

---

# A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

*THE ANTICIPATE PRODUCTION OF EVIDENCE IN THE NEW CIVIL  
PROCESS CODE*

---

*Frank Gonçalves Nery  
Procurador Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da natureza jurídica; 2 Do cabimento; 3 Dos meios de prova passíveis de antecipação; 4 Da competência jurisdicional; 5 Da legitimidade; 6 Dos requisitos específicos da inicial; 7 Da citação e seus efeitos; 8 Da resposta; 9 Do litisconsórcio e da intervenção de terceiros; 10 Do saneamento e da fase instrutória; 11 Da sentença; 12 Da recorribilidade; 13 Das despesas e dos honorários advocatícios; 14 Do destino dos autos; 15 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** o artigo aborda a produção antecipada de provas disciplinada pelo novo Código de Processo Civil, analisando a natureza jurídica, o respectivo procedimento e demais aspectos relevantes.

**PALAVRAS-CHAVE:** Produção Antecipada de Provas. Direito Autônomo. Código de Processo Civil de 2015.

**ABSTRACT:** The article addresses the advance production of evidence disciplined by the new Code of Civil Procedure, analyzing the legal nature, its procedure and other relevant aspects.

**KEYWORDS:** Anticipated Production of Evidence. Autonomous Law. Civil Process Code of 2015.

## INTRODUÇÃO

Inquestionável avanço trazido pelo novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015, foi, sem dúvida alguma, a reformulação da ação de produção antecipada de provas.

Na vigência do Código de Processo de 1973, a antecipação probatória operacionalizava-se através de procedimento cautelar específico consistente em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas ou exame pericial.

O novo diploma processual lhe deu nova roupagem e novos objetivos. Agora a produção antecipada de provas reveste-se de natureza cautelar apenas excepcionalmente<sup>1</sup>, ampliou-se o rol de meios de provas aptos a serem produzidos antecipadamente e dispensou-se a necessidade da propositura de ação principal para manter a sua eficácia<sup>2</sup>.

Mas a mudança mais importante, certamente inspirada no sistema da *common Law*<sup>3</sup>, foi destinar a antecipação de provas para permitir a resolução consensual de conflitos, bem como evitar ou justificar o ajuizamento de ações. Trata-se de um mecanismo importantíssimo posto à disposição dos jurisdicionados na medida em que poderão, diante do conhecimento e esclarecimento de fatos, analisar, com maior precisão e segurança, os custos, as vantagens e os riscos de se submeterem à decisão de um juiz.

A respeito dessas inovações, André Bruni Vieira Alves salienta:

O novo CPC rompe com a tradição da antecipação de 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 se prevenir uma ação judicial. [...] Nessa 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

- 1 Interessante destacar a posição externada por Daniel Amorim Assumpção Neves, citado por Adriano Caldas e Marco Felix Jobim, para o qual o *periculum in mora* na produção antecipada de prova residiria na inutilidade do resultado útil do processo principal (tutela do direito material) e não na inutilidade da prova a ser produzida. Em outras palavras, a antecipação de sua produção seria sempre instrumental (cautelar) à tutela do direito material no processo principal, ainda que não houvesse risco de perecimento da prova ou quando a produção da prova realizasse o direito à prova em si. In: DIDIER JR, Fredie et. al. (coords). *Direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 550.
- 2 A doutrina já defendia que a produção antecipada de provas não perdia a eficácia caso a ação principal não fosse proposta no prazo assinalado pelo art. 806 do CPC revogado, sob a justificativa de que este dispositivo só se aplicava às cautelares que importavam em restrição de direitos, sendo a produção antecipada de prova medida meramente conservativa de direitos. Agora o entendimento doutrinário é lei. Não há mais discussão.
- 3 Sobre a influência do direito inglês e americano, recomendamos a leitura do artigo da lavra de Francisco de Mesquita e Daniel Colnago Rodrigues. Antecipação da prova sem o requisito da urgência: novas reflexões à luz do novo CPC. In: DIDIER JR, Fredie et. al. (coords). *Direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 575-579.

determinado processo, passando a ter relação com o esclarecimento e investigação de fatos que possam vir a elucidar situações que permitam melhor e mais acurada visão das partes sobre sua posição jurídica (se de vantagem ou desvantagem) em relação a alguém<sup>4</sup>.

O novo CPC sistematizou, assim, na Seção II, do Capítulo XII, do Livro VI, o direito autônomo à prova ou direito probatório autônomo, que a boa doutrina já defendia há tempos<sup>5</sup> e deriva, em último grau, da garantia fundamental de acesso à justiça, assegurada pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Sabemos todos que a garantia de acesso à justiça exige, além do acesso formal aos órgãos do Poder Judiciário, a justa, célere e efetiva prestação da tutela jurisdicional. Esta, por sua vez, pressupõe garantir aos jurisdicionados instruir adequadamente a causa e conhecer satisfatoriamente os fatos concernentes ao direito lesado ou ameaçado de lesão. O direito à prova é, portanto, uma garantia constitucional<sup>6</sup>.

Diante da relevância do tema e das boas perspectivas que se abrem, procuraremos, por meio do presente trabalho, analisar, com apoio na doutrina e jurisprudência, os dispositivos legais que regulamentam as hipóteses de cabimento, o procedimento e outros aspectos da ação autônoma de produção antecipada de provas.

## 1 DA NATUREZA JURÍDICA

A produção antecipada de provas é uma ação cível, iniciada por petição, e não mero procedimento. Possui rito processual simplificado, com prazos exíguos e limitações às manifestações das partes. O juízo de cognição é sumário, cabendo ao juiz apenas atestar o cabimento da medida e a regularidade da prova produzida, sem valorar o seu conteúdo.

