de outra sorte, não admitir que o réu apresente defesa, como se o direito ao contraditório consistisse em admitir que o réu fosse um mero observador na produção da prova. Contudo, não basta assegurar a citação do réu no rito, mas sim, que ele seja citado para que possa exercer seus direitos inerentes de se defender em juízo contra a pretensão do autor, seja mediante a apresentação de questões processuais que impedem a apreciação do seu pedido, seja impugnando a própria pretensão do autor na produção da prova, ou mesmo de seu meio, dentre outras questões.

Com efeito, embora não haja solução da lide no seu plano substancial, a decisão que eventualmente homologar a prova vincula as partes, pelas razões explanadas a seguir[373]. Por essa razão, o réu não só tem o direito de participar da eventual prova a ser produzida antecipadamente, como também de se insurgir contra o pedido do autor, alegando, por exemplo, que a prova é impertinente ao esclarecimento do fato que o autor pretende provar, ou mesmo que ela viola a sua intimidade, o seu sigilo bancário ou fiscal, segredo industrial e patente, dentre outras hipóteses. O réu pode, ainda, impugnar questões que dizem respeito à produção da prova em si, como, por exemplo, o perito nomeado, seja porque o perito não possui a *expertise* necessária, seja porque ele é impedido ou suspeito (art. 465, §1º, I e art. 468, I, CPC), dentre outras matérias. Por fim, deve ter o réu o direito de apresentar questões de ordem pública, tal como a ilegitimidade do autor e a sua falta de interesse processual, ou mesmo a incompetência do juízo, além de outras questões.

Assim, deve ser conferido ao réu, no âmbito da ação de produção antecipada de provas, a oportunidade de apresentar defesa contra a pretensão do autor que, em relação a essa ação, tem por objeto o direito do autor à produção da prova; a forma de sua produção e se esta é capaz de produzir efeitos em relação ao seu aspecto formal, não cabendo ao réu se insurgir sobre o conteúdo da prova, a menos que demonstre que a questão não foi suficientemente esclarecida e, com isso, requerer a repetição da prova ou mesmo a produção de outras provas sobre o mesmo fato, do que se ocupa o artigo 382, §3º, do Código de Processo Civil[374]. Não é por outro motivo que a redação do artigo 382, § 4º, do Código de Processo Civil, é amplamente criticada pela doutrina e pelo próprio Superior Tribunal de Justiça.

---

[373] Este tema será tratado no tópico 2.4.11 desta Tese.
[374] Este tema será tratado no tópico 2.4.3 desta Tese.

A título ilustrativo do que se afirmamos, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery[375] defendem que o réu tem o direito de alegar matéria de ordem pública que obste a produção da prova. André Luiz Maluf de Araújo[376] afirma que o réu em sede de ação de produção antecipada de provas deve ter o direito de alegar ausência das condições da ação, dos pressupostos processuais e inadmissibilidade de sua produção, por violar garantias constitucionais. No mesmo sentido, Arruda Alvim[377], Cassio Scarpinella Bueno[378], Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério

[375] "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 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. [...] [não se admitirá defesa] esta expressão é infeliz, por tornar incoerente um artigo que alarga os limites da produção da prova – e o é mesmo do ponto de vista do CPC/1973, em cuja vigência a jurisprudência admitia a defesa do demandado." cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 21.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 968

[376] "O fato de a prova não ser valorada no âmbito da antecipação não autoriza de forma alguma a conclusão de que não seria necessário o exercício do contraditório (princípio). O direito de defesa será assegurado no âmbito da produção antecipada de prova, quando menos para permitir que sejam alegados temas relacionados a condições da ação, a pressupostos processuais e a garantias constitucionais (tais como a inadmissibilidade de provas ilícitas e preservação da intimidade, privacidade e sigilo)." cf. (ARAÚJO, André Luiz Maluf de. Princípios e regras que governam a atividade probatória. Uma visão garantista. Utilização na produção antecipada de prova. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 68.

[377] "Nos casos do exercício do direito autônomo à prova (art. 381, II e III, do CPC/2015) haverá cognição, ainda que limitada. Isso porque, em todas as hipóteses de antecipação de prova haverá conhecimento de questões relativas à admissibilidade da prova, sobretudo na perspectiva de sua licitude. E, ainda, haverão de ser analisadas questões relativas ao *modo de produção* da prova, que dever ser regular e não ofender o contraditório. Por tais razões, não há como concordar com o argumento de que a prova antecipada é desprovida de contraditório ou mesmo com a afirmação de que não há propriamente produção de prova nesse procedimento." cf. ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 17.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, item 24.5.2.

[378] "O contraditório deve ser observado, a não ser que a medida não ostente caráter contenciosos (art. 384, § 1º). A previsão merece ser compreendida com ressalvas mais amplas porque não há como a lei excepcionar o contraditório quando for possível identificar o interessado, a não ser que haja *urgência*, o que até pode ocorrer (art. 381, I), mas não é o que cogita o dispositivo em exame. A existência ou não de litígio ('caráter contencioso') é, ademais, questão relativa, que pode ser alterada a depender do resultado da colheita das provas. Inclusive, pela ausência de prévio contraditório na sua realização... Esta orientação, que decorre do 'modelo constitucional do direito processual civil', deve ser observada ainda que por quem queira ver, no § 1º do art. 382, manifestação de 'jurisdição voluntária'. Não há como a lei querer se desviar do "modelo constitucional', mesmo nestes casos, já que se regula a atuação do Estado-juiz." cf. BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 8.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 470.No mesmo sentido BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos. 11.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. v. 2, p. 243.

Licastro Torres de Melllo[379], Fredie Didier Jr.[380], Flávio Luiz Yarshell[381], Eduardo Talamini[382], Daniel Amorim Assumpção Neves[383], Arthur Ferrari Arsuffi[384], Eduardo Arruda Alvim e Ígor

---

[379] "O requerido poderá alegar questões de ordem pública, tais como a ilegitimidade das partes e a falta de interesse de agir decorrente, por exemplo, da inadequação do meio de prova pretendido para o requerente para a demonstração do fato, ou da existência e ação anterior com idêntico objeto, em que a prova já tenha sido produzida. Também não se pode pretender privá-lo do direito de contraditar testemunha ou apontar o desrespeito a direitos fundamentais, o que aconteceria se fosse deferida perícia que violasse o sigilo fiscal e comercial da empresa, expondo informações particulares desta e de seus sócios." cf. ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**: artigo por artigo, pp. 737-738.

[380] "Citação para ser mero expectador do processo é inconcebível: cita-se para que o interessado participe do processo; e a participação no processo dá-se pelo exercício do contraditório, como se sabe. Parece mais razoável compreender o dispositivo de modo não literal. Há, sim, contraditório reduzido, mas não zerado: discute-se o direito à produção da prova, a competência do órgão jurisdicional (se há regras de competência, há possibilidade de o réu discutir a aplicação delas, obviamente; a alegação de incompetência é matéria de defesa), a legitimidade, o interesse, o modo de produção da perícia (nomeação de assistente técnico, possibilidade de impugnação do perito etc.) etc." cf. DIDIER JUNIOR, Fredie. Produção antecipada da prova. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 202.

[381] "O CPC de 2015 foi infeliz ao pretender restringir de forma supostamente absoluta a possibilidade de reação por parte do demandado ('não se admitirá defesa'), num dispositivo que soa incoerente e até infiel com os limites da antecipação da prova agora estabelecidos (art. 382, §3º). Mesmo na perspectiva do diploma legal anterior – que trata a medida como cautelar – a jurisprudência já reconhecia que ao demandado era facultada defesa, quando menos para alegação de matérias como incompetência, falta de interesse ou de legitimidade. [...]. Assim, a interpretação conforme a Constituição (art. 5º, LIV e LV) autoriza dizer que a limitação ali estabelecida se justifica apenas no limite do que constou do §2º do art. 382 e considerando a circunstância de que no processo da antecipação não são valorados fatos e menos ainda resolvidas questões de mérito, exceto se para justificar a inadmissibilidade da prova ou de sua antecipação. Fora daí, a possibilidade de defesa e de exercício do contraditório pelo demandado deve ser ampla, como é a correspondente norma constitucional." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários aos arts. 381 a 383. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civi**l. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 1.041-1.042.

[382] "O Código de Processo Civil de 1973 silenciava sobre o cabimento de contestação na produção antecipada, mas nem por isso doutrina e jurisprudência, em interpretação conforme à Constituição, deixaram de reconhecer o direito de o réu contestar, ainda que nos estritos limites do objeto de cognição judicial da medida. No Código de Processo Civil de 2015, o tratamento dado ao tema é ainda pior que o do diploma anterior. O seu art. 382, § 4.º, estabelece que 'não se admitirá defesa' no processo de produção antecipada. Tal dispositivo exige interpretação que o salve da inconstitucionalidade (CF (LGL\1988\3), art. 5.º, XXXVI, LIV e LV). Não há dúvidas de que o juiz detém poder para, mesmo de ofício, controlar (i) defeitos processuais, (ii) a ausência dos pressupostos da antecipação probatória e (iii) a admissibilidade e validade da prova. Logo, o requerido tem o direito de provocar decisão do juiz a respeito desses temas. A suposta proibição de defesa deve ser compreendida apenas como: (a) ausência de uma via específica para formulação de contestação e (b) não cabimento de discussão sobre o mérito da pretensão (ou defesa) para a qual a prova pode servir no futuro." cf. TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, v. 260, pp. 75-101, out. 2016, pp. 84-85.

[383]. "O dispositivo pode ser considerado um dos piores do Código de Processo Civil. [...] Significa que a maioria das ações probatórias será de natureza contenciosa, sendo flagrantemente contrário ao princípio do contraditório impedir o exercício de defesa e a interposição de recursos. Naturalmente, a defesa terá suas limitações, porque a impugnação do réu se limitará a questões processuais e ao cabimento do pedido à luz das hipóteses previstas no art. 381 do CPC, não cabendo qualquer discussão a respeito do direito material. Ainda que limitada, a exclusão desse direito do réu não se justifica nem mesmo quando a natureza da ação for voluntária, quiçá quando for contenciosa." cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de processo civil comentado**. 4.ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 742.

[384] "Tal dispositivo não pode ser interpretado em sua literalidade, pois tendo em vista que a produção antecipada de prova tem caráter contencioso e natureza jurídica de demanda, tal interpretação levaria à plena inconstitucionalidade do dispositivo. [...] Não se pode – sob pena de violação grave ao devido processo legal – impedir que a parte se defenda, por exemplo, de pedido desprovido de fundamento e que vise à exibição de informações pessoais ou, ainda, de segredos industriais. Faz parte de reconhecer que a produção antecipada da

Martins da Cunha[385], Bruno Augusto Sampaio Fuga[386], Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero[387], Igor Labre de Oliveira Barros e Vinícius Pinheiro Marques[388],

prova é demanda e ostenta natureza contenciosa, reconhecer o direito de defesa daquele cuja esfera jurídica será atingida pela produção da prova. Assim, a interpretação constitucionalmente mais adequada a esse dispositivo é a de que não caberá defesa sobre a força probante da prova produzida no bojo da produção antecipada da prova – 'ocorrência ou inocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas' – pois tais temas sequer podem ser objeto de análise no âmbito da ação de produção antecipada da prova, mas haverá amplo e complexo espaço para que a parte se defenda da produção antecipada da prova propriamente dita. Nessa ordem de ideias é de se reconhecer o cabimento da defesa pelo requerido, a qual, entretanto, se limitará à pertinência da produção da prova, visando a preservar sua esfera jurídica de violação indevida." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, pp. 210-211.

[385] "A doutrina, a nosso ver corretamente, no entanto, tem apontado, tem apontado, com fulcro no divo processo legal, contraditório e ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal) a possibilidade de apresentação de defesa em relação à própria viabilidade do procedimento, ao preenchimento dos requisitos legais, bem como da viabilidade da produção da prova almejada. Isto posto, à exceção de matérias relativas ao próprio mérito da ação principal e à valoração da prova – que deve se dar em eventual ação principal – parece-nos que há possibilidade de o demandado apresentar defesa e exercer o contraditório, alegando matérias como incompetência, falta de interesse, ilegitimidade e impertinência da prova diante dos fatos alegados pelo autor do procedimento." cf. ALVIM, Eduardo Arruda; CUNHA, Ígor Martins da. Produção Antecipada de Provas no Código de Processo Civil de 2015. In FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 178.

[386] "Importante, porém, destacar que não podemos restringir totalmente o direito de defender da parte, sob pena de inconstitucionalidade. É permitida a *limitação do direito de defesa*, mas não a restrição total. O réu poderá alegar questões de ordem pública, ilegitimidade, falta de interesse de agir, inadequação do meio de prova, existência de ação anterior com idêntico objeto, contraditar testemunhas, alegar incompetência absoluta e apontar contradições a direitos fundamentais." cf. FUGA, Bruno Augusto Sampaio. A produção antecipada da prova: aspectos gerais e natureza da sentença. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 129-130.

[387]. "Sempre que exista caráter contencioso, os demandados devem ser citados pessoalmente podendo impugnar a colheita da prova no prazo de quinze dias. A matéria de defesa é restrita às questões atinentes à simples segurança da prova. Pode o demandado arguir, por exemplo, a ausência de urgência para asseguração da prova no caso em que a exibição se funde no art. 378, I, CPC, ou a inviabilidade da colheita antecipada da prova, quando se pretende colher prova ilícita. Os requeridos a serem citados são todos aqueles que tiverem algum interesse na tomada da prova ou no fato a que a prova se refere." MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 410.

[388] "O caso de a prova não ser valorada na esfera a antecipação não possibilita a conclusão de que não seria indispensável o exercício do contraditório. O direito alegado será garantido no domínio da produção antecipada de prova, quando menos para consentir que sejam declarados assuntos pautados a condições da ação, a pressuposições processuais e a segurança constitucionais, como a admissibilidade de provas ilegítimas e precaução da intimidade, privacidade e sigilo." cf. BARROS, Igor Labre de Oliveira; MARQUES, Vinícius Pinheiro. A Antecipação de Prova frente ao Princípio da Cooperação no CPC de 2015. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 246.

João Batista Vilhena[389], Marco Félix Jobim e Rafael Caselli Pereira[390], Marcos Noboru Hashimoto[391] e Rogério Mollica[392].

O Superior Tribunal de Justiça já enfrentou a questão e asseverou que o disposto no artigo 382, §4º, do Código de Processo Civil, não pode ser entendido em seu sentido literal, "como se no referido procedimento não houvesse espaço algum para o exercício do contraditório, sob pena de se incorrer em grave ofensa ao correlato princípio processual, à ampla defesa, à isonomia e ao devido processo legal"[393].

---

[389] "...não havendo meios, portanto, de aplicar-se, de modo estrito, o teor do art. 382, § 4º, pois inadmissível que em processo referente a ação contenciosa, na qual temos partes em conflito, não se permita que estas possam, amplamente, se manifestar para a defesa de seus interesses e direitos, sob pena de violação das garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa, e do contraditório." cf. VILHENA, João Batista. Da exibição de documento como produção antecipada da prova. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 291.

[390] "Sobre essa vedação genérica acerca de toda e qualquer alegação de defesa, entende-se que há violação literal do inciso LV, do art. 5º, da Constituição Federal, haja vista que a prova a ser antecipada e justificadamente produzida poderá violar, de maneira direta, o direito à privacidade, intimidade, confidencialidade e sigilo (ex.: quebra de sigilo bancário e fiscal), tendo como consequência a causa de dano à determinada pessoa. Ademais, a garantia do direito ao contraditório reside exatamente na possibilidade, mesmo em sede de procedimento antecipado de provas, de suscitar dúvidas acerca da legalidade da prova postulada, mesmo que, neste momento, ainda não seja possível que o magistrado reflita sobre as consequências jurídicas de fato e/ou prova produzida. Além disso, argumentos relacionados à suspeição ou impedimento de testemunhas, caso esse seja o meio de prova que se pretende produzir, também deve ser apreciado pelo juiz no âmbito da antecipação de prova." cf. JOBIM, Marco Félix; PEREIRA, Rafael Caselli. Produção antecipada de provas como técnica processual de incentivo à composição consensual. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 357.

[391] "O contraditório não está limitado, portanto, ao processo contencioso que eventualmente venha a ser instaurar. Nestas situações apontadas. Mostra-se viável e até mesmo necessário o oferecimento de defesa ou recurso – observadas as peculiaridades do procedimento, também na produção antecipada de prova." cf. HASHIMOTO, Marcos Noboru. Inadmissibilidade de oferecimento de defesa ou recurso na produção antecipada de provas (CPC/2015), art. 382, parágrafo 4º. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 371.

[392] "No artigo 381, §1º, do CPC/2015 consta expressamente que 'O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a citação de interessados na produção da prova ou do fato a ser provado, salvo se inexistente caráter contencioso.' Ora, não faz sentido você citar, inclusive de ofício, e não permitir que esses interessados possam apresentar defesa ou mesmo, resistir à produção da referida prova. Tal entendimento é frontalmente contrário ao previsto no artigo 5º, LV da Constituição Federal que prevê expressamente que 'são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes'. Também não se coaduna com a previsão do artigo 7º do Código de Processo Civil: 'É assegurado às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direito e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação das sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório." cf. MOLLICA, Rogério. A condenação em honorários qdvocatícios na produção antecipada da prova. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 485.

[393] "RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS, COM FUNDAMENTO NOS INCISOS II E III DO ART. 381 DO CPC. DEFERIMENTO LIMINAR DO PEDIDO, SEM OITIVA DA PARTE ADVERSA. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO, NÃO CONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, A PRETEXTO DE APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 382 DO CPC. CONTRADITÓRIO. VULNERAÇÃO. RECONHECIMENTO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. A

Portanto, deve ser assegurada a citação do réu não só para participar da prova, como para apresentar defesa, seja mediante apresentação de questões de ordem pública atinentes ao processo, seja impugnando a pretensão do autor.

Por não haver previsão específica acerca do prazo de apresentação de defesa do réu em sede de ação de produção antecipada de provas – muito pelo contrário, há expressa disposição de que o rito não permite a apresentação de defesa (art. 382, §4º, CPC), o que consideramos inconstitucional, pelas razões expostas alhures – o prazo para a apresentação de defesa deve seguir o procedimento do rito da ação de conhecimento, de aplicação subsidiária aos procedimentos especiais, dentre os quais se encontra a ação de produção antecipada de provas, conforme preconiza o artigo 318, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Ou seja, se o réu for citado para comparecer à audiência de conciliação, o réu deverá apresentar defesa em quinze dias a contar da audiência de conciliação se esta for inexitosa ou do pedido de cancelamento da audiência. Caso ele tenha sido citado para apresentar defesa, deve fazê-lo no prazo de quinze dias a contar de quaisquer dos eventos previstos no artigo 231, do Código de Processo Civil, a depender do modo de citação do réu (art. 335, III, CPC)[394].

---

controvérsia posta no recurso especial centra-se em saber se, no procedimento de produção antecipada de prova, a pretexto da literalidade do § 4º do art. 382 do Código de Processo Civil, não haveria, em absoluto, espaço para o exercício do contraditório, tal como compreenderam as instâncias ordinárias, a ponto de o Juízo a quo, liminarmente - a despeito da ausência do requisito de urgência - e sem oitiva da parte demandada, determinar-lhe, de imediato, a exibição dos documentos requeridos, advertindo-a sobre o não cabimento de nenhuma defesa; bem como de o Tribunal de origem, com base no mesmo dispositivo legal, nem sequer conhecer do agravo de instrumento contraposto a essa decisão. 2. O proceder levado a efeito pelas instâncias ordinárias aparta-se, por completo, do chamado processo civil constitucional, concebido como garantia individual e destinado a dar concretude às normas fundamentais estruturantes do processo civil, utilizadas, inclusive, como vetor interpretativo de todo o sistema processual civil. 3. Eventual restrição legal a respeito do exercício do direito de defesa da parte não pode, de modo algum, conduzir à intepretação que elimine, por completo, o contraditório. A vedação legal quanto ao exercício do direito de defesa somente pode ser interpretada como a proibição de veiculação de determinadas matérias que se afigurem impertinentes ao procedimento nela regulado. Logo, as questões inerentes ao objeto específico da ação em exame e do correlato procedimento estabelecido em lei poderão ser aventadas pela parte em sua defesa, devendo-se permitir, em detida observância do contraditório, sua manifestação, necessariamente, antes da prolação da correspondente decisão. 4. Reconhecida a existência de um direito material à prova, autônomo em si, ressai claro que, no âmbito da ação probatória autônoma, mostra-se de todo imprópria a veiculação de qualquer discussão acerca dos fatos que a prova se destina a demonstrar, assim como sobre as consequências jurídicas daí advindas. 5. As ações probatórias autônomas guardam, em si, efetivos conflitos de interesses em torno da própria prova, cujo direito à produção constitui a própria causa de pedir deduzida e, naturalmente, passível de ser resistida pela parte adversa, por meio de todas as defesas e recursos admitidos em nosso sistema processual, na medida em que sua efetivação importa, indiscutivelmente, na restrição de direitos. 6. É de se reconhecer, portanto, que a disposição legal contida no art. 382, § 4º, do Código de Processo Civil não comporta interpretação meramente literal, como se no referido procedimento não houvesse espaço algum para o exercício do contraditório, sob pena de se incorrer em grave ofensa ao correlato princípio processual, à ampla defesa, à isonomia e ao devido processo legal. 7. Recurso especial provido." (REsp n. 2.037.088/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 7/3/2023, DJe de 13/3/2023).

[394] Fredie Didier Jr. entende de maneira diferente, defendendo, quanto ao prazo de defesa, que "cabe ao juiz fixá-lo, levando em consideração a complexidade do ato a ser praticado (art. 218, §1º, CPC). Se o juiz não fixar, o prazo será de cinco dias (art. 218, §3º, CPC)." cf. DIDIER JUNIOR, Fredie. Produção antecipada da prova. In:

Sem prejuízo da apresentação de defesa, é importante ressaltar que deve ser conferido ao réu o direito de se manifestar sobre a prova produzida antecipadamente, devendo ser conferido a ele todos os direitos inerentes à fase instrutória do processo de conhecimento. Assim, e sem prejuízo da apresentação de defesa em sede da ação de produção antecipada de provas, tem o réu o direito de contraditar testemunha, impugnar a nomeação do perito, requerer o indeferimento de quesitos e perguntas que entender serem impertinentes às testemunhas, inquirir as testemunhas arroladas pelo autor, bem como se manifestar sobre o laudo pericial, dentre outras providências que lhe garantem o direito ao contraditório e ampla defesa no espectro do objeto da ação de produção antecipada de provas.

É ainda permitido ao réu requerer a produção de outras provas além daquelas requeridas pelo autor, desde que relacionadas ao mesmo fato ou relação jurídica que se pretende provar com a prova requerida pelo autor, de acordo com o artigo 382, §3º, do Código de Processo Civil. Sem desconsiderar a relativa natureza dúplice da ação de produção antecipada de provas[395], percebe-se que, embora o ordenamento jurídico não permita que o réu apresente defesa, com o que não concordamos, pelas razões acima expostas, se permite que ele formule pedido de produção de provas no rito da ação de produção antecipada de provas.

Em razão do objeto da ação de produção antecipada de provas, que consiste na produção da prova independentemente do seu resultado, não há que se falar que a pretensão do autor não foi atendida pela produção da prova cujo resultado lhe foi desfavorável. Isso porque o objetivo do autor consiste na produção da prova para avaliar a sua posição jurídica, isto é, suas chances de êxito e riscos se for ajuizar a ação que vise à tutela do direito em seu plano substancial. Neste passo, e ainda que o resultado da prova tenha sido desfavorável – o que não cabe ao juiz que dirige a ação de produção antecipada de provas analisar, à luz do artigo 382, §2º, do Código de Processo Civil – não há que se falar que o escopo pretendido pelo autor não foi atendido, eis

---

FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 202. Igor Labre de Oliveira Barros e Vinícius Pinheiro Marques também perfilham desse entendimento, ao asseverarem que "Não há tempo determinado positivado para a exposição de tal defesa. Recomendado pelo atual sistema processual que então seja oferecida em cinco dias, ocorrido que o juiz não apresente acentuado outro limite." cf. BARROS, Igor Labre de Oliveira; MARQUES, Vinícius Pinheiro. A Antecipação de Prova frente ao Princípio da Cooperação no CPC de 2015. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 246). No mesmo sentido, ver: ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 211; HASHIMOTO, Marcos Noboru. Inadmissibilidade de oferecimento de defesa ou recurso na produção antecipada de provas (CPC/2015), art. 382, parágrafo 4º. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 371-372.

[395] Este tema será tratado no tópico 2.4.11 desta Tese.

que o teor da prova fará com que ele avalie efetivamente suas chances de levar a demanda ao Poder Judiciário.

O mesmo raciocínio vale para o réu que pretender a produção de determinada prova relacionada sobre o mesmo fato cuja prova foi requerida pelo autor. Ainda que o resultado da prova lhe tenha sido desfavorável, ela serviu para esclarecer sua posição jurídica na lide no seu plano substancial.

Ainda sobre essa questão, é importante interpretar o disposto no artigo 382, §3º, do Código de Processo Civil, à luz de princípios constitucionais, dentre eles, o da eficiência.

Para que se obtenha o maior rendimento do instituto da ação de produção antecipada de provas, seria desejável que se admitisse a produção de provas pelo réu não só em relação aos fatos delineados pelo autor, mas àqueles também que, embora apresentados pelo réu, estejam relacionados aos fatos apresentados pelo autor. Isso ensejaria um maior conhecimento das partes acerca dos fatos relacionados à lide no plano substancial, o que vem ao encontro do objetivo da ação de produção antecipada de provas e, ainda, evitaria que o réu ajuizasse uma nova ação de produção antecipada de provas para requerer a produção de provas sobre os fatos que permeiam aqueles apresentados pelo autor[396].

Portanto, se o autor da produção antecipada de provas pretender a produção de alguma prova para demonstrar fato constitutivo do seu suposto direito, pode o réu, com fundamento no artigo 382, §3º, do Código de Processo Civil, requerer a produção de prova sobre outros fatos, desde que relacionados aos fatos apresentados pelo autor, tais como fatos impeditivos, extintivos e modificativos ao direito do autor.

Tal possibilidade é louvável e atende o princípio da eficiência processual, de maneira a dar maior utilidade ao rito da ação de produção antecipada de provas. Deveras, se o objetivo do

---

[396] Esse é o posicionamento de Flávio Luiz Yarshell: "Primeiro, é preciso considerar que, no contexto de prova antecipada, há relativa indeterminação nos fatos relevantes pela simples razão de que a medida se destina exatamente a isso: investigar e revelar fatos. Embora seja certo que o autor tenha o ônus de delimitar fatos, é preciso considerar que ele pode ainda não ter pleno conhecimento de todo quadro fático; do contrário, seria de se duvidar que ele tivesse interesse para a medida – notadamente na hipótese do inc. III do art. 381. Portanto, se a medida é destinada a esclarecer fatos, é preciso não interpretar a restrição legal de forma incompatível com o escopo do instituto, quando considerado em sua unidade. Isso quer dizer que algum alargamento dos fatos pelo requerido, desde que isso gravite em torno dos fatos postos pelo autor, afigura-se medida não só possível, mas desejável, sem que contrarie a literalidade do texto." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários aos arts. 381 a 383. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.039.

procedimento é esclarecer as partes acerca de um fato ou relação jurídica relacionada à relação de direito material, a possibilidade de se produzir mais provas acerca de fatos que circundam essa questão acarretará maiores esclarecimentos das partes sobre esta, e por isso, maiores elementos para avaliarem a sua posição jurídica na relação de direito material[397].

Neste passo, e tendo em vista o alargamento que se pretende dar à opção legislativa, entendemos que tal pedido consiste em um pedido reconvencional. Isso porque tal pedido não teria por objeto somente os fatos que foram objeto da prova requerida pelo autor, situação que faria com ele teria natureza de pedido contraposto. Conforme o artigo 31, da Lei nº 9.099/95[398], o pedido contraposto deve ter relação com os mesmos fatos apresentados pelo autor da ação. Diferentemente ocorre com o pedido reconvencional, em que, pelos requisitos previstos no artigo 343, do Código de Processo Civil[399], seu espectro é mais amplo, na medida em que a reconvenção pode ter como fundamento outros fatos que os apresentados pelo reconvindo, mas com eles devem ser conexos. E esse seria o caso do pedido de produção de provas antecipada pelo réu, eis que ele pode requerer a produção de provas de outros fatos além daqueles delimitados pelo autor, desde que estejam com eles relacionados.

Embora tenha natureza de reconvenção, não há necessidade de o pedido de produção de provas pelo réu ser veiculado por meio de reconvenção, nos termos do que estabelece o artigo 343, do Código de Processo Civil. Basta que o réu requeira a produção antecipada de provas, indicando a sua necessidade, os meios de prova e sobre quais fatos recairá a atividade probatória, não necessitando, para isso, apresentar pleito reconvencional para tanto[400].

---

[397] No mesmo sentido, Flávio Luiz Yarshell: "Parece lícito admitir que o réu, invocando as razões que levaram o legislador a autorizar o pedido reconvencional, pretenda a produção de outra prova (que não exatamente aquela requerida pelo autor), desde que essa outra providência tenha por objeto os mesmos fatos que o autor quer investigar; ou fatos que, guardando conexão com aqueles narrados pelo autor, possam também ser objeto de outro meio de prova, de forma a tornar a atividade probatória mais completa e, portanto, mais útil – inclusive para o propósito de orientar as partes na avaliação de suas chances." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009p. 331.

[398] "Art. 31. Não se admitirá a reconvenção. É lícito ao réu, na contestação, formular pedido em seu favor, nos limites do art. 3º desta Lei, desde que fundado nos mesmos fatos que constituem objeto da controvérsia."

[399] "Art. 343. Na contestação, é lícito ao réu propor reconvenção para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa."

[400] Conforme Flávio Luiz Yarshell: "Não há exigência legal – e nem haveria sentido que houvesse – para que a ampliação permitida pela lei venha sob a forma de *reconvenção*; nem para ampliação dos meios de prova, nem mesmo para eventual ampliação dos fatos (nos limites acima preconizados, diante da restrição legal). Admitir a reconvenção seria criar uma faculdade e um ônus não previsto pela lei." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários aos arts. 381 a 383. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civi**l. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015 p. 1.040. Muito embora não obrigue o réu a apresentar verdadeiro pedido de reconvenção, Daniel Amorim Assumpção Neves admite tal possibilidade, ao afirmar que: "Também a reconvenção, podendo o réu pedir produção antecipada de prova sobre o fato indicado pelo autor na petição inicial. Entendo que esse pedido do réu

O legislador, além de limitar o pedido do réu quanto ao objeto da prova que pretende produzir, devendo ser este relacionado ao fato objeto da prova requerida pelo autor, ainda determinou que a prova requerida pelo réu pode ser indeferida se a sua produção acarretar "excessiva demora".

Com *permissa vênia*, não concordamos com a opção do legislador, eis que o indeferimento do pedido de provas realizado pelo réu com fundamento na demora de sua produção vai de encontro ao próprio objetivo da ação de produção antecipada de provas, desvirtuando o seu instituto e comprometendo o princípio da eficiência.

Ora, se o objetivo da ação de produção antecipada de provas é justamente oferecer a possibilidade de as partes, antes de ajuizarem lide que versa sobre o direito material, produzirem provas sobre fatos que a permeiam e, com isso, avaliarem se será o melhor caminho ajuizar a ação de conhecimento ou mesmo entabular acordo, será melhor que a ação de produção antecipada de provas seja a mais ampla possível no que pertine às provas sobre os fatos que permeiam a lide no plano substancial.

Nesse sentido, o indeferimento da produção da prova em razão da sua excessiva demora, embora traga eficiência para a ação de produção antecipada de provas, poderá acarretar a ineficiência do sistema, eis que fará com que o réu ajuíze nova ação de produção antecipada de provas para pretender a produção da prova indeferida na primeira ação. Isso trará a existência de duas relações jurídicas processuais, o que é contraproducente. Ainda, em razão do indeferimento da prova, as partes poderão avaliar de maneira superficialmente a sua posição jurídica na lide no seu plano substancial e, com isso, ajuizar ação que vise o acertamento do direito de maneira desatrelada dos fatos ou mesmo requerendo algo que não avaliaram corretamente, ou podem desistir de celebrar acordo com a parte adversa, por entender que a matéria não restou suficientemente esclarecida. Tais situações demonstram que o indeferimento da prova requerida pelo réu pelo fundamento de que a sua produção traria excessiva demora ao

---

pode ser feito no memo meio de prova indicado pelo autor – arrolamento de testemunhas não indicadas – ou mesmo outro meio de prova – autor pede prova testemunhal e o réu, prova pericial. [...] Ainda que extremamente criticável o art. 382, §4º, do CPC, ele traz uma previsão que pode corroborar o cabimento do pedido reconvencional, conforme defendido. Segundo o dispositivo legal, a única decisão recorrível é a que indefere a produção da prova pleiteada pelo requerente originário. A expressão 'originário' leva a crer que outros sujeitos, além do autor, podem fazer pedido para a produção da prova, numa espécie de reconvenção probatória. E naturalmente, nesse caso, será violação insuportável ao princípio do contraditório e ao da isonomia inadmitir recurso do réu na hipótese de indeferimento do seu pedido." cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de processo civil comentado**. 4.ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 741.

rito faria com que a ação de produção antecipada de provas não atingiria ao escopo para a qual foi desenhada pelo Código de Processo Civil[401].

Ainda, e como bem observa Arthur Ferrari Arsuffi[402], é possível que o juiz que dirige a ação de produção antecipada de provas profira decisões parciais, isto é, homologue a prova requerida pelo autor enquanto a prova requerida pelo réu é produzida. O autor, neste caso, tem a faculdade de não aguardar a produção da prova requerida pelo réu e desde logo ajuizar ação que vise à resolução da lide no seu plano material. Neste passo, não terá prejuízo a ele a produção da prova requerida pelo réu.

Portanto, entendemos que o pedido de produção de provas pelo réu não pode ser indeferido sob o fundamento de que a sua produção acarretaria excessiva demora, sob pena de tornar o instituto da ação de produção antecipada de provas ineficiente e não lhe conferir o máximo rendimento possível[403].

Havendo o pedido de produção de prova pelo réu, é importante ressaltar que, assim como defendemos o direito deste apresentar defesa, deve ser conferido ao autor o direito de se defender à pretensão do réu. Assim, deverá ser conferida oportunidade ao autor de se insurgir contra tal pedido, podendo este, por exemplo, alegar que o réu não tem direito à produção de tal prova, por ser ela impertinente ou violar proteção legal, tal como o sigilo, a intimidade e segredo industrial do autor.

---

[401] Neste sentido, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: "Também em função dessa necessidade de economia de tempo, a produção da prova por outras pessoas que não o requerente originário só pode ser feita se não alongar excessivamente o trâmite do procedimento de produção antecipada de provas. Mas o juiz deve avaliar o efetivo ganho de tempo com a produção antecipada e com a produção na fase probatória da ação que discute o fato: pode ser que o simples fato de uma prova difícil e longa ser produzida em conjunto com a de outro fato conexo seja um ganho de tempo, por evitar novo deslocamento de testemunhas, novo trabalho do perito etc." cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 21.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 968.

[402] ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 213. No mesmo sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves: "A experiência probatória demonstra que os diferentes meios de prova poder ser produzidos concomitantemente, de forma que o atraso de um meio de prova não afetará necessariamente outro. Teria sido mais racional o legislador ter previsto a possibilidade de homologações parciais de cada meio de prova imediatamente após a sua produção." cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de processo civil comentado**. 4.ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 740.

[403] Perfilha do mesmo entendimento Flávio Luiz Yarshell: "Embora compreensível e louvável, a limitação, uma vez mais, deve ser interpretada de forma teleológica. Delimitados os fatos, se a providência requerida for idônea ao esclarecimento pretendido, é irrelevante o tempo necessário para tanto. Então, a verdadeira questão não está no tempo, mas na adequação do meio de prova ao fato relevante." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários aos arts. 381 a 383. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civi**l. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.039.

2.4.7 Decisão que admite a produção da prova

Uma vez reconhecido que presentes as condições da ação e conferido ao réu o direito de apresentar sua defesa, o juiz deve exercer um ato decisório no que concerne à admissibilidade da produção da prova. Deverá, ao analisar o pedido do autor, verificar se este possui direito à produção daquela prova no que tange à sua pertinência com os fatos que permeiam a controvérsia e em relação à licitude da prova.

Portanto, no que tange à admissibilidade da produção da prova de forma antecipada, é de todo aplicável o disposto no parágrafo único do artigo 370, do Código de Processo Civil, de modo que deve o juiz indeferir o pedido do autor se a prova por ele requerida não for pertinente ao esclarecimento de qualquer fato relevante à controvérsia[404], ou mesmo se tem por objeto fatos notórios ou em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade, nos termos do artigo 374, I e IV, do Código de Processo Civil.

