

ARTIGO: DA ADMISSIBILIDADE NA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS SEM O REQUISITO DA URGÊNCIA (AÇÕES PROBATÓRIAS AUTÔNOMAS) NO NOVO CPC.

André Bruni Vieira Alves

Bacharel em Filosofia pela USP, em Direito pela PUC/SP e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Advogado em São Paulo.

SUMÁRIO: I – Introdução. II – Antecipação da prova no CPC de 1973. III – Da possibilidade de antecipação da prova sem o requisito da urgência no CPC de 1973 (as *ações probatórias autônomas*). IV – Da *admissibilidade* da nova ação de produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ou da necessária demonstração da *relevância* da prova). V – Em conclusão: *no fishing expeditions*. Bibliografia.

I - Introdução.

Entre as inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil, destacam-se as previsões contidas nos incisos II e III do art. 381, mais precisamente a permissão de antecipação da produção de provas sem o requisito da urgência, em situações em que a produção da prova, por si só, se mostre “susceptível de viabilizar a autocomposição ou de outro meio adequado de solução do conflito” (inc. II do referido art. 381) ou em situações em que “o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação” (inc. III do art. 381).

Por estas duas novas previsões, aproximando-se dos sistemas de *common law*, o legislador federal ampliou o mecanismo hoje existente da produção antecipada de provas, tradicionalmente ligada a uma tutela cautelar que *assegure* a produção da prova em casos em que haja *perigo da demora* na produção da prova e que possa fazer esta se perder no tempo.

O novo Código, portanto, rompe com a tradição da antecipação da prova como mero instrumento acautelatório e com o propósito de se resguardar e *conservar* a plena eficácia da prova a ser aproveitada e valorada em outro processo, criando uma nova ação, *autônoma* em relação ao processo principal, com o propósito também de se *prevenir* uma ação judicial – tal como ocorre com o mecanismo de prospecção de evidências denominado *pretrial discovery* dos sistemas inglês e norte-americano –, seja por entender o legislador que uma ação probatória preventiva poderá promover a autocomposição, seja por entender que este novo instrumento poderá revelar aos interessados uma situação, de fato, que permita uma melhor e mais acurada reflexão a respeito das circunstâncias fáticas ligadas a um conflito. Daí, pois, a nomenclatura que vem sendo utilizada para esta nova ação como *ação probatória autônoma*¹.

É certo que a modalidade de antecipação da prova para *assegurar a conservação* da prova em que haja risco de perecimento em razão do tempo, também encontra previsão expressa no referido artigo 381, em seu inciso I (quando “haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação”), trazendo à mente a revogada “cautelar de produção de provas”². Mas o elastério desta nova ação de produção antecipada de provas é maior que aquela que se encontra na tipificação do Código de 1973. E assim se dá porquanto essa nova ação de antecipação de provas, além de permitir a produção da prova por todos os meios em direito admitidos (não se restringindo à prova pericial, ao interrogatório das partes e à inquirição de testemunhas, conforme art. 846 do CPC revogado), tem, também, o referido propósito de *prevenir* uma ação futura.

Seria, por assim dizer, uma ação *preventiva* que, para além da mera *conservação* da prova, serviria como um esclarecimento prévio dos fatos relacionados a alguma controvérsia (já instaurada ou ainda a ser instaurada), com a saudável função de melhor fundamentar a decisão da propositura (ou não) de uma ação futura de acerto de

¹ Entre outros: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008; YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009; TORRES DE MELLO, Rogério Licastro. Ação probatória: um redutor de litigiosidade. *A prova no direito processual civil. Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Editora Verbatim, 2013, p. 579; DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno. *Ações probatórias autônomas – produção antecipada de provas e justificação*. RePro 218/12.

² SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Novo código de processo civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 277.

direitos materiais, evitando-se, assim, a dedução em juízo de pretensões infundadas por desconhecimento apurado e maduro dos fatos, em estrita sintonia com as atuais tendências do processo civil de incentivo à economia processual e à autocomposição por meios alternativos de solução de conflitos.

Deve-se aqui frisar que essa nova modalidade de ação *preventiva e autônoma*, sem o requisito da urgência e sem o caráter cautelar (e, portanto, acessório e complementar a uma ação principal, como prevê o Código revogado), desponta como instrumento que ganhará enorme relevância prática no dia a dia forense. Daí, pois, a necessidade de se debruçar sobre esse novo instrumento, especialmente sobre a sua *admissibilidade*, ante seu relevantíssimo propósito de garantir ao jurisdicionado, por um mecanismo eficaz, o pleno exercício do *direito constitucional à prova*³.

II – Antecipação da prova no CPC de 1973.