Embora parte substancial da boa doutrina<sup>7</sup> e da jurisprudência<sup>8</sup> entenda que se trata de atividade meramente administrativa, uma vez que não há

4 Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autônomas) no novo CPC. In: DIDIER JR, Fredie et. al. (coords). *Direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 558, 563.

5 Flávio Luiz Yarshell já doutrina sobre o tema em sua festejada obra: *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

6 Acrescenta Flávio Luiz Yarshell que a garantia constitucional “tem por amplitude suficiente autorizar o interessado, sem propriamente invocar a declaração do direito material em dado caso concreto, a postular atuação estatal dirigida à busca, obtenção e produção de providências de instrução. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. al. (coords). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.1027

7 Nesse sentido, DIDIER JR.; BRAGA; DE OLIVEIRA. In: *Curso de direito processual civil*. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 138.

8 STJ, REsp 771.008/PA, Rel. Ministra ELIANA CALMON, 2ª Turma, julgado em 20/09/2007, DJ 02/10/2007, p. 231.

lide a resolver, partes processuais (e sim interessados) e formação de coisa julgada, relevante destacar a posição externada por Flávio Luiz Yarshell:

Trata-se de uma atividade tipicamente jurisdicional, uma vez que há resolução de fato e de direito referentes à admissibilidade e ao modo de realização da prova, não se restringindo à matéria processual, haja vista a limitação probatória em caso de sigilo fiscal e bancário ou requisição de documentos. É jurisdicional também pelo caráter substituto, uma vez que o terceiro imparcial contribui para preservar a validade, eficácia e credibilidade dos elementos colhidos e, por fim, visa permitir a solução consensual dos conflitos, que constitui um dos escopos da jurisdição<sup>9</sup>.

A nosso ver, a produção antecipada de provas será de jurisdição voluntária ou contenciosa de acordo com o caso concreto. Se o autor visar apenas à justificação sem caráter contencioso, ou seja, sem citação de parte contrária, tratar-se-á, sem dúvida, de jurisdição voluntária. Contudo, se o autor requerer a produção de prova pericial, com a citação do réu, para amparar futura ação de indenização, o caráter litigioso far-se-á presente.

Por fim, trata-se de um procedimento de natureza dúplice, uma vez que a prova solicitada pelo requerente poderá favorecer ao requerido ainda que ele tenha apresentado resistência à produção da mesma, podendo inclusive ter o condão de inverter os respectivos polos processuais na futura ação.

## 2 DO CABIMENTO

O novo CPC prevê, nos incisos e parágrafos do art. 381, cinco hipóteses de produção antecipada de provas, sendo três derivadas do código anterior e agora unificadas sob o mesmo procedimento, e mais duas novas hipóteses vocacionadas ao exercício pleno do direito autônomo à prova.

Nos termos do art. 381, I, do CPC, a produção antecipada de prova será admitida nos casos em que *“haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação”*.

Aqui é o caso típico de natureza cautelar pelo fundado risco de perecimento da fonte de prova, sendo o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* os requisitos imprescindíveis à antecipação probatória.

Em relação ao caráter antecedente ou incidental da medida, a doutrina diverge. Para Eduardo Talamini, o dispositivo aplica-se apenas à coleta probatória antecedente ao processo principal. *“Se tal processo já estiver em curso, e houver a necessidade da antecipação de uma prova (i.e., sua produção antes da fase instrutória), aplica-se o art. 139, VI, que confere ao*

9 YARSHELL, op. cit., p. 1028

*juiz o poder de alterar a ordem de produção dos meios de prova*<sup>10</sup>. Em lado oposto, Graciela Marins defende que “o dispositivo legal refere-se tão somente à possibilidade do pedido cautelar incidental”<sup>11</sup>. Humberto Theodoro Junior, por sua vez, defende a possibilidade de antecipar a produção probatória antes ou durante a ação principal. Na via incidental, o professor assevera que “no curso da ação judicial, a coleta antecipada de elementos de convicção é fruto de simples deliberação do juiz da causa, que importa apenas inversão de atos processuais e que integra a própria atividade instrutória do processo.”<sup>12</sup>

O ideal seria que o CPC tivesse deixado claro que essa primeira hipótese legal poderia ser feita antes da propositura da ação principal e/ou na pendência desta, conforme permitia expressamente o revogado art. 847 que tratava da antecipação de interrogatório. Ao contrário, ao mencionar “na pendência da ação”, o legislador inclinou pela via incidental, embora os demais dispositivos sejam vocacionados indiscutivelmente ao processo antecedente. Não foi feliz o legislador nesse ponto.

A nosso ver, a medida cautelar de antecipação de provas deve ser veiculada através de processo antecedente, uma vez que não seria coerente aplicar o procedimento simplificado e restritivo de que ora cuidamos à coleta de prova que deverá ser valorada pelo juiz. A restrição de defesa, recursos, ausência de coisa julgada material e outras limitações no âmbito do procedimento antecipado de produção de provas se justificam porque a prova, colhida antecipadamente, será analisada e valorada por outro juiz e em outra ação. Caso se postule no curso da ação principal, por exemplo, a oitiva de testemunha com risco iminente de morte, a prova será colhida e valorada pelo juiz, com todos os recursos e meios disponíveis e sob o crivo do contraditório, tal como se fosse realizada no momento processual ordinário.

Se houver necessidade de produzir provas antes da fase processual própria na pendência da ação principal já ajuizada, poderá o juiz autorizar a antecipação probatória como medida cautelar incidente, *ex vi* do art. 305 do CPC, afastando-se, assim, as disposições específicas que regulamentam a medida antecedente.

Por fim, apesar da natureza cautelar, a decisão que homologa a prova colhida antecipadamente não perde os seus efeitos se não proposta a ação principal no prazo de 30 dias, uma vez que se trata apenas de medida conservativa de direitos.

A segunda modalidade, prevista no art. 381, II, dar-se-á nos casos em que “a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito”.