Do mesmo modo, nas hipóteses em que a prova a ser produzida atingir a esfera jurídica do réu em sua intimidade, sigilo, privacidade ou mesmo a inviolabilidade do seu domicílio, direitos que são garantidos constitucionalmente (art. 5º, X a XII, CF), deve o juiz verificar os interesses em jogo para avaliar qual direito prevalece, ou seja, o direito à prova ou o direito fundamental do réu. Para tal análise, é imprescindível que o magistrado verifique qual a intenção do autor ao pretender a produção da prova, eis que o direito de provar em si não é suficiente para que a produção da prova seja admitida. Será necessário, portanto, que o autor demonstre uma controvérsia existente ou mesmo eventual entre as partes e que a produção da prova é imprescindível para o esclarecimento do fato que lhe é objeto[405]. Mesmo sendo imprescindível para o esclarecimento do fato, o juiz deve sopesar os direitos envolvidos para que produção da prova seja deferida[406].

---

[404] Segundo Flávio Luiz Yarshell: "Para dizer desnecessária a antecipação seria preciso negar a função que a prova, nesse caso, desempenha em relação às partes, isto é, de permitir a avaliação de seus ônus e de suas chances em juízo e, nessa medida, contribuir para soluções de autocomposição." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 340.

[405] Segundo as lições de Flávio Luiz Yarshell: "Para tanto, indispensável se faz a presença de causa relevante, ou – na dicção da Constituição norte-americana – de uma *probable case*, que, como decidido pela Suprema Corte americana, constitui o melhor compromisso para acomodar os interesses opostos da privacidade e da aplicação da lei. [...]. No Brasil a intromissão nas esferas de proteção do indivíduo, na hipótese cogitada, é igualmente condicionada à existência de 'fundadas razões', tanto para a busca domiciliar quanto para a pessoal (CPP, art. 240, §§ 1º e 2º" cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, pp. 342-343.

[406] Este tema será tratado no tópico 1.2.3 desta Tese.

Caso a prova não seja admitida – seja porque não é pertinente para a elucidação da controvérsia, seja porque ela é ilícita - o juiz deve julgar o mérito do processo, devendo este ser julgado improcedente, nos termos do que preconiza o artigo 487, I, do Código de Processo Civil, eis que o pedido do autor foi rejeitado[407].

Ao admitir a produção da prova, o juiz profere decisão de mérito, muito embora ela tenha a natureza de decisão interlocutória, eis que não põe fim à fase cognitiva do procedimento, nos termos do artigo 203, §1º, do Código de Processo Civil[408], na medida em que a prova será produzida e, após isso, o juiz deve analisar se ela será homologada ou não[409,410].

Se deferida a produção da prova, deve o juiz, no curso do procedimento, assegurar o efetivo direito ao contraditório do réu, assegurando que ele participe da produção da prova. Além disso, deve tomar atos decisórios no que concerne à produção da prova em si. Assim, por exemplo, na prova pericial, o juiz deverá nomear um ou mais peritos que tenham a *expertise* necessária na produção da prova, assim como deve apreciar eventual impugnação à sua nomeação, a pertinência dos quesitos formulados e eventual necessidade da realização de outra perícia se uma das partes alegar que a questão não tenha sido suficientemente esclarecida. Na produção da prova oral consistente no depoimento de testemunhas, o juiz deve apreciar se a testemunha arrolada é impedida, analisar eventual contradita apresentada pela parte, assim como deve conduzir a sua oitiva, indeferindo perguntas impertinentes[411].

---

[407] No mesmo sentido, Flávio Luiz Yarshell: "No caso da prova – já se procurou demonstrar -, as condições para exercício do direito colocam-se para o acolhimento do pedido. Caso não estejam presentes, não há margem para a extinção do processo sem julgamento de mérito. Negado o direito à prova antecipada, o mérito já está julgado, de forma desfavorável ao autor. O direito à prova é, enfim, o direito a um provimento favorável, entendendo-se como tal a admissão e a produção antecipada da prova (de forma desvinculada da urgência)." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 338.

[408] "Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. § 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução."

[409] Conforme Arthur Ferrari Arsuffi: "Nessa ordem de ideias, tendo em vista que o objeto da ação de produção antecipada da prova é justamente produzir determinada prova, a decisão que versa sobre seu deferimento ou indeferimento é de mérito, pois é aquela que decide sobre a pretensão da parte. Esse provimento jurisdicional poderá ser classificado como sentença, caso a decisão seja de indeferimento total dos pedidos do autor, hipótese que colocará fim à fase cognitiva do processo, ou poderá ser decisão interlocutória, quando acolher total ou parcialmente os pedidos de produção da prova." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 218.

[410] Este tema será tratado no tópico 2.4.11 desta Tese.

[411] Arthur Ferrari Arsuffi defende que a contradita deve ser feita em sede de produção antecipada de provas, no momento da oitiva da testemunha, mas que não cabe ao referido juiz apreciá-la: "É verdade que o juiz da produção antecipada da prova não poderá deferir ou indeferir a contradita, ficando tal decisão reservada ao juiz competente para julgar o futuro e eventual processo onde se discuta o acertamento do direito; no entanto, tal constatação não permite que a parte deixe para realizar a contradita apenas naquele processo." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A**

Vê-se, portanto, que o juiz, na condução da ação de produção antecipada de provas, exerce atos decisórios para garantir a validade da prova em relação ao seu aspecto formal[412,413]. Deveras, ainda que tenha que conhecer a controvérsia existente entre as partes para apreciar a pertinência de quesitos em uma prova pericial, a necessidade de uma eventual nova prova pericial e a conveniência de perguntas a serem formuladas às testemunhas, o juiz não valora o resultado da prova acerca da existência ou não do fato que a prova visava a esclarecer, tampouco sobre as suas consequências jurídicas, e nisso reside a valoração da prova em relação ao seu aspecto material, isto é, acerca do seu conteúdo.

2.4.8 Possibilidade de desistência

Dado o caráter de elucidação dos fatos que permeiam a relação de direito material, não é lícito ao autor desistir da ação de produção antecipada de provas após a citação do réu, sem que haja concordância por parte deste. Com efeito, em razão da sua natureza dúplice[414], uma vez proposta a ação de produção antecipada de provas, é interesse não só do autor como do próprio réu na produção da prova, para fins de esclarecimentos de ambas as partes sobre determinado fato que permeia a lide, ainda que hipotética. Tal fato é decorrência do princípio da comunhão da prova, inclusive[415].

Portanto, é de todo aplicável o disposto no artigo 485, §4º, do Código de Processo Civil, mas com ressalvas. O referido dispositivo condiciona a desistência à concordância do réu após

---

nova produção antecipada da prova. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 147. Contudo, com a devida vênia, não concordamos com tal posição, na medida em que a apreciação da contradita não consiste em valoração da prova, mas na sua admissibilidade, pois, ao apreciar o pedido de contradita, o juiz analisa se eventual depoimento é passível de contaminação pela relação que a testemunha tem com alguma das partes. Para homologar a prova, ou seja, determinar se a prova é válida e eficaz, deve o juiz que conduz a ação de produção antecipada de provas apurar se a testemunha que depôs é impedida ou suspeita. Porém, ainda que a prova seja homologada, o juiz que julgará o direito em seu plano substancial irá valorá-la juntamente com os demais documentos do acervo probatório, e julgará conforme o seu livre convencimento motivado.

[412] Oportunas são as palavras de Flávio Luiz Yarshell sobre a conciliação entre o princípio da atipicidade da prova e a sua validade, ao afirmar que "a produção de prova, se não exatamente pautada pelo princípio de taxatividade, há de se perfazer no mais rigoroso ambiente de legalidade, com estrita observância dos princípios de publicidade, impessoalidade, imparcialidade e todos os demais corolários do devido processo legal." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, pp. 315-316.

[413] Este tema será tratado no tópico 2.4.11 desta Tese.

[414] Este tema será tratado no tópico 2.4.11 desta Tese.

[415] Esse também é o posicionamento de Luiz Flávio Yarshell: "No caso da prova, o réu pode manifestar interesse na continuidade das atividades tendentes à descoberta e ao registro de fatos. Portanto, em processo cujo objeto é a antecipação da prova, requerimento de desistência não pode ser atendido sem a concordância do réu, nem mesmo a pretexto de que a defesa nesse processo seria limitada." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários aos arts. 381 a 383. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civi**l. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 1.038-1.039.

a apresentação de contestação, o que não nos parece razoável no rito da ação de produção antecipada de provas.

Isso porque o réu pode nem mesmo oferecer qualquer contestação na referida ação, pois também é do seu interesse que a prova seja produzida. Aliás, de acordo com o artigo 382, §4º, do Código de Processo Civil, nem mesmo é permitido que o réu apresente defesa no referido rito – o que não concordamos, pelas razões anteriormente expostas[416].

Uma vez triangularizada a relação jurídica processual, o que se dá, efetivamente, com a citação, o autor só poderá desistir da ação mediante a concordância do réu[417]. Encontram-se julgados nesse sentido na jurisprudência[418].

---

[416] Este tema foi tratado no tópico 2.4.6 desta Tese.

[417] Posição convergente, embora entenda que a concordância do réu seja imprescindível após a fluência do seu prazo de resposta, com o que não concordamos, é de Flávio Luiz Yarshell, fazendo referência ao Código de Processo Civil de 1973, eis que a sua obra foi produzida na vigência daquele Código: "Portanto, não nos parece haver qualquer dúvida quanto à aplicação do disposto na regra contida, entre nós, no §4º do art. 267 do CPC aos processos resultantes do exercício do direito à prova. Ainda que o réu tenha, aqui – diversamente do que ocorre no processo declaratório -, direito à sentença (de mérito) de improcedência da demanda, ele pode manifestar interesse na continuação das atividades tendentes à descoberta e ao registro de fatos, isto é, na pré-constituição da prova. Portanto, não parece exato dizer que em processo cujo objeto é a antecipada da prova – inclusive a se natureza estritamente cautelar – o pedido de desistência pode ser atendido sem a concordância prévia do réu, tendo em vista os 'acanhados limites' de eventual resposta." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 331. Eduardo Talamini também defende que o autor não pode desistir da ação de produção antecipada de provas após a citação do réu: "Mesmo quando o requerido não tiver pleiteado provas, uma vez iniciado o procedimento probatório, não é possível a pura e simples desistência do autor. Vigora o princípio da comunhão da prova: a prova não interessa apenas a quem a requereu, mas também ao adversário – que pode opor-se à desistência (pense-se na hipótese em que o autor pretende desistir quando percebe que a prova tende a resultado que lhe será desfavorável...). TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, v. 260, pp. 75-101, out. 2016, p. 86.

[418] "AGRAVO DE INSTRUMENTO – Produção Antecipada de Provas - Pretensão à homologação do pedido de desistência, ou a que a complementação dos honorários periciais seja suportada pela agravada SP Urbanismo. Preliminar – Afastamento da vedação contida no artigo 382, § 4º do Código de Processo Civil, e aplicação da tese firmada no âmbito do C. Superior Tribunal de Justiça ('taxatividade mitigada') – Existência de risco de prejuízo ao agravante. Mérito recursal – Homologação da desistência da ação – Incabível - Necessidade da anuência das agravadas, que também são as destinatárias das provas. [...]. Decisão mantida - Recurso desprovido." (TJSP; Agravo de Instrumento 2204182-16.2020.8.26.0000; Relator (a): Renato Delbianco; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 9ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 15/10/2020; Data de Registro: 16/10/2020). "Agravo de instrumento. Bem móvel. Compra e venda de rolamentos. Produção antecipada de provas. Desistência do procedimento. Indeferimento. Necessidade de concordância da parte contrária para deferimento do pedido de desistência da produção antecipada de provas, notadamente porque o objeto da perícia foi ampliado a pedido da ré que, assim, passou a também ter interesse na produção de referida prova. Decisão agravada mantida por fundamento diverso. Recurso não provido." (TJSP; Agravo de Instrumento 2155522-25.2019.8.26.0000; Relator (a): Cesar Lacerda; Órgão Julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Foro de Cajamar - 2ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 05/08/2019; Data de Registro: 05/08/2019).

2.4.9 Tipo de provas admitidas e atuação do juiz na sua produção

Tendo em vista que todos os meios de prova são admitidos pelo Código de Processo Civil, conforme determina o artigo 369, é cabível que todos os meios de prova admitidos no ordenamento jurídico sejam objetos de ação de produção antecipada de provas[419].

Especificamente em relação ao arrolamento de bens, tal providência pode ser objeto de ação de produção antecipada de provas, mas somente para fins de registro dos bens que façam parte da universalidade, não sendo cabível a realização de sua busca e apreensão, conforme determina o artigo 381, §1º, do Código de Processo Civil[420]. A impossibilidade de realização de atos de busca e apreensão dos bens arrolados se coaduna com o objetivo da ação de produção antecipada de provas, que visa ao esclarecimento de algum fato que permeia uma presente ou futura controvérsia no plano material existente entre as partes, não possuindo caráter satisfativo

---

[419] Perfilha desse entendimento Arthur Ferrari Arsuffi: "Nesse sentido, entendemos que todo e qualquer meio de prova pode ser produzido no curso de ação de produção antecipada da prova, incluindo os meios atípicos." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 216. Ainda, conforme Ana Carolina Pazin Costa: "Em princípio, todo meio de prova comporta produção antecipada, visto que o artigo 381 do Código de Processo Civil não faz nenhuma ressalva ou limitação." cf. COSTA, Ana Carolina Pazin. Da produção antecipada da prova como modelo autônomo no Código de Processo Civil de 2015. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 46. No mesmo sentido, Bruno Augusto Sampaio Fuga: "Destaca-se que a produção antecipada da prova deverá abranger todos os meios moralmente legítimos de prova. [...]. A ação do art. 381 não ficará restrita à justificação ou arrolamento (art. 381, §5º), caracterizando-se pela sua atipicidade, ou seja, poderá ser pertinente na produção da prova oral, testemunhal, pericial, inspeção, devendo ser produzida sem qualquer valoração judicial." cf. FUGA, Bruno Augusto Sampaio. A produção antecipada da prova: aspectos gerais e natureza da sentença. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 122 e 125. Ainda, Fredie Didier Jr.: "Diferentemente do CPC-73, que previa a produção antecipada de prova oral ou pericial, o CPC não faz essa restrição: é possível pedir a produção antecipada de qualquer prova." cf. DIDIER JUNIOR, Fredie. Produção antecipada da prova. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 194. Perfilha do mesmo entendimento Jonathan Nasser Regioli, para quem "O CPC/2015 unificou a 'produção antecipada da prova' e a 'justificação' em um só procedimento, permitindo a obtenção de qualquer meio de prova, mesmo sem o requisito da urgência." cf. REGLIOLI, Jonathan Nasser. Produção antecipada da prova: aspectos controvertidos. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 300. Ainda, Vinícius Vilela dos Santos e Mateus Vicente Dassie Noronha: "Convém destacar que, enquanto a legislação revogada permitia tão somente a produção da prova oral ou pericial, o Código de Processo Civil vigente não restringe os meios de prova que podem ser antecipados." cf. SANTOS, Vinícius Vilela dos; NORONHA, Marcos Vicente Dassie. Produção Antecipada de Provas como Instrumento de Autocomposição. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 381.

[420] "§ 1º O arrolamento de bens observará o disposto nesta Seção quando tiver por finalidade apenas a realização de documentação e não a prática de atos de apreensão." Neste sentido, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: "Se a intenção do requerente da medida tiver relação com a formação de documentação probatória, não há que se falar em apreensão dos bens objeto da prova, caso devam ser apenas enumerados para a realização dos documentos." cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 21.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 966.

ou mesmo assecuratório da parte que não seja o seu direito à prova. Por essa razão, havendo risco de dilapidação de patrimônio, deve o autor requerer a busca e apreensão do(s) bem(ns) em sede de tutela cautelar de urgência, seja antecedente ou incidental a um processo principal, conforme previsto no artigo 300 e seguintes, do Código de Processo Civil.

É possível, ainda, que o autor pretenda a realização de uma prova para simples registro de um fato ou de relação jurídica sem caráter contencioso, conforme art. 381, §5º, do Código de Processo Civil, devendo o autor demonstrar na petição inicial, como causa de pedir, a necessidade de esclarecimento de determinado fato ou relação jurídica[421].

Ainda, é cabível o requerimento do depoimento pessoal da parte contrária em sede de ação de produção antecipada de provas. Contudo, não se poderá extrair da oitiva da parte a sua eventual confissão, efeito previsto no artigo 390, §2º, do Código de Processo Civil. Isso porque o juiz que dirige a ação de produção de provas não as valora, sendo responsável por apreciar se o pedido do autor é permitido e zelar pela legalidade de sua produção. Por não valorar a prova, eventual confissão do depoente será apreciada em eventual ação de conhecimento que tenha por objeto a resolução da lide no seu plano material[422].

---

[421] De acordo com Ana Carolina Pazin Costa: "A justificação, por sua vez, é uma medida probatória não contenciosa que se destina a justificar um fato ou uma relação jurídica, que devem ser especificadas na petição inicial, parágrafo 5º, artigo 381, do Código de Processo Civil. O resultado da justificação servirá como simples documento ou como prova em processo judicial administrativo." cf. COSTA, Ana Carolina Pazin. Da produção antecipada da prova como modelo autônomo no Código de Processo Civil de 2015. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 46.

[422] No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinori, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero: "Deve o juiz simplesmente registrar o interrogatório da parte, o seu depoimento pessoal ou o depoimento das testemunhas. Não deve de modo nenhum valorá-los. Não pode, por exemplo, retirar confissão ficta do depoimento da parte (art. 386, CPC). Como a prova não foi ainda admitida e produzida, obviamente não pode o juiz valorá-la." cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 408. Ainda, Ana Carolina Pazin Costa: "Frisa-se que o depoimento pessoal da parte pode ser antecipado. Entretanto, não caberá extrair-se dele a confissão, pois a valoração da prova não é feita no processo da sua antecipação. Se necessário, a prova será valorada no processo subsequente em que tiver a ser usada." cf. COSTA, Ana Carolina Pazin. Da produção antecipada da prova como modelo autônomo no Código de Processo Civil de 2015. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 46. Perfilha do mesmo entendimento Christian Garcia Vieira, em obra publicada na égide do Código de Processo Civil de 1973, sendo seu entendimento aplicável para o Código vigente: "Para afastar a pena de confissão na asseguração cautelar da prova sustenta-se que, nesse procedimento, não é possível exercer juízo de valoração da prova, mera preservação, o que, consequentemente, impede que se apliquem os efeitos decorrentes da ausência de resposta, seja pelo não comparecimento ou pela recusa em depor." cf. VIEIRA, Cristian Garcia. **Asseguração da prova**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 91. Adotando entendimento contrário, Arthur Ferrari Arsuffi defende que: "...também deve haver vinculação no que diz respeito ao depoimento pessoal da parte, sendo certo que a pena de confissão pode ser aplicada no âmbito da produção antecipada da prova, sob pena de a antecipação desse meio de prova tornar-se inútil, pois o seu objetivo precípuo é justamente obter a confissão." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 153.

No que tange à testemunha menor, impedida ou suspeita, o juiz deve verificar a necessidade de sua oitiva, hipótese em que deverá ser realizado o seu depoimento, nos termos do artigo 447, §4º, do Código de Processo Civil.

Contudo, por não ter o juiz todo o arcabouço probatório relacionado à controvérsia no plano substancial que fundamenta o pedido de produção antecipada de provas, entendemos que o juiz não tem elementos para apurar a necessidade da oitiva de testemunhas menores, impedidas ou suspeitas. Com efeito, não tem o juiz como verificar se as demais provas que serão utilizadas em eventual ação de conhecimento são suficientes para que a parte demonstre os fatos que pretende demonstrar através da oitiva da testemunha menor, impedida ou suspeita, de sorte que não há como avaliar a necessidade ou não do seu depoimento. Por essa razão, a nosso ver, seria recomendável que o juiz que dirige a ação de produção antecipada de provas admita o depoimento mesmo da testemunha menor, impedida ou suspeita, devendo a valoração de tal prova ser apreciada em eventual processo que tenha por objetivo a resolução da lide em seu plano material, juntamente com as outras provas que instruirão o referido processo[423].

Pela mesma razão, no que pertine à prova pericial, deve o juiz verificar a sua necessidade e pertinência, ou seja, se o autor possui interesse processual em requerer tal prova, não cabendo a ele indeferir a produção da prova pericial se a sua produção for desnecessária em razão das outras provas produzidas (art. 464, §1º, II, CPC). Isso porque, o juiz responsável pelo processamento e julgamento da ação de produção antecipada de provas não tem acesso a outras provas que eventualmente instruirão o processo de conhecimento que resolverá a lide de direito material, de sorte que não pode verificar se tais provas seriam suficientes para demonstrar o que o autor pretende provar através da prova pericial. Por essa razão, eventual suficiência de provas não pode ser fundamento para que a prova requerida antecipadamente seja indeferida, até mesmo porque, ainda que o juiz tenha acesso a tais provas, o que se admite por argumento, ele não pode valorá-la.

---

[423] Perfilha do mesmo entendimento Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, com exceção do depoimento de incapaz, em que defendem a possibilidade de o juiz que dirige a ação de produção antecipada de provas indeferir o seu depoimento: "O juiz da asseguração de prova igualmente não pode dispensar depoimento testemunhal sob a alegação de inexistência do dever de depor (arts. 448 e 457, §2º, CPC). O juiz da asseguração de provas não pode se recusar a colher o depoimento de pessoas impedidas ou suspeitas de depor (art. 447, §§ 2º e 3º, CPC). Observe-se que futuramente é possível ao juiz do processo em que a prova deve ser produzida valorar o depoimento dessas pessoas como informantes. Pode o juiz da asseguração de provas, todavia, recusar-se a colher o depoimento testemunhal de pessoas incapazes de depor (art. 447, §1º, CPC), porque imprestável o depoimento de incapaz." cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 408.

Em caso de requerimento de produção de prova testemunhal e/ou pericial, deve o autor, na petição inicial, apresentar, respectivamente, o rol de testemunhas e indicação de assistente técnico e quesitos, para que seja efetivamente concedido o direito ao contraditório ao réu, que, citado, terá oportunidade de averiguar a extensão da prova requerida pelo autor, bem como em razão do procedimento simplificado da ação de produção antecipada de provas[424].

Sobre a prova que pode ser objeto de produção antecipada, oportuno ainda mencionar a possibilidade de realização de depoimento especial, tipo de prova regulamentada pela Lei nº 13.431/2017. Esse tipo de prova é realizado para a oitiva de crianças e adolescentes supostamente vítimas de violência, em que o seu depoimento é realizado em ambiente acolhedor, sem a presença do acusado, e conduzida por um profissional especializado. O depoimento é transmitido em tempo real na sala de audiências, em que estarão presentes o juiz, as partes e seus advogados. O profissional que conduz o depoimento é um psicólogo ou um assistente social, que possui um ponto eletrônico para receber as perguntas formuladas pelo juiz e pelo advogado das partes, reformulando tais perguntas à criança e ao adolescente da melhor forma, de maneira a lhe causar o menor constrangimento e dor possível e, ao mesmo tempo, colher o que realmente aconteceu. O artigo 11, da Lei nº 13.431/2017, determina que o depoimento especial será realizado, sempre que possível, de uma só vez, e em sede de produção antecipada de prova judicial, ocasião em que deve ser assegurado o contraditório do réu justamente para que o ato não tenha que ser repetido e a criança e o adolescente tenham que reviver e relembrar dos eventos, o que lhe traria uma revitimização[425].

Muito embora o juiz não valore a prova[426], não pretendemos afirmar que o juiz não exerce qualquer atividade na produção da prova de maneira antecipada. Ao contrário, o juiz, como dirigente do processo, não pode ser um mero homologador da prova, permitindo toda e qualquer pretensão das partes no que tange à produção das provas a serem produzidas em sede de ação de produção antecipada de provas. O juiz, como dirigente do processo, deve analisar se

---

[424] Segundo Fredie Didier Jr.: "Embora não haja menção no CPC, caso pretenda a produção de prova testemunhal, o requerente já tem de apresentar, na petição inicial, o rol de testemunhas; se pretender a produção de prova pericial, a indicação do assistente técnico e a formulação dos quesitos periciais, se for este o desejo do requerente, também se impõe. Essa exigência decorre da simplicidade do procedimento de produção antecipada de prova, que praticamente se reduz à produção da prova." cf. DIDIER JUNIOR, Fredie. Produção antecipada da prova. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 195-196.

[425] Sobre o tema, ver: SILVEIRA, Marcelo Pichioli da; SILVEIRA, Danilo Pichioli da. Depoimento especial: proposta por uma intersecção entre direito probatório e psicologia. In FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 151-164.

[426] Este tema será tratado no tópico 2.4.11 desta Tese.

a parte que postulou a prova possui interesse processual na sua produção. Demais disso, deve analisar se a produção da prova viola garantias constitucionais, tais como o sigilo fiscal, bancário e a intimidade da parte adversária, ou mesmo se viola alguma proteção legal para admiti-la, tal como segredos industriais, e sopesar tais direitos frente ao direito à prova do autor, que tem como fundamento outro direito constitucional, qual seja, o da inafastabilidade de Poder Judiciário. Ainda, deve sopesar o direito de o réu não se autoincriminar frente ao direito à prova do autor. Diante de um conflito de direitos, deve o juiz verificar não só a pertinência da prova como a sua imprescindibilidade, assim como se o direito que o autor pretende tutelar com a produção da prova deveria prevalecer sobre o direito de o réu não produzir provas contra si mesmo.

No que tange à produção da prova em si, é necessário que o juiz analise, ainda, os limites da sua produção, apreciando eventuais contraditas de testemunhas, a impertinência de quesitos formulados pelas partes em uma perícia judicial ou mesmo de perguntas a serem formuladas às testemunhas ou às partes, se o perito possui a *expertise* necessária para a realização da prova pericial, bem como eventual impugnação de nomeação do perito, entre outras questões[427].

Verifica-se, portanto, que, ainda que não haja a valoração da prova, o juiz deve imiscuir-se na apreciação da relação jurídica em seu plano substancial para apreciar questões referentes à admissibilidade da prova e à regularidade de sua produção.

O autor pode, ainda, requerer a apresentação de prova documental em poder do réu em sede de ação de produção antecipada de provas. O legislador foi enfático no Código de Processo Civil ao abolir o procedimento cautelar de exibição de documento ou coisa, previsto em seus artigos 844 e 845 do Código de Processo Civil de 1973. Pelo atual Código de Processo Civil, a exibição de documentos ou de coisa é cabível em sede de produção antecipada de provas ou como um procedimento no âmbito do próprio processo de conhecimento, de acordo com os artigos 396 a 404, do Código de Processo Civil[428]. O Superior Tribunal de Justiça já se

---

[427] Assim adverte Flávio Luiz Yarshell: "De mesma forma, quando o juiz não admite certa indagação à parte ou à testemunha, quando acolhe contradita ou, ainda, quando indefere determinado quesito dirigido ao perito e assistentes, há nesses juízos negativos uma inegável incursão pelo conteúdo da prova, que – relevante para o raciocínio aqui exposto – desmente a ideia de que a atividade estatal, no momento da produção da prova, seria estritamente formal ou de mera documentação (e, portanto, meramente administrativa)." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 273.

[428] No mesmo sentido, Eduardo Talamini: "Em relação à exibição de documento, diferentemente do Código de Processo Civil de 1973 (arts. 844-845), o Código de Processo Civil de 2015 não prevê medida típica em caráter preparatório. Estabelece apenas procedimento específico para a exibição de documento ou coisa, em poder da parte adversária ou de terceiro, já no curso do próprio processo principal. Assim, quando houver interesse jurídico na

exibição prévia de documentos, por razões de urgência ou não, caberá o emprego da medida de produção antecipada." cf. TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, v. 260, pp. 75-101, out. 2016, p. 81. Perfilha do mesmo entendimento Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: "Admite-se o ajuizamento de ação autônoma para exibição de documento, com base nos arts. 381 e 396 e seguintes do CPC, ou até mesmo pelo procedimento comum, previsto nos arts. 318 e seguintes do CPC." cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 21.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 966. No mesmo sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves, ao asseverar que "Entretanto, a produção antecipada de provas está garantida pelos arts. 381 a 383 do CPC, sendo possível a qualquer interessado o ingresso de uma ação com o objetivo de qualquer meio de prova, inclusive a exibição de documentos." cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de processo civil comentado**. 4.ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 734. Sobre o tema, oportunas são as observações de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero: "A distinção existente perante o CPC/73 entre o procedimento da exibição preparatória de documento e a produção antecipada de prova perde se sentido no atual CPC. Qualquer prova que deva ser assegurada antes do ajuizamento da demanda em que possa ser empregada deve ser colhida por meio do procedimento descrito nos arts. 381 a 383, CPC. Por isso, também os documentos que precisem ser apresentados previamente à instauração de algum processo podem ter sua exibição exigida por meio deste processo. O pedido pode ter por objeto mais de um meio de prova, no caso do art. 382, §3º, CPC." cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 408. Ainda, Bruno Augusto Sampaio Fuga, que assevera que: "Assim, entendemos que a ação de 'exibição de documentos' *foi extinta* (como um procedimento único e um rito a ser seguido), pois o pedido de exibição de documentos é um dos meios probatórios de provas, com direito autônomo, podendo e devendo ser solicitada por meio da ação própria, ou seja, a ação de produção antecipada de provas. Verifica-se que o próprio texto legal, artigos 396 e seguintes, não traz um procedimento próprio para a ação de exibição de documentos (não traz o art. 396 e seguintes prazos para citação, defesa e procedimento), também não é ela um procedimento especial." cf. FUGA, Bruno Augusto Sampaio. A produção antecipada da prova: aspectos gerais e natureza da sentença. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 126. João Batista Vilhena coaduna com essa posição, ao afirmar que: "Referida ação (ação de exibição de documento) se encontra amparada nos arts. 381 a 383, do CPC/2015, e, assim, passou a ser expresso e reconhecido meio probatório, inserido dentre as várias medidas aludidas no art. 381, inc. I a III, e §§ 1º (arrolamento de bens) e 5º (justificação), todas com o mesmo escopo de mera documentação, de conhecimento e acesso a documentos, e que, genericamente, se realizam, no presente, mediante o procedimento concebido para a ação autônoma de produção antecipada da prova (arts. 382 e 383)." cf. VILHENA, João Batista. Da exibição de documento como produção antecipada da prova. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. . Londrina: Thoth, 2021, p. 287. Ainda, Fernando Gama de Miranda Netto assevera que: "Por outro lado, seria estranho que o §3º do art. 382, estabelecendo que os interessados poderão requerer a produção de 'qualquer prova', fosse excluir tão somente o acesso ao documento probatório. Cabível, portanto, a ação de produção antecipada da prova para pedir a exibição de documento, que poderia ser, por exemplo, uma ata notarial." cf. MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Produção antecipada da prova: natureza, cabimento e garantias constitucionais do processo. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 467. Humberto Theodoro Júnior defende posição diferente, ao afirmar que "a exibição pode dar-se no curso do processo, como incidente da fase probatória (NCPC, arts. 396 a 404), ou antes do ajuizamento da causa, como tutela cautelar em caráter antecedente (arts. 305 a 310)." THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 56.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1, p. 937. Por fim, Arthur Ferrari Arsuffi: "É de se destacar – apenas porque parece haver certa dúvida acerca do tema – que a prova documental também se insere nessa situação, sendo certo que a ação de produção antecipada da prova é o meio próprio para que as partes requeiram a exibição de documentos, já que no CPC/2015 não há medida própria para tanto." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 215. No mesmo sentido é o Enunciado 129 das II Jornadas de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal: "É admitida a exibição de documentos como objeto de produção antecipada de prova, nos termos do art. 381 do CPC".

posicionou neste mesmo sentido, embora entenda pelo cabimento do pedido de exibição de documentos pelo rito comun[429], bem como os Tribunais de Justiça[430], muito embora haja uma certa confusão a respeito, encontrando-se decisões que não permitem a utilização da via da ação de produção antecipada de provas para o requerimento de exibição de documentos, devendo este pedido ser veiculado em incidente de ação de conhecimento ou mediante tutela cautelar antecedente[431], posição com a qual não concordamos, não havendo qualquer óbice para que a ação de produção antecipada de provas verse sobre prova documental.

---

[429] "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. PRETENSÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. CPC/2015. POSSIBILIDADE. INTERESSE E ADEQUAÇÃO. HARMONIA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. 1. Ação de produção antecipada de provas para exibição de documentos. 2. Admite-se o ajuizamento de ação autônoma para a exibição de documento, com base nos arts. 381 e 396 e seguintes do CPC, ou até mesmo pelo procedimento comum, previsto nos arts. 318 e seguintes do CPC, ou seja, o cabimento da ação de exibição de documentos não impede o ajuizamento de ação de produção de antecipação de provas. Precedentes. 3. Agravo interno no recurso especial não provido." (AgInt nos EDcl no REsp n. 1.867.001/CE, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 10/8/2020, DJe de 14/8/2020)

[430] "PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS – Determinação de emenda para adequação ao rito comum, com exibição documental – Insurgência – Cabimento – Pretensão da agravante que diz respeito tão somente à exibição de documentos – Pleito que encontra amparo na legislação processual (art. 381, III, do Código de Processo Civil). [...]." (TJSP; Agravo de Instrumento 2073667-82.2023.8.26.0000; Relator (a): Luiz Antonio de Godoy; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/06/2023; Data de Registro: 30/06/2023). "AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS – PRELIMINAR – NULIDADE DA SENTENÇA – [...]. EXIBIÇÃO DE CONTRATO – SUCUMBÊNCIA – ART. 400 DO NCPC – I- Sentença de procedência – Apelo do autor – II- Hipótese em que, no NCPC, em vigor quando do ajuizamento desta ação, não há a possibilidade de obtenção de documento pela via cautelar, tampouco em ação de obrigação de fazer – Possibilidade, apenas, de que a exibição de documento seja requerida em caráter incidental, nos termos dos arts. 396 e seguintes – Não é de boa 'técnica, no entanto, ajuizar ação cognitiva pedindo, incidentalmente, a exibição de documento – Revela-se adequada a utilização da ação de produção antecipada de prova, prevista nos arts. 381 e seguintes do NCPC, e que se destina, dentre outros fins, a propiciar o prévio conhecimento de fatos que possam justificar ou evitar o ajuizamento de ação (art. 381, inciso III, do NCPC) [...]." (TJSP; Apelação Cível 1006437-13.2021.8.26.0161; Relator (a): Salles Vieira; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro de Diadema - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 23/06/2022; Data de Registro: 28/06/2022). "APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. RECURSO COM EFEITO SUSPENSIVO PRÓPRIO. INTERESSE DE AGIR. COMPROVAÇÃO DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. DOCUMENTO DE INTERESSE COMUM. NÃO COMPROVADA A RESPOSTA PELO BANCO. PRELIMINAR REJEITADA. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. AÇÃO AUTÔNOMA. RITO DA AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. POSSIBILIDADE. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. CONDENAÇÃO DO RÉU. RESISTÊNCIA À PRETENSÃO. NÃO APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS NA VIA ADMINISTRATIVA. SENTENÇA MANTIDA. [...]. 4. De acordo com o art. 381, inciso III, do CPC, a ação de produção antecipada de provas será admitida nos casos em que o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação. A exibição de documento ou coisa é um meio de prova previsto no art. 386 do CPC. A exibição pode ser requerida incidentalmente - em processo que tramita sob o procedimento comum - ou por meio de ação autônoma. Esta ação pode tramitar pelo rito da ação de produção antecipada de provas e deve visar a exibição de documento de interesse comum." (TJDF, Acórdão 1633274, 07176671720228070001, Relator: LEONARDO ROSCOE BESSA, 6ª Turma Cível, data de julgamento: 19/10/2022, publicado no PJe: 9/11/2022).

[431] "RECURSO – Conhecimento – Presença dos pressupostos do art. 1.010, II a IV, CPC. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS – Pretensão à exibição de contratos – Sistema atual que não mais prevê a possibilidade de exibição de documentos como objeto principal de ação autônoma – Exibição somente passível de ser deduzida em caráter incidental ou em sede de tutela cautelar antecedente – Extinção sem resolução do mérito mantida – Recurso desprovido." (TJSP; Apelação Cível 1029759-54.2021.8.26.0196; Relator (a): Vicentini Barroso; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro de Franca - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento:

Caso o pedido de exibição de documento seja feito em sede de ação de produção antecipada de provas, o procedimento previsto para tanto em incidente de ação de conhecimento (arts. 396 a 404, do CPC) deve ser adaptado à referida ação especial, e, com ressalvas, tendo em vista as características próprias da ação de produção antecipada de provas.

De acordo com os artigos 398 e 404, do Código de Processo Civil, a parte pode se negar a exibir o documento ou coisa, o que deve ser postulado pelo réu em sua contestação, direito que defendemos que o réu possui, pelas razões expostas anteriormente[432].