O Código revogado dispõe sobre a produção antecipada de provas dentre os procedimentos cautelares específicos previstos nos arts. 846 a 851 do CPC do Capítulo II do Livro III (“Dos Procedimentos Cautelares”). Em que pese a clara localização topográfica no Código de 1973 (no capítulo atinente às cautelares específicas) não era uníssono na doutrina brasileira o entendimento acerca da natureza cautelar típica da produção antecipada de provas.

Como dito, a razão da produção antecipada de provas prevista no referido Código revogado é a de permitir o *asseguramento* de uma determinada situação fática para fundamentar uma pretensão, já deduzida ou ainda a ser deduzida, com o único propósito de se resguardar e *conservar* a plena eficácia desta prova em outro processo⁴. Para alguns, esta feição tipicamente cautelar da produção antecipada de provas decorreria unicamente do *perigo da demora*; outros, entretanto, entendem que a natureza cautelar dependeria da existência (ou não) de efetivo conflito em cada caso concreto⁵. Interessante mencionar,

³ Na mais moderna conceituação, o *direito constitucional à prova* abarcaria não somente o direito de *indicar, especificar e produzir* a prova, mas também o direito de obter a *adequada valoração* da prova. (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 5ª ed. Bolonha: Il Mulino, 2011. p. 463.). Ver também: LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2ª ed. rev., at. e amp. São Paulo: RT, 2002, p. 164.

⁴ SCARPINELLA BUENO, Cassio. Aspectos polêmicos da produção antecipada de provas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 91, 1998.

⁵ A respeito das divergências: DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno. *Ações probatórias autônomas – produção antecipada de provas e justificação*. RePro 218/12; e, também, SCARPINELLA BUENO,

neste ponto, a posição de Daniel Amorim Assumpção Neves que sustentou que a natureza cautelar desta antecipação da prova do Código de 1973 restaria mantida independentemente do *perigo*, o que se daria mediante uma possível ampliação interpretativa do conceito de *perigo da demora* não somente para abarcar uma prova que estivesse correndo risco de ser produzida, mas também para permitir e possibilitar que a produção daquela prova pudesse fornecer subsídios ao interessado na decisão sobre uma autocomposição ou o ajuizamento (ou não) de uma ação judicial futura de accertamento de direitos⁶.

De todo modo, é assente na doutrina que o procedimento cautelar da antecipação de prova do Código de 1973 decorreria, portanto, da natureza puramente processual da medida, com caráter acessório e complementar a uma ação principal. Noutras palavras, em que pese gozar de *autonomia procedimental*, esta *autonomia* da cautelar não poderia significar *independência* em relação a outra medida ou ação judicial, já que visava, apenas e tão somente, a instrução desta outra medida ou ação⁷.

Em suma, a cautelar de antecipação de provas no CPC revogado, em suas três modalidades (interrogatório das partes, inquirição de testemunhas e exame pericial, conforme CPC, art. 846), pressupunha a presença do *justo receio* ou do *fundado receio* de perda da oportunidade da produção da prova ou desta se tornar difícil ou impossível para a verificação de determinados fatos, antes ou no decorrer da ação. Nas palavras de João Batista Lopes, “a antecipação da prova não poderá ser deferida automaticamente, uma vez que ao autor incumbe provar o *periculum in mora*”⁸.

É também pacífico o entendimento na doutrina e na jurisprudência da necessidade de uma *justificação sumária* da medida, sempre com olhos voltados à demonstração da *pertinência* com questões que pudessem vir a ser controvertidas num processo, no

Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. vol. 4, 2ª ed. rev., at. e amp., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 302.

⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Saraiva. 2008, p. 495.

⁷ Nas palavras de Galeno Lacerda e Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, a *autonomia* do processo cautelar “*não significa independência teleológica, como se o processo cautelar houvesse uma finalidade stante a se (...) na função cautelar a prestação jurisdicional se caracteriza pela outorga de segurança com vistas a garantir o resultado útil das demais funções*”. É característica da tutela cautelar a “*dependência teleológica, atual ou potencial, a outro processo ou demanda*” (LACERDA, Galeno, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Comentários ao código de processo civil*. vol. III, t.I, 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1987, p.7.).

⁸ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2ª ed., rev., at. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 61.

exercício do direito de ação ou no exercício do direito de defesa, e do interesse de quem requer a cautela no resultado futuro da eventual ação principal. Daí porque a jurisprudência é tranquila no sentido de que a contestação na medida cautelar de produção antecipada de provas deve se restringir ao cabimento da medida e às matérias de conteúdo processual relacionadas aos pressupostos processuais e às condições da ação⁹.

É nítido, portanto, o caráter instrumental da prova (processual) na ação de produção antecipada de provas do Código de 1973, ante a vinculação *direta e imediata* desta a um determinado, porém eventual, processo, como instrumento de introdução e fixação dos elementos de prova neste. Não resta dúvida, portanto, de que nesta produção antecipada de provas, o juiz é o destinatário final da prova, já que a finalidade única da produção da prova é a de convencer o magistrado acerca dos fatos controvertidos em uma outra ação.