10 TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada de provas no código de processo civil de 2015*. Revista de Processo Civil. 2016. p 80.

11 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Novo código de processo civil anotado*. Curitiba: OAB/PR, 2015. p. 615

12 THEODORO JR, op. cit., p. 916

Essa hipótese não possui, ao contrário da anterior, natureza cautelar, uma vez que não se pretende conservar fonte de prova que se encontra em situação de risco. A prova, nesse caso, será destinada exclusivamente à solução consensual de conflitos.

A medida encontra-se em harmonia com o espírito do novo CPC, o qual estimula, de forma expressa e sempre que possível, a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos (art. 3º, §§ 2º e 3º).

Conforme ressalva Humberto Theodoro Junior:

Não se trata de desacreditar a justiça estatal, mas de combater o excesso de litigiosidade que domina a sociedade contemporânea, que crê na jurisdição como a única via pacificadora de conflitos, elevando a um número tão gigantesco de processos aforados, que supera a capacidade de vazão dos órgãos e estruturas do serviço judiciário disponível<sup>13</sup>.

A produção antecipada de prova, nesse caso, visa a permitir às partes e demais interessados, diante do melhor esclarecimento da situação fática que lhes envolvem, construir o melhor acordo em vez de aguardarem a solução imposta pelo Estado, que nem sempre é a melhor e raramente agrada a ambas as partes.<sup>14</sup>

Embora o dispositivo tenha sido certamente pensado para a antecipação preparatória de uma demanda principal, entendemos possível usá-lo incidentalmente, sobretudo antes da audiência de conciliação (CPC, art. 334), para estimular a resolução consensual da lide. Em determinadas causas, cuja decisão passará necessariamente pela instrução probatória, poderá ser oportuno antecipar a prova para conferir às partes o conhecimento dos elementos fáticos necessários para analisar as vantagens e desvantagens da autocomposição. Tal hipótese excepcional dependerá da prudência do juiz em inferir que o fato controvertido e decisivo poderá ser facilmente esclarecido através da instrução probatória. Porém, considerando que a prova será valorada, a sua coleta antecipada observará o contraditório amplo e não inibirá a complementação se não houver acordo na audiência.

Será também admitida a medida nos casos em que “*o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação*”, conforme art. 381, III, do CPC.

13 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 56. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 76.

14 Ada Pellegrini Grinover analisa, com a propriedade que lhe é peculiar, as funções da justiça conciliatória no artigo O Minissistema brasileiro de justiça consensual: compatibilidade e incompatibilidades. *Sistemi Processual a Confronto: il Novo Codice de Procedura Civile del Brasile tra tradizione e rinnovamento*. Escola da Advocacia-Geral da União. *Publicações da Escola da AGU*, v. 8. n.1, Brasília-DF, jan./mar. 2016. p.16-36.

Aqui talvez seja o maior avanço que o novo CPC nos legou em matéria de direito probatório autônomo. Também, como no caso anterior, não há que se falar em urgência ou cautelaridade, pois não se pretende prevenir, conservar, defender ou assegurar a eficácia de prova suscetível de ser usada em outro processo. O objetivo é obter desde logo um acervo probatório que permita às partes avaliar suas chances de êxito em futura demanda.

O instrumento, se bem utilizado, será de grande valia para os advogados, pois lhes permitirá, ao conhecer melhor os fatos controvertidos, orientar o cliente da melhor forma possível antes de ingressar com uma demorada e custosa ação judicial. Também lhes permitirá, se decidirem pela propositura, fazê-lo de forma adequada e bem fundamentada, o que contribuirá decisivamente para o êxito da demanda e a prestação de tutela jurisdicional célere e justa.

O § 1º do art. 381 regulamenta a quarta hipótese. É possível, através da antecipação de provas, promover arrolamento de bens “*quando tiver por finalidade apenas a realização de documentação e não a prática de atos de apreensão*”.

O arrolamento de bens no código anterior possuía natureza eminentemente cautelar, uma vez que se aplicava, nos termos do antigo art. 855, quando se verificava fundado receio de extravio ou de dissipação de bens.

No novo diploma, permite-se o arrolamento de bens através da ação autônoma sem o requisito da urgência e sem a necessidade de um processo principal desde que se tenha por escopo apenas a realização de documentação de bens (móveis, semoventes, livros, obras de arte etc.<sup>15</sup>) e não a prática de atos de apreensão.

Todavia, se houver a necessidade de atos de apreensão ou restrição de posse e uso dos bens, caberá ao interessado requerer a tutela de urgência de natureza cautelar (CPC, art. 301) e formular, até 30 dias após a sua efetivação, o pedido principal nos mesmos autos (CPC, art. 308), sob pena de os bens serem liberados.

Importante ressaltar que o arrolamento exigirá, em muitas situações, a prévia apuração, identificação e individualização de bens dentro de determinada universalidade, o que extrapola a simples documentação.

O CPC admite, por fim, em seu art. 381, § 5º, a ação de antecipação de provas quando se “*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*”.

No regime anterior, a justificação estava prevista como medida cautelar nominada (CPC/73, art. 861 e ss), embora a doutrina e jurisprudência já lhe vinha afastando natureza cautelar ante a costumeira inexistência de urgência.

15 Misael Montenegro Filho ressalta a relevância prática da medida nos processos de separação litigiosa, no qual um dos casais pretenda, antes de ingressar com a ação principal, identificar e arrolar os bens que serão objeto de futura disputa e divisão. In: *Novo código de processo civil comentado*. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 413.



Do ponto de vista da técnica jurídico-processual, acertou o legislador ao transformar a justificação em ação autônoma de antecipação de provas.

A justificação trata, essencialmente, da coleta e do registro de prova testemunhal, a qual observará, no que couber, as disposições contidas no art. 442 e ss do CPC<sup>16</sup>.