Deve o juiz sopesar os argumentos do réu e decidir se o autor efetivamente tem o direito de requerer a exibição do referido documento ou coisa, frente aos argumentos apresentados pelo réu para não o exibir. Caso o juiz acolha os argumentos do réu e entenda que o autor não tenha direito a requerer a exibição do documento ou coisa, a ação será julgada improcedente. Nesta hipótese, o juiz deve apurar se a apresentação do documento ou coisa violaria o direito à intimidade, privacidade e dignidade do réu, ou mesmo seu segredo industrial. Caso a prova viole tais direitos constitucionais ou mesmo tenham proteção legal, deve o juiz sopesá-los frente ao direito que o autor visa a tutelar[433]. Se o juiz entender que prevalece o direito do autor, deve determinar a exibição do documento e, nesta hipótese, se a prova a ser exibida prejudicar a esfera jurídica do réu, não prevalece a regra da proibição de autoincriminação[434]. O juiz que conduz a ação de produção antecipada de provas não valorará o documento, mas o seu

---

21/03/2023; Data de Registro: 22/03/2023). "PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. CARÊNCIA. AUSÊNCIA DE "INTERESSE PROCESSUAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. OCORRÊNCIA. Novo Código de Processo Civil que não mais prevê a figura da ação cautelar autônoma. Tutelas provisórias de urgência de natureza cautelar devem ser pleiteadas no bojo da ação principal, em caráter incidental ou antecedente. [...]." (TJSP; Apelação Cível 1034430-81.2020.8.26.0576; Relator (a): JAIRO BRAZIL; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/04/2023; Data de Registro: 01/05/2023, g.n.). No mesmo sentido, João Pereira Monteiro Neto: "O Estatuto Processual vigente, a par da disciplina apresentada nos arts. 381-3, não veda a propositura de demanda autônoma de exibição de documentos, de natureza satisfativa e – apenas eventualmente – preparatória; não incide, na espécie, a 'presunção de veracidade' decorrente da ausência de exibição (art. 400), mas se garantem medidas coercitivas pelo juiz, caso necessárias à exibição documental, com a plena prestação da tutela jurisdicional pleiteada pelo interessado (art. 5º, XXXV, CF)." cf. MONTEIRO NETO, João Pereira. Produção antecipada da prova documental em face do poder público. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 517.

[432] Este tema foi tratado no tópico 2.4.6 desta Tese.

[433] Este tema foi tratado nos tópicos 1.2.3 e 2.4.7 desta Tese.

[434] Conforme as lições de Nelson Nery Junior: "Quando houver dever legal de apresentação do documento ou de coisa, é possível obrigar a pessoa física ou jurídica a apresentá-los, o que pode ser feito mediante busca e apreensão ou ação de exibição de documento. Busca e apreensão de coisa ou documento apto a fazer prova contra aquele que o possui só pode ser autorizado por *ordem judicial específica e determinada*, que esteja conforme a Constituição. Busca e apreensão *genérica*, ainda que determinada judicialmente, constitui devassa vedada pela Constituição." cf. NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 13.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017, pp. 299-300.

conteúdo, uma vez apresentado, poderá ser utilizado pelo autor contra o réu em ação que tenha por objeto a resolução da lide no seu plano material.

Na hipótese de o juiz rejeitar as justificativas do réu para não exibir o documento ou coisa, a ação deve ser julgada procedente e o réu deve ser condenado e exibi-lo. Se o réu não apresentar o documento ou coisa de forma voluntária, o juiz poderá adotar medidas coercitivas para a sua apresentação, tais como multa diária para a sua apresentação, ou mesmo a busca e apreensão do documento ou coisa, o que é permitido pelo artigo 400, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Contudo, não pode admitir como verdadeiros os fatos que o autor pretendia provar, pena prevista no *caput* do artigo 400, do Código de Processo Civil, tendo em vista que, no rito da ação de produção antecipada de provas, o juiz não deve apurar a existência ou inexistência de um fato, tampouco de suas consequências jurídicas (art. 382, § 2º, CPC)[435]. O Superior Tribunal de Justiça já apreciou a questão e manifestou-se neste sentido[436]. Contudo, não deve ser concedida àquele que não apresentou o documento ou coisa nova oportunidade para tanto na ação que tenha por objeto a resolução da lide no seu plano substancial, devendo as consequências de sua omissão serem consideradas por este juízo[437]. Outrossim, não haveria como aplicar a pena de presunção de veracidade se terceiro deveria apresentar o documento ou a coisa e não o fez, não podendo ser o réu em demanda que vise à declaração de direito material ser penalizado por um ônus que não foi desincumbido por terceiro.

Sobre o tema, importante considerar se subsiste a possibilidade de aplicação de multa pela não apresentação do documento ou coisa, frente ao que dispõe a Súmula 372[438],

---

[435] No mesmo sentido, João Pereira Monteiro Neto: "Assim, a *contrario sensu,* não se aplica evidentemente essa presunção de veracidade (nem o respectivo dispositivo legal) quando o pedido de exibição documental esteja fundado no direito autônomo à prova." cf. MONTEIRO NETO, João Pereira. Produção antecipada da prova documental em face do poder público. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021 p. 513.

[436]. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO AUTÔNOMA DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS PELO PROCEDIMENTO COMUM. POSSIBILIDADE. PRETENSÃO QUE SE EXAURE NA APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS APONTADOS. INTERESSE E ADEQUAÇÃO PROCESSUAIS. VERIFICAÇÃO. AÇÃO AUTÔNOMA DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS PELO PROCEDIMENTO COMUM E PRODUÇÃO DE PROVA ANTECIPADA. COEXISTÊNCIA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. [...].A pretensão, como assinalado, exaure-se na apresentação do documento ou coisa, sem nenhuma vinculação, ao menos imediata, com um dito pedido principal, não havendo se falar, por isso, em presunção de veracidade na hipótese de não exibição, preservada, contudo, a possibilidade de adoção de medidas coercitivas pelo juiz. [...]."(REsp n. 1.803.251/SC, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 22/10/2019, DJe de 8/11/2019).

[437] Conforme Arthur Ferrari Arsuffi: "Nesses casos, tal presunção deverá se estender ao processo futuro, sendo vedado que a parte exiba tal documento posteriormente, pois, se tal conduta for admitida, a análise de risco realizada pela parte que pretendia ter acesso ao documento restará frustrada pela parte que não colaborou com a produção da prova, o que não se pode admitir diante dos princípios da colaboração e da boa-fé objetiva." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 150.

[438] "Na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória."

promulgada enquanto vigente o Código de Processo Civil de 1973, em que se assentou o entendimento de que não caberia a fixação de multa cominatória se o réu não apresentasse o documento ou coisa e o juiz, ao apreciar a recusa, entender que ela foi injustificada. O fundamento para a não aplicação de multa cominatória para que o documento ou coisa fosse apresentado consistiria no fato de a lei já penalizar o réu recalcitrante com a presunção de veracidade do fato que pretendia ser provado pelo autor, de sorte que a aplicação de multa cominatória e a presunção de veracidade consistiria em um *bis is idem*[439].

Ocorre que, posteriormente à edição da Súmula 372, sobreveio o Código de Processo Civil, que, em seu artigo 400, parágrafo único[440], previu a aplicação de medidas indutivas e coercitivas para que o documento (ou coisa, pois, embora não previsto no referido parágrafo, não haveria razão para que não fosse aplicado naquilo que se visa a exibir) seja exibido, e nisso se inclui a multa cominatória, medida coercitiva para induzir o réu a cumprir a obrigação.

Tendo em vista a disposição expressa de cabimento da aplicação de multa diária para que o réu exiba o documento ou coisa em incidente de ação de exibição de documentos, não vemos razão para que ele não seja aplicado em ação de produção antecipada de provas, até mesmo porque nesse procedimento não há presunção de veracidade do fato que se pretende provas pela sua não exibição[441]. Tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça, na égide do

---

[439] João Batista Vilhena defende o não cabimento da multa cominatória por este motivo, ao asseverar que "Assumida essa conclusão, teríamos como absolutamente correta a posição do Superior Tribunal de Justiça, porquanto existia previsão adequada para sancionar àquele que não viesse a atender à ordem de exibição de documento, essa a então trazida no art.359, *caput*, do CPC/73, qual seja, a presunção de veracidade quanto aos fatos que a parte pretenderia provar por meio do documento omitido – confissão ficta (item 1.1. supra), e, assim, se assegurava descabida a multa cominatória, a qual consistiria, sobretudo, em *bis in idem*, como aquela providência desconexa com o objeto da demanda de exibição de documento, pois, a finalidade desta última seria probatória, e o estabelecimento de astreintes, a partir do momento em que a própria lei comuna presunção de conteúdo do documento em favor do autor da medida de exibição, não teria mesmo razão de ser." cf. VILHENA, João Batista. Da exibição de documento como produção antecipada da prova. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 283.

[440] "Parágrafo único. Sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido."

[441] Neste sentido, João Batista Vilhena: "Em um primeiro aspecto, em face do teor da norma em questão, indiscutivelmente, deixa de ter aplicação a Súmula nº 372, do Superior Tribunal de Justiça, a qual tem conteúdo diametralmente contrário ao quanto consta no texto da lei." cf. VILHENA, João Batista. Da exibição de documento como produção antecipada da prova. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 285-286. José Miguel de Garcia Medina entende de modo diverso, ao asseverar que "a questão, assim, é resolvida pela solução prevista no caput do art. 400 (e respectivos incisos) do CPC/2015, nos casos em que o documento cuja exibição se busca deverá ser utilizado como prova (nesse âmbito, continua a ter aplicação o disposto na Súmula 372 do SJT)." cf. MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 706. Do mesmo modo, Ernane Fidélis dos Santos continua a defender a impossibilidade de aplicação de multa diária em caso de recusa injustificada de exibição de documento ou coisa, por não haver previsão expressa legal nesse sentido; cf.

atual Código de Processo Civil, fixou a tese objeto do Tema Repetitivo 1.000, que determina que a multa diária somente seja aplicada após tentativa frustrada de busca e apreensão ou outra medida coercitiva, e desde que seja oportunizado o contraditório prévio àquele a quem se pretende que exiba o documento ou coisa, entendendo pela sua aplicação[442].

Se a ordem de exibição de documento ou coisa for dirigida a terceiro que não faz parte da relação de direito material e houver a sua recusa injustificada, o juiz determinará ordem de busca e apreensão do documento ou coisa, requisitando, se necessário, o uso da força policial, sem prejuízo de apuração de sua responsabilidade por crime de desobediência, multa por descumprimento de ordem judicial e sua sujeição a outras medidas coercitivas, mandamentais e sub-rogatórias (art. 404, parágrafo único, CPC).

Caso o réu ajuíze ação de exibição de documentos, não deve o juiz indeferir a petição inicial, mas dar-lhe oportunidade para que este adeque o rito, com fundamento nos artigos 4º, 6º e 9º, do Código de Processo Civil.

Pode, ainda, o autor requerer a inspeção judicial para que o juiz registre determinado fato que seja necessário aos esclarecimentos da lide já existente ou eventual no seu plano substancial, tipo de prova expressamente admitida nos artigos 481 a 484, do Código de Processo Civil.

Contudo, não deve ser permitido a produção de ata notarial através de ação de produção antecipada de provas, eis que tal prova não é produzida judicialmente, mas sim, por um Tabelião (art. 384, CPC), de sorte que carece o autor de interesse de agir em requerer a produção de tal tipo de prova em sede de ação de produção antecipada de provas, na medida em que tal providência não é útil e tampouco necessária.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**: processo de conhecimento. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1 p. 752. Já Daniel Amorim Assumpção Neves defende a possibilidade de aplicação das medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias quando não for possível aplicar a presunção de veracidade, ao defender que "O legislador, entretanto, pode ter criado na própria redação legal que deu ao dispositivo a possibilidade de torná-la minimamente lógica e sustentável. Ao prever que as medidas executivas serão adotadas somente quando necessário, permite a interpretação de que sua adoção somente se justifica naqueles casos em que a presunção de veracidade não pode ser gerada." cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de processo civil comentado**. 4.ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 764.

[442] "Desde que prováveis a existência da relação jurídica entre as partes e de documento ou coisa que se pretende seja exibido, apurada em contraditório prévio, poderá o juiz, após tentativa de busca e apreensão ou outra medida coercitiva, determinar sua exibição sob pena de multa com base no art. 400, parágrafo único, do CPC/2015."

2.4.10 Possibilidade de repetição ou produção de outras provas pelos interessados

Não obstante o juiz que dirige a ação de produção antecipada de provas não a valorar, é possível que as partes queiram produzir outras provas para efeitos de esclarecimento do fato objeto da prova que se pretendeu antecipar, conforme prevê o artigo 382, §3º, do Código de Processo Civil[443]. Com efeito, levando-se em consideração que o objetivo da ação de produção antecipada de provas é o esclarecimento de um determinado fato, pode ser que ele não tenha sido suficientemente esclarecido com a prova que se antecipou, de sorte que é facultado às partes o pedido de produção de outras provas, desde que relacionadas ao fato objeto da prova que se antecipou. Tal dispositivo acarreta a máxima eficiência do referido rito.

Ora, se o objetivo da ação de produção antecipada de provas é esclarecer as partes sobre determinados fatos que permeiam a lide, pode ser que o seu resultado – que não é apreciado pelo juiz neste rito – não esclareça de maneira suficiente tanto o autor que requereu a produção antecipada da prova como o próprio réu ou mesmo o assistente que intervier no processo, conforme demonstrado[444]. Neste caso, a ação de produção antecipada de provas não atingirá o seu resultado necessário, sendo permitido, para que satisfaça o seu objetivo, que as partes possam requerer a produção de outras provas para efeitos de esclarecimento do fato objeto da prova que foi antecipada.

É até mesmo cabível a repetição da prova, se as partes demonstrarem a utilidade da sua reiteração[445]. Deveras, embora não caiba ao juiz que dirige a ação de produção antecipada de provas valorar o seu resultado, deve, ao apreciar o pedido de repetição da prova ou de produção de outras provas, verificar se o fato objeto da prova foi suficientemente esclarecido, se foi dada

---

[443] "§ 3º Os interessados poderão requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato, salvo se a sua produção conjunta acarretar excessiva demora."
[444] Este tema foi tratado no tópico 2.3.1 desta Tese.
[445] Conforme lições de Flávio Luiz Yarshell: "Vale dizer: no direito de provar, ressalva feita ao fenômeno interno da preclusão, afigura-se possível nova produção – e, quicá, até sucessivas produções – de uma mesma prova." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 395.

oportunidade ao efetivo contraditório e se a metodologia empregada na produção da prova foi adequada[446], conforme exposto oportunamente[447].

Com efeito, embora não seja o juiz o destinatário da prova para julgar a lide de direito material, ele é o dirigente da ação de produção antecipada de provas, de sorte que, ainda que não tenha a incumbência – e nem o direito – de se manifestar sobre o resultado da prova, não pode deixar de analisar tal resultado para verificar a pertinência do pedido de repetição da prova ou de produção de outras provas sobre o mesmo fato, pois tal análise é premissa para que analise a conveniência do pedido da parte.

Contudo, ainda que a prova seja repetida e o seu resultado seja outro, o juiz que julgará a lide não está subordinado ao resultado desta prova, podendo entender que o resultado da primeira prova deve prevalecer, justificando as razões para tanto. O disposto no artigo 480, § 2º, do Código de Processo Civil, corrobora com tal assertiva, ao determinar que, havendo a realização de uma segunda prova pericial, ela não substitui a primeira, cabendo ao juiz verificar o valor de ambas. Tanto a prova que foi produzida primeiramente como a sua repetição e as demais provas produzidas no âmbito da ação de produção antecipada de provas serão apreciadas de forma livre pelo juiz que apreciará a lide de direito material, através do seu livre convencimento motivado.

Para requerer a repetição ou a produção de outras provas, deve a parte demonstrar o seu interesse processual no seu pedido de reiteração da prova, e isso deve ser analisado até mesmo em relação ao meio de prova que foi produzido[448]. Se, por exemplo, a prova produzida antecipadamente é meramente documental, não há qualquer razão ou mesmo sentido em se

---

[446] Sobre o tema, André Luiz Maluf de Araújo afirma que: "Em princípio, não cabe ao juiz da produção antecipada um juízo sobre a suficiência da prova, mas pode ser tal a incompletude e deficiência da perícia que o juiz da antecipação desde logo a constata. Então, tem o dever de mandar completá-la ou repeti-la, sob pena de não propiciar a devida tutela ao direito da parte à prova." cf. ARAÚJO, André Luiz Maluf de. Princípios e regras que governam a atividade probatória. Uma visão garantista. Utilização na produção antecipada de prova. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 69.

[447] Este tema foi tratado no tópico 2.4.7 desta Tese

[448] De acordo com Flávio Luiz Yarshell: "Mesmo no caso de já ter produzido prova acerca dos fatos isso não afasta, por si só, a necessidade da medida; uma parte pode reputar provado certo fato, enquanto a outra não; o que também pode ocorrer entre diferentes julgadores. Portanto, melhor que o critério de 'já comprovado' é aquele relacionado à adequação ou idoneidade de certo meio de prova à demonstração de certo fato controvertido. [...] O que não se deve tolerar é a pura e injustificada repetição de uma mesma prova acerca de um mesmo fato, dado que a litispendência probatória representa ônus para o demandado e para o Estado." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários aos arts. 381 a 383. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civi**l. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.032.

reiterar a prova, eis que seriam apresentados os mesmos documentos anteriormente apresentados, salvo se se demonstrasse a necessidade de apresentação de novos documentos. Em relação à prova oral, também se deve demonstrar em que medida a oitiva de testemunha ou mesmo da parte poderia ser útil, eis que estas já foram ouvidas em juízo. Por fim, no que tange à prova pericial, deve a parte demonstrar eventuais equívocos de metodologia ou até mesmo omissões do laudo pericial que justificariam a realização de uma nova prova.

Contudo, malgrado as partes tenham o direito de repetir a prova já produzida antecipadamente ou até pretender a produção de outras provas relativas ao mesmo fato, é preciso que tal pedido seja apreciado com cuidado, para que não haja abuso do direito de quem pleiteou a aludida prova. Com isto não se quer dizer que a parte deve ser cerceada no seu direito à ampla defesa. Por outro lado, tal direito não confere à parte requerer a produção de provas indefinidamente.

É preciso que haja um equilíbrio entre o direito à ampla defesa e o princípio da eficiência, da razoável duração do processo e até mesmo da boa-fé. Deveras, o direito à ampla defesa é um direito fundamental, previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal, assim como o direito à "razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação", conforme o artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal[449].

E tais direitos e garantias devem ser sopesados, como, inclusive, o são nos procedimentos que visem ao reconhecimento do direito no processo que verse sobre a relação jurídica de direito material. Tanto é assim que, durante a instrução do processo declaratório de direito, o juiz pode indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias, de acordo com o artigo 370, parágrafo único, do Código de Processo Civil. E o referido indeferimento, se devidamente utilizado pelo magistrado, não deve ser visto como cerceamento de defesa. Ao contrário, ao assim agir, o juiz zela pela razoável duração do processo. Tanto a efetividade como a ampla defesa têm estreita relação com a legitimidade e, por consequência, a autoridade da tutela jurisdicional, de sorte que os direitos, ainda que constitucionais, não são absolutos e devem ser sopesados com os demais direitos dessa ordem em determinado caso concreto.

---

[449] De acordo com Arthur Ferrari Arsuffi: "Sobre esse ponto, vale observar que, com as inovações no âmbito da produção antecipada da prova introduzidas no Código de Processo Civil de 2015, o legislador brasileiro buscou encontrar um equilíbrio entre a atuação do Estado-juiz e a das partes na descoberta dos fatos. É justamente esse equilíbrio que permite, de um lado, que as partes alcancem os benefícios da produção prévia da prova e, de outro, que excessos sejam coibidos, tornando a resolução de conflitos mais eficiente." ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, pp. 162-163.

Por este motivo, tem a parte o direito de requerer a repetição da prova ou mesmo a produção de outras provas sobre o mesmo fato, desde que o pedido seja devidamente fundamentado. Sobre o tema, oportuno rememorar que o artigo 70, do Código de Processo Civil, em seu inciso III, determina que é dever da parte, dos seus procuradores e de todos aqueles que participam do processo "não produzir provas ou não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito". Não obstante na ação de produção antecipada de provas não haja "declaração ou defesa do direito" propriamente dita, eis que não há a declaração do direito material no referido rito, mesmo assim os atos previstos no referido inciso devem ser coibidos na ação de produção antecipada de provas.

Ainda, a ilicitude da prática abusiva do direito encontra amparo no Código Civil, em seu artigo 187, que estipula que "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."

Portanto, na direção da ação de produção antecipada de provas, deve o juiz apreciar o pedido de repetição da prova ou de produção de outras provas com cuidado, analisando se o pedido encontra efetivamente fundamento ou a parte que o requereu abusa do exercício do seu direito à ampla defesa. É certo que tal análise não é fácil no caso concreto, ainda mais se se considerar que o juiz que dirige a ação de produção antecipada de provas não valora a prova produzida antecipadamente. Entretanto, esse fato não pode ser óbice para que sejam produzidas todas as provas necessárias para o esclarecimento do fato objeto da prova produzida antecipadamente, de sorte a se obter o máximo rendimento da ação de produção antecipada de provas e, com isso, zelar pela sua eficiência, e tampouco, por outro lado, para o juiz indeferir diligências e provas inúteis, evitando que as partes abusem do seu direito à ampla defesa.

Ainda, se os poderes instrutórios do juiz já devem ser aplicados de maneira excepcional, pelas razões já expendidas[450], na ação de produção antecipada de provas não há espaço para a sua incidência, de uma maneira geral. Isso porque o fundamento para a sua aplicação reside na busca da melhor prestação jurisdicional que se pode conceder a um processo judicial, na tentativa de que a prolação de uma sentença aprecie os fatos da maneira mais próxima possível de como estes se deram efetivamente.

---

[450] Este tema foi tratado no tópico 1.2.10 desta Tese.

Em outras palavras, justifica-se os poderes instrutórios do juiz – mesmo para aqueles que entendem que tais poderes são limitados – para que ele se convença dos fatos que permeiam a lide, fatos estes que devem ser o mais próximo possível da realidade, para que, com isso, possa conceder o direito material para quem efetivamente o tenha e, com isso, encerrar a lide travada entre as partes.

Entretanto, o juiz não encerra a controvérsia entre as partes no plano material no rito da ação de produção antecipada de provas. O direito que é objeto da referida ação é o direito à prova. Assim, o juiz aprecia se a parte tem o direito de produzir determinada prova ou não, e de qual forma. É dizer, o juiz deve conhecer a controvérsia existente entre as partes sob o ângulo da pertinência da prova requerida na ação de produção antecipada de provas, mas não tem o dever e tampouco o poder de julgá-la. Tanto é assim que na ação de produção antecipada de provas o juiz sequer deve valorá-las, nos termos do que prevê o artigo 382, § 2º, do Código de Processo Civil.

Ora, se ao juiz, no rito da ação de produção antecipada de provas, não cabe verificar a ocorrência ou não de um fato, nem sobre suas respectivas consequências jurídicas, daí decorre que tampouco lhe é facultado determinar a realização de provas no referido processo de ofício. Se o juiz não deve analisar as provas produzidas em ação de produção antecipada de provas em seu conteúdo material[451], não cabe a ele verificar se tais provas são suficientes para o esclarecimento de determinado fato, determinando a realização de provas de ofício. Aliás, sequer o juiz tem conhecimento se a parte que requereu a realização de uma prova para confirmar determinado fato possui outras que podem substitui-la ou mesmo complementá-la, pois o jurisdicionado não tem qualquer obrigação ou mesmo ônus de apresentar todas as provas que possui sobre determinado fato ao juiz que processa a ação de produção antecipada de provas, eis que este não solucionará a lide efetivamente existente entre as partes.

Por conseguinte, não tendo o direito-dever de apurar se determinado fato foi suficientemente esclarecido, não cabe ao juiz determinar a produção de outras provas de ofício para a apuração do evento[452]. Contudo, se a relação de direito material versar sobre direito

---

[451] Este tema será tratado no tópico 2.4.11 desta Tese.

[452] Posicionamento diferente é apresentado por Flávio Luiz Yarshell, que defende os poderes instrutórios do juiz no rito da ação de produção antecipada de provas com reservas, desde que tenham por objeto os mesmos fatos deduzidos no procedimento e a lide no seu direito substancial versar sobre direitos indisponíveis ou houver desigualdade substancial entre as partes: "De outra parte, tanto que requerida em juízo a antecipação da prova, há margem para que o juiz eventualmente alargue o rol de medidas de instrução, desde que mantidos os limites fáticos estabelecidos pelas partes, para melhor investigá-los e registrá-los. Com efeito, seria incoerente aceitar que, no

indisponível, entendemos que o juiz pode determinar a produção da prova de ofício, e unicamente se houver risco de seu perecimento, como defendido anteriormente.[453]

Por fim, em relação ao pedido de produção de outras provas antecipadamente, entendemos que é desejável que se defira a produção de provas sobre outros fatos além daqueles apresentados pelo autor, desde que sejam a eles relacionados, bem como que a excessiva demora em sua produção não pode ser óbice para o seu deferimento, conforme exposto[454].

2.4.11 Da sentença na ação de produção antecipada de provas

O que se antecipa é a produção da prova, e não a sua valoração pelo Poder Judiciário, o que será realizada em eventual processo judicial cujo objeto é a declaração do direito em favor de uma das partes em que tal prova será utilizada.

Isso quer dizer que o juiz responsável por conduzir a ação de produção de provas não analisa o conteúdo da prova produzida para apurar a existência ou inexistência do fato que se pretende demonstrar, tampouco das suas consequências jurídicas, como estabelece o art. 382, § 2º, do Código de Processo Civil.

Contudo, e como exposto anteriormente[455], a ação de produção antecipada de provas consiste em um processo de natureza jurisdicional, não sendo o juiz, na sua condução, um mero homologador da prova. Não fosse assim, a ação de produção antecipada de provas seria um mero instrumento para que qualquer prova fosse chancelada pelo Poder Judiciário, o que faz qualquer sentido.

Ao utilizar uma prova pré-constituída em um processo que tem por objeto a resolução da lide existente entre as partes, a parte não tem a segurança a respeito da sua validade, eis que,

---

curso do processo instaurado para a declaração do direito, o juiz tem liberdade para determinar providências de instrução não requeridas pelas partes e que, no entanto, não poderia fazê-lo quando a prova é feita antecipadamente. Ainda que, pela circunstância da antecipação, admita-se ser mais difícil o exercício de tal iniciativa (quiçá pela falta ou escassez de elementos para tanto), não parece haver razão relevante que estabeleça estrita e rigorosa observância, nesse caso, da rega de adstrição: salvo se a prova, em si mesma, puser em risco outros valores juridicamente protegidos. [...]. O campo propício para a atuação oficial é a dos direitos indisponíveis e onde vigora desigualdade substancial entre as partes. Fora daí, é mais prudente atribuir aos interessados o ônus de alegar e requerer." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários aos arts. 381 a 383. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civi**l. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.041.

[453] Este tema foi tratado no tópico 2.4.5 desta Tese.

[454] Este tema foi tratado no tópico 2.4.6 desta Tese.

[455] Este tema foi tratado no tópico 2.1 desta Tese.

tendo sido produzida na esfera extrajudicial, a sua própria validade e eficácia deve ser apreciada pelo Poder Judiciário.

Tal fato não se dá com uma prova produzida judicialmente[456]. Neste caso, o Poder Judiciário já se manifestou quanto ao direito do autor de requerer a produção de determinada prova, e dirigiu a sua produção.

Após a produção da prova, o Código de Processo Civil é silente a respeito de como se dá o encerramento do rito da ação de produção antecipada de provas. Não suficiente haja divergência na doutrina[457], entendemos que o processo deve ser encerrado por meio de uma decisão judicial que analisa se tal prova deve ser considerada válida ou não, ou seja, se a prova deve ou não ser homologada pelo Poder Judiciário.

Ao exercer tal ato decisório, o juiz deve apreciar a validade da prova sobre o seu aspecto formal, ou seja, à luz da sua admissibilidade e legalidade, pertinência e observância ao direito ao contraditório, não decorrendo que uma prova cuja produção foi realizada perante o órgão judicial seja necessariamente homologada. Mesmo nesta hipótese, o juiz, já tendo apreciado a pertinência e a legalidade da sua produção quando a deferiu, deve analisar outras questões no que tange à sua validade, como a observância ao direito ao contraditório na sua produção.

Importante analisar a natureza jurídica da decisão que homologa ou não a prova produzida antecipadamente. O legislador, no artigo 203, § 1º, do Código de Processo Civil, descreve a sentença como o pronunciamento judicial que põe termo à fase cognitiva do processo, encerrando-o com base nos artigos 485 e 487 do mesmo *Codex,* ou encerra o processo de execução, "ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais".

Como ressaltado, o Código de Processo Civil não previu a decisão que homologa ou não a prova, ato judicial que, com base nas considerações acima apontadas, entendemos ser essencial para o encerramento da ação de produção antecipada de provas e, por isso,

---

[456] Neste sentido, Flávio Luiz Yarshell acentua que: "Contar com a participação do Judiciário na atividade de instrução antecipada é, de alguma forma, trabalhar para que os elementos assim colhidos sejam idôneos a influir de forma relevante no espírito de quem eventualmente julgará, isto é, de quem declarará o direito no caso concreto; mesmo que não haja vinculação – que não precisa, mesmo, haver – entre o órgão (ou pessoa) perante o qual se produz a prova antecipadamente, de um lado, e aquele que, depois, e eventualmente, resolverá o conflito, de outro lado. cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, pp. 285-286.

[457] Alexandre Freitas Câmara sustenta que, após a colheita da prova "o juiz proferirá uma sentença meramente formal, limitando-se a declarar que a prova foi colhida, mas sem emitir sobre o seu conteúdo qualquer pronunciamento (art. 382, §2º), tratando-se, pois, de sentença declaratória." CÂMARA, Alexandre Feitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 240.

imprescindível para que as partes que fizeram parte dessa relação processual tenham a segurança acerca da validade, eficácia e idoneidade da prova. Contudo, ao não prever tal decisão, ela não está dentre as hipóteses em que encerram a fase cognitiva do processo, de acordo com as disposições dos artigos. 485 e 487, do Código de Processo Civil, conceito que se refere às sentenças, de acordo com o artigo 203, §1º, do Código de Processo Civil. Entretanto, defendemos que a decisão que homologa ou não a prova produzida em sede de ação de produção antecipada de provas tem natureza de sentença.

Isso porque a decisão que homologa ou não a prova encerra a fase cognitiva da ação de produção antecipada de provas, pois representa uma atividade cognitiva judicial acerca da admissibilidade e validade da prova[458]. Além disso, consiste em uma decisão de mérito, que reconhece a validade ou não da prova.

Se o escopo da ação de produção antecipada de provas é apreciar o direito do autor em requerer a produção da prova - e eventualmente, de outras provas requeridas pelo réu, pelo próprio autor, e por terceiros - e, uma vez produzida, a sua validade e eficácia, a decisão que não reconhece o direito do autor à produção da prova consiste em uma decisão de mérito, eis

---

[458] Bruno Augusto Sampaio Fuga defende que "a sentença poderá ser procedente, ou seja, *procedente o seu direito de produzir a prova*, pois o mérito não é sobre a situação probatória, mas sim sobre o direito de produzir a prova objeto da ação." cf. FUGA, Bruno Augusto Sampaio. A produção antecipada da prova: aspectos gerais e natureza da sentença. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 133, posição com a qual não concordamos, pois a decisão que defere a produção da prova não encerra a ação de produção antecipada de provas, devendo esta, após tal decisão, ainda ser produzida judicialmente. Igual posicionamento é defendido por Lírio Hoffman Júnior, para quem "Tendo-se por certo que os efeitos da sentença são, por sua própria natureza, mutáveis pela vontade das partes, pode-se concluir que, na ação de produção antecipada de provas, a autoridade da coisa julgada recai, precisamente, na declaração havida pelo juiz de que naquele caso o autor tinha direito à produção da prova por conta da causa de pedir articulada na inicial. [...]. A ação de produção antecipada de provas, portanto, sujeita-se aos reflexos da coisa julgada material que, insista-se por fim, deve levar em consideração exclusivamente a pretensão de direito material que lhe é inerente." cf. HOFFMAN JÚNIOR, Lírio. Os limites objetivos da coisa julgada nas ações probatórias autônomas. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 533-534. Igor Labre de Oliveira Barros e Vinícius Pinheiro Marques afirmam que a sentença proferida declarará a "legalidade da prova produzida antecipadamente." cf. BARROS, Igor Labre de Oliveira; MARQUES, Vinícius Pinheiro. A Antecipação de Prova frente ao Princípio da Cooperação no CPC de 2015. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 246. Por outro lado, Eduardo Talamini entende que "Mas também a própria regularidade da prova, atestada na sentença, é passível de revisão em futuro processo em que aquela venha a ser usada. A prova antecipada não é meramente provisória. Porém, é incompleta: a aferição definitiva de sua validade e sua valoração apenas poderão ocorrer no concreto contexto do processo em que ela venha a ser utilizada." cf. TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, v. 260, pp. 75-101, out. 2016, p. 87. Sobre o tema, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam que "A sentença em ação cautelar de prova pericial é simplesmente homologatória." cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 21.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 966.

que apreciou o pedido do autor no que pertine ao objeto da ação de produção antecipada de provas. Ainda, após a produção da prova, a decisão que a homologa ou não apura a sua validade, sendo este também o pedido do autor ao pretender a realização de uma prova antecipadamente. Por estas razões, entendemos que estas decisões (a que indefere o pedido de produção de provas requerido e, por isto, julga a ação improcedente, e a que homologa ou não a prova judicial) consistem em decisões de mérito do processo, na medida em que apreciam o pedido do autor ou mesmo do réu na hipótese de ele requerer a produção de provas, como permite o artigo 382, §3º, do Código de Processo Civil[459].

Justamente por ser uma decisão que possui conteúdo decisório, a sentença terá o condão de produzir coisa julgada material, e isso reflete na possibilidade de a parte que se sentiu prejudicada pela sentença ter a oportunidade de recorrer contra os seus termos e, uma vez transitada em julgado, ser objeto de ação rescisória em algumas de suas hipóteses de cabimento[460].

A aptidão de a sentença que encerrar a produção antecipada produzir coisa julgada material é decorrência de tudo o que se expôs ao longo do presente capítulo. Com efeito, ao decidir pela legalidade e pela regularidade formal da prova, o juiz exerce verdadeiro ato decisório no que pertine ao objeto da ação de produção antecipada de provas, podendo até mesmo decidir eventual lide travada entre as partes em relação ao direito de o autor ou mesmo o réu ou terceiros de requerer a produção da prova e/ou à sua validade, como acontece, por exemplo, em prova produzida judicial e liminarmente, sem a participação da parte adversa, que pretende que ela não deve ser homologada, ou mesmo na hipótese de o juiz indeferir o pedido de produção antecipada da prova, por entender que quem a pediu não tem o direito na sua produção.

Dessa forma, tanto a decisão que homologa a prova como aquela que indefere o pedido de sua produção consistem no encerramento de qualquer discussão judicial a respeito do direito à produção da prova, e, caso ela tenha sido produzida, sua legalidade e validade, de sorte que, transitada em julgado, vincula o juiz que julgará a lide não em seu resultado, mas no que tange

---

[459] Conforme os ensinamentos de José Manoel Arruda Alvim Neto: "O conceito de mérito é congruente ao de lide, como ao de objeto litigioso, na terminologia alemã. Já o disse Liebman: é o pedido do autor que fixa o mérito. Nesse sentido, em obra clássica do Direito alemão, se esclarece que o pedido (usa a palavra pretensão: *Anspruch*) é o mesmo que mérito (usa a palavra objeto litigioso: *Streitgegenstand*)." cf. ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 17.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 465.

[460] Este tema será tratado nos tópicos 2.4.12 e 2.4.13 desta Tese.

ao direito à produção da prova, à sua admissibilidade, idoneidade e eficácia, assim como vincula às partes em relação a tais questões, justamente por produzir coisa julgada material. Justamente por esse motivo que entendemos que a prova homologada judicialmente em sede de ação de produção antecipada de provas não pode ser utilizada em eventual processo que verse sobre a resolução da lide no plano material como uma mera prova emprestada[461], eis que a sua produção e validade foi referendada pelo Poder Judiciário, o que não ocorre com este instituto. É dizer, não pode o juiz responsável por julgar a lide no seu plano material entender que uma prova produzida antecipadamente e homologada judicialmente não seria válida, eis que sua validade e eficácia já foi objeto de análise pelo Poder Judiciário. Neste sentido, e embora o juiz que dirija o processo de conhecimento sobre a lide de direito material possa atribuir o valor que considera adequado à prova, como prevê o artigo 372, do Código de Processo Civil, a valoração da prova emprestada sem que se obedeça a uma ordem de prevalência entre as provas não advém da natureza da prova emprestada ou mesmo da prova produzida antecipadamente, mas é ínsita ao ordenamento processual civil brasileiro, na medida em que não há um sistema pré-definido acerca do valor de cada meio de prova. Porém, o espectro de análise da prova emprestada pelo magistrado é maior quando comparada à prova produzida antecipadamente, na medida em que aquela não somente é valorada, mas também é objeto de apreciação quanto à sua validade e eficácia, o que não ocorre com uma prova produzida a homologada judicialmente.