Deve-se ressaltar, também e por oportuno, que apesar de ser o destinatário da prova, a função do juiz na medida cautelar de provas restringe-se a uma atuação como diretor do processo, na prática de atos sempre de natureza meramente ordinatória e sem caráter decisório, e, frise-se, sem qualquer juízo de *valoração* da prova. O juiz limita-se a atuar como responsável pelo curso do processo em ordem certa e legal, com função de mero documentador, sem nada julgar ou decidir¹⁰.

III – Da possibilidade de antecipação da prova sem o requisito da urgência no CPC de 1973 (as “ações probatórias autônomas”).

Mais recentemente a mais abalizada doutrina se posicionou sobre a possibilidade de serem admitidas, ainda no sistema do Código de 1973, as ações de produção de provas *sem* o requisito da *urgência* e do *perigo de perda* da prova, ou seja, do *periculum in mora*, as chamadas *ações probatórias autônomas*.

Assim é a posição adotada por Daniel Amorim Assumpção Neves em tese apresentada sobre o tema, na qual defende a existência de algumas modalidades de *ações probatórias autônomas* no direito processual brasileiro sob a égide do Código de 1973¹¹,

⁹ Idem.

¹⁰ LACERDA, Galeno, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Comentários ao código de processo civil*. vol. VIII, t.II, 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1988, p.325-326.

¹¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Saraiva. 2008.

mas concluindo que o sistema careceria de uma previsão expressa que permitisse o exercício do direito à prova como único motivador de existência de uma demanda judicial probatória. Entre as conclusões de seu trabalho, Daniel Amorim Assumpção Neves destacou e enumerou os benefícios¹² que poderiam advir de uma nova legislação processual que trouxesse ao nosso ordenamento jurídico, de forma expressa, a previsão de uma *ação probatória autônoma* desvinculada do requisito da urgência e com a finalidade da parte obter informações mais precisas para a propositura de uma ação judicial, também a permitir e incentivar a autocomposição ou o simples abandono da intenção de se propor uma ação de accertamento de direitos.

Flávio Luiz Yarshell¹³, aprofundando ainda mais a questão de mostrar-se possível, mesmo no sistema do Código revogado, a produção antecipada de provas sem o requisito do *perigo da demora*, apontou para a necessidade de alteração do paradigma do caráter exclusivamente instrumental da prova e a revisão da tradicional vinculação da prova à formação do convencimento do juiz. Referido autor sustentou a tese de que deveria ser conferida uma nova definição ao *direito à prova* que não se ligaria necessária e diretamente à declaração de um direito a um determinado caso concreto¹⁴. Tal seria um direito *autônomo* à prova, não necessariamente vinculado ao convencimento do julgador, mas destinado ao esclarecimento de fatos que possam convencer *as partes* acerca de suas eventuais chances de êxito em processo que se possa cogitar, com propósito de incentivar uma autocomposição ou de evitar uma ação judicial de accertamento de direitos.

Na concepção de Flávio Luiz Yarshell, o termo *direito de provar*¹⁵ estaria compreendido nos direitos de ação e defesa, como um desdobramento destes e, portanto,

¹² Entre os benefícios de uma *ação probatória autônoma*, menciona Daniel Amorim Assumpção Neves a possibilidade: a) da satisfação da exigência da prova documentada no mandado de segurança; b) de se evitar o desenvolvimento de ações coletivas em situação que pudessem gerar a improcedência por falta de provas (julgamento *secundum eventum probationis*); c) de evitar prejuízos pelas surpresas no decorrer de um processo já estabilizado decorrentes da falta de pleno conhecimento da questão fática; d) de melhor se verificar a legitimidade no polo passivo em situação de litisconsórcio passivo alternativo e que dependa de uma melhor determinação da situação fática; e) de aumento da probabilidade de realização de conciliação ao se conhecer melhor o conjunto fático; e f) evitar o pedido genérico deduzido por desconhecimento da extensão e do valor dano. (NEVES, Daniel Assumpção. Ob. cit., p. 359-446.)

¹³ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

¹⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. Ob. cit., p. 232-263.

¹⁵ Nas palavras de Flávio Luiz Yarshell, deve haver também uma diferenciação terminológica entre *direito à prova* e o *direito de provar*: “Os aspectos assim destacados, (...), apontam para a existência de um direito à prova autônomo, isto é, sem vinculação direta e necessária com a declaração do direito pelo juiz, em dado caso concreto. Trata-se de um direito de cujo objeto limita-se à obtenção de certa prova e que, também não

umbilicalmente ligado ao emprego de todos os meios necessários à demonstração da verdade dos fatos (da pretensão ou da resistência a esta) em um dado e determinado processo, em que se busca a declaração de um direito, e, também, ao direito de atuar efetivamente na formação do convencimento do julgador (direito à *indicação, especificação, produção e adequada valoração* da prova). Já o termo *direito à prova* não estaria ligado a esta busca (invocação) por um provimento jurisdicional, mas a 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”¹⁶. Tal *direito autônomo à prova* seria, por assim dizer, algo diferente do que só um desdobramento dos direitos de ação e defesa, que se estabelece não em relação ao processo, mas aos fatos que devem ser objeto de prova.