Embora a medida seja direcionada exatamente para produzir efeitos jurídicos perante terceiros, não há formação de polo passivo. Adverte Flávio Luiz Yarshell que “*tampouco se deve entrever na justificação um caráter neutro, como se ela fosse incapaz de afetar a esfera jurídica de outrem, por se tratar de medida administrativa de caráter contencioso*”<sup>17</sup>, razão pela qual há quem defenda a citação por edital dos eventuais interessados.

É bem provável que o procedimento se torne obsoleto, uma vez que a ausência de citação dos interessados fragiliza a prova para ser usada em outro processo, além da possibilidade de substituir a justificação pela ata notarial quando for necessário atestar a existência e o modo de existir de algum fato (CPC, art. 384).

Além das hipóteses legalmente previstas, afigura-se possível antecipar a produção probatória para outros fins igualmente legítimos. Conforme exemplo citado por Eduardo Talamini, o requerente pode pretender produzir antecipadamente a prova para pré-constituí-la a fim de usá-la em processo que, por razões procedimentais, só se admita prova escrita (como é o caso do mandado de segurança ou da fase inicial da ação monitória) ou ainda usar a prova como fundamento para a obtenção de tutela da evidência (CPC, art. 311, II e IV)<sup>18</sup>.

### 3 DOS MEIOS DE PROVA PASSÍVEIS DE ANTECIPAÇÃO

Ao contrário do art. 846 do código anterior que permitia apenas antecipar interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial, o artigo 381 não faz nenhuma ressalva ou limitação quanto aos meios de provas que poderão ser antecipados. Assim, podem-se antecipar interrogatório da parte, inquirição de testemunhas, exame pericial, vistoria, depoimento pessoal, inspeção judicial e todos os demais meios legais, inclusive os moralmente legítimos, ainda que não especificados no CPC (art. 369).

Oportuno registrar que não se pode extrair da prova antecipada confissão de qualquer natureza, pois cabe apenas ao juízo da ação principal

16 Além de outros requisitos e limites, a testemunha não será obrigada a depor sobre fatos a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo, nos termos do art. 448, II, do CPC, o que deverá ser objeto do juízo de admissibilidade da ação.

17 YARSHELL, op. cit., p. 1030

18 TALAMINI, op. cit., p. 82

valorá-la já na condição de prova emprestada. Na inspeção judicial, como sabemos, se for utilizada por outro juiz, receberá o valor que este entender adequado, considerando sobretudo o contraditório.

Relevante também destacar a controvérsia doutrinária quanto à possibilidade de antecipar a prova documental. Para Didier Jr, Braga e Oliveira, não é possível antecipar a exibição documental por existir procedimento específico<sup>19</sup>. Por sua vez, Eduardo Talamini, posição à qual aderimos, entende ser possível em caráter antecedente, uma vez que o procedimento previsto no novo art. 396 e ss regula a exibição de documentos no curso da ação, ao contrário do diploma anterior que previa expressamente a exibição antes e no curso da ação<sup>20</sup>.

#### 4 DA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL

Antes de ingressar com a ação, deve-se primeiramente identificar o juízo competente de acordo com o direito material relacionado aos fatos que se pretende provar.

Caso o objetivo da antecipação probatória seja transigir sobre verbas trabalhistas ou evitar o ajuizamento de reclamatória, caberá à Justiça do Trabalho processá-la. Se a finalidade for conhecer fatos que permitam ingressar com ação indenizatória contra particular por acidente automobilístico, caberá ao juízo cível estadual colher e homologar a prova. E assim por diante.

A competência material é afastada, porém, pela competência *ratione personae* da Justiça Federal, prevista no art. 109, I, da Constituição Federal. Assim, se a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na produção da prova, será competente o juízo federal, exceto se a prova se referir à falência, acidentes de trabalho e às causas sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

Ressalte-se que o § 4º do art. 381 do CPC permite excepcionalmente ao juízo estadual promover a produção antecipada de prova requerida em face da União, de entidade autárquica ou de empresa pública federal se, na localidade, não houver vara federal.

Definida a competência material, passa-se à análise da competência territorial. Nos termos do art. 381, § 2º, do CPC, será competente o foro de onde deverá ser produzida a prova ou do domicílio do réu.

Embora a redação do dispositivo acima contenha conjunção alternativa, o local de produção da prova deve prevalecer sobre o endereço do réu tendo em vista a finalidade instrumental da ação probatória e

19 DIDIER JR., op. cit., p. 138

20 TALAMINI, op. cit., p. 87

o princípio da eficiência. Por essa razão, entendemos que o réu poderá suscitar, na contestação, a incompetência relativa (CPC, art. 337, II), sob pena de prorrogação de competência (CPC, art. 65), caso a ação não seja proposta no foro onde a prova deverá ser colhida.

Aplicam-se à produção antecipada de prova os dispositivos concernentes à competência concorrente territorial fixados pelo art. 46 e parágrafos do CPC. E não se descarta a possibilidade de modificação da competência pelas partes em razão do território, conforme dispõe o art. 63 do CPC.

O art. 381, § 4º, define que a “*produção antecipada da prova não previne a competência do juízo para a ação que venha a ser proposta*”, o que se mostra totalmente compatível com a natureza autônoma da ação probatória e a ausência de valoração da prova colhida.

Ressalte-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já vinha afastando, na vigência do código anterior, a prevenção para o ajuizamento da ação principal, apesar de o antigo art. 800 dispor em sentido contrário<sup>21</sup>, o que certamente contribuiu para a inovação legislativa. Porém, esse mesmo Tribunal, excepcionalmente, decidia pela prevenção do juízo da ação preparatória para exame da ação principal quando aquela ainda estivesse em curso, com laudo pericial inconclusivo<sup>22</sup>, ou quando o magistrado intervinha no feito com a nomeação de expert de sua confiança<sup>23</sup>. Provavelmente as exceções prevalecerão não obstante a literalidade do novo art. 381, § 4º.