Do mesmo modo, o contraditório acerca da prova produzida antecipadamente deve ser concedido à parte adversa, mas apenas no que tange ao conteúdo da prova, não sendo mais possível alegar a nulidade da referida prova ou mesmo de que a parte que a apresentou não tenha o direito de apresentá-la, eis que tais questões foram superadas na ação de produção antecipada de provas, não tendo o contraditório, diante de uma prova produzida antecipadamente, a mesma extensão no que tange a uma prova emprestada.

Com efeito, no processo que verse sobre a lide de direito material, o juiz, com base no seu livre convencimento, pode entender que a matéria não foi suficientemente esclarecida pelo resultado da prova homologada judicialmente, mas não pode deixar de admiti-la ou tampouco

---

[461] Posição defendida por Jonathan Nasse Reglioli, ao afirmar que "Não é uma necessidade premente e imperativa que a prova antecipada seja posteriormente utilizada em outro processo, porém, se for, será utilizada como prova emprestada, nos termos do art. 372 CPC." cf. REGLIOLI, Jonathan Nasser. Produção antecipada da prova: aspectos controvertidos. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 302.

entender que ela seria nula ou inválida, o que poderia fazer com a prova emprestada, eis que tais questões já foram apreciadas na oportunidade da homologação judicial da prova.

De modo diverso do que aqui se sustenta, o Superior Tribunal de Justiça defendeu a tese de que a decisão que homologa a prova produzida antecipadamente produz coisa julgada formal, sob o fundamento de que as possíveis críticas ao laudo pericial produzido antecipadamente sejam realizadas nos autos do processo que tem por objeto a resolução da lide de direito material[462]. Com *permissa vênia*, nos parece que o fato de a parte apresentar críticas ao laudo pericial no âmbito do processo de conhecimento não infirma o entendimento de que a sentença que homologa a prova produzida antecipadamente produz coisa julgada material. Como o juiz que dirige o processo de conhecimento valorará a prova pericial, tem a parte o direito de impugnar o conteúdo da referida prova, no intuito de rebater o seu resultado. Aliás, pode a parte, ao apresentar as razões para que o laudo pericial seja desconsiderado, até mesmo requerer a repetição da prova, mediante a realização de uma nova prova pericial, caso isso seja possível.

Contudo, tal fato não infirma que a sentença que homologa a prova produzida antecipadamente não produz coisa julgada material. Ela vincula o juiz que apreciará a lide no seu plano substancial em relação à sua validade e eficácia, não podendo simplesmente ser desconsiderada por ele em relação à sua regularidade formal. O juiz, ao apreciar livremente as provas apresentadas pelas partes, pode até mesmo desconsiderar o laudo pericial frente às outras provas produzidas ao longo da marcha processual, desde que apresente os fundamentos para tanto, mas não poderá simplesmente declarar que ela seria nula, eis que tal questão já foi apreciada em sede de ação de produção antecipada de provas.

---

462 "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. ILEGALIDADE NÃO OBSERVADA. MANDADO DE SEGURANÇA. ANÁLISE APROFUNDADA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. [...]. 2. 'A decisão proferida na ação cautelar de produção antecipada de provas é meramente homologatória, que não produz coisa julgada material, admitindo- se que as possíveis críticas aos laudos periciais sejam realizadas nos autos principais, oportunidade em que o magistrado fará a devida valoração das provas. Precedentes. (AgInt no AREsp n. 1.736.270/PR, Relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/6/2021, DJe de 30/6/2021). 3. Agravo interno a que se nega provimento." (AgInt no RMS n. 69.946/SP, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 13/2/2023, DJe de 22/2/2023.

Desta forma, em razão de a sentença que homologa a prova produzida antecipadamente ter um conteúdo decisório em relação à sua validade e eficácia, vinculando ainda as partes que participaram do processo, defendemos que ela produz coisa julgada material[463].

Ainda sobre essa questão, defendemos que o direito de o autor pleitear uma ação de produção antecipada de provas perpassa por todas os requisitos para que ele tenha o direito a uma sentença de mérito. Deve o jurisdicionado demonstrar as condições da ação e os pressupostos de constituição e validade do processo para que seja apreciado o seu pedido de produção antecipada de provas. Ultrapassada essa fase processual, o juiz, verificando que o autor preenche tais condições e pressupostos, verificará se o autor tem direito à produção da tal prova, ou seja, se ela é pertinente para o esclarecimento de controvérsia presente ou futura entre as partes e, ainda, se a prova é admitida em juízo.

Na hipótese de o juiz determinar a sua produção, o fato de ela ser produzida perante o Poder Judiciário não acarreta, necessariamente, a sua homologação. Isso porque é necessário que, uma vez produzida tal prova, o juiz apure se ela é válida e eficaz entre as partes, de sorte que, ainda que a produção da prova tenha sido deferida pelo juiz, ele pode não a homologar ao final, se não verificar os pressupostos de sua validade e eficácia para tanto[464].

---

[463] Em posição contrária, Humberto Theodoro Júnior afirma que "A sentença que o juiz profere nas ações de antecipação de provas é apenas homologatória, isto é, refere-se tão somente ao reconhecimento da eficácia dos elementos coligidos, para produzir efeitos inerentes à condição de prova judicial. Não se pronunciará, contudo, acerca da ocorrência ou da inocorrência do fato, bem como sobre as respectivas consequências jurídicas (art. 382, § 2º). Não há qualquer declaração sobre sua veracidade e suas consequências sobre a lide. Não são ações declaratórias e não fazem coisa julgada material. Apenas há documentação judicial de fatos." cf. THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 56.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1, p. 912. Luiz Flávio Yarshell defende que o instituto da coisa julgada não deve ser aplicado na ação de produção antecipada de provas em sua concepção clássica, embora afirme que não se pode pretender injustificadamente a mesma prova produzida antecipadamente: "Não se pode falar na formação da coisa julgada material – não ao menos na sua concepção clássica – porque não há declaração do direito (sequer a valoração dos fatos) e, portanto, não há eficácia substancial a se tornar imutável. Contudo, embora não seja possível invocar a objeção correspondente para evitar a produção de certa prova já produzida, é preciso considerar que não se pode submeter o demandado à repetição injustificada da mesma atividade de instrução." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários aos arts. 381 a 383. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civi**l. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.028.

[464] Flávio Luiz Yarshell defende entendimento diferente, defendendo ser aplicável a teoria concreta do direito de ação de produção antecipada de provas, no sentido de quem possui o direito de ação tem, fatalmente, o direito de produzir a prova antecipadamente em juízo: "Sendo assim, o direito à prova, nos termos aqui propostos, pode e deve ser compreendido em sua perspectiva concreta, de forma análoga à clássica concepção de Chiovenda a propósito do direito de ação: o direito à prova, com os contornos aqui delineados, só pode ser entendido como o direito à um provimento favorável, isto é, como aquele que se reconheça ser viável a produção da prova antecipadamente. Assim, ou o interessado demonstra ser admissível e viável – jurídica e praticamente – a prova, e a antecipada lhe deve ser deferida, ou o interessado simplesmente não ostenta o direito à prova. Não há, nesse contexto, espaço para a extinção do processo sem julgamento de mérito." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 323.

A sentença que homologa a prova produzida antecipadamente possui natureza constitutiva, eis que, ao reconhecer que a prova é válida e eficaz, reconhece que a prova que foi produzida ao longo do processo consiste em uma prova apta a produzir efeitos que vinculam não só as partes, como o próprio Estado, e, por consequência, cria uma prova para ambas as partes sobre algum fato envolvendo a lide[465]. Ainda que a sentença que homologar a prova não altere uma relação jurídica, não se pode passar despercebido que ela cria uma prova que pode alterar o enfoque que as partes ou mesmo o Estado (em caso de a prova ser utilizada em processo com o fim de solucionar a lide) têm em relação à essa mesma relação jurídica[466].

Por conseguinte, a sentença que não homologa a prova produzida antecipadamente possui natureza declaratória, eis que não cria qualquer prova que vincule as partes ou mesmo o Poder Judiciário no que tange à atividade desenvolvida em sede de produção antecipada de provas[467]. Ao contrário, reconhece que ela não possui validade e/ou eficácia, não podendo ser considerada como uma prova a ser utilizada em futura e eventual lide. E, ainda que não homologada em juízo, por não ter sido produzida de acordo com os ditames legais, a sentença que não homologa a prova produzida antecipadamente produz coisa julgada material, impedindo que as partes façam uso de uma prova declarada inválida em outro processo judicial ou mesmo pretendam a produção da mesma prova em sede de uma segunda ação de produção antecipada de provas.

---

[465] No mesmo sentido, ver: YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 313, e Bruno Augusto Sampaio Fuga: "A sentença julga então o direito da parte de produzir a prova (declaratória constitutiva), assim como também a sentença poderá julgar o direito da parte de não produzir a prova (CPC, art. 382, §4º): porém em qualquer hipótese não haverá análise do mérito de eventual ação principal." cf. FUGA, Bruno Augusto Sampaio. A produção antecipada da prova: aspectos gerais e natureza da sentença. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 132-133. Compartilha desse entendimento DIDIER JUNIOR, Fredie. Produção antecipada da prova. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 204.

[466] Ainda sobre o assunto, Flávio Luiz Yarshell: "uma vez que a prova seja produzida, a realidade está modificada. Sobre isso, suposto não se pudesse falar exatamente em modificação de uma relação jurídica, também não se poderia dizer, em linha de argumentação, que não teria havido alteração de uma situação jurídica. Quando menos, a vinculação à prova produzida – se não pelo conteúdo, na medida em que comporte oportuna valoração estatal, pelos seus aspectos formais – estabelece um estado de sujeição que não pode ser simplesmente ignorado." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, 314.

[467] No mesmo sentido é o entendimento de Flávio Luiz Yarshell: "Com efeito, se o réu obtiver êxito na resistência que oponha ao pedido, a sentença de improcedência da demanda terá eficácia declaratória negativa, isto é, estabelecerá certeza acerca da inadmissibilidade da produção da prova." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 332.

Por essa razão, de uma maneira geral, uma vez havendo sentença transitada em julgado que homologou a prova ou não a prova produzida antecipadamente, não podem as partes pretenderem a realização do mesmo meio de prova para o esclarecimento do mesmo fato que foi objeto da referida ação.

Se diz de uma maneira geral porque deve ser considerada a natureza da prova que foi objeto da ação de produção antecipada de provas. Se a prova que foi produzida na referida ação for a prova pericial, o ajuizamento de outra demanda que tenha por objeto a produção do mesmo meio de prova não consiste na mesma demanda, eis que a prova a ser realizada na segunda demanda será outra, produzida no curso desse processo. A questão a ser perquirida sobre esse assunto seria outra, qual seja, se o autor tem interesse processual em pretender a realização do mesmo meio de prova e sobre os mesmos fatos, mas não há que se falar que a prova seria a mesma, eis que se trata de *outra* prova produzida, realizada por outro perito. Desta maneira, neste caso, a decisão que homologa ou não a prova não tem o condão de impedir a repropositura da ação para que a prova produzida novamente. E a sua reprodução consiste em nova prova, e não na anteriormente produzida, de sorte que a decisão que homologa ou não a prova primeiramente produzida não tem impacto nesta ação no que tange à coisa julgada. Naturalmente, deve a parte que requerer a produção de nova prova mediante o mesmo meio de prova para o esclarecimento do mesmo fato demonstrar que este não foi suficientemente esclarecido, para que seja demonstrado o seu interesse processual na produção da prova. Mas a questão reside em verificar se o autor possui interesse processual em requerer a reprodução da prova, e não em violação à coisa julgada.

Contudo, ainda que a prova oral seja produzida em juízo, como ocorre com a prova pericial, entendemos que a característica da coisa julgada da decisão que homologa ou não a prova impede à parte que participou da ação de produção antecipada de provas de requerer a produção dessa mesma prova em juízo. Isso porque a prova oral é diferente da prova pericial. Ainda que elas sejam produzidas no curso de um processo judicial, a prova oral é extraída da oitiva das *mesmas* partes e testemunhas que foram ouvidas na primeira ação de produção antecipada de provas, o que não ocorre com a prova pericial, que é elaborada por outro perito designado pelo juiz.

Por essa razão, entendemos não ser possível uma segunda ação de produção antecipada de provas tendo por objeto a oitiva das mesmas pessoas que foram ouvidas na primeira ação de produção antecipada de provas, tendo como objeto o mesmo fato a ser esclarecido nesta ação,

por violar a coisa julgada. O instituto da ação de produção antecipada de provas veio a assegurar o direito autônomo das partes à prova, mas esse não é infinito, como todo e qualquer direito. Assim como ocorre com os demais processos no âmbito do processo civil, a ação de produção antecipada de provas está sujeita ao sistema de preclusões e aos princípios da eficiência e boa-fé processual, de sorte que a parte que participar da relação processual deve exercer os atos relativos à produção da prova oral no momento oportuno, inclusive em relação à contradita de testemunhas e às perguntas a serem dirigidas e elas, não podendo, após a homologação da prova, pretender a sua oitiva novamente no intuito de substituir ou mesmo complementar a prova homologada.

O mesmo se dá quando o objeto da prova no âmbito da ação de produção antecipada de provas consistir em uma prova pré-constituída, como se dá com uma prova documental. Como demonstramos[468], a prova documental pode ser objeto de ação de produção antecipada de provas. E, por ser uma prova pré-constituída, ela não foi produzida durante o processamento da ação, mas foi tão-somente exibida. Desta feita, a decisão que aprecia a sua validade e eficácia impede a repropositura da demanda, que terá por objeto não somente o mesmo meio de prova, mas a *mesma* prova.

Oportuno consignar que, vista sob a perspectiva do seu escopo, qual seja, de esclarecimento das partes acerca de um determinado fato relacionado a já existente ou eventual lide entre elas, a prova a ser produzida judicialmente atende ao interesse de ambas. É dizer, ainda que a prova seja desfavorável, é certo que cumprirá, mesmo assim, a sua função de esclarecer as partes acerca de um fato relativo à controvérsia. Ainda, pode ser que o seu resultado seja até mesmo favorável ao réu, eis que o autor, ao requerer a produção antecipada da prova, não tem como prever o seu resultado, podendo este ser desfavorável aos seus interesses.

Portanto, em relação ao seu escopo, pode-se entender que a ação de produção antecipada de provas possui, de certa forma, natureza dúplice. De acordo com as lições de Adroaldo Furtado Fabrício[469], "dúplices seriam as ações (em sua classificação segundo a pretensão de

---

[468] Este tema foi tratado no tópico 2.4.9 desta Tese.

[469] FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Comentários ao art. 556. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.444. Oportunas são, ainda, as lições de Kazuo Watanabe, para quem "'Ações dúplices, segundo o claro magistério de Lafayette, são 'aquelas ações em que o autor pode tornar-se réu, e o réu autor'. Nessas ações, o autor pode ser condenado, ao invés do réu, por simples pedido deste na contestação, sem necessidade de reconvenção. Nelas, 'igual e recíproco é o direito que às partes compete

Direito Material) que podem ser, em tese, propostas por um ou outro dos participantes da relação jurídico-material, se achar-se previamente definida por esta a polaridade autor-réu.".

Isso porque é facultado a todas as partes envolvidas na relação jurídica de direito material a produção de uma prova de forma antecipada, eis que todos possuem interesse em avaliar as suas chances caso a questão seja judicializada, seja para formular a sua pretensão de direito material, seja para verificar as chances de vitória caso a parte seja demandada em juízo.

Portanto, quaisquer das partes envolvidas na relação jurídica de direito material podem requerer a produção da prova antecipadamente. Para além de o juiz não valorar o conteúdo da prova – o que se dará em eventual processo que terá por fim a solução da lide – e, por isso mesmo, não possuem as partes certeza de quais delas teria sido a mais favorecida com o seu resultado se ela for avaliada judicialmente, isso não afasta a avaliação das próprias partes sobre o seu resultado, sendo certo que, sob essa ótica, a produção da prova atende a um interesse tanto do autor como do réu.

Deveras, na ação de produção antecipada de provas, ainda que o réu impugne a produção da prova, alegando que ela não seria pertinente, ou mesmo a sua eficácia, sob a assertiva, por exemplo, que ela não seria eficaz, porque produzida sem que fosse oportunizado o seu direito ao contraditório, é certo que a sua produção atende anseio do próprio réu acerca de esclarecer os fatos que permeiam a lide para que, assim, possa avaliar as suas chances e riscos em judicializar a questão. O resultado da prova, inclusive, pode até mesmo ser desfavorável àquele que requereu a sua produção e ser favorável ao réu. Portanto, a prova produzida atende a um interesse tanto do autor como do réu, de modo que a posição jurídica de ambos se confunde em relação ao escopo da ação de produção antecipada de provas, daí se afirmar que a sentença teria natureza dúplice[470].

---

promover, podendo, assim, figurar, indiferentemente, como autores os réus'" cf. WATANABE, Kazuo. Ação dúplice. **Revista de Processo**, v. 31, p. 138, jul-set.1983.

[470] Segundo Flávio Luiz Yarshell: "Mas a duplicidade reside na circunstância – que ora fica reafirmada- de que existe interesse do demandado na produção antecipada da providência de instrução, na medida em que o respectivo resultado possa favorecê-lo. Reitere-se que mesmo a prova cujo conteúdo seja desfavorável ao réu atende, em certa medida, aos interesses da parte desfavorecida, na medida em que lhe serve de advertência, evitando os encargos ainda piores que possam decorrer de um resultado desfavorável no processo cujo objeto seja a declaração do direito. Pior que uma prova desfavorável é, sem dúvida, uma sentença desfavorável." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 332. No mesmo sentido, Fredie Didier Jr.: "Segundo Yarshell, trata-se de ação que se reveste de *duplicidade peculiar*. Isso porque, ao invés de ambas as partes adotarem simultaneamente a dupla face de autor e réu, o que se observa é eu a posição ocupada pelas partes não é muito relevante. A procedência da demanda tem o mesmo significado para ambas, pois a prova será produzida e atingirá, para beneficiar ou prejudicar, todas as partes." cf. DIDIER JUNIOR, Fredie. Produção antecipada da prova. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio;

Sobre o tema, oportuno ressaltar que o efeito da sentença que homologa a prova, ou seja, de vincular todas as partes da relação jurídica processual de modo uniforme e vinculante, não pode ser confundido com a natureza dúplice da ação de produção antecipada de provas. O efeito da sentença de vincular as partes é natural de toda sentença de mérito, como, inclusive, estabelece o artigo 502, do Código de Processo Civil. Demais disso, a uniformidade de seus efeitos decorre da natureza incindível decorrente do princípio da comunhão da prova[471]. Com efeito, não é possível que a prova seja cindida entre as partes da relação processual. Ou ela é válida e eficaz ou não.

O que aqui nos interessa para efeitos de se atribuir à ação de produção antecipada de provas sua natureza dúplice é que todas as partes envolvidas nesta relação possuem interesse em esclarecer os fatos que a permeiam e, por isso, podem assumir tanto o polo ativo ou passivo na ação de produção antecipada de provas.

Por não valorar a prova, o juiz, ainda que homologue a prova produzida antecipadamente, não pode reconhecer que houve confissão da parte sobre algum fato caso tenha havido o seu depoimento pessoal[472].

Tendo em vista que a produção antecipada da prova pode ser requerida para que as partes avaliem as suas chances de êxito em eventual processo em que se resolverá a lide e, assim, resolverem se irão ou não ajuizar demanda neste sentido, ou mesmo tentarem uma autocomposição ou outro meio alternativo de resolução de conflito, é benvinda a ideia de que, após a produção da prova, o juiz designe audiência para tentativa de conciliação entre as partes, especialmente no requerimento de antecipação da prova fundado nos incisos II e III do artigo 381, do Código de Processo Civil.

Ora, se a prova foi requerida antecipadamente justamente para que o autor (e também o réu, que será citado e participará da sua produção) analise a sua situação jurídica frente ao resultado da prova e, com isso, tente a realização de um acordo com o réu ou mesmo avalie a pertinência de ajuizar uma ação que tenha por finalidade a resolução da controvérsia, a própria ação de produção antecipada de provas é um ambiente profícuo para que as partes cheguem a

---

RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 195.

[471] Este tema foi tratado no tópico 1.2.4 desta Tese.

[472] Este tema foi tratado no tópico 2.4.9 desta Tese.

uma composição no âmbito do seu rito. Não haveria óbice para tanto, pelas razões indicadas anteriormente[473].

A designação de uma audiência de tentativa de conciliação após a realização da prova ensejará, inclusive, que as partes avaliem as suas chances de sucesso em uma eventual e futura demanda que tenha por objeto a declaração do direito material e, tendo em mãos tais elementos objetivos, prefiram celebrar um acordo, seja porque o resultado da prova, juntamente com outras provas que detêm, não sejam tão favoráveis para demonstrar o seu suposto direito, seja em razão do tempo, energia e custo que arcarão caso a lide seja judicializada.

Nesse contexto, a designação de audiência de conciliação após a produção da prova confere maior utilidade ao rito da ação de produção antecipada de provas, que, dentre as hipóteses de seu cabimento, justamente está o de realizar a prova para fins de tentativa de autocomposição ou outra forma alternativa de resolução de conflito, bem como de conferir às partes maiores elementos para decidirem a pertinência do ajuizamento de um processo que vise à solução da controvérsia. Além de se extrair maior rendimento ao rito da ação de produção antecipada de provas, a designação de audiência para a tentativa de conciliação visa a atender ao escopo social da jurisdição, que é justamente a pacificação social, através da resolução da lide.

Portanto, não obstante se defender a designação de tentativa de conciliação na decisão que receber a petição inicial, entendemos ser de todo pertinente que, sendo infrutífera aquela audiência e determinada a realização da prova, o juiz designe nova audiência para tentativa de conciliação após a realização da prova, antes de proferir a sentença.

Por fim, tendo em vista que a decisão que indefere totalmente a produção da prova requerida antecipadamente, bem como a decisão que homologa ou não a prova produzida ter natureza de sentença, contra tal decisão cabe a interposição de recurso de apelação pela parte que se sentir prejudicada, nos termos do que preconiza o artigo 1.009, do Código de Processo Civil.

E não há razão para se entender que uma das partes não seja prejudicada nestas situações. Com efeito, se a prova requerida pelo autor não for produzida, não terá ele meios para esclarecer um determinado fato que permeia a lide e, com isso, apurar as suas chances de

---

[473] Este tema foi tratado no tópico 2.4.3 desta Tese.

êxito e riscos no ajuizamento de ação que vise ao acertamento da lide, ou mesmo avaliar as bases para oferecer um acordo para a parte contrária. O mesmo se diga em relação à decisão que homologa ou não a prova, por tudo que se expôs nesse capítulo, tendo-se defendido que a sentença, inclusive, faz coisa julgada material, vinculando as partes a respeito da validade e eficácia da prova produzida. Desta sorte, se a prova não for homologada, o Poder Judiciário entende que a prova produzida antecipadamente possui algum vício e, portanto, não pode ser utilizada como prova em eventual demanda que tenha por objeto a resolução da lide no seu plano substancial. Se ela for homologada, ela é oponível às partes que fizerem parte da ação de produção antecipada de provas, não cabendo a estas alegarem, na ação que tenha por escopo o acertamento da lide, a sua inadmissibilidade, invalidade ou mesmo nulidade, sob pena de violação à coisa julgada. Desta forma, tem a parte interesse processual em recorrer da sentença proferida em sede de ação de produção antecipada de provas, seja na hipótese de indeferimento da prova ou de sua homologação ou não homologação[474].

2.4.12 Sucumbência

Importante se mostra tecer comentários acerca do ônus da sucumbência em sede de ação de produção antecipada de provas. Isso porque, de acordo com o artigo 85, do Código de Processo Civil, "a sentença deve condenar o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor", devendo o vencido também pagar as despesas processuais antecipadas pelo vencedor, conforme artigo 82, §3º, do Código de Processo Civil.

Se o processo for extinto sem julgamento de mérito ou mesmo se a prova for indeferida ou não homologada, parece-nos não haver dúvida de que o autor deve arcar com o ônus da sucumbência, eis que este foi carecedor do seu direito ao exercício da ação, ou o seu pedido não foi atendido, seja no que tange à produção da prova, seja no que tange ao reconhecimento de que esta não é apta a ser utilizada como prova idônea em eventual processo que vise à solução da lide. Portanto, nestas hipóteses, claramente o pedido do autor não foi atendido, sendo este

---

[474] Entendendo que a parte não teria interesse recursal contra a decisão que homologar a prova produzia antecipadamente, Arthur Ferrari Arsuffi: "Ocorre que a sentença da produção antecipada da prova, em regra (exceção feita àquela que indeferir totalmente a produção da prova), não se sujeitará a apelação, pois se limitará a declarar (ou homologar) a higidez da prova produzida, de modo que não seria possível impugnar decisões interlocutórias em sede de apelação, pois em geral não haverá interesse em recorrer de tal sentença. [...] Por fim, é de se destacar que contra a sentença que declarar (ou homologar) a higidez da prova não caberá recurso, e eventual irregularidade formal na produção da prova poderá e deverá ser objeto de discussão do eventual e futuro processo que verse sobre o acertamento do direito. Essa posição se justifica, já que, em relação a essa decisão, a supressão recursal prevista no §4º do artigo 382 do CPC/2015 se mostra razoável, mormente pela impossibilidade de prejuízo imediato às partes." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, pp. 223-225.

considerado vencido na demanda e, por isso, aplicável sem nenhuma dificuldade o disposto nos já citados artigos 82, § 2º e 85, do Código de Processo Civil.

Contudo, nas demais hipóteses, não há como se identificar quem foi o vencedor e, por conseguinte, vencido na mencionada ação. Isso porque o juiz dirige a produção da prova, mas não a valora, de acordo com o que determina o artigo 382, §2º, do Código de Processo Civil. Por essa razão, tal critério não deve ser adotado para a fixação dos ônus sucumbenciais em sede de ação de produção de provas, em razão das características desse rito.

A grande questão reside como se dá o pagamento da sucumbência em caso de prova produzida judicialmente e homologada pelo Poder Judiciário. Pela natureza da ação de produção antecipada de provas, a prova requerida pelo autor e produzida judicialmente pode até beneficiar o réu, eis que, ao requerer tal prova, o autor não tem como antecipar o seu resultado. Ainda, vista sob a ótica do seu objeto, qual seja, esclarecer as partes sobre as suas chances e riscos em relação à sua pretensão de direito material, ainda que o resultado seja desfavorável a uma ou a ambas as partes, não se pode negar que o processo atingiu o seu escopo, qual seja, de trazer mais elementos às partes sobre fatos que permeiam a lide e, com isso, atingiu seu escopo tanto para o autor e para o réu. Portanto, ainda que a prova seja desfavorável ao autor da ação, ele teve a sua pretensão atendida, tanto no sentido de produção da prova quanto em relação à sua pretensão de esclarecer fatos pertinentes à controvérsia presente ou futura entre as partes.

Não nos parece correto que o resultado da prova - se ele foi mais favorável ao autor ou ao réu -, seja o critério para que seja determinado quem deve arcar com as custas de sucumbência na ação de produção antecipada de provas. Sequer haveria como, na ação de produção antecipada de provas, verificar se o resultado da prova foi benéfico a uma das partes em detrimento da outra ou mesmo dos interessados. Isso porque a avaliação do resultado da prova é feita pelas partes – que são os destinatários da prova-, e não pelo juiz, que não valora a prova, nos exatos termos do que determina o artigo 382, § 2º, do Código de Processo Civil.

Flávio Luiz Yarshell[475] defende que o ônus de sucumbência no rito da ação de produção antecipada de provas deve ser rateado entre as partes.

---

[475] "Por outro lado, sob a ótica da causalidade (e na premissa de que a medida tenha sido admitida), tampouco se pode dizer que a simples iniciativa do autor, de requerer a antecipação da prova, transfira para o réu a responsabilidade pelos encargos. Nem mesmo o inverso é correto: a iniciativa da antecipação não faz do autor o único interessado na prova. Por isso, não é correto atribuir-lhe o ônus da antecipação das despesas (art. 82, *caput*),

Com a devida *vênia*, entendemos que deve ser aplicado o princípio da causalidade, de sorte que o pagamento dos ônus sucumbenciais deve ser a cargo a quem deu causa ao ajuizamento da ação de produção antecipada de provas[476]. E isso deve ser visto no caso concreto, e não numa visão simplista de que o autor, ao ajuizar a referida ação, deu causa ao seu ajuizamento, e, assim, deveria arcar com os custos sucumbenciais. Se, por exemplo, o autor requereu a exibição do documento ou coisa extrajudicialmente e não teve o seu pedido atendido, sendo necessário que o autor ajuizasse a ação de produção antecipada de provas, deve o réu que se negou a atender tal pedido na esfera extrajudicial arcar com as custas processuais e com os honorários advocatícios sucumbenciais, como, inclusive, já asseverou o Superior Tribunal de Justiça[477]. No mesmo sentido, o réu deve arcar com os ônus sucumbenciais se impugnou a pretensão do autor, seja mediante a apresentação de questões de ordem pública, seja mediante qualquer alegação que se insurja em relação à produção da prova, conforme acórdãos proferidos

---

pura e simplesmente, porque isso seria negar o caráter autônomo do direito à prova e a circunstância de que a vantagem sobre o 'prévio conhecimento dos fatos' é bilateral. Em qualquer caso, a solução será, então (i) repartir as despesas e (ii) atribuir a cada parte o ônus de suportar a verba honorária de seu advogado (não se trata de compensação, que a lei vedou)." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários aos arts. 381 a 383. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civi**l. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.043.

[476] Sobre o tema, assevera Cândido Rangel Dinamarco: "Fala-se em honorários da sucumbência, porque ordinariamente que os paga é o sucumbente, ou seja, o vencido. Essa locução é expressiva e de uso corrente mas tem-se a consciência de que a razão ética legitimadora da obrigação de pagar honorários ao vencedor não é a sucumbência em si mesma. O que legitima essa obrigação é o fato de o sujeito haver dado causa ao processo, com isso gerando para o adversário a necessidade de contratar patrono e pagar. Mas, embora esse não seja o linguajar tecnicamente ideal, falar em honorários da sucumbência transmite muito bem a ideia e não há mal em continuar falando assim;" cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 2, p. 653. Fernando Gama de Miranda Neto entende que não haveria que se falar em honorários de sucumbência, por não haver vencedor e vencido em ação de produção antecipada de provas; cf. MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Produção antecipada da prova: natureza, cabimento e garantias constitucionais do processo. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 457.

[477] "AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIALETICIDADE RECURSAL. OBSERVÂNCIA. DECISÃO RECONSIDERADA. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO. SUCUMBÊNCIA. PRETENSÃO RESISTIDA. NÃO CONFIGURAÇÃO. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. [...]. 2. Consoante a jurisprudência desta Corte, 'em conformidade com os princípios da sucumbência e da causalidade, são devidos honorários advocatícios em ações cautelares de exibição de documentos e produção antecipada de provas, desde que demonstrada a recusa administrativa e configurada a resistência à pretensão autoral, o que, como visto, não ocorreu na hipótese' (AgInt no AREsp 1.481.435/SP, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 10/9/2019). [...]. (AgInt no AREsp n. 1.546.908/SP, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 3/12/2019, DJe de 19/12/2019).

pelo Superior Tribunal de Justiça[478] e autorizada doutrina[479]. Neste sentido, ainda, necessário ressaltar o disposto no Enunciado 118 das Jornadas de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal, que fixou o entendimento de que "é cabível a fixação de honorários advocatícios na ação de produção antecipada de provas na hipótese de resistência da parte requerida da produção da prova". A *contrario sensu,* se não houver resistência do réu na produção da prova requerida pelo autor, este deve arcar com os ônus sucumbenciais, eis que deu causa ao ajuizamento da ação, na medida em que esta foi promovida para atender uma pretensão sua[480]. Este mesmo raciocínio deve ser aplicado ao réu se o autor não se insurgiu contra a sua pretensão de produção de prova, devendo aquele arcar com os ônus de sucumbência.

---

[478] "AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. AUSÊNCIA DE PRETENSÃO RESISTIDA. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. DESCABIMENTO. ENTENDIMENTO ADOTADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83 DO STJ. DESATENDIMENTO DO PEDIDO ADMINISTRATIVO NÃO COMPROVADO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. Segundo a jurisprudência do STJ, são cabíveis honorários de sucumbência, nas ações cautelares de exibição de documentos, quando houver resistência da parte requerida ao atendimento do pedido, qual seja, a exibição dos documentos solicitados, em observância ao princípio da causalidade. Na hipótese, a ré não foi condenada ao pagamento das verbas de sucumbência, pois apresentou, no curso do feito, a documentação requerida. Incidência da Súmula 83/STJ. 2. In casu, o Tribunal local, por meio do exame do conjunto fático-probatório dos autos, asseverou que a seguradora não opôs resistência à produção antecipada de provas nem houve comprovação do prévio requerimento administrativo. Nesse contexto, a revisão de tais conclusões esbarra no óbice da Súmula 7 desta Corte. 3. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp n. 1.552.139/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 20/4/2020, DJe de 24/4/2020).

[479] Conforme Arthur Ferrari Arsuffi: "De todo modo, parece que o melhor entendimento é aquele, fixado sob a égide do CPC/1973, de que só é cabível a condenação em honorários advocatícios nos casos em que houver pretensão resistida por parte daquele que será 'atingido' pela produção da prova." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019p. 226. Perfilha do mesmo entendimento Flávio Rezende Neiva: "A necessidade, porém, do uso do princípio da causalidade, dá-se se houver resistência imotivada por parte do réu, ocasião em que este deverá arcar sozinho com as despesas processuais e será condenado a pagar honorários." cf. NEIVA, Flávio Rezende. Dos honorários de sucumbência na ação de produção antecipada de provas. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 187. Coaduna com esse entendimento Fredie Didir Jr.: "Agora, se existirem outros interessados na diligência probatória, que opuserem algum tipo de resistência à sua realização, aquele que for, ao final, vencido, será condenada nas despesas adiantadas pelo requerente, inclusive nos honorários do seu advogado." cf. DIDIER JUNIOR, Fredie. Produção antecipada da prova. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 204. No mesmo sentido, Eduardo Talamini: "Se o réu resiste à antecipação da prova, sustentando seu descabimento, e é derrotado, deve responder pelas despesas relativas à desnecessária extensão do procedimento por força dessa alegação infundada, inclusive honorários advocatícios. Se for vitorioso, cabe ao autor responder pela sucumbência." cf. TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, v. 260, pp. 75-101, out. 2016p. 87. Ainda, Rogério Mollica: "existindo resistência devem ser fixados honorários advocatícios, restando analisar a melhor forma de arbitrá-los." cf. MOLLICA, Rogério. A condenação em honorários qdvocatícios na produção antecipada da prova. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 488.

[480] Segundo Fredie Didier Jr.: "As despesas processuais, a princípio, correm por conta do requerente da medida." cf. DIDIER JUNIOR, Fredie. Produção antecipada da prova. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 204.

Ainda, deve ser considerado se o réu também requereu a produção de outras provas em sede de ação de produção antecipada de provas, conforme permite o artigo 382, § 3º, do Código de Processo Civil, se houve resistência do autor em relação à produção de tal prova, e se ela foi deferida e homologada pelo juiz. Se ambas as partes impugnarem a pretensão da parte contrária e as provas forem deferidas e homologadas, as despesas processuais e os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser rateados entre eles, conforme artigo 86, do Código de Processo Civil[481].

Se, por conseguinte, o autor não se insurgiu contra a produção da prova requerida pelo réu e este impugnou a pretensão do autor, deve o réu arcar com os ônus sucumbenciais se ambas as provas forem homologadas. Se o réu não se insurgiu contra a pretensão do autor e este impugnou o direito do réu à produção da prova, o autor deve arcar com os ônus sucumbenciais.

O juiz, portanto, deve analisar o caso concreto para verificar se houve resistência na produção da prova para que o autor buscasse o Poder Judiciário para a sua realização, bem como se houve resistência do réu na produção da prova ou o requerimento, de sua parte, de outras provas, situação em que deve ser apurada eventual resistência do autor, para que seja atribuído a quem deve arcar com os ônus sucumbenciais.

Quanto ao valor a ser fixado a título de honorários advocatícios sucumbenciais, relembramos que não há conteúdo econômico na ação de produção antecipada de provas, tampouco condenação da parte sucumbente. Não é por esse motivo que as custas iniciais são recolhidas para efeitos fiscais e, portanto, tendem a ser ínfimas, conforme exposto anteriormente[482]. Por essa razão, e para que o advogado da parte vencedora da causa seja remunerado conforme o seu trabalho, é aplicável ao caso o disposto no artigo 85, §8º, do Código

---

[481] Defendendo que as custas devem ser rateadas pelas partes, embora considerando que não haveria que se fixar a condenação de honorários advocatícios sucumbenciais entre elas, com o que não concordamos, Flávio Rezende Neiva "Pontua-se, ainda, o caso do pedido de complementação da produção da prova pela parte Ré, ocasião em que as custas devem ser rateadas entre as partes e não haverá condenação em honorários." cf. NEIVA, Flávio Rezende. Dos honorários de sucumbência na ação de produção antecipada de provas. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 192; 204.

[482] Este tema foi tratado no tópico 2.4.2 desta Tese.

de Processo Civil[483], devendo os honorários advocatícios sucumbenciais serem fixados de acordo com o princípio da equidade se o valor da causa for muito baixo[484].