Haveria, portanto, nesta nova visão apresentada, a superação da ideia da finalidade da prova como sendo, exclusivamente, para a formação e o convencimento *do juiz*. A prova teria, também, o fim de esclarecimento *das partes*, como um instrumento adequado à formação de uma convicção *das partes*, isto é, para aferição a respeito das circunstâncias fáticas ligadas a uma determinada situação jurídica, para fundamentar uma decisão da parte sobre sua posição (para demandar ou resistir, ou ainda, para buscar autocomposição). Daí, então, concluiu o autor, que embora a prova tenha como destinatário final *o juiz* (quando se trata de julgamento estatal), a prova é também dirigida *às partes*, já que a pré-constituição dos elementos instrutórios servirá à determinação de condutas da parte, em juízo ou fora dele¹⁷. Haveria, pois, para além do direito de *indicar, especificar, produzir* e obter a *adequada valoração* da prova, um direito *autônomo* de investigar e provar, denominado *direito à prova*. Tal direito não se confundiria com o *direito de provar* como decorrência do direito de ação e de defesa. Noutras palavras, haveria um *direito à prova* como experimentação, um direito a uma investigação particular em que a prova terá como principal destinatária a própria parte, objetivando soluções de autocomposição (transação, renúncia e submissão) ou de avaliação sobre a

vinculada a situações de urgência. Posto desta forma, o direito à prova pode ser entendido, então, como direito à busca, à obtenção e à pré-constituição daquela. É o que na doutrina francesa recente se chamou de ‘direito ‘a prova em sentido estrito’. Aceita que seja essa proposta de terminologia, haverá, então, dois conceitos distintos: o direito de provar e o direito à prova.” (YARSHELL, Flávio Luiz. Ob. cit., p. 232).

¹⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. Ob. cit., p. 232-233.

¹⁷ “antes ou mesmo durante o processo, a prova produzida, (...), dirige-se também à formação do convencimento das partes a propósito de suas chances de êxito, sendo, assim, determinante de suas condutas.” (YARSHELL, Flávio Luiz. Ob. cit., 2009, p. 56).

pertinência de propositura de uma ação judicial, evitando-se, assim, diversas ações judiciais em que a propositura dar-se-ia inevitavelmente mesmo quando há dúvida a respeito dos fatos ligados à causa.

É possível afirmar, também, que nesta nova definição de *direito à prova* há uma mudança na concepção no que toca à *relevância* da prova que deixa de ter vinculação lógica direta com a seleção de fatos que necessitam ser provados em um determinado processo, passando a ter relação com o esclarecimento e a investigação de fatos que possam vir a elucidar situações que permitam uma melhor e mais acurada visão da parte sobre sua posição jurídica (se de vantagem ou de desvantagem) em relação a alguém.

Nesta mesma linha, é também a opinião apresentada por Fredie Didier Jr. e Paula Sarno Braga¹⁸, encampando a tese de Flávio Luiz Yarshell, isto é, da possibilidade de se admitir *ações probatórias autônomas* ainda sob a vigência do Código de 1973 e a necessidade de uma revisão da lição tradicional de que o destinatário da prova é sempre o juiz, já que em situações em que se pretende evitar uma eventual e futura ação judicial ou, ainda, utilizar-se de um melhor conhecimento dos fatos para uma autocomposição, a prova será *valorada* somente pela parte, sem qualquer valoração pelo órgão jurisdicional.

IV – Da *admissibilidade* da nova ação de produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ou da necessária demonstração da *relevância* da prova).

Não resta dúvida de que a *ação probatória autônoma* delineada no novo Código (incisos II e III do artigo 381), com a nova possibilidade de que se abre de produção de prova em caráter não cautelar e desvinculada do requisito do *perigo da perda* da prova, com fito exclusivamente consultivo de aferição da viabilidade do pleito principal e com claro propósito de inibir e prevenir litígios, trará enormes benefícios ao dia a dia forense e significativas melhoras na defesa dos interesses dos jurisdicionados.

A nova ação *preventiva* de provas sem o caráter da urgência, como mero instrumento de formação de provas, traz a expectativa que decorre da *impressão* – e, como

¹⁸ DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno. *Ações probatórias autônomas – produção antecipada de provas e justificação*. RePro 218/12.

mera *impressão* do que aparentemente poderá ocorrer, ainda não passível de confirmação, o que deverá se dar somente a partir da prática da utilização do novo mecanismo na rotina do foro – de que será instrumento de grande valia e auxílio a quem se encontra e situação “preventiva de litígio”. Tal *impressão* aqui externada, aliás, coincide com a opinião apresentada por Rogério Licastro Torres de Mello, em artigo de cujo título é revelador de seu otimismo e entusiasmo com, ainda naquele momento, apenas projeto do novo Código (“*Ação probatória: um redutor de litigiosidade*”), para quem a ação probatória “consultiva”, desprovida da finalidade cautelar, “decerto servirá de profilaxia do modelo vigente de fomento à litigiosidade”¹⁹.