Saliente-se, por fim, a possibilidade de prevenção entre duas ações probatórias autônomas por conexão (CPC, art. 55, §1º, c/c art. 58), continência (CPC, art. 57 c/c 58) ou litispendência (CPC, art. 240, 485, V).

Questão interessante é se o promovente solicitar na ação principal a complementação da prova já colhida em processo antecedente ainda em curso. Nesse caso, para evitar decisões conflitantes na produção de provas (basta imaginar a hipótese de um juiz autorizar a colheita e o outro indeferi-la), entendemos prudente a reunião das ações por prevenção.

## 5 DA LEGITIMIDADE

É legitimada para formular o pedido de antecipação de provas perante o juízo competente qualquer pessoa que possua interesse jurídico no resultado da prova, e não meramente interesse econômico ou moral.

21 REsp 51.618/MG, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, julgado em 20/09/1994, DJ 21/11/1994, p. 31774.

22 REsp 712.999/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, julgado em 12/04/2005, DJ 13/06/2005, p. 305.

23 REsp 487.630/SP, Rel. Ministro Franciulli Netto, 2ª Turma, julgado em 21/08/2003, DJ 28/06/2004, p. 245.

No polo passivo deve ser incluído aquele que poderá ser demandado ou demandante ou com quem se poderá firmar um acordo em futura ação.

É despiendo ao promovente saber a identidade de quem poderá ser demandado ou a natureza ou tipo da ação que poderá ser proposta, pois ele pode pretender exatamente esclarecer os fatos e relação jurídica da qual faz parte.

Ademais, considerando que autor e réu são igualmente interessados no resultado da ação, de tal maneira que a prova requerida por um pode inclusive beneficiar ao outro, a posição que ocupam na ação antecedente não possui qualquer relevância quanto à posição que poderão ocupar na ação posterior.

## 6 DOS REQUISITOS ESPECÍFICOS DA INICIAL

Segundo o art. 382, *caput*, do CPC, “*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*”.

A clareza do dispositivo dispensa maiores comentários. Cabe ao autor demonstrar, com exatidão, o objeto da prova, que são os fatos que serão confirmados ou aclarados por interrogatório, perícia, inspeção judicial etc, e a necessidade de antecipá-la, decorrente do risco de perecimento da fonte da prova ou da ausência de informações suficientes para ingressar com determinada ação judicial, entre outros.

Além dos requisitos acima, o promovente deverá expor sumariamente o direito material a que visa tutelar, sob pena de ser indeferida liminarmente por inépcia (CPC, art. 330, I e III) ou por provocação da parte contrária (CPC, art. 337, IV e XI).

De fato, a produção antecipada de provas é autônoma em relação ao processo principal, uma vez que os efeitos não dependem da propositura de uma ação posterior, tampouco exige a declaração de direito no caso concreto, mas não é autônoma em relação à existência de direito material, pois não se pode admitir processo com fim em si mesmo ou produção probatória sem repercussão jurídica substancial.

Ademais, é por meio da indicação da lesão ou ameaça de lesão a direito material que será possível aferir o interesse de agir por parte do promovente, sobretudo quanto à utilidade da prova. Afinal, não se deve movimentar a máquina judiciária para provar, por exemplo, fatos relacionados a direito material desprotegido pela prescrição ou decadência<sup>24</sup> ou decorrentes de dívidas de jogo.

---

<sup>24</sup> Importante lembrar que o indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição, nos termos do art. 310 do CPC. O mesmo entendimento deve ser aplicado as ações probatórias autônomas que servem para instrumentalizar a ação principal.

Salienta Flávio Luiz Yarshell que *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*<sup>25</sup>.

Não é necessário demonstrar cabalmente a lesão ou ameaça de lesão, nem qualificar o direito material em situação de risco, pois cabe ao juiz, à luz do princípio *iuria novi curia*, enquadrar os fatos à norma jurídica que entender compatível. Basta ao requerente indicar os fatos que demonstram que o direito material foi lesado ou está ameaçado de lesão para autorizar, em juízo sumário de admissibilidade, o recebimento da inicial e processamento da ação.

Em relação à obrigação de demonstrar com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair, deve a regra ser interpretada com a devida ponderação, pois, conforme ressalva Flávio Luiz Yarshell, *“há de ser admitir relativa generalidade do pedido sempre que o autor não puder determinar a extensão dos fatos que ele justamente pretende investigar”*.<sup>26</sup>

Em síntese, tendo em vista que a prova colhida não será valorada e que a medida pode visar exatamente a esclarecer fatos, deve-se fazer apenas juízo sumário de admissibilidade para evitar abuso de direito autônomo à prova e o uso desnecessário da máquina judiciária, cabendo ao juiz, se tiver dúvidas, dar prosseguimento à ação<sup>27</sup>.

## 7 DA CITAÇÃO E SEUS EFEITOS

Nos termos do art. 382, § 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”*.

Inexistindo litigiosidade, quando se pretender, por exemplo, provar apenas a idoneidade da situação financeira ou nas hipóteses de justificação para mera documentação, não se faz necessário citar qualquer interessado.

Se houver caráter contencioso, ainda que meramente potencial, o réu deve ser citado. A novidade é que o CPC permite ao juiz citar, de ofício, o réu e outros interessados na produção da prova.

<sup>25</sup> YARSHELL, op. cit., p. 1034.

<sup>26</sup> Ibid., p. 1031/1032.

<sup>27</sup> Ressalte-se, por oportuno, que o art. 305, que trata da tutela cautelar em caráter antecedente exige na petição inicial que sejam indicados a lide, o seu fundamento, o perigo de dano ou o risco de resultado útil do processo e, também, a *“exposição sumária do direito que se objetiva assegurar”*. O art. 382 deveria ter seguido a mesma linha, pois, tal como o processo cautelar antecedente, a produção antecipada de prova não pode ser desenvolver sem o direito material que lhe confere, ainda que no campo da probabilidade, suporte.