Ainda, importante considerar que, pelo princípio da reparação integral, se o autor ou o réu da ação de produção antecipada de provas arcou com os ônus sucumbenciais para a produção da prova e, posteriormente, ajuizou ação de conhecimento com base em tal prova para formular a sua pretensão no plano substancial, pode requerer a condenação do réu ao pagamento das custas que arcou na ação de produção antecipada de provas a título de indenização por danos materiais, sob o fundamento de que arcou com tais despesas para provar o seu direito. Esse é o entendimento da doutrina[485] e da jurisprudência[486], sendo identificado, inclusive,

---

[483] "§ 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º."

[484] No mesmo sentido, Rogério Mollica: "tal parágrafo 8º que se tornou famoso por tentativas de aplicá-lo de forma contrária à prevista em lei, para a redução de honorários tidos por exagerados, parece ser totalmente aplicável ao caso em estudo, eis que certamente teremos um valor da causa muito baixo e um percentual entre 10 e 20% desse valor que não servirá para remunerar adequadamente o advogado." cf. MOLLICA, Rogério. A condenação em honorários qdvocatícios na produção antecipada da prova. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 489. No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: "APELAÇÃO – Produção antecipada de provas – Valor da causa baixo – Honorários de sucumbência – Fixação por equidade, sem infringência à tese no tema 1076 do Superior Tribunal de Justiça – Parâmetro indicado pelos incisos do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil – Fixação levando em consideração a recomendação do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil – Sentença mantida. Apelação não provida." (TJSP; Apelação Cível 1012437-29.2021.8.26.0161; Relator (a): Sá Moreira de Oliveira; Órgão Julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Foro de Diadema - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/05/2023; Data de Registro: 29/05/2023).

[485] Segundo Flávio Rezende Neiva: "Parte-se, então, para a verificação da questão da reparação integral, caso o autor seja sucumbente na ação de produção antecipada de provas e vencedor em ação posterior, utilizando as provas produzidas. Nesta perspectiva poderá o autor, em ação movida posteriormente com as provas produzidas, pleitear a reparação integral dessas despesas, pelo menos em relação às custas processuais." cf. NEIVA, Flávio Rezende. Dos honorários de sucumbência na ação de produção antecipada de provas. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 189. De maneira contrária defende Fernando Gama de Miranda Netto: "Ainda que exista uma demanda posterior que utilize o resultado da prova produzida não será possível o reembolso das despesas do processo prévio, em razão da diferença de objeto e inexistir relação de *acessoriedade* entre os processos, isto é, não há um processo principal e um processo cautelar como no sistema processual anterior." cf. MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Produção antecipada da prova: natureza, cabimento e garantias constitucionais do processo. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 457. No mesmo sentido, Arthur Ferrari Arsuffi: "Nesse sentido, a melhor solução é adotar a regra geral do artigo 82 do CPC/2015, com a ressalva de que os custos e as despesas despendidos na produção antecipada da prova poderão ser ressarcidos no caso de vitória no futuro e eventual processo que verse sobre o acertamento do direito." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 229.

[486] "COMPRA E VENDA DE BEM MÓVEL – VÍCIO DO PRODUTO – DANOS MATERIAIS E MORAIS – Autor comprou produto 'torneira' da Requerida – Produto com defeito, o que gerou vazamento na residência do Autor – Vazamento causou danos aos móveis planejados da cozinha – [...] – SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA, para condenar ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R$ 23.800,00 'referente ao reparo da cozinha', ao reembolso dos 'valores suportados nos autos de produção antecipada de provas' nas quantias de R$ 194,14 e de R$ 12.478,96 [...]." (TJSP; Apelação Cível 1057507-32.2019.8.26.0002;

acórdão que condena o réu na ação de conhecimento a restituir o autor nas despesas que este arcou com o pagamento dos honorários advocatícios e de assistente técnico em sede de ação de produção antecipada de provas[487].

Não há dúvidas de que o parte sucumbente na ação de produção antecipada de provas pode pleitear o ressarcimento das custas processuais e dos honorários advocatícios sucumbenciais a que foi condenada em sede de ação de produção antecipada de provas em processo de conhecimento posteriormente ajuizado para a resolução da lide de direito material se as provas produzidas antecipadamente forem utilizadas como provas no referido processo, a título de indenização por dano material, como visto. Discussão há, contudo, em relação ao pedido de ressarcimento pelas despesas que arcou com advogados e assistentes técnicos, se foi realizada prova pericial antecipadamente. Há acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que os honorários advocatícios contratuais não podem ser ressarcidos, sob o fundamento de que esta despesa é inerente ao exercício do direito ao contraditório, à ampla defesa e do acesso à Justiça[488].

Relator (a): Flavio Abramovici; Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/02/2022; Data de Registro: 21/02/2022).

[487] "Apelação. Responsabilidade civil. Direito de vizinhança. Ação de indenização por danos materiais e morais. [...]. Sentença de parcial procedência da ação baseada em perícia técnica realizada em anterior produção antecipada de provas, que apreciou detalhadamente todo o conjunto probatório dos autos, fazendo análise minuciosa dos fatos e provas apresentados. [...]. Necessidade de ressarcimento dos valores gastos com honorários advocatícios e assistente técnico particulares contratados pelo Autor para o ajuizamento da anterior ação de produção antecipada de provas, que serviu para instruir a presente ação indenizatória e comprovar os danos e o nexo de causalidade, em observância ao princípio da reparação integral, vez que compõem a indenização por danos materiais. 'A necessidade de servir-se do processo para obter razão não pode reverter em dano a quem tem razão, pois, a administração da justiça faltaria ao seu objeto e a própria seriedade dessa função do Estado estaria comprometida se o mecanismo organizado para o fim de atuar a lei tivesse de operar como prejuízo de quem tem razão (Chiovenda)'. Precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça. [...]." (TJSP; Apelação Cível 1131834-76.2018.8.26.0100; Relator (a): L. G. Costa Wagner; Órgão Julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 24ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/12/2020; Data de Registro: 18/12/2020).

[488] "AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. MÚTUO BANCÁRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. RESSARCIMENTO. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA Nº 568/STJ. [...]. 2. Os custos decorrentes da contratação de advogados não são indenizáveis, sob pena de atribuir ilicitude a qualquer pretensão questionada judicialmente. 3. A atuação judicial na defesa de interesses das partes é inerente ao exercício regular de direitos constitucionais, como o contraditório, a ampla defesa e o amplo acesso à Justiça. Precedentes. 4. Agravo interno não provido." (AgInt no REsp n. 1.975.267/AC, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 8/8/2022, DJe de 15/8/2022). "AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DANO MATERIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. RESSARCIMENTO INDEVIDO. JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. 1. A jurisprudência desta Corte Superior está firmada no sentido de que o valor de honorários contratuais estabelecidos entre a parte e seu patrono não constitui dano material passível de indenização. 2. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp n. 1.772.189/SP, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 11/10/2021, DJe de 14/10/2021). "AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA. RESSARCIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS PARA DEFESA DOS INTERESSES DA PARTE EM JUÍZO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO IMPROVIDO. [...]. 2. Os honorários advocatícios

Entendemos que, de fato, o vencido na ação de conhecimento não deve ser condenado ao pagamento dos honorários advocatícios contratuais e do assistente técnico contratado pelo vencedor em sede de ação de produção antecipada de provas, mas por outro motivo. Isso porque não nos parece razoável que não haja a sua condenação em tais custas sob o fundamento de que tais custos seriam inerentes ao exercício regular do seu direito. Muito pelo contrário, entendemos que este fundamento reforça a ideia de que eles deveriam ser ressarcidos. Ora, justamente em razão dos princípios mais elementares do Estado Democrático do Direito, tais como o contraditório, a ampla defesa e o acesso à Justiça, é que um litigante não deveria sofrer qualquer prejuízo material para defender os seus direitos. É até mesmo possível que um litigante não tenha condições de arcar com os custos de um advogado para a condução de um processo ou mesmo de um assistente técnico e, com isso, não possa valer-se dos seus direitos. Na hipótese de se convencer do seu direito, arcar com tais custos e poder ser ressarcido deles, o direito ao ressarcimento destes gastos garante efetivamente o seu direito ao contraditório, ampla defesa e acesso à Justiça, e não o contrário.

Contudo, parece-nos que estes valores não são indenizáveis por outro motivo. Se é certo que a parte tem o direito de contratar advogados e até mesmo assistentes técnicos para defender os seus direitos em uma determinada ação em que será realizada uma prova judicial, por outro lado ela tem a liberdade de contratar os profissionais que escolher e pelo preço que melhor lhe convier, e não tem a parte contrária ingerência nestas contratações. Por esse motivo, os honorários advocatícios podem até mesmo serem desproporcionais ou não condizentes com os serviços prestados, de sorte que não poderia ser o vencido condenado a arcar com tais valores. Por este motivo, entendemos que, em razão da liberdade e até mesmo da faculdade de a parte contratar advogados e assistentes técnicos, não pode o vencido na ação de conhecimento arcar com os valores que o vencedor pagou a título de honorários advocatícios e de assistente técnico contratuais decorrentes de suas atuações em ação de produção antecipada de provas.

---

contratuais são de responsabilidade da parte contratante, cabendo à parte contrária apenas os honorários sucumbenciais. 'A Corte Especial e a Segunda Seção do STJ já se pronunciaram no sentido de ser incabível a condenação da parte sucumbente aos honorários contratuais despendidos pela vencedora.[...]' (AgInt no AREsp 1.332.170/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, julgado em 07/02/2019, DJe de 14/02/2019). 3. Agravo interno a que se nega provimento." (AgInt nos EDcl no REsp n. 1.675.516/DF, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 30/11/2020, DJe de 18/12/2020).

2.4.13 Sistema recursal na ação de produção antecipada de provas

De acordo com o artigo 382, §4º, do Código de Processo Civil[489], só é admitida a interposição de recurso contra a decisão que indeferir totalmente a prova requerida pelo autor.

Entendemos que tal dispositivo viola o direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa do réu, podendo-lhe causar, inclusive, severos prejuízos. É o caso de se pensar na hipótese de uma prova ser deferida que viole a intimidade do réu, ou o seu sigilo bancário e fiscal, ou mesmo segredo industrial. A medida será satisfativa, e não teria o réu qualquer instrumento à sua disposição para que a decisão que deferiu a prova seja revista. Como defendido anteriormente[490], deve ser oportunizado ao réu se defender na ação de produção antecipada de provas, seja para alegar questões de ordem pública, tais como a ilegitimidade do autor ou do réu e a falta de interesse de agir do autor, seja para se insurgir contra o pedido de produção da própria prova. Como decorrência ao princípio do contraditório, defende-se que tal princípio seja estendido também na esfera recursal, devendo ser admitida a interposição de recurso contra a decisão que defere a produção antecipada da prova, por exemplo.

Demais disso, ao prever somente a possibilidade de o autor se insurgir contra a decisão que indefere a produção da prova, mas não conceder o mesmo direito ao réu contra a decisão que a deferir, o disposto no artigo 382, §4º, do Código de Processo Civil, viola o princípio da igualdade, ao tratar desigualmente as partes no sistema recursal da ação de produção antecipada de provas, eis que somente permite ao autor se insurgir contra o indeferimento da produção da prova, mas, de outra banda, não permitir que o réu recorra da decisão que a defere Aliás, trata desigualmente o réu em duas esferas, seja por não permitir a interposição de recurso contra a decisão que defere a produção da prova, seja por permitir o cabimento de recurso se o pedido de prova for indeferido pelo autor originário, coibindo interposição de recurso contra o indeferimento de prova pelo réu, terceiro interveniente ou mesmo qualquer interessado na sua produção.

Por essa razão, uma grande parcela da doutrina defende o cabimento de recurso contra a decisão que defere ou indefere, total ou parcialmente, a produção da prova no âmbito da ação

---

489. "Art. 382. Na petição, o requerente apresentará as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair. [...]. § 4º Neste procedimento, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário

490 Este tema foi tratado no tópico 2.4.6 desta Tese.

de produção antecipada de provas[491], posição com a qual concordamos, havendo, inclusive, decisões judiciais que enfrentaram a matéria e decidiram pelo cabimento de recurso contra a decisão que deferiu a produção da prova, especialmente quando a prova ensejar a quebra de sigilo bancário, fiscal ou, de alguma forma, violar a intimidade ou bem protegido legalmente do réu[492]. Ainda, encontra-se precedentes em que o recurso de agravo de instrumento foi

---

[491] Neste sentido, Flávio Luiz Yarshell: "Também foi infeliz a disposição que pretendeu restringir o cabimento de recurso, limitada que foi à hipótese da decisão que indeferir totalmente a produção antecipada da prova. De forma semelhante ao que foi dito sobre a defesa do réu, aqui a lei parecer ignorar que o deferimento da antecipação pode violar direitos constitucionalmente assegurados, como sigilo, intimidade e privacidade. Ou seja: a lei parece ter partido da falsa premissa de que o deferimento da prova jamais poderia acarretar prejuízo para o demandado; o que é clamoroso equívoco. Portanto, na premissa de que a decisão que deferir a prova também pode ensejar interesse recursal, a supressão legal – tanto mais porque gera injustificado desequilíbrio entre os litigantes – deve, mais uma vez, ser interpretada à luz da Constituição Federal e dos limites trazidos pelo §2º do art. 382: só não há interesse recursal para tratar de aspectos relativos à valoração da prova ou ao mérito da decisão (salvo, de novo, se isso levar à inadmissibilidade da prova ou de sua impugnação). Em último caso, se não couber recurso, haverá de caber medida impugnativa autônoma." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários aos arts. 381 a 383. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civi**l. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.042. Perfilha do mesmo entendimento Arthur Ferrari Arsuffi: "A verdade é que não se pode ignorar que a decisão que defere (ou indefere) a produção da prova é aquela que terá aptidão para causar prejuízo às partes, seja acolhendo o pedido daquele que requereu a prova (o que poderá causar prejuízo à parte contrária ao violar, por exemplo, sua intimidade ou segredos industriais), seja desacolhendo-o (o que causará prejuízo à parte que requereu a prova). E, diante dessa constatação, não há como negar que as partes têm nítido interesse recursal para se insurgir contra tal decisão. [...]. Assim, é possível concluir que há interesse recursal em impugnar a decisão que determine a produção da prova e, tendo isso em vista, a supressão imotivada de recurso contra essas decisões importaria em violação aos princípios do duplo grau de jurisdição e do devido processo legal, além do princípio da igualdade, como mencionado acima." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 220. No mesmo diapasão, Daniel Amorim Assumpção Neves: "O mesmo se diga do cabimento de recurso, sendo inadmissível tornar o juiz um pequeno soberano ditador na produção da prova sem que exageros e/ou ilegalidades possam ser revistas pelo tribunal de segundo grau. [...] O legislador desconsiderou, por outro lado, que o deferimento da prova pode violar direitos constitucionalmente garantidos, como sigilo, intimidade e privacidade. E ao tratar de forma distinta o indeferimento e o deferimento da prova o art. 382, §4ª, do CPC, violou o princípio da isonomia, dando indevido e injustificável tratamento distinto ao autor e réu do processo, o que vem levando parcela da doutrina a admitir, mesmo *contra legem*, o cabimento de recurso nesse caso." cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de processo civil comentado**. 4.ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 741. Ainda, .João Batista Vilhena: "Essa consequência (de ser concedida ao réu impugnar a pretensão do autor na ação de produção antecipada de provas) acarreta na possibilidade de ser interposta apelação contra a sentença que julgar a produção antecipada da prova, ficando também nesta parte prejudicada a incidência da regra do art. 382, §4º, do CPC/2015." cf. VILHENA, João Batista. Da exibição de documento como produção antecipada da prova. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth: 2021, pp. 292-293.

[492] "PRODUÇAO ANTECIPADA DE PROVAS. Extratos bancários de suposto falsário. Autor que alega ter sido vítima de estelionato em leilão extrajudicial de veículos. Pretensão de exibição de extratos bancários da conta, na qual efetuou o depósito e de dados dos beneficiários de eventuais transferências. Quebra de sigilo bancário justificada. Período dos documentos limitado à data do depósito e transferências efetuadas para terceiros. Interesse de agir evidenciado. Necessidade de obtenção dos documentos para ajuizamento de futura ação indenizatória. Procedência parcial da ação mantida, por seus próprios e jurídicos fundamentos. Precedentes desta Corte. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO." (TJSP; Apelação Cível 1096801-20.2021.8.26.0100; Relator (a): Fernando Sastre Redondo; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 21ª Vara Cível; Data do Julgamento: 12/05/2023; Data de Registro: 12/05/2023). "Produção antecipada de provas. Litígio instaurado entre duas empresas atuantes no ramo de consultoria ao mercado financeiro após a divulgação de um vídeo anônimo acusando a 'Traders Club' de condutas ilícitas. Ação de produção antecipada de provas proposta pela 'Empiricus', a quem foi atribuída a autoria do vídeo por denúncia anônima. Exibição de documentos autorizada parcialmente pelo Juízo, limitando o objeto da prova às mensagens mencionadas na coletiva de

conhecido contra decisão que determinou que o Ministério Público arcasse com o pagamento de honorários periciais em sede de ação de produção antecipada de provas[493] e contra decisão que rejeitou a exceção de suspeição do perito[494].

Ressalte-se que, embora o Superior Tribunal de Justiça já tenha defendido a legalidade do disposto no artigo 382, §4º, do Código de Processo Civil[495], interessante analisar o acórdão

---

imprensa convocada pela ré. Pretensão de ampliação do objeto da exibição de documentos para que sejam trazidas ao Juízo todas as mensagens trocadas pela ré com os delatores. Ausência dos requisitos do art. 300, CPC, associados ao que normatiza o art. 381 do CPC. A autora não comprova a relevância de extrapolar a quebra de sigilo de dados para além dos documentos mencionados na coletiva de imprensa. Irreversibilidade dos efeitos da decisão vetada pelo CPC. Recurso não provido." (TJSP; Agravo de Instrumento 2218697-85.2022.8.26.0000; Relator (a): Enio Zuliani; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 37ª Vara Cível; Data do Julgamento: 06/10/2022; Data de Registro: 07/10/2022).

[493] "Agravo de Instrumento – Ação de Produção Antecipada de Prova promovida pelo Ministério Público. Honorários periciais – Determinação para que o Ministério Público do Estado de São Paulo, ora agravante, providencie o adiantamento da verba honorária pericial – Impossibilidade. Incidência da isenção prevista no artigo 18, da Lei nº 7.347/85 também no procedimento preparatório ao ajuizamento de ação civil pública – Aplicação do artigo 91, § 1º, do Código de Processo Civil afastada. Precedente. Decisão reformada. Recurso provido." (TJSP; Agravo de Instrumento 2091560-86.2023.8.26.0000; Relator (a): Renato Delbianco; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Poá - 2ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 11/05/2023; Data de Registro: 11/05/2023).

[494] "AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS – SUSPEIÇÃO DO PERITO – Perito judicial que presta serviços de engenharia civil para Municípios da região – Hipótese que não se enquadra em 'interesse no resultado do julgamento', nos termos do artigo 145, inciso IV, do Código de Processo Civil – Ausente interesse jurídico e pessoal na causa - HONORÁRIOS PERICIAIS – Decisão que fixou os honorários provisórios do Perito Judicial em R$ 19.600,00 – Valor que não se mostra razoável – Os honorários fixados são provisórios e não definitivos, de modo que, devem ser reduzidos para R$ 14.000,00, valor que se revela mais aceitável e se afigura suficiente, ainda que provisório, a suprir os custos em face do trabalho esquematizado pelo Perito - Somente após a elaboração do laudo pericial é que o Juízo terá elementos suficientes para aferir acerca da complexidade do trabalho desenvolvido pelo experto, ocasião em que poderá fixar a verba em caráter definitivo - Decisão parcialmente reformada – Recurso parcialmente provido." (TJSP; Agravo de Instrumento 2270840-51.2022.8.26.0000; Relator (a): Maria Laura Tavares; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Iguape - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/02/2023; Data de Registro: 24/02/2023).

[495] "CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DA PRESIDÊNCIA DO STJ. RECONSIDERAÇÃO. AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. PEDIDO DEFERIDO. APELAÇÃO. NÃO CABIMENTO. CONSONÂNCIA DO ACÓRDÃO RECORRIDO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO INTERNO PROVIDO. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. 1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que, a teor do art. 382, § 4º, do CPC/2015, nos procedimentos de produção antecipada de prova, somente é cabível a interposição de recurso quando a decisão proferida denegar o pleito formulado. Precedentes. [...]". (AgInt nos EDcl no AREsp n. 2.176.372/SP, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 13/2/2023, DJe de 24/2/2023). "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. PEDIDOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA O INDEFERIMENTO DE UM PEDIDO. RECURSO NÃO CONHECIDO NA INSTÂNCIA PRECEDENTE PORQUE INCABÍVEL. INTELIGÊNCIA DO ART. 382, § 4º, DO NCPC. ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STJ. INAFASTÁVEL A APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 568 DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. [...]. 2. A jurisprudência desta eg. Corte Superior já proclamou que, a teor do art. 382, § 4º, do CPC/2015, nos procedimentos de produção antecipada de prova, somente é cabível a interposição de recurso quando a decisão proferida denegar o pleito formulado. [...].". (AgInt no AREsp n. 2.006.173/PR, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 24/11/2022). "AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - MEDIDA CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA PERICIAL - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA RECURSAL DA PARTE DEMANDADA. [...]. 2. Na hipótese, o Tribunal local seguiu orientação desta Corte no sentido de que nos procedimentos de produção antecipada de prova, somente é cabível a interposição de recurso quando a

proferido pela mesma Corte Superior no Recurso Especial nº 1.853.458/SP, que entendeu pelo cabimento de recurso de agravo de instrumento contra a decisão que deferir a exibição de documento ou coisa, seja em sede de incidente instaurado no processo de conhecimento, seja no âmbito da ação de produção antecipada de provas[496]. Ora, se é possível o cabimento de recurso de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu a exibição do documento em sede de produção antecipada de prova, não há motivo pelo seu não cabimento contra a decisão que deferir qualquer prova requerida no mencionado rito. Não há razão que justifique que somente se for deferida a exibição de documento ou coisa seria cabível a interposição de recurso, e não para as demais provas que podem ser requeridas na ação de produção antecipada de provas. O Superior Tribunal de Justiça, em recente acórdão, defendeu o cabimento do recurso de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu a prova em ação de produção antecipada de provas, entendendo que o disposto no artigo 382, §4º, do Código de Processo Civil, não pode ser literal, sob pena de violar o princípio constitucional ao contraditório[497].

---

decisão proferida denegar o pleito formulado. Incidência da Súmula 83 do STJ. 3. Agravo interno desprovido." (AgInt no AREsp n. 2.144.353/MG, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 14/11/2022, DJe de 21/11/2022).

[496] "PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO. ART. 1.015, VI, DO CPC/2015. PROLAÇÃO DE SENTENÇA NO PROCESSO PRINCIPAL. CARÊNCIA SUPERVENIENTE DO INTERESSE RECURSAL. AUSÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. OPERAÇÃO "LAVA JATO". ERRO JUDICIÁRIO. INDENIZAÇÃO. REQUERIMENTO DE EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS PARA APRESENTAÇÃO DE ARQUIVOS. NATUREZA DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. [...]. VIII - É cabível agravo de instrumento contra decisão interlocutória que versa sobre a exibição de documento ou coisa, seja ela objeto de incidente processual instaurado conforme os arts. 396 a 404 do CPC 2015, de pedido de produção antecipada de provas, ou de requerimento singelo de expedição de ofício para apresentação ou juntada de documento ou coisa. 'O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.' (REsp 1.696.396/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/12/2018, DJe 19/12/2018). [...]." (REsp n. 1.853.458/SP, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 22/2/2022, DJe de 2/3/2022).

[497] "RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS, COM FUNDAMENTO NOS INCISOS II E III DO ART. 381 DO CPC. DEFERIMENTO LIMINAR DO PEDIDO, SEM OITIVA DA PARTE ADVERSA. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO, NÃO CONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, A PRETEXTO DE APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 382 DO CPC. CONTRADITÓRIO. VULNERAÇÃO. RECONHECIMENTO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. A controvérsia posta no recurso especial centra-se em saber se, no procedimento de produção antecipada de prova, a pretexto da literalidade do § 4º do art. 382 do Código de Processo Civil, não haveria, em absoluto, espaço para o exercício do contraditório, tal como compreenderam as instâncias ordinárias, a ponto de o Juízo a quo, liminarmente - a despeito da ausência do requisito de urgência - e sem oitiva da parte demandada, determinar-lhe, de imediato, a exibição dos documentos requeridos, advertindo-a sobre o não cabimento de nenhuma defesa; bem como de o Tribunal de origem, com base no mesmo dispositivo legal, nem sequer conhecer do agravo de instrumento contraposto a essa decisão. 2. O proceder levado a efeito pelas instâncias ordinárias aparta-se, por completo, do chamado processo civil constitucional, concebido como garantia individual e destinado a dar concretude às normas fundamentais estruturantes do processo civil, utilizadas, inclusive, como vetor interpretativo de todo o sistema processual civil. 3. Eventual restrição legal a respeito do exercício do direito de defesa da parte não pode, de modo algum, conduzir à intepretação que elimine, por completo, o contraditório. A vedação legal quanto ao exercício do direito de defesa somente pode ser interpretada como a proibição de veiculação de

Por fim, há autorizada doutrina que, não obstante defenda o cabimento de recurso, preveja que a parte tem à sua disposição o mandado de segurança para impugnar decisão judicial que lhe é lesiva[498]. Eduardo Talamini[499] defende a possibilidade de impetração de mandado de segurança em caso de violação a direito líquido e certo, assim como também entende que não seria inconstitucional ou mesmo ilegal a limitação recursal na ação de produção antecipada de provas.

Entendemos que a decisão que defere a produção da prova, se ela for produzida judicialmente, consiste em uma decisão interlocutória e, como tal, cabe a interposição de

---

determinadas matérias que se afigurem impertinentes ao procedimento nela regulado. Logo, as questões inerentes ao objeto específico da ação em exame e do correlato procedimento estabelecido em lei poderão ser aventadas pela parte em sua defesa, devendo-se permitir, em detida observância do contraditório, sua manifestação, necessariamente, antes da prolação da correspondente decisão. [...]. 5. As ações probatórias autônomas guardam, em si, efetivos conflitos de interesses em torno da própria prova, cujo direito à produção constitui a própria causa de pedir deduzida e, naturalmente, passível de ser resistida pela parte adversa, por meio de todas as defesas e recursos admitidos em nosso sistema processual, na medida em que sua efetivação importa, indiscutivelmente, na restrição de direitos. 6. É de se reconhecer, portanto, que a disposição legal contida no art. 382, § 4º, do Código de Processo Civil não comporta interpretação meramente literal, como se no referido procedimento não houvesse espaço algum para o exercício do contraditório, sob pena de se incorrer em grave ofensa ao correlato princípio processual, à ampla defesa, à isonomia e ao devido processo legal. 7. Recurso especial provido." (REsp n. 2.037.088/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 7/3/2023, DJe de 13/3/2023).

[498] Eduardo Arruda Alvim e Ígor Martins da Cunha defendem o cabimento do mandado de segurança, ao asseverarem que: "No entanto, é possível vislumbrar, nessa etapa, decisões que podem causar prejuízo ao requerente, ao possível demandado ou, ainda, a qualquer interessado, que não digam respeito à valoração dos fatos e ao juízo de mérito deles decorrente, como, por exemplo, a declaração de incompetência do juízo, o indeferimento de quesitos ou a determinação de prova que efetivamente viole a intimidade ou a privacidade. Nesses casos, não se tratando de matérias de mérito, não discutíveis nesse procedimento autônomo, e não estando tais hipóteses adequadas à interposição de agravo de instrumento (CPC/2015, art. 1.015), restará ao prejudicado a impetração do mandado de segurança enquanto ação autônoma de impugnação." cf. ALVIM, Eduardo Arruda; CUNHA, Ígor Martins da. Produção Antecipada de Provas no Código de Processo Civil de 2015. In FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 179. No mesmo sentido, João Pereira Monteiro Neto: "a restrição [inconstitucional] ao exercício do contraditório ensejaria a impetração de mandado de segurança para reparar ou prevenir violação ao direito líquido e certo ao 'devido processo legal' de antecipação da prova." cf. MONTEIRO NETO, João Pereira. Produção antecipada da prova documental em face do poder público. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 515. Embora não defenda a possibilidade de interposição de recurso contra a decisão que deferir a produção da prova, Fernando Gama de Miranda Netto entende ser cabível a impetração de mandado de segurança contra a referida decisão; cf. MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Produção antecipada da prova: natureza, cabimento e garantias constitucionais do processo. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 476.

[499] "Proíbe-se recurso contra qualquer decisão no processo de produção antecipada, seja interlocutória, seja a própria sentença – exceção feita à decisão que indefere integralmente a antecipação probatória (art. 382, § 4.º). O duplo grau de jurisdição não é, em si mesmo, garantia constitucional. Pode não ser previsto em lei, desde que isso não implique modelo desarrazoado de processo, ofensivo à garantia do *due process* (CF (LGL\1988\3), art. 5.º, LIV). Pareceu ao legislador do CPC/2015 (LGL\2015\1656) ser esse o caso da medida de antecipação de prova, dada a limitação de seu objeto. Todavia, caberá mandado de segurança contra as decisões que violem direito líquido e certo de qualquer das partes (CF (LGL\1988\3), art. 5.º, LXIX; Lei 12.016/2009, art. 5.º, II). cf. TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, v. 260, pp. 75-101, out. 2016, p. 87.

recurso de agravo de instrumento. Isso porque o deferimento da prova é a etapa preliminar à sua produção, eis que através desta decisão o juiz admite o seu cabimento. Após isso, ela é produzida em juízo, tal como ocorre com a prova pericial ou oral, de maneira que a decisão que a defere não põe fim à fase cognitiva do processo, não tendo, por conseguinte, natureza de sentença, nos termos do artigo 203, §1º, do Código de Processo Civil. Sendo uma decisão interlocutória, é cabível a interposição de recurso de agravo de instrumento. Aliás, não só a decisão que defere a produção da prova é recorrível por recurso de agravo de instrumento, como outras decisões que possuem conteúdo decisório e que não põe fim à fase cognitiva do processo, como é o caso do indeferimento de quesitos apresentados pelas partes, indeferimento de alegação de suspeição ou impedimento do perito e impugnação aos honorários periciais, dentre outras decisões que podem ser proferidas ao longo do processo e têm o condão de ser contrárias aos interesses de uma das partes.

Na hipótese de a decisão deferir ou indeferir parcialmente a produção da prova, entendemos que a parte que tenha o interesse em sua não produção pode interpor recurso de agravo de instrumento, com fundamento no artigo 1.015, inciso II, do Código de Processo Civil, pois a produção da prova consiste no próprio mérito da ação de produção antecipada de provas[500]. Do mesmo modo, decisões que sejam objeto do rol do artigo 1.015, do Código de Processo Civil, proferidas em sede de ação de produção antecipada de provas, são recorríveis por recurso de agravo de instrumento, bem como decisões que comportem a tese da taxatividade mitigada do referido rol, conforme tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça no Tema Repetitivo 988[501], como é o caso da decisão que indefere preliminar de incompetência do juízo em que a causa é processada[502], ou mesmo que trate de questões que afetem diretamente a

---

[500] Entendimento diverso é apresentado por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, para quem "A rejeição de recurso no caso de denegação parcial estaria de acordo com o sistema recursal, que não admite recurso das interlocutórias que não admitem prova no procedimento comum." cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 21.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 968).

[501] "O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação".

[502] "AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA 1.704.520/MT. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. CASO CONCRETO: DECISÃO QUE FIXA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL. CABIMENTO DO RECURSO. AGRAVO INTERNO PROVIDO. DECISÃO RECONSIDERADA. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. 1. Acerca da discussão recursal, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, fixado no âmbito do Tema STJ 988, é cabível o agravo de instrumento previsto no art. 1.015 do CPC/2015 na hipótese em que se discute a competência do juízo em que tramita o processo. A correta fixação da competência jurisdicional é medida que se

produção da prova, tais como aquelas que apreciam a suspeição ou impedimento do perito e os quesitos apresentados pelas partes, na medida em que tais decisões trazem prejuízo imediato, pois afetam a própria produção da prova, não sendo desejável que tais questões somente sejam objeto de preliminar nas razões ou contrarrazões de recurso de apelação contra a sentença a ser proferida na referida ação[503]. No mesmo sentido, se a parte requerer que o processo tramite sob sigilo, ou que a parte adversária tenha acesso a somente documentos essenciais, e, ainda, seja proibida de utilizar o teor de tais documentos extraprocessualmente, por envolver segredo e propriedade industriais, ela poderá interpor recurso de agravo de instrumento contra a decisão que indeferir o seu pedido.

Na hipótese de recurso contra decisões que não dizem respeito à produção da prova em si, como, por exemplo, da decisão que indefere a alegação de ilegitimidade de uma das partes, defendemos a sua recorribilidade, mas através de preliminar nas razões ou contrarrazões ao recurso de apelação, conforme determina o artigo 1.009, §1º, do Código de Processo Civil. Isso porque nestes casos não há urgência na análise da questão pelo Tribunal, que será apreciada se remanescer o interesse da parte em recorrer de tal decisão, em sede de razões ou contrarrazões ao recurso de apelação, como defende o Superior Tribunal de Justiça[504].

---

impõe desde logo, sob pena de ser infrutífero o exame tardio da questão controvertida. 2. Agravo interno provido. Decisão reconsiderada. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial." (AgInt no AREsp n. 2.194.921/RS, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 13/3/2023, DJe de 30/3/2023).

[503] No mesmo sentido, embora fundamente na sentença que não resolve o mérito da lide, posição com a qual não concordamos, conforme tópico 2.4.11: "Além disso, no curso do processo é possível, em tese, que haja atos de caráter decisório – sobre competência, composição da relação processual, de deferimento ou indeferimento de quesitos, de nomeação de perito incapaz ou suspeito, apenas para ilustrar – a gerar prejuízo imediato e não apenas potencial. Eles ensejarão recursos de agravo na forma de instrumento, pela simples razão de que, como a sentença nada resolverá sobre o mérito, isso tende a tornar realmente desnecessário eventual recurso de apelação; donde não haver como concentrar a impugnação para o final. Nem seria sustentável – porque irracional – que o autor tivesse a faculdade e o ônus de apelar exclusivamente para suscitar as irregularidades cometidas ao longo do processo." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários aos arts. 381 a 383. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civi**l. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.042.

[504] "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 1.022 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. REJEIÇÃO DA PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ORA RECORRENTE. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 1.015, VII, DO CPC/2015. NÃO CABIMENTO. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. [...] 2. A respeito do cabimento do recurso de agravo de instrumento, a Corte Especial, no julgamento de recurso especial submetido à sistemática dos recursos repetitivos, firmou a orientação no sentido de que o rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. 3. No caso em apreço, em que a decisão agravada na origem rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelo réu, ora recorrente, não há que se falar em urgência que decorra da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação, uma vez que a questão poderá ser revista, até mesmo pelo juízo de primeira instância, após a instrução processual. [...].5. Agravo interno não provido." (AgInt no REsp n. 1.918.169/RS, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 24/5/2021, DJe de 27/5/2021).

Se a prova for indeferida, a decisão põe fim à fase cognitiva do processo e decide o seu mérito, que é a realização da prova. Por conseguinte, o recurso cabível contra tal decisão é o recurso de apelação, e não há dúvidas sobre o seu cabimento, ante a clara previsão exposta no artigo 382, §4º, do Código de Processo Civil, conforme exposto anteriormente[505]. Do mesmo modo, a sentença que homologa ou não a prova tem natureza de sentença, tendo autoridade, inclusive, de coisa julgada material, estando sujeita, pois, a recurso de apelação, de acordo com o que foi defendido anteriormente[506,507].

Se houver o pedido de produção antecipada de mais de uma prova, seja pelo autor da ação, seja pelo requerido ou por qualquer interessado, conforme autoriza o disposto no artigo 382, §3º, do Código de Processo Civil, e houver o deferimento ou indeferimento de produção antecipada de algumas das provas requeridas, tal decisão consiste em uma decisão interlocutória, pois não põe fim à fase cognitiva do processo. Por se tratar de decisão interlocutória que verse sobre o mérito da ação – que consiste na produção da prova neste procedimento – é cabível a interposição de recurso de agravo de instrumento com fundamento no artigo 1.015, II, do Código de Processo Civil[508].

---

[505] Este tema foi tratado no tópico 2.4.11 desta Tese.

[506] Flávio Luiz Yarshell também defende o cabimento do recurso de apelação, ao asseverar que: "Embora a lei tenha limitado o cabimento de recurso, ao menos em tese a sentença comporta apelação, desde que observados os limites do §2º do art. 382 e até mesmo para fazer valer a regra: basta figurar a hipótese em que o juiz, incorretamente, tenha avançado sobre o mérito ou sobre o conteúdo da prova." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários aos arts. 381 a 383. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civi**l. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.043.