É bastante provável, portanto, que a desnecessidade do requisito da urgência para a produção da prova, permitirá aos jurisdicionados alcançarem o que, por vezes, lhes falta para a boa compreensão da sua posição jurídica em determinada circunstância fática. Não se deve olvidar que a falta de conhecimento dos jurisdicionados sobre os fatos, implica necessariamente em dúvida sobre o próprio direito (material ou processual). Assim, por exemplo, em uma situação fática em que um acidente tenha gerado um dano a alguém, independentemente do *periculum in mora* na produção de uma determinada prova, a parte interessada em obter um esclarecimento a respeito dos fatos que levaram ao acidente e aos consequentes danos, poderá, desde logo, propor a *ação probatória autônoma* com o exclusivo propósito de buscar elucidar as circunstâncias do ocorrido, o que certamente levará a um melhor entendimento sobre a viabilidade jurídica de uma ação judicial que trate efetivamente da responsabilização pelo acidente, trazendo maior segurança para decidir sobre a propositura (ou não) desta ação, possibilitando e permitindo, ademais, uma eventual composição entre as partes envolvidas, mesmo antes da propositura de uma ação de indenização.

Entendemos, portanto, que permitir aos jurisdicionados alcançarem o necessário conhecimento acerca dos fatos atinentes à determinada situação que possa lhe trazer consequências jurídicas – pequenas ou nefastas, isso não está em jogo – permitirá que a instituição democrática que é o processo, por este novo procedimento que se apresentará

¹⁹ TORRES DE MELLO, Rogério Licastro. *Ação probatória: um redutor de litigiosidade. A prova no direito processual civil. Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Editora Verbatim. 2013, p. 579.

a partir da entrada em vigor dos novos dispositivos legais aqui comentados, possa fazer cumprir a sua função de instrumento de garantia e efetividade dos direitos.

De todo modo, tal como se dá com a medida cautelar de produção antecipada de provas do CPC revogado (art. 846 e seguintes), o autor (ou *promovente*, como o nomeia expressamente o parágrafo único do art. 383 do novo CPC) de uma *ação probatória autônoma* deverá demonstrar a *relevância* da prova a ser produzida, indicando com clareza os motivos pelos quais deva ser processado seu pedido de produção antecipada de provas em juízo, a sua situação de potencial autor de alguma possível ação judicial e a razão pela qual a prova não poderia ser produzida sem o auxílio do Poder Judiciário. Tal é a interpretação que deverá ser dada à norma jurídica insculpida no *caput* do art. 382 do novo Código, ao determinar expressamente que “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” (destaque nosso).

Normalmente, quando já se encontra em curso um processo de amplo conhecimento, ao *juiz* é dado estabelecer os fatos que merecem ser provados, o que se faz, por óbvio, mediante a ponderação acerca da *credibilidade* que deva (ou possa) ser emprestada às alegações das partes e da *relevância* destas na definição e fixação do *thema probandum*²⁰. Ao magistrado, na direção do processo, cabe a análise da *admissibilidade* da prova e da sua *relevância*. Como bem destaca Michele Taruffo, o primeiro problema em matéria de prova é estabelecer quais os meios de prova devem ser admitidos em um processo²¹, existindo diversas razões para que haja uma seleção dos meios de prova, entre outros motivos, porque a admissibilidade indiscriminada de solicitações das partes para produção de provas por quaisquer meios em qualquer tipo de processo pode provocar demora e complexidade desnecessárias à tramitação do processo; de outro lado, também não seria razoável se permitir ao juiz ordenar a produção de provas por quaisquer meios que este deseje, nem tampouco permitir-se que se pretenda incorporar-se provas ao processo indefinitivamente. Há que se lembrar, também, que no transcorrer de uma ação de campo conhecimento, a *prova judicial* é aquela que busca revelar, tão somente, *fatos*

²⁰ Na lição de Eduardo Cambi: “o conjunto de fatos juridicamente relevantes, cuja existência ou inexistência deve ser provada no curso da instrução probatória” (CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT. 2006, p. 295).

²¹ TARUFFO, Michele. *La prueba*. Trad. Laura Maríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madri, Barcelona e Buenos Aires: Marcel Pons. 2008, p. 37.

relevantes destinados à solução da controvérsia instaurada²². Numa só palavra: os critérios do julgador para reconstrução histórica dos fatos é a da atribuição de *relevância jurídica* para a decisão do litígio.