A citação, além de conferir validade à colheita da prova, permitirá o uso da mesma em outro processo, simultâneo ou posterior<sup>28</sup>.

Como sabemos, a prova antecipada, quando utilizada em processo distinto, será recepcionada como prova emprestada. De acordo com o art. 372 do CPC, essa prova receberá o valor que o juiz considerar adequado e observado o contraditório. Ou seja, para que a prova antecipada seja utilizada satisfatoriamente em outro processo, há de ter sido produzida perante autoridade jurisdicional competente e sob o crivo do contraditório aplicável à espécie.

Não se pode descartar, entretanto, o uso da prova colhida sem a participação da parte contrária, pois a ação probatória pode ter sido proposta inclusive para identificá-la. Exemplo: o autor requer acesso às filmagens dos postos de autoatendimento e depoimentos de funcionários do banco para confirmar a identidade de quem sacou o dinheiro da sua conta bancária. Nesse caso, caberá ao juiz conferir às provas colhidas o valor adequado, embora realizadas sem o benfazejo contraditório.

De qualquer forma, a regra é garantir, a quem poderá ser demandado em futuro processo, o direito de participar na produção antecipada de prova a fim de que a mesma seja posteriormente e se necessário utilizada de forma plena e eficaz.

É possível antecipar liminarmente a produção de provas, nos termos do art. 300, § 2º, do CPC, quando se verificar o risco iminente do perecimento da fonte probatória ou a citação do requerido puder prejudicar a coleta da prova. Colhida a prova, prossegue-se à citação do requerido, facultando-lhe inclusive pedir a complementação da prova já realizada.

A citação válida na ação de antecipação de provas poderá interromper a prescrição (CPC, art. 240, caput e § 1º) quando se verificar o início do exercício da pretensão do direito material.

Em decisão paradigmática sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal (STF) editara a súmula 154, segundo a qual a “*simples vistoria não interrompe a prescrição*”. Porém, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao qual cabe interpretar a legislação ordinária desde a promulgação da atual Constituição, já vinha decidido, na vigência do código anterior, que a ação probatória pode gerar o efeito interruptivo quando proposta com a finalidade inequívoca de preparar a ação principal.<sup>29</sup>

28 Também não se vê obstáculo ao uso da prova colhida antecipadamente em processo administrativo e arbitral para, por exemplo, instrumentalizar a resolução consensual do conflito.

29 REsp 202.564/RJ, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, julgado em 02/08/2001, DJ 01/10/2001, p. 220.

Assim como José Miguel Garcia Medina<sup>30</sup>, entendemos que a posição do STJ deve continuar à luz do diploma processual em vigor. A dificuldade será apenas identificar o caráter preparatório ou não da ação probatória, pois nem sempre os objetivos delineados na petição estarão devidamente claros<sup>31</sup>.

A nosso ver, a citação na ação (inequivocamente) preparatória pode constituir o requerido em mora em se tratando de ilícito contratual<sup>32</sup>, uma vez que configura inegavelmente uma forma de interpelação (CC, art. 397, *parágrafo único*).

Por último, não se pode afastar a possibilidade, ante a natureza dúplice do procedimento, do próprio promovente ser constituído em mora ou interromper a prescrição em seu desfavor caso a prova colhida favoreça ao requerido. Por exemplo: o requerente pede antecipadamente a realização de perícia para subsidiar ação de indenização por ilícito contratual, mas a prova, embora não seja valorada, é totalmente favorável ao requerido. O autor na ação preparatória torna-se réu na ação principal. Os efeitos da citação no processo antecedente, nesse caso, são invertidos em seu prejuízo.

## 8 DA RESPOSTA

Segundo o § 4º do art. 382, “*não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário*”.

O dispositivo deve ser lido e compreendido à luz da Constituição Federal, bem como interpretado considerando o sistema ao qual faz parte.

Primeiramente, o art. 5º, LV, da Carta Magna assegura aos litigantes em processo judicial o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, de modo que qualquer restrição ao direito de defesa será inconstitucional se não for compatível com o direito material ao qual deve tutelar. Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier pontua que “*não se pode negar ao réu, sob pena de inconstitucionalidade, o direito de se defender. O que se permite é limitar o âmbito da defesa, proibindo que se pretenda instaurar controvérsia sobre os fatos em si*”<sup>33</sup>.

30 MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 646

31 Se o promovente pretender esclarecer fatos para analisar as chances de êxito em futura e eventual ação, a antecipação não será preparatória. Porém, se o autor já pedir o arrolamento de bens para subsidiar futura ação de separação judicial, a intenção preparatória restará evidente. Mas nem todas as situações seriam simples com as duas hipóteses aventadas.

32 A mora decorrente de ilícito extracontratual inicia-se desde o evento danoso, conforme súmula 54 do STJ e art. 398 do Código Civil.

33 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim...[et al.]. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 662

Em segundo lugar, o art. 382, § 1º, determina a citação do requerido ou interessado, inclusive de ofício pelo juiz se houver caráter contencioso. Ora, o legislador escolheu o termo citação e não notificação ou intimação. Citar é convocar alguém para integrar a relação processual, conforme dispõe o art. 238 do CPC. Na ação de que ora se cuida, citar é convidar alguém para participar da coleta de provas, facultando-lhe apresentar objeções à realização da mesma ou ampliá-la dentro dos limites permitidos.

Não comungamos assim do entendimento de que a citação visa apenas a convocar o citado para acompanhar a coleta da prova, conforme advogam Humberto Theodoro Junior<sup>34</sup>, bem como Marinoni, Arenhat e Mitidiero, segundo os quais “*os interessados não são citados para se defenderem, mas sim para participar da colheita da prova requerida pelo demandante e, eventualmente, para pedirem a produção de outras provas que se relacionem ao mesmo fato*”<sup>35</sup>.