[507] Este tema foi tratado no tópico 2.4.11 desta Tese.

[508] Neste sentido, Teresa Arruda Alvim: "Na produção antecipada de provas, se o juiz não admitir uma das várias provas pleiteadas, surge a dúvida: essa decisão poderia ser considerada interlocutória de mérito, já que o mérito da produção antecipada de provas é a própria produção das provas? A nosso ver, a resposta só pode ser positiva." cf. ALVIM, Teresa Arruda. **Os agravos no CPC de 2015**. 5.ed. Curitiba: Editora Revista de Direito Contemporâneo, 2021p. 133. Coaduna com tal entendimento Fredie Didier Jr.: "Se, porém, o requerente cumular pedidos – produção de mais de uma prova – e o juiz não admitir, por decisão interlocutória, a produção de apenas uma delas, o caso é de agravo de instrumento – está-se diante de uma decisão interlocutória de mérito (art. 1.015, II, CPC)." cf. DIDIER JUNIOR, Fredie. Produção antecipada da prova. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 202. No mesmo sentido, Igor Labre de Oliveira Barros e Vinícius Pinheiro Marques: "Não obstante, poder-se-ia conjeturar da recorribilidade da deliberação que, por modelo, diante da solicitação de provas pericial e testemunhal, indefere somente a produção da prova testemunhal e define a prática antecipada da perícia. Nesse episódio, não se sugere despropositado elucubrar da interposição de agravo de instrumento, por se versas de decisão interlocutória que aborda sobre o mérito do litígio." BARROS, Igor Labre de Oliveira; MARQUES, Vinícius Pinheiro. A Antecipação de Prova frente ao Princípio da Cooperação no CPC de 2015. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 246. Ver, ainda: HASHIMOTO, Marcos Noboru. Inadmissibilidade de oferecimento de defesa ou recurso na produção antecipada de provas (CPC/2015), art. 382, parágrafo 4º. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, p. 372.

Embora não seja especificamente objeto do tema desse capítulo, o disposto no artigo 383, do Código de Processo Civil, merece algumas linhas a seu respeito, o que não justificaria a criação de um subtópico autônomo para isso, principalmente por se tratar de processo físico, o que torna a sua aplicabilidade bastante reduzida, em razão dos processos eletrônicos e o disposto na Resolução nº 420, do Conselho Nacional de Justiça, que determina a vedação da distribuição de processos físicos, à exceção do Supremo Tribunal Federal, a partir de 1 de março de 2022[509].

A sua pouca utilidade não impede que o dispositivo seja criticado, ao determinar que os autos físicos da ação de produção antecipada de provas sejam entregues ao autor após o período de um mês do trânsito em julgado da sentença. Isso porque se defendeu ao longo do presente trabalho que a referida demanda interessa não só ao autor, como a todas as partes do processo, destinatários da prova. É até mesmo possível que a prova produzida antecipadamente seja desfavorável ao autor, não se justificando que os autos sejam entregues a ele. Seria recomendável que os autos ficassem arquivados nos aposentos do Poder Judiciário para que qualquer interessado pudesse desarquivar o processo e ter acesso a ele[510].

2.4.14 Possibilidade de ação rescisória contra a sentença que encerra a ação de produção antecipada de provas

Questão interessante consiste em se perquirir se é possível o ajuizamento de ação rescisória contra a sentença que homologa ou não a prova produzida ou mesmo indefere o pedido de produção antecipada da prova. Isso porque, conforme defendemos ao longo do presente trabalho, tanto a decisão que indefere o pedido de produção antecipada da prova como aquela que homologa ou não a prova produzida antecipadamente tem a autoridade de coisa julgada material[511]. Logo, sendo uma decisão de mérito, ainda que no espectro limitado do objeto da ação de produção antecipada da prova, ou seja, no direito à sua produção e na validade e eficácia da prova produzida antecipadamente, é plenamente admitido o ajuizamento da ação

---

[509] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA- CNJ. **Resolução nº 420 de 29/09/2021**. 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4133>. Acesso em: 02 dez. 2023.

[510] Sobre o tema oportunos são os comentários de Daniel Amorim Assumpção Neves: "Ainda que se oportunize pelo prazo de um mês a retirada de cópias, a entrega dos autos ao autor é de duvidosa legalidade, até porque a prova produzida pode lhe ter sido prejudicial, com o que o autor não só retirará os autos, como os destruirá o quanto antes." cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de processo civil comentado**. 4.ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 742.

[511] Este tema foi tratado no tópico 2.4.11 desta Tese.

rescisória no âmbito da ação de produção antecipada de provas, com fundamento no artigo 966, do Código de Processo Civil [512].

Pelo mesmo motivo, embora tenha natureza de decisão interlocutória, a decisão que defere a produção da prova transitada em julgado pode ser objeto de ação rescisória. Isso porque a decisão que defere a produção da prova analisa o mérito do processo, uma vez que defere o pedido postulado pelo autor ou por terceiros que requereram a prova, e o artigo 966, do Código de Processo Civil, alargou as hipóteses de cabimento da ação rescisória, ao estabelecer a possibilidade de ação rescisória contra decisões de mérito transitadas em julgado, e não só contra sentenças de mérito, como dispunha o artigo 485, do Código de Processo Civil de 1973[513].

Ainda que se entenda que tais decisões não consistam em sentenças de mérito – conclusão com a qual não concordamos, pelas razões expostas ao longo do presente trabalho -, seria possível o ajuizamento de ação rescisória contra algumas destas decisões com fundamento no artigo 966, §2º, do Código de Processo Civil[514].

Deveras, a decisão que aprecia o direito do autor ou do interessado em requerer a produção antecipada da prova não pode ser apreciada novamente pelo Poder Judiciário, a não

---

[512] No mesmo sentido, Flávio Luiz Yarshell: "na linha do quanto sustentado neste trabalho, parece pouco dizer que a prova produzida antecipadamente teria uma eficácia apenas processual e que, portanto, não projetaria efeitos substanciais para fora do processo no qual produzida. Portanto, ressalvada a (difícil) constatação, em dada situação concreta, do interesse de agir, não parece possível descarta-se, por completo, o cabimento de ação rescisória nesses casos." cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, pp. 260-261.

[513] Sobre o tema, o saudoso jurista Rodrigo Barioni observa que: "Quanto ao primeiro requisito, o art. 966, *caput*, do CPC/2015 apresenta técnica mais aprimorada que o art. 485, *caput*, do CPC/1973, pois utiliza o termo 'decisão' e não a espécie 'sentença', a indicar a rescindibilidade de qualquer espécie de decisão que tenha conteúdo de mérito: decisão interlocutória, sentença, decisão monocrática e acórdão." cf. BARIONI, Rodrigo Otávio. Comentários do art. 966 a 975. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2148. No mesmo sentido, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: "Não é qualquer decisão transitada em julgado que enseja a ação rescisória, mas somente aquela de mérito, capaz de ser acobertada pela autoridade da coisa julgada. Assim, se uma *decisão de mérito* veio a lume, quer por intermédio de decisão interlocutória, sentença ou acórdão, não importa: se sobre aquela se formou a autoridade da coisa julgada; é rescindível pela ação autônoma de impugnação regulada no CPC 966." cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 21.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 1.877, grifo dos autores. Ainda, Daniel Amorim Assumpção Neves: "Conforme a previsão expressa, não só a sentença pode ser objeto de rescisão, mas também a decisão interlocutória, a decisão monocrática do relator e o acórdão. Basta que sejam de mérito e tenham transitado em julgado." cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de processo civil comentado**. 4.ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 1.681.

[514] "Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...]. § 2º Nas hipóteses previstas nos incisos do caput, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça: I - nova propositura da demanda; ou II - admissibilidade do recurso correspondente."

ser que seja fundamentada em outra causa de pedir, um dos elementos da ação. Em prol do princípio da segurança jurídica e mesmo da eficiência processual, não pode o autor da ação de produção antecipada de provas, ao ter o seu pedido indeferido, novamente postular a mesma prova perante o Poder Judiciário, e sob o mesmo fundamento e em face das mesmas partes. Não é por outra razão pela qual defendemos que a decisão que indefere ou defere a produção da prova consistem em decisões de mérito e têm a autoridade de coisa julgada material. Desta forma, ainda que se entenda que a decisão que aprecia o direito da parte na produção da prova não consista em uma decisão de mérito, com o que não concordamos, é possível que ela seja objeto de ação rescisória com fundamento no artigo 966, §2º, do Código de Processo Civil[515].

Por outro lado, e como exposto anteriormente[516], a depender da prova objeto da ação de produção antecipada de provas, ela também impedirá a repropositura da demanda, de sorte a ser, por este motivo, rescindível, desde que previstas umas das hipóteses do artigo 966, do Código de Processo Civil, com fundamento em seu §2º, I.

Ainda, é rescindível a decisão que não admite o recurso no âmbito da ação de produção antecipada de provas que tenha por objetivo devolver o mérito da ação ao tribunal, o que se dá com recurso que versa sobre as decisões que defere ou indefere a produção antecipada de prova, bem como aquelas que homologam ou não a prova produzida antecipadamente, com fundamento no artigo 966, §2º, II do Código de Processo Civil[517]. Essa hipótese ganha contorno

---

[515] Ao comentar o referido dispositivo legal, Daniel Amorim Assumpção Neves afirma que: "Entendo que sempre que essa correção do vício necessariamente envolver a modificação de um dos elementos da ação não caberá sua repropositura, mas a propositura de uma nova ação. Nesse caso, ainda que a sentença não seja de mérito, e por tal razão não seja capaz de gerar coisa julgada material, ela se torna imutável e indiscutível, sendo cabível a ação rescisória após o trânsito em julgado." cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de processo civil comentado**. 4.ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 1.682.

[516] Este tema foi tratado no tópico 2.4.11 desta Tese.

[517] Sobre o tema, Rodrigo Barioni afirma que somente é passível de ação rescisória decisões que não admitem o recurso que verse sobre o mérito da ação: "A hipótese do inc. II do §2º do art. 966 do CPC/2015 diz respeito, nitidamente, a pronunciamento de inadmissibilidade do recurso emanado pelo tribunal, em que apresente um vício rescisório. [...]. A redação do preceito é imprecisa, por dar a falsa ideia de que, presente um vício rescisório no juízo de admissibilidade de qualquer recurso, estaria autorizado o ajuizamento da ação rescisória. No entanto, somente quando o recurso impugnar decisão de mérito, ou que o objeto seja propiciar o exame de mérito pelo tribunal, estará preenchida a hipótese legal." cf. BARIONI, Rodrigo Otávio. Comentários do art. 966 a 975. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2149. Daniel Amorim Assumpção Neves defende que não há essa imposição legal, sendo cabível o ajuizamento de ação rescisória contra a decisão que não admite o recurso, independentemente do conteúdo da decisão recorrida: "Ainda que com tais imprecisões redacionais, o dispositivo traz importante novidade no sistema processual: o cabimento de ação rescisória contra decisão que inadmite recurso. [...] Há divergência doutrinária a respeito do conteúdo da decisão impugnada pelo recurso inadmitido. Para parcela da doutrina, a decisão deve necessariamente ser de mérito, enquanto outra parcela defende o cabimento de ação rescisória mesmo se a decisão recorrida pelo recurso inadmitido não tiver decidido o mérito. Entendo preferível o segundo entendimento por duas razões. Primeiro porque a condição de ser a decisão impugnada pelo recurso inadmitido não está prevista em lei. Segundo porque

importante ao se considerar que o sistema recursal na ação de produção antecipada de provas é ilegal e inconstitucionalmente restritivo[518].

Sobre o instituto da ação rescisória, oportuno ressaltar que a Constituição Federal, dentre os direitos fundamentais, determina o respeito à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF), sendo tal direito, inclusive, uma cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV, CF). A ação rescisória, por sua vez, ao visar a desconstituí-la, poderia ser tida como inconstitucional.

Contudo, a ação rescisória encontra amparo constitucional em outro princípio que, embora implícito, advém da mesma Constituição Federal, qual seja, o da proporcionalidade. Sopesando o princípio do respeito à coisa julgada e o da proporcionalidade, autoriza-se a possibilidade de desconstituição da coisa julgada em casos graves de vícios da sentença, expressamente previstos no artigo 966, do Código de Processo Civil, cuja interpretação dá-se de forma restritiva, justamente por serem uma exceção à regra de respeito à coisa julgada[519].

---

a ação rescisória nesse caso não guarda qualquer relação com a decisão impugnada com o recurso inadmitido, servindo de impugnação exclusiva da decisão de inadmissão do recurso." cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de processo civil comentado**. 4.ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 1.683.

[518] Este tema foi tratado no tópico 2.4.13 desta Tese.

[519] Conforme as lições de Nelson Nery Junior: "Entretanto, vemos a previsão legal da ação rescisória como consequência da incidência do princípio da proporcionalidade, em face da extrema gravidade de que se reveste a sentença com os vícios arrolados em *numerus clausus* pelo CPC 966. O sistema abre para o interessado mais dois anos (CPC 975; CPC/73 475), para que possa pedir ao Poder Judiciário a modificação da coisa julgada que se formara anteriormente. Passados os dois anos do prazo para o exercício da pretensão rescisória, dá-se o fenômeno da *coisa soberanamente julgada*, não mais modificável, qualquer que seja o motivo alegado pelo interessado." cf. NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 13.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017p. 96, grifo do autor. No mesmo sentido, Welder Queiroz dos Santos: "No Brasil, a ação rescisória é, por excelência, o meio de impugnação das decisões transitadas em julgado, precipuamente as de mérito e, consequentemente, de desconstituição da coisa julgada, quando presente pelo menor uma das hipóteses de rescindibilidade previstas no ordenamento jurídico brasileiro, em especial no art. 966." cf. SANTOS, Welder Queiroz dos. **Ação rescisória por violação a precedente**. 1.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 53. Sobre o ordenamento jurídico brasileiro prever muitas hipóteses de cabimento para a ação rescisória, Leonardo Greco observa que "nosso ordenamento jurídico confere uma extensão exagerada à ação rescisória, que torna a coisa julgada entre nós extremamente frágil. A destruição da coisa julgada serve, mormente, aos anseios do soberano, do Estado, em desfavor da segurança das relações jurídicas entre os cidadãos e entre eles e o próprio Estado." cf. GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 331-332. Ainda, oportunas são as observações de Daniel Amorim Assumpção Neves: "No eterno conflito entre dois essenciais valores de nosso sistema processual, o legislador, ao prever, ainda que de forma excepcional, a ação rescisória, dá uma derradeira chance à justiça em detrimento da segurança jurídica. É possível tratar a ação rescisória como o último suspiro de justiça do sistema processual pátrio." cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de processo civil comentado**. 4.ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 1.681.

Por esta razão é que parte da doutrina[520] e acórdãos do Superior Tribunal de Justiça[521] têm defendido o não cabimento da ação rescisória para discussão acerca da justiça da decisão, na medida em que as hipóteses de cabimento não podem ser alargadas, em razão de o instituto ser uma exceção à regra de respeito à coisa julgada, e, por isso, não permitir uma interpretação extensiva.

Indiscutivelmente, a ação rescisória tem natureza de uma ação autônoma de impugnação de decisão judicial, e nisso ela se diferencia dos recursos, eis que, ainda que tenha como objetivo a impugnação de uma decisão (transitada em julgado, o que não ocorre nos recursos, sendo outro traço distintivo entre os institutos), a ação rescisória dá azo a uma nova relação jurídica processual entre as partes, alheia àquela em que foi proferida a decisão impugnada[522].

Ainda, deve a ação rescisória ser promovida no prazo de dois anos ou de cinco anos contados do trânsito em julgado da decisão que visa à sua desconstituição, sendo esta última hipótese fundamentada em prova nova, o que consiste em mais um limite para a sua utilização, considerando a natureza constitucional de respeito à coisa julgada.

Dentre as hipóteses previstas no artigo 966, do Código de Processo Civil, e aplicando-as ao procedimento da ação de produção antecipada de provas, entendemos ser cabível o ajuizamento da ação rescisória contra a sentença de mérito transitada em julgado proferida no referido rito, mas com exceção aos incisos VII e VIII. Isso porque tais incisos são aplicáveis às decisões de mérito que resolvem a lide no seu plano substancial, ou seja, decisões que conhecem

---

[520] De acordo com Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: "A ação rescisória não se presta para a correção de injustiça da sentença nem para reexame de prova (RT 541/236). É medida excepcional que só pode fundar-se nas hipóteses taxativamente enumeradas na lei. No mesmo sentido: CPC/ 1939 800. Especificamente em relação à decisão injusta, recorde-se que a legalidade (CF + legislação) constitui o fundamento de legitimidade para fundamentarem-se as decisões." cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 21.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 1.882.

[521] "AGRAVO INTERNO NA AÇÃO RESCISÓRIA - INADIMPLEMENTO CONTRATUAL - AÇÃO CONDENATÓRIA JULGADA PROCEDENTE NA ORIGEM - RECURSO ESPECIAL QUE AFASTOU A CONDENAÇÃO DE UM DOS REQUERIDOS POR AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - DECISÃO DE IMPROCEDÊNCIA DO PLEITO RESCISÓRIO - INSURGÊNCIA DA AUTORA. [...]. 1. A via processual da ação rescisória não se presta a rediscutir a matéria já apreciada nos autos originários, nem mesmo a analisar a Justiça da decisão. [...]. 4. Agravo interno desprovido. (AgInt na AR n. 5.977/SP, relator Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção, julgado em 20/6/2023, DJe de 23/6/2023).

[522] Conforme Welder Queiroz dos Santos: "Por isso, a ação rescisória trata-se, na verdade, de uma verdadeira ação autônoma de impugnação, um 'remédio jurídico processual autônomo', que dá ensejo à formação de uma nova relação jurídica processual, diferente daquela na qual foi proferida a decisão rescindenda. [...] Como afirma Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, na ação rescisória, ocorre o 'julgamento do julgamento', não no processo em que se proferiu a decisão rescindenda, e sim fora, em uma nova relação jurídica processual. 'É, na verdade, uma verdadeira ação autônoma de impugnação, um remédio processual civil autônomo.' Trata-se, portanto, de ação autônoma de impugnação de decisões transitadas em julgado." cf. SANTOS, Welder Queiroz dos. **Ação rescisória por violação a precedente**. 1.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pp. 55-56.

o direito e o concedem a uma ou, parcialmente, a ambas as partes constantes no polo da relação jurisdicional.

Com efeito, não há que se falar na possibilidade de ajuizamento da ação rescisória se "obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável" (art. 966, VII, CPC). Isso porque, no rito da ação de produção antecipada de provas, não há que se falar em uso da prova para fins de convencimento do juízo a respeito do direito no plano substancial. O juiz que dirige o processo é responsável por analisar se o autor faz jus à produção da prova e zelar pela sua produção de maneira constitucional e legal, não cabendo valorá-la (art. 382, §2º, CPC). A prova é produzida - caso sua produção seja deferida - para potencialmente ser utilizada no processo de conhecimento, oportunidade em que as partes fazem uso dela e de outras provas atinentes às suas alegações, devendo o juiz, com base no princípio da unidade da prova[523], analisar todo o conjunto probatório para exercer a tutela jurisdicional. Desta forma, não é cabível a ação rescisória fundada em prova nova em sede de ação de produção antecipada de provas, eis que sequer a prova produzida nesta ação é valorada pelo juiz, e, ainda, poderão as partes se valerem da prova produzida antecipadamente e das demais provas na ação de conhecimento que visa ao acertamento da lide material[524].

Contudo, é possível que a parte que tenha interesse em ajuizar ação rescisória contra determinada sentença de mérito que julgou uma lide no seu plano substancial possa se valer da ação de produção antecipada de provas para obter prova após o trânsito em julgado da sentença que seja capaz de lhe assegurar um pronunciamento favorável[525]. Ou seja, muito embora não

---

[523] Este tema foi tratado no tópico 1.2.5 desta Tese.

[524] Conforme assevera Rodrigo Barioni a respeito desta hipótese de cabimento da ação rescisória: "Uma das hipóteses que permitem o ajuizamento da ação rescisória diz respeito à existência de elemento probatório decisivo, não utilizado no processo de origem, apto a alterar a configuração fática que motivou a decisão judicial." cf. BARIONI, Rodrigo Otávio. Comentários do art. 966 a 975. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2.154.

[525] Nesse sentido, Arthur Ferrari Arsuffi: "Assim, nas situações em que o meio de prova de que o autor pretende fazer uso para ajuizar a ação rescisória não for documental, ou, ainda, quando for documental, seu acesso depender da decisão judicial para que o documento seja exibido, a produção antecipada da prova será essencial para que ele possa ajuizá-la." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 141. Daniel Amorim Assumpção Neves possui uma interpretação restritiva acerca do termo "prova nova" previsto no artigo 966, VII, do Código de Processo Civil, conceituando esta como a prova que foi impossível de ser realizada na ação originária. cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de processo civil comentado**. 4.ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 1.680. No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero defendem que o conceito de "prova nova" seria aquela preexistente e que dela a parte não pôde fazer uso, e não a prova constituída após o trânsito em julgado do processo originário, cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 903. Há julgado do Superior

caiba ação rescisória contra a sentença proferida na ação de produção antecipada de provas com fundamento no artigo 966, VII, do Código de Processo Civil, este rito pode ser utilizado para fundamentar ação rescisória nesta hipótese. A utilização de tal instituto (ação de produção antecipada de provas) é cabível, ainda, para documentar prova que não seja pré-constituída para utilização de técnicas processuais em que não é permitida a dilação probatória, tal como o mandado de segurança[526].

Por fim, incabível também a ação rescisória contra a decisão que encerra a ação de produção antecipada de provas se esta se fundar em erro de fato, ou seja, se considera existente fato inexistente ou vice-versa (art. 966, VIII e §1º, CPC), pois, nos termos do artigo 382, §2º, do Código de Processo Civil, "O juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas". Não se pronunciando o juiz sobre fatos na ação de produção antecipada de provas, incabível o ajuizamento de ação rescisória por seu suposto erro de fato.

Por outro lado, é passível o ajuizamento da ação rescisória contra a decisão que aprecia o direito do autor e de qualquer interessado na produção da prova requerida, bem como a decisão que homologa ou não a prova quando se verificar que a referida decisão foi proferida

---

Tribunal de Justiça que entendem não ser cabível em sede de ação rescisória o julgador avaliar a prova produzida no processo originário e dela extrair conclusão diversa: "PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. ARTIGO 966, VII, DO CPC/2015. APOSENTADORIA ESPECIAL. CÔMPUTO DE TEMPO ESPECIAL. AGENTE RUÍDO. PROVA NOVA. LAUDO PERICIAL DE APURAÇÃO DE DECIBÉIS EMPRESTADO DE PROCESSO TRABALHISTA. PROVA PERICIAL DO PROCESSO ORIGINÁRIO NÃO ARGUÍDA COMO FALSA. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. [...].2. A prova tida por nova, no presente caso, embora apresentada em tempo processual oportuno, não tem o condão de tornar sem efeito a prova pericial produzida no processo originário, que deve prevalecer, pois colhida sob o crivo do contraditório e tida como válida. Consoante orientação do Superior Tribunal de Justiça, mostra-se defeso ao julgador no bojo da ação rescisória, reputar equivocada a avaliação da prova produzida no feito originário e dela extrair conclusão diversa. 3. Pedido julgado improcedente." (AR n. 5.996/SC, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 14/6/2023, DJe de 20/6/2023). Há outro julgado do Superior Tribunal de Justiça que entendeu pelo não cabimento de ação rescisória fundado em laudo pericial realizado após o trânsito em julgado da ação originária, mas sobre documentos utilizados nesta: "AGRAVO INTERNO SUBMETIDO AO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. AÇÃO RESCISÓRIA. PROPOSITURA FORA DO PRAZO DE DOIS ANOS DO CAPUT DO ART. 975 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA DE PROVA NOVA. DECADÊNCIA CONFIGURADA. [...]2. Os documentos invocados pela autora são imprestáveis para justificar o diferimento do prazo para a propositura da ação rescisória (CPC/2015, art. 975, § 2º), pois dizem respeito a laudo pericial produzido recentemente, relativo a documentos que foram utilizados na causa originária, ou seja, não são provas novas para os fins do inciso VII do art. 966 do CPC/2015. 3. Agravo interno não provido." (AgInt na AR n. 6.058/SP, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 13/12/2017, DJe de 18/12/2017).

[526] Como assevera Arthur Ferreira Arsuffi: "Essa utilidade se mostra tanto em relação a provas não documentais, quando o instituto servirá justamente para documentar tais meios de prova, permitindo que elas sejam apresentadas pelo autor juntamente com sua petição inicial, quanto em relação a provas documentais, quando for necessária a atuação do Poder Judiciário para que ela seja exibida. [...] Desse modo, a produção antecipada da prova tem importante função no sistema processual, pois é instrumento necessário a viabilizar técnicas processuais que exigem prova pré-constituída." cf. ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 139.

por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz (art. 966, I, CPC). A prevaricação, concussão e corrupção são tipos penais, previstos, respectivamente, nos artigos 319, 316 e 317, do Código Penal. A prevaricação consiste em "retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal", ao passo que a concussão reside em "exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida". Por fim, a corrupção possui o seguinte tipo penal: "solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem".

Trata-se, portanto, de possibilidade de ação rescisória contra ato judicial realizado por magistrado desonesto. Por ser um tipo penal, o ato do magistrado deve se subsumir a alguma das hipóteses dos crimes previstos no artigo 966, I, do Código de Processo Civil, muito embora seja prescindível decisão criminal condenatória do magistrado que proferiu a decisão rescindenda[527].

Ainda, é cabível o ajuizamento de ação rescisória contra a decisão que apreciar o pedido de produção antecipada de provas e que homologar ou não a prova produzida antecipadamente se ela foi proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente, hipótese prevista no artigo 966, II, do Código de Processo Civil[528]. As causas de impedimento do juiz estão previstas

---

[527] Neste sentido, ver: BARIONI, Rodrigo Otávio. Comentários do art. 966 a 975. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2.150. No mesmo sentido, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: "Não se exige que o juiz tenha sido previamente condenado pela prática de um desses crimes, pois a prova pode ser feita na própria ação rescisória, cujo resultado independe da solução de eventual processo criminal. Condenado o juiz no crime, projeta-se aquela decisão no cível; absolvido o magistrado na esfera criminal, pode ser julgado procedente a pretensão rescisória no cível." cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 21.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 1.883. Perfilha do mesmo entendimento Daniel Amorim Assumpção Neves: "Apesar dos atos ilícitos previstos no dispositivo legal, não se exige prévia condenação penal ou mesmo a pré-existência de processo criminal a respeito da conduta do juiz. Significa dizer que o reconhecimento do crime pode ser feito originariamente, e de forma incidental, no juízo cível competente para o julgamento da ação rescisória. Apesar de não ser necessária a solução prévia no âmbito penal, havendo sentença penal transitada em julgado, é importante analisar o conteúdo da decisão e seu reflexo na esfera cível. Havendo sentença penal condenatória, haverá vinculação obrigatória no juízo cível, de forma que numa eventual ação rescisória, o fundamento da decisão será necessariamente a existência do crime. Havendo absolvição com fundamento na inexistência material do fato, haverá vinculação do juízo cível, mas, sendo a absolvição amparada em outro motivo (p. ex. ausência de provas, prescrição), a decisão penal não vincula o juízo cível." cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de processo civil comentado**. 4.ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, p. 1.684.

[528] Teresa Arruda Alvim aborda a impropriedade do texto legislativo, ao afirmar, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, que é de todo aplicável ao vigente Código de Processo Civil, que: "Transparece flagrantemente a má técnica do legislador ao redigir o art. 485, II, pois, se o impedimento é uma característica do juiz, definida em lei (art. 134), a competência é uma característica do *juízo*." cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim.

no artigo 144, do Código de Processo Civil, e são critérios objetivos para presumir que o juiz, nestas hipóteses, violaria o princípio da imparcialidade. Do mesmo modo, a incompetência absoluta, ou seja, aquela em razão da matéria, da pessoa ou da função é inderrogável (art. 62, CPC), não havendo prorrogação da competência se o réu não opuser exceção de incompetência, nos termos do artigo 65, do Código de Processo Civil.

Portanto, se presentes tais hipóteses de cabimento, é possível o ajuizamento de ação rescisória contra a decisão proferida por juiz impedido ou absolutamente competente. Entretanto, se a decisão foi proferida por juiz impedido ou absolutamente competente e, após, foi apreciada por órgão que seria competente do Tribunal, não seria possível o ajuizamento de ação rescisória, eis que, pelo efeito substitutivo do recurso, a decisão proferida pelo juiz impedido ou absolutamente incompetente foi substituída pelo acórdão prolatado pelos Desembargadores do Tribunal, que não estavam impedidos ou absolutamente incompetentes de julgar o recurso. Por essa razão, não padecendo o acórdão de qualquer vício no que tange ao impedimento ou incompetência absoluta dos Desembargadores, não é cabível o ajuizamento de ação rescisória nesta hipótese[529].

No que tange ao acórdão em que houve a participação de um Desembargador impedido que proferiu voto, não será cabível o ajuizamento de ação rescisória se o Desembargador impedido proferiu voto vencido, eis que o seu voto não foi determinante para o resultado do acórdão, não tendo, portanto, qualquer efeito prático neste[530]. Essa situação também deve ser aplicada se a ação rescisória tiver como fundamento prevaricação, concussão ou corrupção passiva de Desembargador que proferiu voto vencido, hipótese do inciso I do artigo 966, do Código de Processo Civil, conforme exposto alhures[531].

Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. 2.ed. reform. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 563.

[529]. De acordo com as lições de Daniel Amorim Assumpção Neves: "Registre-se que uma sentença proferida por juízo absolutamente incompetente, sendo substituída por acórdão proferido em apelação julgada por Tribunal competente, não enseja a propositura de ação rescisória." cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de processo civil comentado**. 4.ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 1.684.

[530] RIZZI, Sérgio. **Ação rescisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 61.

[531] Perfilham deste entendimento Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: "No caso de membro de órgão colegiado, basta que um dos prolatores de voto vencedor tenha cometido o crime para que seja rescindível o acórdão. O vício cometido por juiz que votou vencido não enseja ação rescisória, porque o ato do magistrado não teve nenhuma influência no julgamento." cf, NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 21.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 1.883. No mesmo sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves: "Por fim, tratando-se de decisão colegiada (acórdão), nem sempre a existência de um juiz que pratique um dos crimes previstos no art. 966, I, do CPC permite o ingresso da ação rescisória, sendo necessário que o voto dado por esse juiz tenha concorrido para unanimidade ou para a maioria. Na questão da votação unânime, considera-se a possível influência do juiz criminoso nos votos proferidos pelos outros integrantes do órgão colegiado. Só não será cabível a ação rescisória, na hipótese de o juiz

Se a decisão proferida no âmbito da ação produção antecipada de prova estiver dentre as decisões em que for possível o ajuizamento de ação rescisória, conforme exposto alhures, e resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei, é possível o ajuizamento da ação rescisória, nos termos do artigo 966, III, do Código de Processo Civil.

Em relação à hipótese de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, o legislador previu a hipótese de rescisão de decisão que foi proferida em benefício da parte que violou a boa-fé, que se utilizou do Poder Judiciário para exercer um direito de forma abusiva e, com isso, se beneficiar desse artifício[532]. No âmbito da ação de produção antecipada de provas, essa é a hipótese, por exemplo, de produção antecipada da prova sob o fundamento de urgência, se o autor propositadamente esperar para ajuizar a ação de produção antecipada de provas quando não seria mais possível a citação do réu para participar da sua produção, sob pena do perecimento da prova. Neste caso, o autor da ação rescisória – e réu na ação de produção antecipada de provas - deve demonstrar que o autor já tinha interesse na produção antecipada da prova muito antes do ajuizamento da ação, e só propôs a demanda naquele momento para impedir que o réu participasse da sua produção, com o intuito de violar o seu direito ao contraditório e ampla defesa[533].

O Código de Processo Civil inova, ao incluir dentre as hipóteses de ação rescisória, a decisão proferida em razão de coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida. Nesta

---

criminoso proferir voto minoritário, superado pelos votos dos outros membros do colegiado que não estejam envolvidos na prática do crime." cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de processo civil comentado**. 4.ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 1.684.

[532] De acordo com Rodrigo Barioni: "O dolo rescisório consiste na prática de conduta ardilosa, contrária à boa-fé, por meio da qual se pretende reduzir a capacidade de defesa do adversário ou afastar o juiz da verdade. É preciso que haja nexo de causalidade entre o dolo e o resultado do processo, de maneira que sem o dolo a solução adotada pelo juiz possivelmente fosse diversa." cf. BARIONI, Rodrigo Otávio. Comentários do art. 966 a 975. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2.151.

[533] Conforme Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: "O dolo rescisório consiste na prática, pela parte vencedora, além das condutas vedadas pelo CPC 80, de ardis, maquinações e atividades enganosas em geral, capazes de subtrair da parte contrária o direito de produzir atos e provas no processo, reduzindo-lhe a capacidade de defesa e afastando o juiz de uma decisão de acordo com a verdade. [...] Ocorre o motivo de rescisão quando a parte vencedora, seja qual for, faltando ao dever de lealdade e de boa-fé, tenha impedido ou dificultado a atuação processual do adversário, ou ainda, influenciado o juízo do Magistrado, para afastá-lo da verdade (RT 685/102)." cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 21.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, pp. 1.884; 1.901. Daniel Amorim Assumpção Neves também prevê a hipótese de ação rescisória fundada em dolo quando o autor da ação tiver dificultado a atuação da parte adversária: "O dolo ou coação da parte vencedora (também pode ser do representante legal ou advogado) diz respeito à ofensa aos princípios da lealdade e da boa-fé processual, mas só enseja ação rescisória quando o dolo ou coação impedir ou dificultar a atuação processual do adversário ou, ainda, quando influenciar significativamente o juiz, a ponto de afastá-lo da verdade." cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de processo civil comentado**. 4.ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 1.685.

situação, a parte vencedora, por motivos escusos, obriga a parte adversária, através do Poder Judiciário, a realizar determinado ato. Sem dúvidas, a coação exige a presença do dolo, mas isso não é suficiente. É uma conduta dolosa para constranger a parte adversa, no caso, a vencida, a praticar ou a se omitir de praticar determinado ato, através de uma decisão judicial[534]. É a hipótese de o autor pretender a exibição de documentos da parte contrária no intuito desta apresentar documentos protegidos por lei, tais como segredos industriais, e com o propósito não de esclarecer fato que permeia uma lide, mas por questões comerciais, assim como outros comportamentos que são classificados como *fishing expedition*, conforme demonstrado anteriormente[535]. Também pode-se pensar na hipótese de o autor pretender a produção antecipada de uma prova custosa diante de uma parte adversa que não tem a mesma condição financeira do autor, para que esta, diante do risco de arcar com o valor da produção da prova na ação que tenha por escopo o acertamento da lide, não tenha outra solução a não ser a realização de uma autocomposição com o autor da ação de produção antecipada de provas. Verifica-se que, em ambas as hipóteses, a parte adversa foi coagida a apresentar os documentos protegidos por lei e a buscar uma alternativa para composição da lide.

Na hipótese de dolo e coação da parte vencedora em detrimento da vencida, deve-se entender o termo "vencedor" e "vencido" sob a ótica do objeto da ação de produção antecipada de provas, ou seja, no que diz respeito ao deferimento da prova produzida e a sua homologação. Assim, será vencedor aquele que teve o seu direito à prova reconhecido pela decisão judicial que se visa a impugnar.

A questão fica mais complexa em se identificar quem seria vencedor e vencido em relação à decisão que homologa ou não a prova produzida antecipadamente. Isso porque o resultado da prova nem sempre é benéfico àquele que a requereu, sendo, ainda, que o juiz que dirige a ação de produção antecipada de provas não a valora (art. 382, §2º, CPC). Neste caso, o

---

[534] Oportuno é o conceito de Rodrigo Barioni acerca da coação apta para o ajuizamento da ação rescisória e da sua distinção da hipótese de dolo: "A inovação do dispositivo está em incluir como fundamento rescisório a coação, que se caracteriza pelo constrangimento, físico ou psicológico, para a abstenção ou prática de determinado ato jurídico pela vítima. É preciso que a coação seja suficiente para incutir na vítima fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens (art. 151, CC). A diferença em relação ao dolo diz respeito ao conhecimento do ato pela parte vencida: enquanto no dolo a parte é *ludibriada*, na coação a vítima tem ciência do ato, mas fora *obrigada* a praticá-lo em conformidade com a determinação do agente coator. A rigor, se a coação tiver sido praticada pela parte vencedora diretamente sobre a parte vencida, a hipótese se enquadra no dolo rescisório. No entanto, o novo fundamento rescisório afasta a dúvida do cabimento da ação rescisória quando o sujeito passivo da coação for o magistrado." cf. BARIONI, Rodrigo Otávio. Comentários do art. 966 a 975. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 2.151-2.152, grifo do autor.

[535] Este tema foi tratado no tópico 2.4.3 desta Tese.

autor da ação rescisória deverá demonstrar em que medida foi prejudicado pela decisão que homologou a prova produzida antecipadamente.