Ora, é também sabido que tal seleção de fatos que devam ser provados no curso de uma processo de amplo conhecimento e que efetivamente interessam ao deslinde da controvérsia, dá-se antes do início da produção da probatória, por um juízo de *verossimilhança* e que diz respeito à *credibilidade* que deva (ou possa) ser emprestada às alegações apresentadas pelas partes. E, como se viu na opinião de Michele Taruffo, existem razões em favor dessa seleção *preliminar* dos meios de prova. Assim, por exemplo, as partes não devem se sentir obrigadas a apresentar qualquer prova, nem tampouco se deve permitir que possam pretender apresentar qualquer prova que queiram; da mesma forma, o juiz não deve ordenar a produção de qualquer prova que deseje, porque isto converteria o processo em uma forma intolerável de inquisição, com evidente risco de afronta aos direitos individuais²³. Lembre-se, ademais, que nem todo fato controvertido deve ser provado. Como é sabido, é desnecessária a prova do fato notório, dos fatos negativos (ou afirmações de fato negativas) e as presunções (legais ou do homem)²⁴.

Pois bem. Feitas essas considerações a respeito da *admissibilidade* em um processo de amplo conhecimento em que a controvérsia já esteja instaurada, deve-se reconhecer que a análise da *admissibilidade* da prova ganhará enorme destaque no procedimento das *ações probatórias autônomas* do novo CPC.

É certo que no bojo das *ações probatórias autônomas*, ao juiz não será permitido afirmar a existência ou inexistência de determinado fato (a teor do §2º do art. 381 do novo CPC, em que resta claro que “o juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou inoocorrência do fato, nem sobre as respetivas consequências jurídicas”). De todo modo, é *dever* do magistrado observar os limites atinentes à legalidade dos meios de prova postulados

²² Diferentemente do escopo de um historiador, por exemplo, em que a prova dos fatos segue critérios de relevância direcionados pelo *tema de pesquisa* e em critérios de relevância (sociais, econômicos, culturais etc.), não destinados especificamente à tomada de uma decisão que implique em solução definitiva de um conflito no exercício de um poder.

²³ TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marciel Pons. Trad. Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán, 2008, p. 37.

²⁴ *Idem*. p. 33-35.

(*admissibilidade* em sentido estrito), bem assim se há ou não *relevância jurídica* na produção da referida prova. Eduardo Cambi esclarece a distinção que deve ser feita entre a *admissibilidade*, propriamente dita, relacionada à legalidade e, portanto, à idoneidade ou à inidoneidade dos meios aptos à produção da prova dos fatos, e à *relevância* e à *pertinência*, entendidas estas últimas como um juízo preliminar de *utilidade* da prova²⁵.

Em que pese a característica da *ação probatória autônoma* de independência em relação a declaração de um direito em determinado caso concreto, nem toda prova que se pretenda produzir deverá ser automaticamente aceita pelo magistrado. Muito ao contrário. Qualquer postulação de prova deve passar necessariamente pelo crivo *preliminar* do magistrado de *verossimilhança* e *plausibilidade* da postulação e, portanto, de sua *admissibilidade*. E, se assim é em relação à controvérsia já instaurada, também deverá assim ser quando a controvérsia ainda não esteja instaurada (ou esteja em vias de ser instaurada), inda mais se a postulação pela antecipação da prova for deduzida sob a alegação de uma suposta oportunidade de se evitar (ou confirmar) uma ação futura de accertamento de direitos ou se permitir a autocomposição.

Assim, pois, tal como ocorre com a “cautelar de produção de provas” do Código revogado, em que também não deve haver um “automático” deferimento da medida, devendo o magistrado avaliar a sua *admissibilidade*, isto é, se estariam presentes os pressupostos processuais e das condições da ação, também na *ação probatória autônoma* definida no novo Código deverá recair o imprescindível juízo de *admissibilidade*.

Como já mencionado, lá, na “cautelar de produção de provas” do CPC revogado, na análise do interesse jurídico em agir destacava-se o *periculum in mora*. Aqui, na nova *ação probatória autônoma*, dever-se-á avaliar, também, a presença de razões que possam evitar (ou confirmar) a necessidade de uma ação judicial, ou, ainda, de uma

²⁵ “...o juízo de relevância recai sobre a análise dos fatos controvertidos a serem provados e dos meios probatórios escolhidos, enquanto o juízo de admissão resulta da questão atinente à possibilidade de restrição da utilização de determinados meios de prova ou da impossibilidade de se provarem determinados fatos. (...) A relevância (gênero) da prova é um requisito que concerne à prudente avaliação do juiz, chamado a dar uma valoração antecipada e hipotética das consequências jurídicas que derivariam dos fatos alegados, caso viessem a ser provados. Trata-se de um juízo sobre o mérito, já que atinente à res in iudicium deducta, que pode, inclusive, gerar a possibilidade de proferir, desde logo, uma sentença definitiva (art. 330 do CPC), devendo o juiz, caso considere serem os fatos, tais como afirmados e representados pelas partes, impertinentes, falsos ou hipoteticamente verdadeiros, (...), reconhecer a inutilidade da atividade probatória, limitando o exercício do direito à prova e, se for o caso, proferindo sentença.” (CAMBI, Eduardo. Ob. cit., 262-263 e 266). Ver também: TARUFFO, Michele. Ob. cit., p. 38.

autocomposição. Nesta, a definição do *thema probandum* não se baseará na controvérsia já instaurada, mas na controvérsia que poderá ser eventualmente instaurada e independentemente do *perigo da demora* na produção da prova.