A citação permite, sim, a nosso ver, ao requerido apresentar defesa em juízo e não simplesmente acompanhar a produção probatória. O direito de defesa não implica, porém, discutir a ocorrência ou a inoocorrência do fato, bem como as respectivas consequências jurídicas, decorrentes das limitações impostas ao magistrado por força do § 2º do art. 382. Ora, se o juiz não pode valorar a prova, descabida qualquer defesa que pretenda, ainda de forma indireta, valorá-la.

Em síntese, tendo em vista a garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório e os demais dispositivos que regulam o procedimento, o requerido poderá se defender da forma mais ampla possível, desde que a defesa seja compatível com os limites e os fins da produção antecipada de prova.

Portanto, o requerido ou interessado, citado a pedido ou de ofício, pode contestar o pedido de antecipação de prova.

Concordamos com Didier Jr, Braga e Oliveira de que o prazo para contestação será de cinco dias (art. 218, §3º, do CPC) caso o juiz não fixe prazo diferente considerando a complexidade do ato a ser praticado (art. 218, §1º, CPC)<sup>36</sup>.

O réu poderá alegar na contestação incompetência absoluta e relativa, inépcia da petição inicial, litispendência, incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização, ausência de legitimidade ou de interesse processual, indevida concessão do benefício de gratuidade de justiça e outras matérias de ordem pública.

Acrescenta Tereza Arruda Alvim Wambier que será ainda possível contraditar testemunhas ou apontar o desrespeito a direitos fundamentais,

34 THEODORO JR., op. cit., p. 921.

35 MARINONI; ARENHAT; MITIDEIRO, op. cit., p. 311.

36 DIDIR JR.; BRAGA; DE OLIVEIRA, op. cit., p. 146.



como a realização de perícia que viole o sigilo fiscal e comercial da empresa, expondo informações particulares desta e de seus sócios.<sup>37</sup>

Entendemos também possível ao requerido alegar inclusive fato extintivo ao direito do autor, como pagamento e prescrição, pois não se deve tolerar a antecipação de prova sabidamente inútil.

Com efeito, se o juiz pode negar liminarmente o pedido na ação principal quando verificar, desde logo a prescrição ou decadência (CPC, art. 332, § 1º), pode também negar a antecipação da prova concernente a direito sem ação.

Além de se defenderem, “*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*”, conforme autoriza o art. 382, § 3º, do CPC.

Primeiramente, o texto não restringiu a faculdade aos interessados citados, de modo que outros interessados poderão ingressar no feito para formular provas desde que relacionadas aos mesmos fatos e não prejudique a razoável duração do processo.

Além da ampliação dos meios de prova prevista pelo CPC, entendemos possível e recomendável permitir aos interessados ampliar também os fatos deduzidos pelo autor, a fim de evitar, sobretudo, o ajuizamento de outra demanda.

Nesse sentido, Flavio Luiz Yarshell assevera:

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 o 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 considerando em sua unidade. Isso quer dizer que algum alargamento dos fatos pelo requerido, desde que isso grave em torno dos fatos postos pelo autor, afigura-se medida não só possível, mas desejável, sem que se contrarie a literalidade do texto<sup>38</sup>.

Em relação ao risco de morosidade processual como limite à ampliação da prova, Flávio Luiz Yarshell também salienta que “*se a providência requerida for idônea ao esclarecimento pretendido, é irrelevante*

<sup>37</sup> WAMBIER, op. cit., p. 662.

<sup>38</sup> YARSHELL, op. cit., p. 1039.

*o tempo necessário para tanto. Então a verdadeira questão não está no tempo, mas na adequação do meio de prova ao fato relevante*<sup>39</sup>.

Por fim, entendemos que a desistência da ação de produção antecipada de provas, por sua natureza dúplice, somente será possível ser homologada sem a aquiescência da parte contrária se for formalizada antes de efetivada a citação, pois o citado poderá, se possuir interesse na coleta da prova, prosseguir na ação, com pedido de complementação de provas e a citação inclusive de outros interessados. Dessa forma, revela precipitado homologar a desistência durante o prazo de resposta, ainda que a literalidade do art. 485, § 4º, do CPC, assim o permita.

## 9 DO LITISCONSÓRCIO E DA INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

O litisconsórcio facultativo no polo ativo e passivo poderá ser admitido na ação probatória desde que represente aproveitamento de atos processuais, preservação de decisão harmônica e, sobretudo, não comprometa a célere e adequada colheita da prova.

Não vislumbramos possibilidade de litisconsórcio necessário. A doutrina cita a hipótese do direito à prova decorrente do dever legal de investigação, não podendo o requerente, normalmente órgão público, ante os princípios da impessoalidade e igualdade, direcionar a prova apenas contra um dos investigados. Entendemos, porém, que se o órgão público reputar necessária a antecipação de prova apenas contra um por entender que já possui provas suficientes contra o outro, não pode o Judiciário impedir o processamento da ação contra aquele, sob pena inclusive de invadir a autonomia funcional e admoestar o direito de ação ao órgão encarregado da investigação.

Os litisconsortes necessários na demanda principal podem, no entanto, intervir voluntariamente na condição de interessados na ação probatória. Do mesmo modo, é possível que o terceiro juridicamente interessado ingresse no feito, inclusive para demonstrar que não possui qualquer relação de direito material com as partes ou para usar a prova em outro processo (prova emprestada).

Não cabe chamamento ao processo e denunciação da lide, pois não há julgamento da pretensão principal, constituição de título executivo, tampouco decisão sobre direito de regresso na ação autônoma de antecipação de prova. Se o autor e o réu pretendem formular denunciação ou chamamento em processo posterior no qual a prova será usada, cabe-lhes, desde logo, no respectivo momento processual oportuno, pedir a citação do futuro chamado ou denunciado na ação probatória.