Imperioso ressaltar que, nas hipóteses de ação rescisória fundada no artigo 966, III, do Código de Processo Civil, a decisão rescindenda seria outra se o juiz constatasse o dolo ou coação da parte vencedora. Se tais comportamentos não afetarem o teor da sentença, eles serão indiferentes para o resultado da decisão rescindenda e, por isso, não são aptos para rescindi-la.

Ainda, para efeitos da aplicação do artigo 966, III, do Código de Processo Civil, deve ser entendido como "parte" não só as partes da relação jurídica processual, como os seus representantes, tais como advogados e representantes legais.

No que tange à simulação ou colusão entre as partes para o fim de fraudar a lei, hipótese também prevista de cabimento da ação rescisória à luz do que dispõe o artigo 966, III, do Código de Processo Civil, parece-nos de difícil aplicação no âmbito da ação de produção antecipada de provas. Isso porque o magistrado não resolve a lide no seu plano substancial, tampouco valora o resultado da prova (art. 382, §2º, CPC), sendo pouco factível que as partes simulem um processo judicial ou haja um conluio entre elas com o objetivo de produzir uma prova para fraudar a lei. Com isso não afirmamos que tal hipótese seja impossível contra as decisões proferidas em sede de ação de produção antecipada de provas, mas parece-nos de difícil prática.

Por outro lado, é possível o ajuizamento da ação rescisória fundada na ofensa à coisa julgada, hipótese prevista no artigo 966, IV, do Código de Processo Civil, conforme defendido na introdução do presente capítulo. Ora, se defendemos que há coisa julgada material na decisão que indefere o pedido de produção antecipada de provas e na decisão que homologa ou não a prova, conforme relatamos[536], tal fato produz consequências em relação à repropositura da mesma pretensão em juízo[537]. E, de acordo com o objeto da prova, conforme desenvolvido na parte introdutória deste capítulo, é rescindível a decisão proferida em segunda ação de produção antecipada de provas que tenha por objeto os mesmos documentos e as mesmas fontes de prova

---

[536] Este tema foi tratado no tópico 2.4.11 desta Tese.

[537] Ao tratar do aspecto negativo da coisa julgada, Rodrigo Barioni afirma que: "A primeira delas relaciona-se à função negativa da coisa julgada, isto é, ao impedimento de se rediscutir a mesma lide em outro processo. No direito brasileiro, a função negativa da coisa julgada é protegida, inicialmente, pela determinação de extinção do segundo processo, sem resolução de mérito, quando houver repetição da causa (art. 485, V, CPC/2015). Caso não haja essa extinção e advenha novo julgamento sobre o mesmo pedido, haverá afronta à coisa julgada, abrindo caminho para a ação rescisória." cf. BARIONI, Rodrigo Otávio. Comentários do art. 966 a 975. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2.152.

oral que foram objeto de ação de produção antecipada de provas anterior homologada em juízo, entre as mesmas partes e para efeitos de esclarecimento dos mesmos fatos, com fundamento em ofensa à coisa julgada. No que pertine à prova pericial, deve o autor da segunda demanda demonstrar que a prova pericial anterior não restou devidamente esclarecida, mas isso diz respeito ao seu interesse processual, e não à violação à coisa julgada, pois aquela anteriormente diz respeito à prova pericial produzida naquele processo. Do mesmo modo, e para qualquer tipo de meio de prova, se houve sentença que julgou improcedente o pedido de produção antecipada da prova em razão de se entender que o autor não teria direito à sua produção, outra decisão não pode ser proferida em relação a tal pedido em outro processo, sob pena de ofensa à coisa julgada.

Ainda, entendemos ser plenamente cabível o ajuizamento de ação rescisória contra a decisão que encerra a ação de produção antecipada de provas fundada em violação de norma jurídica. O legislador alterou a disposição anterior prevista no Código de Processo Civil de 1973 para abarcar não somente a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória quando a decisão rescindenda violar literal disposição de lei, como era previsto no Código anterior, para estender a violação à norma jurídica, alargando a hipótese de cabimento da ação rescisória. A alteração legislativa contemplou crítica doutrinária que se debatia sobre o assunto, que, advertidamente, previu situações em que, ainda que não tenha havido violação a "literal disposição de lei", a decisão foi proferida sem que tenha havido a correta subsunção dos fatos à norma utilizada como fundamento para a prolação da decisão, ou mesmo quando a norma foi interpretada de forma contrária a princípios integradores do sistema jurídico, ou em violação à Constituição Federal, por exemplo[538]. Desta forma, o artigo 966, V, do Código de Processo Civil, ao dispor

[538] Sobre o tema, oportunas são as observações de Teresa Arruda Alvim na égide do Código de Processo Civil de 1973: "Pensamos encartarem-se nesse conceito de *lei* também os *princípios jurídicos*, ainda que não estejam expressamente positivados. Estar-se-á, neste caso, em face de norma jurídica *não escrita*. A primeira das razões, a que nos parece sem dúvida a mais importante, é a de que o desrespeito aos princípios é potencialmente muito mais danoso ao sistema do que a ofensa a um dispositivo legal. Dissemos, nos itens iniciais deste trabalho, principalmente quando tratamos dos princípios jurídicos, que a tendência do direito contemporâneo é a de fazer com que *os princípios jurídicos integrem expressamente o texto constitucional.* Como a Constituição Federal é, de certo modo, a 'base' das demais leis do país, os princípios são mais do que isso: estão 'por trás' de tudo, na origem do ordenamento escrito, e sua existência, embora frequentemente não estejam previstos de forma cabal e completamente expressa, se infere da leitura dos dispositivos de lei. Portanto, parece que negar aplicabilidade a um princípio, quando se tratar de um caso em que este devesse ser aplicado, ou fazê-lo incidir quando não seria o caso (tanto ao longo do processo em que se proferiu a decisão rescindenda quanto na própria decisão) é *potencialmente mais grave* do que ofender a letra do direito positivo." cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 2.ed. reform. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 501-502, grifo do autor. Precisas também são as críticas de José Carlos Barbosa Moreira sobre o termo "literal disposição de lei"do dispositivo revogado do Código de Processo Civil de 1973: "melhor teria sido substituí-lo por 'direito em tese', como sugeriu a Comissão revisora. O ordenamento jurídico não se exaure naquilo que a letra da lei revela à primeira vista. Nem é menos grave o erro do julgador na solução da *quaestio iuris* quando

o cabimento de ação rescisória quando a decisão rescindenda violar manifestamente norma jurídica, abarca não só a lei federal escrita, como previsto do Código de Processo Civil de 1973, assim como as demais normas jurídicas, tais como a Constituição Federal, decretos, medidas provisórias, assim como os princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados[539].

É o caso, por exemplo, de prova homologada judicialmente por sentença sem que tenha sido garantido o efetivo direito ao contraditório na sua produção, não sendo nenhum dos casos

---

afronte norma que integra o ordenamento sem constar literalmente de texto algum." cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Arts. 476 a 565. 10.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. v. V p. 131. Sobre esta questão, ainda oportuno trazer à baila as lições de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: "Assim, de acordo com a melhor doutrina, *os princípios jurídicos são elementos que contêm normatividade,* usufruindo de proteção processual, tanto quanto se trate de princípios sistemáticos ou construtivos de direito material, ou mesmo quando constituam máximas, parêmias e regras técnicas, como figuras fundamentais e comuns a todos os direitos civilizados, ou mesmo, quando consubstanciarem simples regras técnicas de pensamento e de trabalho jurídico. [...]. Nesse cenário, a atual doutrina é praticamente unânime em admitir a possibilidade de ajuizamento da ação rescisória em virtude da violação a princípio jurídico." cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 21.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, pp. 1.889-1890, grifo dos autores. No mesmo sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves: "Entendo que a amplitude desse entendimento inclui até mesmo os princípios não escritos, entendimento corroborado pela redação do dispositivo se comparada com a redação revogada do art. 485, V, do CPC/1973. Enquanto a norma revogada mencionava violação a 'lei' a nova norma prevê violação a 'norma jurídica', reconhecendo que a lei não é a única fonte de Direito que pode ser violada para ensejar ação rescisória." cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de processo civil comentado**. 4.ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 1.686.

[539] Welder Queiroz dos Santos, em obra sobre ação rescisória na égide do Código de Processo Civil de 2015, conceitua o conceito de norma jurídica, ao asseverar que "É necessário, então, apontar as principais características do pensamento jurídico contemporâneo para se compreender o significado de norma jurídica. Em nosso sentir, sem pretensão de exaurimento, podemos elencar como as principais características do atual momento do pensamento jurídico: (i) a Constituição passou a ser dotada de força normativa; (ii) a teoria dos princípios, com a atribuição de eficácia normativa e não meramente integrativa aos princípios, alterou a teoria das normas e sua classificação; (iii) o direito passa a ser analisado na perspectiva dos direitos fundamentais, que possuem eficácia e aplicabilidade imediata, em valorização e em respeito à dignidade da pessoa humana; (iv) a expansão do método legislativo com base em cláusulas gerais e conceitos indeterminados; (v) a profusão das leis. A hermenêutica jurídica também passou por modificação (a) com o reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional; (b) a distinção entre texto e norma; (c) a adoção da proporcionalidade na aplicação de espécies normativas; e (d) identificação do método de concretização dos textos em detrimento da subsunção." cf. SANTOS, Welder Queiroz dos. **Ação rescisória por violação a precedente**. 1.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pp. 64-65. Ainda sobre o tema, Rodrigo Barioni: "Verifica-se, em primeiro lugar, o emprego da locução 'norma jurídica' em substituição ao vocábulo 'lei'. A norma jurídica não é sinônimo de texto legal, mas é o resultado da interpretação de qualquer preceito normativo, escrito ou não escrito. A alteração, portanto, tem duplo significado: de um lado, indica que não apenas o desrespeito à 'lei', em sentido escrito, autoriza a ação rescisória, mas a transgressão a qualquer enunciado normativo presente no ordenamento jurídico, ainda que não escrito. Assim por exemplo, autoriza-se a ação rescisória por violação a princípio geral do direito, ainda quando não integrante de texto escrito. De outro lado, afasta a equivocada ideia de que o cabimento da ação rescisória estaria limitado aos casos de ofensa à interpretação literal do texto positivado. A ação rescisória é cabível quando o conteúdo do dispositivo, em sua interpretação (não exclusivamente literal), tenha sido desrespeitado pela decisão judicial. Justamente por isso, o art. 966, V, deixou de exigir que a violação fosse 'literal'". cf. BARIONI, Rodrigo Otávio. Comentários do art. 966 a 975. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2.153. No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero: "O art. 966, V, CPC, fala em manifesta violação de norma jurídica: com isso, autoriza a rescisão da coisa julgada em que há a violação de princípio, regra ou postulado normativo. Autoriza, ainda, a violação à norma consuetudinária." cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 902.

excepcionais que admitem a sua produção *inaudita altera pars*, apresentados anteriormente[540]. Além de violar o direito constitucional ao contraditório e ampla defesa, previstos no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, a decisão poderia violar alguma norma processual que prevê o direito ao contraditório do réu na produção da prova, tais como o artigo 474, do Código de Processo Civil, que determina que as partes tenham ciência do local e data do início da produção da prova pericial[541],

No que tange ao inciso VI, do artigo 966, do Código de Processo Civil, deve-se verificar tal hipótese de cabimento à luz do espectro da ação de produção antecipada de provas. Isso porque a sentença proferida no âmbito da ação de produção antecipada de provas se funda em uma prova que não é valorada pelo juiz (art. 382, §2º, CPC), de sorte que a decisão que encerra o procedimento não aprecia a prova no seu aspecto material, mas sim, no seu formal. Portanto, não pode a parte ajuizar ação rescisória fundada em prova falsa com o objetivo de demonstrar que o seu resultado é contrário a outra prova apresentada pelo autor nos autos da ação rescisória.

Contudo, não se pode negar a força vinculante da prova produzida antecipadamente em relação à sua validade e eficácia, como defendemos ao longo do presente trabalho. E, se uma prova falsa foi homologada, tal como se dá mediante a exibição de um documento adulterado ou produzido por falsidade ideológica, pode a parte que se sentir prejudicada com a homologação da prova ajuizar ação rescisória com fundamento no artigo 966, VI, do Código de Processo Civil, devendo demonstrar tal falsidade no curso da ação rescisória ou mesmo extra autos, tal como se dá, por exemplo, no reconhecimento da falsidade da prova em processo criminal[542]. Muito embora o juiz na ação de produção antecipada de provas não extraia nenhuma consequência jurídica da prova produzida antecipadamente, não se pode negar que a homologação da prova falsa apreciou a sua validade, o que nos permite concluir pela aplicação

---

[540] Este tema foi tratado no tópico 2.4.5 desta Tese.

[541] Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery esclarecem que: "Ambos os *errores* (*in iudicando* e *in procedendo*) ensejam a rescisão do julgado por ofensa a literal disposição de lei, isto é, com fundamento no CPC 966 V. Nada obstante essa situação genérica, são exemplos de rescindibilidade por erro de atividade a sentença proferida por juiz absolutamente incompetente ou impedido ou quando ofender a coisa julgada (CPC 966 II e IV), bem como são exemplos de rescindibilidade, por erro de juízo, a pretensão fundada nos incisos V e VIII, ou seja, quando a sentença violar literal disposição legal ou incidir em erro de fato."cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 21.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 1881.

[542]. Conforme as lições de Daniel Amorim Assumpção Neves: "A ação rescisória com fundamento do art. 966, VI, do CPC, conforme a própria previsão legal, não depende de prévio processo criminal para a apuração da falsidade da prova, admitindo-se que a prova dessa falsidade seja produzida na própria ação rescisória. [...] É natural que a eventual existência de processo criminal poderá gerar efeitos no campo cível, mais especificamente à ação rescisória." cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de processo civil comentado**. 4.ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 1.688.

da referida hipótese de cabimento da ação rescisória no âmbito da ação de produção antecipada de provas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve por objetivo perquirir como se encerra a ação de produção antecipada de provas, a natureza da sua decisão e seu condão de ter a autoridade de coisa julgada material.

Para tanto, por uma questão estrutural, desenvolvemos o conceito de prova e estudamos os princípios que norteiam a produção da prova.

A prova consiste em todo elemento que serve para demonstrar algum fato. Ela é regulada tanto por normas de direito material (no que diz respeito à sua forma e validade), como de direito processual, que disciplinam a sua produção ou utilização em um processo judicial.

Para este desenrolar, os princípios do contraditório e ampla defesa mostraram-se relevantes ao desenvolvimento do presente trabalho, pelos quais concluímos que é inconstitucional o disposto no artigo 383, §4º, do Código de Processo Civil, que não permite que o réu apresente defesa no rito da ação de produção antecipada de provas e limita o cabimento de recurso somente contra a decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo autor originário, de maneira que deve ser amplamente permitida a apresentação de defesa por parte do réu, assim como o cabimento de recursos no procedimento.

Tais princípios norteiam os limites para que o juiz defira liminarmente a produção da prova no rito da ação de produção antecipada de provas, eis que o réu tem o direito não só de se manifestar sobre os seus termos, mas também de efetivamente participar de sua produção. Assim, a não ser em casos excepcionais, em que não é possível que se aguarde a citação do réu para a sua produção ou que a sua citação possa comprometer a produção da prova, o réu deve ser citado antes que a produção da prova seja deferida. Ainda em relação ao deferimento liminar da produção da prova em ação de produção antecipada de provas, entendemos que o juiz deve verificar se o autor cometeu abuso de direito ao, propositalmente, ajuizar a ação de produção antecipada de provas somente quando não fosse possível a citação do réu para que a prova fosse produzida liminarmente e, assim, pretender a homologação judicial de uma prova produzida unilateralmente, ou tenha havido algum motivo para que a ação não fosse ajuizada antes.

Em razão do rito específico da ação de produção antecipada de provas, não há espaço para a concessão de tutela de evidência, na medida em que a apreciação do direito à produção da prova é feita, por excelência, após a apresentação de defesa por parte do réu.

Por sua vez, o princípio da vedação da prova ilícita também corrobora com a necessidade de que o réu tenha o direito de apresentar defesa. Isso porque o juiz, diante de um caso concreto, pode deferir a produção de prova ilícita, dependendo dos interesses em jogo. Esse seria mais um motivo para que seja concedida oportunidade ao réu de se insurgir contra a pretensão do autor, por violar um direito fundamental seu, bem como de recorrer contra a decisão que defere a produção da prova.

Verificamos, ainda, que o princípio da máxima eficiência dos meios probatórios encontra-se plenamente presente no rito da ação de produção antecipada de provas, eis que é possível que antes mesmo de se ajuizar a ação que visa à resolução da lide no seu direito substancial a parte, em razão do resultado da prova, possa adimplir de maneira espontânea a obrigação que até então não teria prestado, por convencer-se de que o fato demonstrado pela prova antecipada não alberga o seu direito, assim como pode chegar a um acordo com a parte contrária, ou, convencendo-se acerca da ausência do seu direito, desista do ajuizamento da ação que tenha por objetivo declarar o direito material, situações estas que consistem no escopo da jurisdição, eis que são formas de resolução da lide.

Deste contexto, concluímos que o Código de Processo Civil, ao regular a ação de produção antecipada de provas, rompe com a tradicional dogmática de que o juiz é o destinatário final da prova, eis que o rito tem por objetivo esclarecer as partes sobre fatos que permeiam a lide. Com efeito, a ação deixou de ser vista somente sob o prisma de convencimento do juiz em um futuro de processo de conhecimento que irá resolver o conflito de interesses de direito material, mas também passou a ser uma maneira de possibilitar a composição entre as partes e até mesmo de convencimento de que não possuem o direito que achavam que teriam, evitando o ajuizamento da demanda para decidir o conflito de direito material, e, com poucas chances de sucesso, terem uma decisão desfavorável contra si e, ainda, pagarem as custas de sucumbência à parte contrária.

Nessa ordem de ideias, a ação de produção antecipada de provas, tal como existente, tutela o direito autônomo à prova, ou seja, o direito de a parte produzir prova de maneira independente ao processo que visa ao acertamento da lide no seu plano substancial. Ainda, a ação de produção antecipada de provas sem o requisito da urgência não só não viola como é importante instrumento para o escopo da atividade jurisdicional que visa, em última instância, à pacificação social.

A ação de produção antecipada de provas possui natureza jurisdicional contenciosa, sendo possível que haja uma controvérsia acerca do próprio direito do autor em requerê-la ou sobre como ela deve ser produzida, devendo o juiz se manifestar sobre tais questões no curso do processo e, ainda, ao final, decidir se a prova produzida é válida e eficaz. A única exceção a tal natureza consiste na sua utilização para registro de um fato ou de relação jurídica sem caráter contencioso, hipótese prevista no artigo 381, §5º, do Código de Processo Civil. Contudo, uma vez que produzida sem o caráter contencioso, o que dispensa, inclusive, a citação de eventual interessado na sua produção, ela não pode ser admitida com as mesmas características de uma prova produzida antecipadamente como nas demais hipóteses.

Entendemos que, especificamente na produção antecipada de prova baseada no risco de seu perecimento, a sua natureza seria de uma tutela cautelar, haja vista que busca assegurar a realização de uma prova que será efetivamente utilizada em uma ação que tenha por objeto resolver a lide de direito material, sob o fundamento do risco de perecimento da prova se ela for produzida na fase instrutória da lide no seu plano substancial. Por isso, deveria ser tratada não como uma ação autônoma de produção antecipada de provas, mas como um pedido antecedente ou incidental nos autos do processo que resolverá a lide, regime que deve ser utilizado para as demais providências requeridas em sede de tutela cautelar, como determina o artigo 305 e seguintes, do Código de Processo Civil.

De maneira geral, não pode o juiz determinar de ofício a produção da prova sob o fundamento de risco do seu perecimento em razão do princípio dispositivo, em que o juiz deve se pautar por aquilo que foi requerido pelo autor. Contudo, se a prova requerida antecipadamente tiver por objeto esclarecer fato que permeia um direito indisponível, parece-nos que o juiz teria o poder-dever de determinar a produção da prova em sede de tutela de urgência, eis que o autor, por não ter disponibilidade sobre o direito material, não teria, por conseguinte, como dispor da prova que supostamente demonstraria tal direito, a ponto de ser impossível produzi-la no momento requerido para tanto.

O ajuizamento de ação de produção de provas para viabilizar uma autocomposição entre as partes é cabível ainda que seja precedente a uma lide que será efetivamente ou eventualmente ajuizada, ou mesmo ela já tendo sido instaurada, não havendo óbice para a utilização da produção antecipada de provas quando tiver sido ajuizada a ação que tenha por objeto a resolução da controvérsia.

Parece-nos que, se o autor fundamentou a sua pretensão de produção antecipada de prova somente para que esta viabilize uma autocomposição ou outro método adequado de solução de conflito, a manifestação de desinteresse por esse método de resolução de conflito, por parte do réu, na ação de produção antecipada de provas, acarreta a perda superveniente do interesse processual na produção da prova, eis que não será mais possível a solução da controvérsia por meio da autocomposição, tendo em vista o seu desinteresse por parte do réu. É mais prudente que o autor fundamente a sua pretensão de forma cumulativa, pretendendo a produção da prova para uma tentativa de autocomposição ou, caso ela não ocorra, para avaliar as suas chances de êxito caso pretenda judicializar a lide. As hipóteses de cabimento dos incisos II e III do artigo 381, do Código de Processo Civil, não são contraditórias; muito pelo contrário, há um aparente escalonamento de situações em que a mesma prova produzida antecipadamente possa ser utilizada.

Deve o autor na ação de produção antecipada de provas preencher as condições da ação, demonstrando o seu interesse processual no pedido de produção da prova e tanto a sua legitimidade como a do réu. Os legitimados, tanto ativos quanto passivos para a ação de produção antecipada de provas, são os mesmos para a ação que visa à solução da crise de direito material.

Uma vez que a sentença a ser proferida em sede de produção antecipada de provas pode potencialmente homologar a prova produzida antecipadamente e, por isso, vincular as partes no que tange à sua validade e eficácia, seria oportuno que todos os envolvidos na relação de direito material participem da ação de produção antecipada de provas, eis que, se houver controvérsia na aludida relação (caso ela já não exista), a prova produzida antecipadamente poderia ser utilizada por todos e perante todos os envolvidos na relação de direito substancial. Entretanto, não está o autor da ação de produção antecipada de provas obrigado a indicar no polo passivo da demanda todos os partícipes da relação jurídica de direito material. Em razão do princípio constitucional do acesso à Justiça, o litisconsórcio facultativo é a regra, havendo a exigência de litisconsórcio necessário somente por disposição de lei ou pela natureza da relação de direito controvertida, conforme artigo 114, do Código de Processo Civil.

Contudo, os órgãos públicos que têm por função institucional a investigação de fatos para avaliar a conveniência de ajuizar ação que tenha por objeto o acertamento da lide no seu plano substancial não podem simplesmente “escolher” quem deve compor o polo passivo na ação de produção antecipada de provas. Seja pelo caráter impessoal da sua forma de atuação,

seja em prol do princípio da eficiência, seja pela indisponibilidade do direito à prova, por produzi-la no exercício de um dever legal, para que a prova seja oponível a todos os envolvidos na relação de direito material, deve o órgão incumbido em tal poder de investigação, ao ajuizar a ação de produção antecipada de provas, incluir na referida relação processual todos os envolvidos na relação de direito material.

Outrossim, se a eficácia da sentença da ação de conhecimento depender da citação de todos os litisconsortes, pela natureza da relação jurídica, há a necessidade de que todos eles participem da ação de produção antecipada de provas.

Em caso de ação de produção antecipada de provas fundada no requisito da urgência, ou seja, na hipótese do artigo 381, I, do Código de Processo Civil, é necessário que todos os que participam da ação de conhecimento sejam partes da ação de produção antecipada de provas, ainda que não seja caso de litisconsórcio necessário na ação de conhecimento. Isso porque a ação de produção antecipada de provas, nesse caso, por excelência, tem um caráter instrumental, na medida em que servirá para instruir ação que tenha por objeto o acertamento da relação de direito material. E, se ela instruirá a referida ação, é necessário que todos que façam parte dela também sejam partes da ação de produção antecipada de provas, não podendo tal prova, atrelada àquela ação, ser oponível para uma ou algumas partes, e para outra(s), não.

Caso o litisconsórcio seja facultativo, não pode o juiz determinar de ofício a citação dos demais interessados na produção da prova, conforme prevê o artigo 382, § 1º, do Código de Processo Civil, pois o autor tem a faculdade de ajuizar a ação em face de um ou mais legitimados passivos, assumindo as consequências de ineficácia da prova em relação aos que não integrarem a referida ação.

Independentemente de o litisconsórcio ser facultativo ou necessário, ele sempre será, pelas suas características, unitário. Isso porque, pela natureza da sentença proferida no âmbito da ação de produção antecipada de provas, o resultado deve ser uniforme e incindível para todas as partes. É dizer, ou a prova não é homologada, não sendo válida e eficaz; ou ela é homologada, vinculando todas as partes que fizeram parte da relação processual.

Sendo o pedido de prova dirigido a terceiro, ele deve ser qualificado na relação jurídica processual como réu, devendo a ele ser garantido o devido processo legal e todas as garantias que lhe são inerentes, como o direito ao contraditório. Do mesmo modo, caso o objeto da produção antecipada da prova seja a oitiva de uma testemunha, ela deve ser qualificada como

ré na ação de produção antecipada de provas, para que tenha oportunidade de eventualmente se recusar a depor, seja em razão da sua incapacidade ou suspeição, seja em razão de a questão a ser elucidada envolver seu dever de sigilo ou lhe acarrete grave dano, sendo um direito de qualquer testemunha de não se autoincriminar, ou ao seu companheiro ou parentes até o terceiro grau, situação que lhe faculta se recusar a depor, nos termos do artigo 448, do Código de Processo Civil.

Só é legitimado para ajuizar ação de produção de provas que tenha por objeto o esclarecimento de fatos atinentes a uma controvérsia que versa sobre direitos coletivos *lato sensu* aquele que é legitimado a defender tais direitos em juízo, sendo que a coisa jugada das ações coletivas de produção antecipada de provas segue as regras previstas nos artigos 103 e 104, da Lei nº 8.078/90, ainda que o instituto da coisa julgada deva ser analisado à luz das especificidades da ação de produção antecipada de provas.

A sentença que homologa a prova na ação coletiva de produção antecipada de provas reconhece não só o direito do ente legitimado a produzir a prova, como reconhece a sua validade. Por esse motivo, ela produz coisa julgada material e tem eficácia *erga omnes* e *ultra partes*, vinculando os demais entes legitimados a propor a ação de produção antecipada de prova e os titulares do direito difuso ou coletivo stricto sensu, respectivamente.

A sentença da ação coletiva de produção antecipada de provas só não vinculará o titular do direito coletivo *stricto sensu* que tiver ajuizado ação individual com vistas à produção da mesma prova sobre o mesmo fato em face do mesmo réu, se ele não tiver requerido a suspensão do seu processo no prazo de trinta dias a contar da sua ciência da ação coletiva, nos termos do artigo 104, da Lei nº 8.078/90.

Se a ação for julgada improcedente, a sentença fará coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* se a prova requerida foi para esclarecer uma lide, ainda que hipotética, que verse respectivamente sobre direito difuso ou coletivo *stricto sensu*. Entretanto, qualquer ente legitimado para veicular a ação coletiva de produção antecipada de provas pode propô-la novamente, ainda que tenha por objetivo a mesma prova para esclarecer o mesmo fato objeto da ação coletiva anterior, desde que demonstre, através de uma prova nova, que possui o direito à produção da prova. Essa é a conclusão que se extrai do artigo 103, I e II, da Lei nº 8.078/90 no que tange à ação coletiva de produção antecipada de provas para tutelar direito difuso ou coletivo *stricto sensu*.

É possível que o juiz admita a produção da prova e, ao final, não a homologue, por entender que ela possui algum vício. Neste caso, com *grano salis* é possível que se considere que a ação foi julgada improcedente, eis que, ainda que fosse conferido ao ente legitimado para a propositura da ação o direito à produção da prova, ela não foi homologada. Desta forma, ela produz os efeitos da coisa julgada material entre as partes.

Qualquer ente legitimado para propor a ação coletiva pode requerer a produção de outra prova sobre o mesmo fato sem que isso viole a coisa julgada em ação coletiva que visa a esclarecer fato que permeia lide de direito difuso ou coletivo *stricto sensu* no seu plano substancial.

Tendo em vista a expressa disposição legal do artigo 103, III, da Lei nº 8.078/90, entendemos ser possível que o titular do direito individual ajuíze ação de produção antecipada de provas de forma individual, tendo como objeto a mesma prova sobre o mesmo fato objeto da ação coletiva da ação de produção antecipada de provas e contra o mesmo réu em que a prova foi homologada, se demonstrar que a prova homologada naquele processo não o beneficiou, devendo ser concedido, por conseguinte, o seu direito à produção da prova.

Se a prova homologada judicialmente em ação coletiva de produção antecipada de provas que vise ao esclarecimento de fato que permeia um direito individual homogêneo tiver resultado favorável ao seu titular do direito material, ele não poderá fazer uso da prova se tiver ajuizado ação individual de produção antecipada de provas tendo como objeto a mesma prova sobre o mesmo fato da ação coletiva e, ainda, em face do mesmo réu, se não requerer a suspensão da sua ação individual no prazo de trinta dias a contar da sua ciência da ação coletiva, nos termos do artigo 104, da Lei nº 8.078/90.

Na hipótese de a prova requerida em ação coletiva de produção antecipada de provas ajuizada para esclarecer fato que permeia uma lide de direito individual homogêneo não ser homologada, ou mesmo a pretensão do ente legitimado não ser acolhida, por se entender que ele não teria direito à produção da prova, tais decisões devem ser consideradas como improcedência da ação, hipótese em que o seu resultado não produz efeitos em relação aos titulares do direito material, nos termos do artigo 103, III, da Lei nº 8.078/90, ou mesmo em relação aos demais colegitimados para propor a ação coletiva de produção antecipada de provas.

Tendo em vista que qualquer parte envolvida na relação jurídica de direito material pode pretender a produção da prova antecipada, deve ser reconhecida a litispendência se houver duas

ou mais demandas entre as partes tendo como objeto a produção antecipada de uma determinada prova para fins de esclarecimento do mesmo fato, sendo indiferente, para efeitos de configuração da litispendência, a identificação de qual parte está em qual polo da demanda.

O terceiro, ao intervir na ação de produção antecipada de provas, age na qualidade de assistente litisconsorcial. Ao prever que o terceiro possa requerer a produção de qualquer prova relacionada ao mesmo fato objeto da ação de produção antecipada de provas (art. 382, §3º, CPC), o legislador conferiu ao terceiro a qualidade de assistente litisconsorcial, pois a sua atuação no processo não é atrelada ao do assistido, o que se dá com o assistente simples.

No que tange à intervenção de terceiros em ação de produção antecipada de provas, não possuindo a referida ação cunho condenatório, não estão presentes as hipóteses para a denunciação do terceiro à lide e para o chamamento ao processo. É cabível a intervenção de *amicus curiae* se o objeto da prova puder interessar a terceiros, ou mesmo que terceiros possam contribuir na produção da prova ou do fato que se pretende provar na demanda, bem como em razão da repercussão que o esclarecimento de certo fato possa ter.

A competência para o ajuizamento da ação de produção antecipada de provas é concorrente, podendo o autor escolher entre o foro do domicílio do réu ou do local em que deve ser produzida a prova. Por se tratar de competência territorial, ela é relativa, podendo as partes eleger um foro para a tramitação da ação de produção antecipada de provas. Por fim, a ação de produção antecipada de provas não pode ser ajuizada perante os Juizados Especiais Cíveis, em razão da sua incompatibilidade com o referido rito.

De acordo com o disposto no artigo 381, §3º, do Código de Processo Civil, o juízo em que a prova antecipada foi produzida não é prevento para julgar o processo que tem por escopo resolver a controvérsia existente entre as partes. Não obstante tal fato, entendemos que, caso o foro em que foi processada a ação de produção antecipada de provas seja o mesmo em que será processada a ação que versa sobre a relação jurídica de direito material, seria de todo oportuno que o juízo que dirigiu a ação de produção antecipada de provas seja prevento para julgar a lide no seu plano substancial, em prol do princípio da eficiência.

Se as partes estabeleceram convenção de arbitragem para a resolução da controvérsia no plano de direito material, será de competência do Poder Judiciário o conhecimento de ação de produção antecipada de provas fundamentada na necessidade de urgência na sua produção, enquanto não for instituído o Tribunal Arbitral ou não houver a figura do árbitro de emergência

no regulamento da Câmara competente para o processamento do procedimento arbitral. Contudo, se o a ação de produção antecipada de provas for fundada nas hipóteses do artigo 381, II e III, do Código de Processo Civil, e visa a dirimir uma questão sobre a qual as partes estipularam convenção de arbitragem, a competência para o seu julgamento é do Tribunal Arbitral.

Tendo em vista o seu objetivo, não há conteúdo econômico em sua pretensão, de maneira que o valor da causa na ação de produção de provas é inestimável. Por essa razão, a parte deve atribuir um valor à causa para fins fiscais.

Ao receber a petição inicial da ação de produção antecipada de provas, deve o juiz, primeiramente, verificar se estão presentes os pressupostos processuais de existência e validade do processo e as condições da ação.

Ao apreciar o pedido de produção da prova, é imperioso que se evite a prática americana denominada *fishing expedition*, em que o autor, sob a justificativa de ter acesso ao que pretende para esclarecer fatos sob o seu suposto direito, tenha o intuito velado de ter acesso a informações sigilosas da contraparte para dela utilizá-las comercialmente, o que configura evidente abuso de direito.

Outra forma de utilização do referido instituto de forma abusiva consiste no ajuizamento da ação de produção antecipada de provas, ou mesmo no pedido de diversas provas neste procedimento, no intuito de retardar o início do processo que tem por objetivo a resolução da lide de direito material ou encarecer os custos para a produção da(s) prova(s), com o objetivo de impô-los à parte adversária em futuro processo que vise ao acertamento da lide, em uma tentativa não-ética de forçá-la a um acordo ou mesmo ou de desistir de tutelar o seu direito no plano substancial. Nestes casos, o juiz deve indeferir a produção da prova, sem prejuízo de aplicar à parte que a requereu multa por litigância de má-fé ou ato atentatório à dignidade da justiça.

Ainda que haja necessidade no caso concreto de acesso a informações sigilosas, o juiz que conduz a ação de produção antecipada de provas deve não só determinar que o processo tramite em segredo de justiça, como, ainda, adotar medidas atípicas, tais como condicionar o acesso a somente documentos essenciais e a determinadas pessoas, e que estas assinem um termo de confidencialidade ou que sejam proibidas de utilizar o seu conteúdo extraprocessualmente, com fundamento no artigo 139, IV, do Código de Processo Civil, e artigo

206, da Lei nº 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial), sob pena de pagamento de multa e/ou indenização.

Na hipótese de o pedido da produção da prova ser deferido e a parte adversária entender que o pedido do autor foi abusivo, além de interpor recurso contra o deferimento da prova, pode ainda pretender indenização pelos prejuízos que sofreu com o ato decisório, o que deve ser requerido em sede de ação própria, sendo possível que o pedido de indenização seja veiculado não só em face de quem pediu a prova, como também em face do Estado, na medida em que o Poder Judiciário deferiu a sua produção, o que gerou prejuízos ao jurisdicionado.

Ainda que o fato que se pretende provar já tenha sido confirmado por uma prova pré-constituída, tem o autor interesse em realizar a produção antecipada da prova para que ela seja reconhecida como válida e eficaz pelo Poder Judiciário, e, ainda, vincule o réu.

Outrossim, caso o fato contrário a que o autor pretenda provar já tenha sido objeto de prova pré-constituída, isso não obsta que o autor tenha o interesse em produzir a prova na ação de produção antecipada de provas. Muito pelo contrário, se há prova de fato contrário ao seu interesse, mais ainda se torna necessária a produção da prova pelo autor, no intuito de que este apresente fato contrário à prova pré-constituída.

É possível a repetição da prova pericial ou mesmo a sua complementação. Embora o juiz não valore a prova, deve analisá-la à luz do interesse processual da parte que solicitou a sua complementação ou repetição, ou seja, deve apurar se o fato, objeto da prova, restou esclarecido, independente do seu resultado, bem como se a metodologia empregada pelo perito foi correta. Contudo, deve o juiz, ao apreciar tais pedidos, verificar se a parte que a requereu age em abuso de direito, situação em que o juiz deve indeferir a produção da prova, sem prejuízo de aplicar multa por litigância de má-fé ou ato atentatório à dignidade da justiça.

A designação de audiência para fins de conciliação entre as partes não consiste em uma obrigatoriedade do juiz. Não obstante não ser uma obrigatoriedade, pela própria natureza da ação de produção antecipada de provas, este rito pode ser um meio profícuo para que as partes cheguem a uma autocomposição, eis que elas estão avaliando a suas chances de êxito caso a lide seja levada à apreciação do Poder Judiciário, ou, ainda que esta tenha sido ajuizada, na hipótese que fundada no requisito da urgência, a lide ainda não foi apreciada.