Nesse passo, ganha relevo a expressão “razões que justificam a necessidade da antecipação da prova”, prevista no *caput* do art. 382 do novo Código. O *promovente* da ação probatória deverá trazer de forma clara e transparente, mesmo que sumariamente, a descrição precisa da relação jurídica existente e da(s) circunstância(s) fática(s) que mereçam ser comprovadas. Há, pois, a necessidade da demonstração de uma *potencial controvérsia* que possa vir a ser instaurada. Para além da análise da idoneidade ou à inidoneidade dos meios aptos à produção da prova postulada, ao juiz caberá a avaliação da *relevância* e a *pertinência* da produção antecipada de prova postulada, ligadas sempre à controvérsia que poderá vir a ser instaurada em decorrência das circunstâncias fáticas trazidas pelo *promovente* da ação. A rigor, portanto, deve o *promovente* se desincumbir da tarefa de demonstrar, à sociedade, de forma clara e transparente, a existência de uma *potencial controvérsia* que poderá se instaurar, identificando, com precisão, os fatos sobre os quais deverão recair a prova e poderão levar a ser evitada (ou confirmada) a necessidade de uma ação futura, ou simplesmente incentivar a composição entre as partes interessadas.

Não é demais aqui repetir que as hipóteses legais que permitem a produção antecipada de provas sem o requisito da urgência remetem à ideia de uma *potencial controvérsia* que poderá vir a ser instaurada ao mencionarem que a antecipação da prova se mostre “suscetível de viabilizar a autocomposição” (inciso I do art. 381 do novo CPC) e em que “o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento da ação” (inc. III do mesmo artigo). Clara está, portanto, em ambas as hipóteses, a presença de uma *possível, provável e potencial* controvérsia a ser instaurada.

A prerrogativa de invocar do Estado o direito à produção antecipada de uma prova sem o requisito da urgência, em que pese tratar-se de um direito *autônomo* da parte e que não se liga à necessidade direta de uma declaração e um direito em um determinado caso concreto, deve sempre trazer no horizonte a *potencial controvérsia* que poderá vir a ser instaurada como critério de *relevância* e, portanto, de *admissibilidade* da medida.

Aqui, pois, mostra-se oportuno tratar de tema que tem gerado dúvida. É que há expressa previsão no novo Código de que “não se admitirá *defesa* ou *recurso*” no procedimento aqui em análise (§4º do art. 382), o que, por si só, poderia levar a uma primeira interpretação de que tais limitações gerariam inconstitucionalidades, por flagrante violação aos princípios do *contraditório e da ampla defesa* e do *duplo grau de jurisdição*.

O que se deve ter em mente, entretanto, é que a vedação ao exercício da *defesa* na ação probatória liga-se, exclusivamente, às questões de mérito atinentes à controvérsia que se delineia como uma possibilidade (e, portanto, ainda potencial). Evidentemente, tal como ocorre com a “cautelar de produção de provas” do Código revogado, não deverão ser admitidas discussões e decisões a respeito dos fatos que mereceriam ser comprovados, devendo ser admitidas, tão somente, objeções atinentes à necessidade e utilidade da prova a ser produzida para algum fim (*relevância*), à legalidade do meio de prova postulado (*admissibilidade*, propriamente dita) e aos pressupostos processuais. Se ao juiz não será permitido afirmar a existência ou inexistência de determinado fato (cfr. §2º do art. 381 do novo CPC), não há que se falar de *defesa* em relação às consequências jurídicas a respeito das provas produzidas, o que será feito mediante *adequada valoração*, se for o caso, na ação judicial futura.

No que tange à impossibilidade de *recurso* na nova ação probatória, aí sim, há clara inconstitucionalidade da norma que impede a impugnação de decisões judiciais por *recurso* neste procedimento, já que poderá haver prejuízo a qualquer parte ao ser resolvida e solucionada alguma questão, mesmo que restrita apenas à *admissibilidade* da ação.

V – Em conclusão: *no fishing expedition*.