A tentativa de autocomposição pode ser realizada logo ao receber a petição inicial, quando o juiz, verificando a presença dos pressupostos processuais e condições da ação,

determina a citação do réu para uma audiência para tentativa de autocomposição. Ainda, ela pode ser realizada após a produção da prova, em que as partes avaliam o seu resultado, as suas chances e riscos, caso a lide de direito material seja efetivamente judicializada.

A decisão que recebe a petição inicial e ordena a citação do réu na ação de produção antecipada de provas interrompe o prazo prescricional ou decadencial para que o autor veicule a sua pretensão acerca da lide em seu plano substancial, desde que o autor promova os atos necessários para viabilizar a citação nos dez dias subsequentes à sua intimação da decisão que determinar a citação do réu, nos termos do que preconiza o artigo 240 e seus parágrafos, do Código de Processo Civil. Contudo, o mesmo raciocínio não deve ser aplicado na hipótese da ação de produção antecipada de provas prevista no artigo 381, §5º, do Código de Processo Civil, em razão do caráter não contencioso.

Ao réu deve ser assegurado o direito ao contraditório e ampla defesa, de forma que, malgrado a redação do artigo 382, §4º, do Código de Processo Civil, salvo situações excepcionais que admitem a produção liminar da prova sem a participação do réu, a oportunidade de o réu exercer o seu direito ao contraditório é condição de eficácia da prova a ser produzida na ação de produção antecipada de provas, de sorte que a prova produzida, sem a sua citação e oportunidade de sua efetiva participação na produção da prova, acarreta-lhe a sua ineficácia.

Na defesa, o réu pode se insurgir contra o pedido do autor, apresentar questões que dizem respeito à produção da prova e, ainda, apresentar questões de ordem pública.

Se o réu for citado para comparecer à audiência de conciliação, ele deverá apresentar defesa em quinze dias a contar da audiência de conciliação se esta for inexitosa ou do pedido de cancelamento da audiência. Caso ele tenha sido citado para apresentar defesa, deve fazê-lo no prazo de quinze dias a contar de quaisquer dos eventos previstos no artigo 231, do Código de Processo Civil, a depender do modo de citação do réu.

A desnecessidade de citação do réu só deve ser aplicada na hipótese prevista no artigo 381, §5º, do Código de Processo Civil, em que o autor pretende a produção da prova para simples registro, sem caráter contencioso.

É ainda permitido ao réu requerer a produção de outras provas além daquelas requeridas pelo autor. Para que se obtenha o maior rendimento do instituto da ação de produção antecipada de provas, seria desejável que se admitisse a produção de provas pelo réu não só em relação aos

fatos delineados pelo autor, mas àqueles também que, embora apresentados pelo réu, estejam relacionados aos fatos apresentados pelo autor. Neste caso, o pedido de produção de provas pelo réu teria natureza reconvencional, eis que tem como fundamento outros fatos que os apresentados pelo autor, mas com eles devem ser conexos. Contudo, não há necessidade de o pedido de produção de provas pelo réu ser veiculado por meio de reconvenção.

O legislador, além de limitar o pedido do réu quanto ao objeto da prova que pretende produzir, devendo ser este relacionado ao fato objeto da prova requerida pelo autor, ainda determinou que a prova requerida pelo réu pode ser indeferida se a sua produção acarretar "excessiva demora". Contudo, o pedido de produção de provas pelo réu não pode ser indeferido sob esse fundamento, sob pena de tornar o instituto da ação de produção antecipada de provas ineficiente e não lhe conferir o máximo rendimento possível.

Uma vez triangularizada a relação jurídica processual, o que se dá, efetivamente, com a citação, o autor só poderá desistir da ação mediante a concordância do réu.

Presentes as condições da ação e conferido ao réu o direito de apresentar sua defesa, o juiz deve exercer um ato decisório no que concerne à admissibilidade da produção da prova, Deverá, ao analisar o pedido do autor, verificar se este possui direito à produção daquela prova no que tange à sua pertinência com os fatos que permeiam a controvérsia e em relação à licitude da prova.

Ao juiz, no rito da ação de produção antecipada de provas, não cabe verificar a ocorrência ou não de um fato, nem sobre suas respectivas consequências jurídicas, decorrendo que tampouco lhe é facultado determinar a realização de provas no referido processo de ofício, salvo se a lide material versar sobre direito indisponível e houver risco de perecimento da prova.

Caso a prova não seja admitida, o juiz deve julgar o mérito do processo, devendo este ser julgado improcedente. Ao admitir a produção da prova, o juiz profere decisão de mérito, muito embora ela tenha a natureza de decisão interlocutória, eis que não põe fim à fase cognitiva do procedimento, na medida em que a prova será produzida e, após isso, o juiz deve analisar se ela será homologada ou não.

Uma vez deferida a produção da prova, deve o juiz, no curso do procedimento, assegurar o efetivo direito ao contraditório do réu, assegurando que ele participe da produção da prova. Além disso, deve tomar atos decisórios no que concerne à produção da prova em si.

É cabível que todos os meios de prova admitidos no ordenamento jurídico sejam objetos de ação de produção antecipada de provas. Contudo, não é possível extrair do depoimento pessoal da parte a confissão, pois o juiz que dirige a ação de produção antecipada de provas não as valora.

Por não ter o juiz todo o arcabouço probatório relacionado à controvérsia no plano substancial que fundamenta o pedido de produção antecipada de provas, entendemos que o juiz não tem elementos para apurar a necessidade da oitiva de testemunhas menores, impedidas ou suspeitas. Com efeito, não tem o juiz como verificar se as demais provas, que serão utilizadas em eventual ação de conhecimento que versa sobre o direito material, são suficientes para que a parte demonstre os fatos que pretende demonstrar através da oitiva da testemunha menor, impedida ou suspeita, de sorte que não há como avaliar a necessidade ou não do seu depoimento. Por essa razão, a nosso ver, seria recomendável que o juiz que dirige a ação de produção antecipada de provas admita o depoimento mesmo da testemunha menor, impedida ou suspeita, devendo a valoração de tal prova ser apreciada em eventual processo que tenha por objetivo a resolução da lide em seu plano material, juntamente com as outras provas que instruirão o referido processo. Pela mesma razão, no que pertine à prova pericial, deve o juiz verificar a sua necessidade e pertinência, ou seja, se o autor possui interesse processual em requerer tal prova, não cabendo a ele indeferir a produção da prova pericial se a sua produção for desnecessária em razão das outras provas produzidas.

Em caso de requerimento de produção de prova testemunhal e/ou pericial, deve o autor, na petição inicial, apresentar, respectivamente, o rol de testemunhas e indicação de assistente técnico e quesitos, para que seja efetivamente concedido o direito ao contraditório ao réu, que, citado, terá oportunidade de averiguar a extensão da prova requerida pelo autor,

Pelo atual Código de Processo Civil, a exibição de documentos ou de coisa é cabível em sede de produção antecipada de provas ou como um procedimento no âmbito do próprio processo de conhecimento, de acordo com os artigos 396 a 404, do Código de Processo Civil.

Na hipótese de o juiz rejeitar as justificativas do réu para não exibir o documento ou coisa em ação de produção antecipada de provas, a ação deve ser julgada procedente e o réu deve ser condenado e exibi-lo. Se o réu não apresentar o documento ou coisa de forma voluntária, o juiz poderá adotar medidas coercitivas para a sua apresentação, tais como multa diária para a sua apresentação, ou mesmo a busca e apreensão do documento ou coisa, o que é permitido pelo artigo 400, Parágrafo único, do Código de Processo Civil. Contudo, não pode

admitir como verdadeiros os fatos que o autor pretendia provar, tendo em vista que, no rito da ação de produção antecipada de provas, o juiz não deve apurar a existência ou inexistência de um fato, tampouco de suas consequências jurídicas.

É necessário que o juiz analise, ainda, os limites da produção da prova, apreciando eventuais contraditas de testemunhas, a impertinência de quesitos formulados pelas partes em uma perícia judicial ou mesmo de perguntas a serem formuladas às testemunhas ou às partes, se o perito possui a *expertise* necessária para a realização da prova pericial, bem como eventual impugnação de nomeação do perito, entre outras questões.

Não obstante se defender a designação de tentativa de conciliação na decisão que receber a petição inicial, entendemos ser de todo pertinente que, sendo infrutífera aquela audiência e determinada a realização da prova, o juiz designe nova audiência para tentativa de conciliação após a realização da prova, antes de proferir a sentença.

Vista sob a perspectiva do seu escopo, qual seja, de esclarecimento das partes acerca de um determinado fato relacionado a já existente ou eventual lide entre elas, a prova a ser produzida judicialmente atende ao interesse de ambas. É dizer, ainda que a prova seja desfavorável, é certo que cumprirá, mesmo assim, a sua função de esclarecer as partes acerca de um fato relativo à controvérsia. Ainda, pode ser que o seu resultado seja até favorável ao réu, eis que o autor, ao requerer a produção antecipada da prova, não tem como prever o seu resultado, podendo este ser desfavorável aos seus interesses.

Portanto, em relação ao seu escopo, entendemos que a ação de produção antecipada de provas possui, de certa forma, natureza dúplice. Ainda, uniformidade de seus efeitos decorre da natureza incindível decorrente do princípio da comunhão da prova, eis que ou a prova é valida e eficaz, ou não.

A ação de produção antecipada de provas consiste em um processo de natureza jurisdicional, não sendo o juiz, na sua condução, um mero homologador da prova. Por isso, defendemos que o processo deve ser encerrado por meio de uma decisão judicial que analisa se tal prova deve ser considerada válida ou não, ou seja, se a prova deve ou não ser homologada pelo Poder Judiciário. Ao exercer tal ato decisório, o juiz deve apreciar a validade da prova sobre o seu aspecto formal, ou seja, à luz da admissibilidade e legalidade, pertinência e observância ao direito ao contraditório, não decorrendo que uma prova cuja produção produzida pelo órgão judicial seja necessariamente homologada.

As decisões que indefere o pedido de produção de provas requerido pelo autor e, por isto, julga a ação improcedente, e a que homologa ou não a prova judicial, consistem em decisões de mérito do processo, na medida em que aprecia o pedido do autor ou mesmo do réu na hipótese de ele requerer a produção de provas, como permite o artigo 382, §3º, do Código de Processo Civil. Justamente por ser uma decisão que possui conteúdo decisório, a sentença terá o condão de produzir coisa julgada material.

A sentença que homologa a prova produzida antecipadamente possui natureza constitutiva, eis que, ao reconhecer que a prova é válida e eficaz, reconhece que a prova que foi produzida ao longo do processo consiste em uma prova apta a produzir efeitos que vinculam não só as partes, como o próprio Estado, e, por consequência, cria uma prova para ambas as partes sobre algum fato envolvendo a lide.

Por outro lado, a sentença que não homologa a prova produzida antecipadamente possui natureza declaratória, eis que não cria qualquer prova que vincule as partes ou mesmo o Poder Judiciário, no que tange à atividade desenvolvida em sede de produção antecipada de provas.

Tendo em vista que a decisão que indefere totalmente a produção da prova requerida antecipadamente, bem como a decisão que homologa ou não a prova produzida ter natureza de sentença, contra tal decisão cabe a interposição de recurso de apelação pela parte que se sentir prejudicada, nos termos do que preconiza o artigo 1.009, do Código de Processo Civil.

Se o processo for extinto sem julgamento de mérito ou mesmo se a prova for indeferida ou não homologada, parece-nos não haver dúvida de que o autor deve arcar com o ônus da sucumbência, eis que este foi carecedor do seu direito ao exercício da ação, ou o seu pedido não foi atendido, seja no que tange à produção da prova, seja no que tange ao reconhecimento de que esta não é apta a ser utilizada como prova idônea em eventual processo que vise à solução da lide.

Entendemos que deve ser aplicado o princípio da causalidade em relação ao pagamento dos ônus sucumbenciais, devendo este ser a cargo a quem deu causa ao ajuizamento da ação de produção antecipada de provas. O juiz deve analisar o caso concreto para verificar se houve resistência na produção da prova para que o autor buscasse o Poder Judiciário para a sua realização, bem como se houve resistência do réu na produção da prova ou o requerimento, de sua parte, de outras provas, situação em que deve ser apurada eventual resistência do autor, para que seja atribuído a quem deve arcar com os ônus sucumbenciais.

Para que o advogado da parte vencedora da causa seja remunerado conforme o seu trabalho, é aplicável ao caso o disposto no artigo 85, §8º, do Código de Processo Civil, devendo os honorários advocatícios sucumbenciais serem fixados de acordo com o princípio da equidade se o valor da causa for muito baixo

Se o autor ou o réu da ação de produção antecipada de provas arcou com os ônus sucumbenciais para a produção da prova e, posteriormente, ajuizou ação de conhecimento com base em tal prova para formular a sua pretensão no plano substancial, pode requerer a condenação do réu ao pagamento das custas que arcou na ação de produção antecipada de provas a título de indenização por danos materiais, sob o fundamento de que arcou com tais despesas para provar o seu direito.

O vencido na ação de conhecimento não deve ser condenado ao pagamento dos honorários advocatícios contratuais e do assistente técnico contratado pelo vencedor em sede de ação de produção antecipada de provas. Em razão da liberdade e até mesmo da faculdade de a parte contratar advogados e assistentes técnicos, não pode o vencido na ação de conhecimento arcar com os valores que o vencedor pagou a título de honorários advocatícios e de assistente técnico contratuais decorrentes de suas atuações em ação de produção antecipada de provas

É cabível a interposição de recurso contra a decisão que defere ou indefere, total ou parcialmente, a produção da prova no âmbito da ação de produção antecipada de provas.

Entendemos que a decisão que defere ou não a produção da prova consiste em uma decisão interlocutória e, como tal, cabe a interposição de recurso de agravo de instrumento com fundamento no artigo 1.015, inciso II, do Código de Processo Civil, pois a produção da prova consiste no próprio mérito da ação de produção antecipada de provas.

Aliás, não só a decisão que defere ou não a produção da prova é recorrível por recurso de agravo de instrumento, como outras decisões que possuem conteúdo decisório e que não põe fim à fase cognitiva do processo, como é o caso do indeferimento de quesitos apresentados pelas partes, indeferimento de alegação de suspeição ou impedimento do perito e impugnação aos honorários periciais, dentre outras decisões que podem ser proferidas ao longo do processo e têm o condão de ser contrárias aos interesses de uma das partes. Neste caso, aplicável a teoria da taxatividade mitigada do rol do artigo 1.015, do Código de Processo Civil.

Quanto a recursos contra decisões que não dizem respeito à produção da prova em si, como, por exemplo, da decisão que indefere a alegação de ilegitimidade de uma das partes,

defendemos a sua recorribilidade, mas através de preliminar nas razões ou contrarrazões ao recurso de apelação.

Se a prova for indeferida, a decisão põe fim à fase cognitiva do processo e decide o seu mérito, que é a realização da prova. Por conseguinte, o recurso cabível contra tal decisão é o recurso de apelação. Do mesmo modo, a sentença que homologa ou não a prova tem natureza de sentença, estando sujeita, pois, a recurso de apelação.

Em razão de ter a autoridade de coisa julgada material, é possível o ajuizamento de ação rescisória contra a sentença que homologa ou não a prova produzida ou mesmo indefere o pedido de produção antecipada da prova.

Pelo mesmo motivo, embora tenha natureza de decisão interlocutória, a decisão que defere a produção da prova transitada em julgado pode ser objeto de ação rescisória. Isso porque a decisão que defere a produção da prova analisa o mérito do processo, uma vez que defere o pedido postulado pelo autor ou por terceiros que requereram a prova, e o artigo 966, do Código de Processo Civil, alargou as hipóteses de cabimento da ação rescisória, ao estabelecer a possibilidade de ação rescisória contra decisões de mérito transitadas em julgado, e não só contra sentenças de mérito.

Dentre as hipóteses previstas no artigo 966, do Código de Processo Civil, e aplicando-as ao procedimento da ação de produção antecipada de provas, entendemos ser cabível o ajuizamento da ação rescisória contra a sentença de mérito transitada em julgado proferida no referido rito, mas com exceção aos incisos VII e VIII, pois tais incisos são aplicáveis às decisões de mérito que resolvem a lide no seu plano substancial, ou seja, decisões que conhecem o direito e o concedem a uma ou, parcialmente, a ambas as partes constantes no polo da relação jurisdicional.

Por outro lado, é passível o ajuizamento da ação rescisória contra a decisão que aprecia o direito do autor e de qualquer interessado na produção da prova requerida, bem como a decisão que homologa ou não a prova nas demais hipóteses do artigo 966, do Código de Processo Civil.

REFERÊNCIAS

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

AGUIRRE, José Eduardo Suppioni de. **Aplicação do princípio da proporcionalidade no processo civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Almedina, 1998.

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social**. Constitucionalismo discursivo. Tradução Luís Afonso Hecke. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade**. Constitucionalismo discursivo. Tradução Luís Afonso Hecke. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. **Três escritos sobre los derechos fundamentales y la teoria de los princípios**. Tradução Carlos Bernal Pulido. Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 2003.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. **O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ALVIM, Eduardo Arruda; CUNHA, Ígor Martins da. Produção Antecipada de Provas no Código de Processo Civil de 2015. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 165-183.

ALVIM, Teresa Arruda. **Os agravos no CPC de 2015**. 5.ed. Curitiba: Editora Revista de Direito Contemporâneo, 2021.

ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**: artigo por artigo. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

AMCHAM ARBITRAGEM & MEDIAÇÃO. **Resolução Administrativa nº 3/2023**. 2023. Disponível em: <https://estatico.amcham.com.br/arquivos/2023/resolucao-administrativa-n3-2023.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2023.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ARAÚJO, André Luiz Maluf de. Princípios e regras que governam a atividade probatória. Uma visão garantista. Utilização na produção antecipada de prova. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 49-72.

AROCA, Juan Montero. **La prueba en el proceso civil**. 3.ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2002.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 17.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de; GUEDES, Clarissa Diniz. Produção antecipada de prova e juízo arbitral. **Revista dos Tribunais**, v. 1008, p. 23-40, out. 2019.

ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

ARSUFFI, Arthur Ferrari. O abuso da produção antecipada da prova: direitos fundamentais, sigilo, boa-fé objetiva e custos. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova:** questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 541-564.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**: parte geral. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. v. 3.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1993.

BARANDIER, Antonio Carlos. **As garantias fundamentais e a prova: e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da "divisão do trabalho" entre juiz e as partes: aspectos terminológicos. In: **Temas de direito processual**. Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 67-88.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: **Temas de direito processual**. Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, pp.89-114.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Provas atípicas. **Revista de Processo**, v. 76, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 114-126, out-dez. 1994.

BARIONI, Rodrigo Otávio. A produção antecipada de provas sem o requisito da urgência em matéria ambiental: repensando a estratégia dos litígios ambientais. **Revista do Advogado**, v. 133, pp. 195-203, 2017.

BARIONI, Rodrigo Otávio. **Ação rescisória e recursos para os Tribunais Superiores**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BARIONI, Rodrigo Otávio. Ação rescisória fundada em documento novo e a necessidade de exibição. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.) **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 11, pp. 372-379.

BARIONI, Rodrigo Otávio. Comentários do art. 966 a 975. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 2147-2177.

BARROS, Igor Labre de Oliveira; MARQUES, Vinícius Pinheiro. A Antecipação de Prova frente ao Princípio da Cooperação no CPC de 2015. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.) **Produção antecipada da prova:** questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 241-255.

BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto; BARROS, Wellington Pacheco. **A proporcionalidade como princípio de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1: arts. 1º a 317.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 1995.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BENTHAM, Jeremias. **Tratado de las pruebas judiciales**. Buenos Aires: Ejea, 1971. 2 v.

BERALDO, Maria Carolina Silveira. O dever de cooperação no processo civil. **Revista de Processo**, v. 198, pp. 455-462, ago. 2001.

BESSO, Chiara. **La prova prima del processo**. Torino: G. Giappichelli Editores, 2004.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. **Proporcionalidade e processo**: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Atlas, 2006.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**: teoria geral da prova e provas em espécie segundo o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. A exibição de documento ou coisa, a Súmula 372 do STJ e o Novo Código de Processo Civil. In: **Coleção grandes temas do novo CPC**: Direito Probatório, 3.ed., Salvador: JusPodivm. 2018, pp. 427-438. v. 5.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil. 12.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. v. 1.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos. 11.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. v. 2.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 8.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo código de processo civil anotado**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BUZAID, Alfredo. **Produção antecipada da prova**. Estudos e pareceres de direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.) **Comentários ao novo código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CABRAL, Érico de Pina. ***Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor****. São Paulo: Editora Método, 2008.*

CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ejea, 1973, v. 1 e 3.

CALAMANDREI, Piero. **Introduccion al estudio sistematico de las providencias cautelares**. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945.

CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**. São Paulo: Editora Livraria do Advogado, 2017.

CALVOSA, Carlo. **Il proceso cautelare (i sequestri e i provvedimenti d'urgenza)**. Torino: Tipografia Temporelli, 1970.

CAMARA LEGISLATIVA. **Projeto de Lei nº 1641**, de 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2001406>. Acessado em: 04 nov. 2023.

CÂMARA, Alexandre Feitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CAMBI, Eduardo. **Curso de processo civil completo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

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

CAMPOS JÚNIOR, Anésio de Lara. **Princípios gerais do direito processual**. São Paulo: José Bushatsky, 1964.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O ônus da prova na jurisdição das liberdades – para uma teoria do direito constitucional à prova. In: BRANDÃO, Cláudio; ADEODATO, João Maurício (coords.). **Direito ao extremo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 169-175.

CAPPELLETTI, Mauro. **L'acesso alla giustizia e la responsabilità del giurista della nosta epoca**. Studi in onore di Vittorio Denti. Milano: Cedam, 1994. v. 1.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988, reimpressão de 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. **Prova ilícita**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CARNEIRO, Paulo Cézar Pinheiro. **Acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARNEIRO, Paulo Cézar Pinheiro. Comentários ao art. 6º. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 70-72.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Tradução Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. **Derecho y processo**. Tradução Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: EJEA, 1971.

CARNELUTTI, Francesco. **La prueba civil**. 2.ed. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Depalma, 1982.

CARVALHO, Fabiano. Ação rescisória fundada em prova nova e a teoria da prova documentada. In FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (coords.). **Grandes temas do novo CPC**: direito probatório. Salvador: JusPodivm, 2015. pp. 981-993.

CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de; LOURENÇO, Haroldo. A teoria geral da prova no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, v. 263, p. 55-75, jan. 2017.

CHASE, Oscar. **Direito, cultura e ritual:** sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. Tradução Sérgio Arenhart e Gustavo Osna São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. Campinas: Bookseller, 1998.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. Nápoles, Jovene, 1980.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CINTRA, Lia Carolina Batista. Comentários do art. 113 a 118. In: SCARPINELLA BUENO, Cassio (coord.). **Comentários ao código de processo civil**, São Paulo: Saraiva, 2017, v. 1, pp. 491-529.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Il modelli di garanzia constituzionale del processo**. Studi in onore di Vittorio Denti. Milano: Cedam, 1994. v. 1.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA- CNJ. **Justiça em números**. 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/sumario-executivo-justica-em-numeros-200923.pdf>. Acesso em: 09 out. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA- CNJ. **Resolução nº 420 de 29/09/2021**. 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4133>. Acesso em: 02 dez. 2023.
CONTE, Mauro. **Le prove nel processo civile**. Milano: Giuffrè Editore, 2002.

COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. **Processo de conhecimento**. Procedimento comum. São Paulo: Malheiros, 2018.

COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. **Tutela provisória**. São Paulo: Malheiros, 2017.

COSTA, Ana Carolina Pazin. Da produção antecipada da prova como modelo autônomo no Código de Processo Civil de 2015. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel

Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 39-48.

COSTA, José Augusto Galdino da. **Princípios gerais no processo civil**: princípios fundamentais e princípios informativos. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3.ed. Buenos Aires: Depalma, 1993.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense: 2002.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Princípios constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DE SANTO, Victor. **La prueba judicial**. 2.ed. atual. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Produção antecipada da prova. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (Coords.) **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 193-205.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10.ed. Salvador: Editora JusPodvim, 2015. v. 2

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O novo código de processo civil brasileiro e a ordem processual civil vigente. **Revista de Processo**, v. 247, pp. 63-103, set. 2015.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EASTERBROOK, Frank H. Discovery as abuse. 69 **Boston University Law Review 635**. 1989. Disponível em <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2139&context=journal_articles&httpsredir=1&referer=>. Acesso em: 03 nov. 2023.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Comentários ao art. 556. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 1444-1445.

FAZZALARI, Elio. **Instituzioni di diritto processuale**. Padova: CEDAM, 1994.

FERNANDES, Daniela. **4 dados que mostram por que Brasil é um dos países mais desiguais do mundo, segundo relatório**. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-59557761>. Acesso em: 21 jan. 2023.

FERNANDES, Daniela. **BBC**. 4 dados que mostram por que Brasil é um dos países mais desiguais do mundo, segundo relatório. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-59557761>. Acesso em: 22 jan. 2023.

FERREIRA, William Santos. Limites e momento da inversão do ônus da prova e a reinversão nas ações de responsabilidade civil. In: Marcelo Benacchio; Alexandre Guerra. (org.). ***Responsabilidade civil bancária****. 1.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp. 359-382.*

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

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. A produção antecipada da prova: aspectos gerais e natureza da sentença. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.) **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth 2021, ANO, pp. 121-138.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **A prova no processo civil**: principais inovações e aspectos contraditórios. 2.ed. Londrina: Thoth, 2017.

FUX, Luiz; FUX, Rodrigo. Comentários ao art. 114. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 392-393.

GIANNICO, Maricí. **A prova no código civil** – natureza jurídica. São Paulo: Saraiva, 2005.

GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor. ***Revista de Direito do Consumidor****, v. 13. 1995, pp. 33-41.*

GIDI, Antonio. **Princípios fundamentais da prova civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Cotejo entre o direito à prova e a proibição das provas obtidas por meios ilícitos. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson. **Processo e constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 952-958.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no processo civil:** o poder da criatividade do juiz e o acesso à justiça. São Paulo: Saraiva, 2004.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. (et. al.). **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do CDC e da Lei do Superendividamento**, Rio de Janeiro, Forense, 2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o código de processo civil**. São Paulo: José Bushatsky, 1975.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispendência. In: MILARÉ, Édis (coord.) **Ação civil pública** – Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, pp. 23-27.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos A. **A teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípios constitucionais na perspectiva de uma teoria fundamental do direito. In: CUNHA JUNIOR, Dirley da; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coords.). **Temas de teoria da Constituição e direitos fundamentais**. Salvador: JusPodvium, 2007, pp. 263-265.

HABSCHEID, Walther. **La protezione dei segretti comerciali e professionali** – anche a costo di um procedimento segreto nel processo civili svuzzero? Studi de onore di Vittorio Denti. Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1994, v. 3.

HASHIMOTO, Marcos Noboru. Inadmissibilidade de oferecimento de defesa ou recurso na produção antecipada de provas (CPC/2015), art. 382, parágrafo 4º. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova:** questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 365-376.

HELLMAN, René Francisco. A prova como direito fundamental e a sua produção antecipada. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (Coords.) **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 401-413.

HOFFMAN JÚNIOR, Lírio. Os limites objetivos da coisa julgada nas ações probatórias autônomas. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 521-539.

JOBIM, Marco Félix; PEREIRA, Rafael Caselli. Produção antecipada de provas como técnica processual de incentivo à composição consensual. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova:** questões relevantes e aspectos polêmicos.Londrina: Thoth, 2021, pp. 349-364.

JOLOWICZ, John Anthony. **On civil procedure**. Cambridge: University Pressa, 2002.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do ônus dinâmico da prova e da situação de "senso comum" como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabolica. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson. **Processo e Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 943-951.

LAUX, Francisco de Mesquita. Relações entre a antecipação da prova sem o requisito de urgência e a construção de soluções autocompositivas. **Revista de Processo**, v. 242, p. 457-481, abr. 2015.

LAUX, Francisco de Mesquita; RODRIGUES, Daniel Conalgo. Antecipação da prova sem o requisito de urgência: primeiras reflexões à luz do novo CPC. In DIDIER JR., Fredie (et. al.). **Coleção de temas no novo CPC**. Direito Probatório. 2.ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 5, pp. 573-584.

LEONEL, Ricardo Barros. **Manual do processo coletivo**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de derecho procesal civil**. Tradução Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1980.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. **Princípios gerais de direito**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971.

LISBOA, Roberto Senise. A inviolabilidade de correspondência na internet. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coords.). **Direito & internet** – aspectos jurídicos relevantes. Bauru: Edipro, 2001, pp. 509-535.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOPES, João Batista. **Manual das provas no processo civil**. Campinas: Kennedy, 1974.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O juiz e o princípio dispositiv**o. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Leituras complementares de processo civil**. 7.ed. Salvador: JusPodivm, 2009, pp. 379-394.

LUZ, Tatiana Tiberio; FRANÇOLIN, Wanessa de Cássia. Impacto da pandemia na tramitação dos processos e na jurisprudência civil brasileira. **Revista de Processo**, v. 331, p. 375-404, set. 2022.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos especiais**. 17.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do processo de conhecimento à tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil**: tutela dos interesses mediante procedimento comum. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. v. 5. t. I.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Da iniciativa probatória do juiz no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. Iniciativa probatória do juiz e princípio do contraditório no processo civil. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (coord.). **Prova cível**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 226-232.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo:** meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 19.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

MAZZOLA, Marcelo; TORRES, Rodrigo de Assis. A Produção Antecipada da Prova no Judiciário viola o Juízo Arbitral e a Competência do Árbitro? In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção**

antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 327-337.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. O projeto do novo CPC e a ação probatória não cautelar. **Revista de Processo**, v. 233, p. 85-96, jul. 2014.

MENDES, Francisco de Assis Filgueira. Cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro – Novo paradigma (uma abordagem de comunicação). In: ASSIS, Araken de; ARRUDA ALVIM, Eduardo; NERY JÚNIOR, Nelson; MAZZEI, Rodrigo; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; ALVIM, Tereza. **Direito civil e processo**: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 1128-1135.

MICHELLI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**. Tradução Santiago Sentis Melendo. Bogotá: Themis, 2004.

MILHOMENS, Jonatas. **A prova no processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Produção antecipada da prova: natureza, cabimento e garantias constitucionais do processo. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova:** questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 453-481.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil:** pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MOLLICA, Rogério. A condenação em honorários qdvocatícios na produção antecipada da prova. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova:** questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 483-491.

MONTEIRO NETO, João Pereira. Produção antecipada da prova documental em face do poder público. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 507-520.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Direito processual civil**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MOREIRA, Carlos Roberto. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Editora, n. 22, pp. 135-153, abr-jun, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução. In: **Temas de direito processual**. Terceira série. 2.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2023, pp. 85-102.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia ao Estado de Direito. In: **Temas de direito processual**. Segunda série. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 83-95.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.). **Doutrinas essenciais de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 6, pp. 679-692.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Arts. 476 a 565. 10.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. v. V.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da prova. In: **Temas de direito processual**. Segunda série. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 73-82.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa; ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva (coord.). A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. In: **Temas de direito processual**. Sexta série. 2.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2023, pp. 133-150.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa; ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva (coord.). Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-sâxonicos. In: **Temas de direito processual**. Sétima série. 2.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2023, pp. 269-300.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa; ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva (coord.). A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. In: **Temas de direito processual**. Terceira série. 2.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2023, pp. 57-74.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa; ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva (coord.). Alguns problemas atuais da prova civil. In: **Temas de direito processual**. Quarta série. 2.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2023, pp. 269-310.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa; ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva (coord.). Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial em matéria de prueba. In: **Temas de direito processual**. Terceira série. 2.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2023, pp. 103-114.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa; ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva (coord.). Colheita antecipada da prova. In: **Temas de direito processual**. Quinta série. 2.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2023, pp. 259-260.

NEIVA, Flávio Rezende. Dos honorários de sucumbência na ação de produção antecipada de provas. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 185-192.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípio da proporcionalidade no processo civil**: o poder da criatividade do juiz e o acesso à justiça. São Paulo: Saraiva, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 13.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 21.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

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

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de processo civil comentado**. 4.ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

NIDAHARA, Karla Saory Moriya. A defesa do réu na ação probatória. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (Coords.).

Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 317-326.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Carlos A. Álvaro de. Problemas atuais da livre apreciação da prova. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (coord.). **Prova cível**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 51-63.

OXFORDLANGUAGES. **Word of the year 2016**. 2016. Disponível em: <https://languages.oup.com/word-of-the-year/2016/>. Acesso em: 29 out. 2023.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. v. 44.

PAROLIN, Marcos Cesar Pavani. **Responsabilidade civil na produção da prova**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

PEIXOTO, Ravi. Rumo à construção de um processo cooperativo. **Revista de Processo**, v. 219, p. 89-114, mai. 2014.

PIZZOL, Patrícia Miranda. **A competência no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976. t. XII: arts. 796-899.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado da ação rescisória, das sentenças e de outras decisões**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

PROTO PISANI, Andrea. **Lezioni di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene Editore, 2006.

RAATZ, Igor. Da distinção entre a Tutela Cautelar para a Asseguração do Direito à Prova e a Produção Antecipada de Prova fundada na Urgência: do seu esquecimento pelo atual Código de Processo Civil à Subsistência da Pretensão à Segurança da Prova. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova:** questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 257-273.

RAATZ, Igor. **Tutelas provisórias no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2018.

RAGLAND JR., George. **Discovery before Trial**. Chicago: Callaghan and Company, 1932.

RAMOS, Victor de Paula. O procedimento de produção "antecipada" de provas sem requisito de urgência no novo CPC: a teoria dos jogos e a impossibilidade de acordos sem calculabilidade de riscos. **Revista de Processo**, v. 263, pp. 313-332, jan. 2017.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2.ed. rev. e ampl. Coimbra: Almedina, 2002.

REGLIOLI, Jonathan Nasser. Produção antecipada da prova: aspectos controvertidos. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova:** questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 299-315.

RIZZI, Sérgio. **Ação rescisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

RODRIGUES, Daniel Conalgo; LAUX, Francisco de Mesquita. Produção antecipada da prova sem o requisito da urgência: a experiência estrangeira e o CPC/2015. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 139-150.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**: processo de conhecimento. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 5.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1983. v. I.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 5.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1983. v. II.

SANTOS, Vinícius Vilela dos; NORONHA, Marcos Vicente Dassie. Produção Antecipada de Provas como Instrumento de Autocomposição. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova:** questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 377-390.

SANTOS, Welder Queiroz dos. **Ação rescisória por violação a precedente**. 1.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**: processo cautelar (tutelas de urgência). 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007-2008. v. 2.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SILVEIRA, Marcelo Pichioli da; SILVEIRA, Danilo Pichioli da. Depoimento especial: proposta por uma intersecção entre direito probatório e psicologia. In FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (Coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 151-164.

SOUZA, Márcia Cristina Xavier de. Ação de Produção Antecipada de Provas nos Juizados Especiais Cíveis. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (Coords.) **Produção antecipada da prova:** questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 339-348.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SUBRIN, Stephen N. Fishing expeditions allowed: the historical background of the 1938 Federal Discovery Rules. **Boston College Law Review**, v. 39: article 6.

TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, v. 260, pp. 75-101, out. 2016.

TARUFFO, Michele. Il concetto di "prova" nel diritto processuale. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 229, mar. 2014.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madri: Trotta, 2002.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 56.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

TUCCI, José Rogério Cruz e; TUCCI, Rogério Lauria**. Constituição de 1988 e processo**: regramentos e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Saraiva, 1989.

VARGAS, Jorge de Oliveira. A justa distribuição do ônus da prova. In: ASSIS, Araken de; ARRUDA ALVIM, Eduardo; NERY JÚNIOR, Nelson; MAZZEI, Rodrigo; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; ALVIM, Tereza. **Direito civil e processo**: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 935-939.

VIEIRA, Cristian Garcia. **Asseguração da prova**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VILHENA, João Batista. Da exibição de documento como produção antecipada da prova. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (coords.). **Produção antecipada da prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Thoth, 2021, pp. 275-298.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: cognição jurisdicional. 16.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. v. 2: processo comum de conhecimento e tutela provisória.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 2.ed. reform. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, MELLO, Rogério Licastro Torres de (coords.). **Primeiros comentários ao código de processo civil**: artigo por artigo. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie, TALAMINI, Eduardo, DANTAS, Bruno (coords.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WATANABE, Kazuo. Ação dúplice. Revista de Processo, v. 31, pp. 138-143i, jul-set.1983.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover.** São Paulo: DPJ, 2005, pp. 684-690.

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

YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários aos arts. 381 a 383. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civi**l. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 1026-1044.

YARSHELL, Flávio Luiz. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. **Revista de Processo**, v. 67, pp. 15-25, jul-set. 1992.

YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

YARSHELL, Flávio Luiz; RODRIGUES, Viviane Siqueira; BECERRA, Eduardo de Carvalho; MARQUES, Fábio de Souza. R. Produção Antecipada de Prova Desvinculada da Urgência na Arbitragem: Réquiem? In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti (Coord.). **Processo Societário IV**. São Paulo: Quartier Latin, 2021, pp. 455-472.