Por tudo quanto aqui foi exposto, em que pesem os enormes benefícios que a nova *ação probatória autônoma* nos indica que trará ao dia a dia do foro, merecem ser rechaçados (não admitidos) os processamentos de pedidos de antecipações de prova sem o requisito de urgência em que não se mostre presente a devida *relevância* da prova, isto é, em que não restem demonstradas a (potencial) *controvérsia* que poderá vir a ser instaurada e a utilidade da prova para evitar (ou confirmar) a necessidade de uma ação judicial futura ou de compor as partes, devendo-se repelir quaisquer tentativas de

utilização deste instrumento processual para a busca ou investigação decorrentes de imaginárias e hipotéticas elucubrações dos jurisdicionados.

Não é difícil imaginar os grandes problemas que podem ocorrer assim que entrar em vigor o novo Código se forem admitidas toda sorte de *ações probatórias autônomas*, pela só alegação de que haveria um suposto direito e daí um, também suposto, direito de produzir uma prova em que a *necessidade* e a *utilidade* só à parte competiria avaliar. Repita-se: a *relevância* da prova e, portanto, a sua *admissibilidade*, deve-se pautar, sempre, pela sua *necessidade* e *utilidade* no deslinde de uma *controvérsia* já instaurada ou ainda a ser instaurada, cuja *relevância* deve ser aferida pelo juiz.

A demonstração da *potencial controvérsia*, para a admissibilidade das *ações probatórias autônomas* trazidas pelo novo CPC, evitará, entre outros problemas, a possibilidade do instrumento servir ao propósito de *intimidação* da (ainda também potencial) parte contrária ou de busca por uma situação jurídica “mais favorável” para complexas relações jurídicas. Deve ser lembrado aqui que o caráter não-contencioso da ação probatória, elide o princípio da sucumbência²⁶, o que poderia até incentivar as aventuras jurídicas probatórias.

Neste ponto, interessante mencionar as palavras de Neil Andrews²⁷ ao tratar do processo civil inglês, especialmente sobre as normas de *disclosure* na fase pré-litígio. Diz o jurista inglês que os tribunais ingleses dão prioridade na utilização da *disclosure* pré-litígio nas ações relacionadas a danos pessoais ou físicos, mostrando-se bastante esclarecedora – servindo de verdadeiro alerta ao possível abuso do uso indiscriminado da ação probatória tal como projetada – a lição de que em casos de perdas comerciais ou empresariais evita-se a admissão do mencionado procedimento, aplicando-se o tradicional princípio de que o autor não pode pretender “pescar” informações (*no fishing expedition*). Por *fishing expeditions*, entenda-se: “a busca ‘voraz’ do autor por provas, a fim de provocar uma ação imaginada, mas que não passa de especulação”²⁸.

²⁶ TORRES DE MELLO, Rogério Licastro. Ob. cit., p. 579.

²⁷ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil – formas alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. 2ª ed. rev., at. e amp. São Paulo: RT, 2009, p. 216.

²⁸ Idem, p. 216.

A *justificativa* para a antecipação da prova quando não há risco de seu perecimento, deverá trazer, como já dito, os motivos que poderiam levar ambas as partes a se comporem ou ao *promovente* da medida desistir de uma ação futura de acerto de direitos ou confirmar essa alternativa, evitando-se a busca por provas que poderiam ser produzidas pelas partes sem a utilização do Poder Judiciário, sob pena deste se ver transformado em mero órgão de consulta e pesquisa para atendimento de anseios particulares.

Em suma, em que pese a ação probatória sem o requisito da urgência decorrer de um *direito autônomo à prova* e que seja diferente de um *direito de provar* (compreendido no direito de ação e defesa), a *admissibilidade* do procedimento deve ter – como em qualquer produção de *prova judicial* – a *relevância* como requisito, devendo necessariamente referir-se a uma conexão lógica com os fundamentos (mesmo que em abstrato e meramente potencial, repita-se) de alguma *potencial controvérsia* que poderá se instaurar em ação judicial futura.

* * *

Bibliografia:

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil – formas alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. 2ª ed. rev., at. e amp. São Paulo: RT, 2009.

BATISTA LOPES, João. *A prova no direito processual civil*. 2ª ed. rev., amp. e at. São Paulo: RT, 2002.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 5ª ed. Bolonha: Il Mulino, 2011.

DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno. *Ações probatórias autônomas – produção antecipada de provas e justificação*. RePro 218/12.

LACERDA, Galeno, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Comentários ao código de processo civil*. vol. III, t.I, 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. *Comentários ao código de processo civil*. vol. VIII, t.II, 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1988.

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

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil*. vol. 4, 2ª ed. rev., at. e amp., São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Aspectos polêmicos da produção antecipada de provas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 91, 1998.

_____. *Novo código de processo civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

TARUFFO, Michele. *La prueba*. Trad. Laura Maríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madri, Barcelona e Buenos Aires: Marcel Pons, 2008.

TORRES DE MELLO, Rogério Licastro. Ação probatória: um redutor de litigiosidade. *A prova no direito processual civil. Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

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