39 YARSHELL, op. cit., p. 1039

É possível a assistência na produção antecipada. O terceiro que tem interesse e legitimidade para assistir uma das partes no futuro processo principal, pode igualmente fazê-lo no processo antecedente.

Aqui vale novamente citar Flavio Luiz Yarshell:

A lei não qualificou os “interessados” como assistentes simples, que, como sabemos, não podem ampliar o objeto do processo. mas esses terceiros podem ser considerados como assistentes litisconsorciais (ar. 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 poderá 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”<sup>40</sup>

Afigura-se possível o ingresso do *amicus curiae*, de ofício, a requerimento ou espontaneamente, para apresentar por exemplo subsídios técnico-científicos de modo a permitir a solução consensual de conflitos relevantes ou evitar ajuizamentos de ações de alta repercussão social e econômica.

A produção antecipada de prova também pode ser usada para colher dados necessários para embasar, em processo principal, desconsideração de personalidade societária (CPC, art. 133 e ss.), sendo necessário, nesse caso, citar os sócios que seriam atingidos pela medida para permitir o uso da prova emprestada.

## 10 DO SANEAMENTO E DA FASE INSTRUTÓRIA

Se o réu alegar na contestação fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (como, por exemplo, a extinção da dívida por pagamento) ou qualquer das matérias enumeradas no art. 337 do CPC compatíveis com o objeto da ação (como incompetência absoluta do juízo ou a ilegitimidade da parte), caberá ao juiz decidir desde logo, sem reabrir a discussão ao autor (CPC, art. 350 e 351), a questão prejudicial ante a simplicidade inerente ao procedimento.

Estabilizando a lide, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo, delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos, marcar audiência de instrução e julgamento, fixar prazo para apresentação

40 YARSHELL, op. cit., p. 1037.

de rol de testemunhas se não tiver sido apresentadas, nomear perito, fixar quesitos e honorários periciais, designar dia e hora para realização de inspeção judicial e todos os demais procedimentos que se fizerem necessários à produção probatória requerida.

Ainda que o rito da ação deva ser simplificado, não se justifica a fixação dos parâmetros para a realização da prova já no despacho inicial, uma vez que a medida, além da possibilidade real de obstada (através, por exemplo, da alegação de litispendência, prescrição ou da existência de sigilo profissional sobre os fatos que se pretende provar), pode ser ampliada pelo requerido após a contestação.

Entendemos que poderá o juiz, de ofício, com base no art. 370 do CPC, com extrema prudência e ponderação, corrigir os meios de prova inadequados ou ampliá-los desde que relacionados aos mesmos fatos, reabrindo-se às partes prazo para impugnar a decisão instrutória.

Embora o dispositivo supracitado destine-se à instrução da causa para julgamento de mérito, não pode o juiz permitir o desenvolvimento inútil de um processo instrumental ao futuro julgamento de mérito, além do poder-dever de buscar sempre a verdade de forma a promover a pacificação social.

Por derradeiro, embora seja vedada a valoração da prova, é possível requerer esclarecimento do perito e do assistente técnico (CPC, art. 435) para apuração mais precisa, atendendo à finalidade da produção antecipada.

## 11 DA SENTENÇA

A sentença na ação autônoma de produção antecipada de provas tem a natureza meramente homologatória, chancelando o cabimento do pedido e a regularidade da colheita da prova, sem valorar o conteúdo do que foi produzido.

Por essa razão, o juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas (CPC, art. 382, §2º) e a sentença homologatória não perderá a sua eficácia caso não seja proposta a ação principal.

A prova colhida pode ser utilizada inclusive antes de homologada por sentença, cabendo ao juiz da ação principal valorá-la e conferir o valor que reputar adequado enquanto prova emprestada, e desde que não verificada a prescrição ou decadência do direito material.

Não há formação de coisa julgada material, de modo que eventual pedido de repetição da prova deve ser indeferido por falta de interesse de agir, exceto se for demonstrada a necessidade de complementar a prova anterior.

Por fim, a prova colhida, registrada e homologada não se torna prova documental. Segundo Humberto Theodoro Junior, “*os depoimentos*

*continuam sendo prova oral e o exame continuará sendo prova pericial. O valor, portanto, de um e de outro, é valor de prova oral e de prova pericial. Nunca, de documental*<sup>41</sup>.

## 12 DA RECORRIBILIDADE

Segundo o art. 382, § 4º, do CPC, “*não se admitirá [...] recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário*”.

O recurso cabível contra o indeferimento total da prova requerida é o de apelação. Segundo Cassio Scarpinella Bueno, quando houver indeferimento parcial, deve-se admitir o agravo de instrumento ante a inconstitucionalidade formal do dispositivo, uma vez que as últimas redações das duas casas legislativas permitiam o recurso para ambas as hipóteses<sup>42</sup>.

Se houver cumulação de pedidos, e apenas um for indeferido, caberá também agravo de instrumento.

Por derradeiro, não se pode afastar o manejo do mandado de segurança contra a decisão judicial que violar o direito líquido e certo de qualquer das partes.

## 13 DAS DESPESAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Afigura-se tecnicamente impróprio falar em vencido na ação de antecipação de provas, uma vez que a decisão judicial apenas homologa a prova colhida antecipadamente, sem, no entanto, constituir título condenatório, declaratório ou constitutivo em favor de qualquer das partes. Portanto, deve-se, em regra, dividir as despesas processuais igualmente entre as partes, cabendo a cada uma suportar a verba honorária do respectivo advogado contratado.

Anote-se que, em relação especificamente às despesas no procedimento de jurisdição voluntária, o CPC, em seu art. 88, prevê que as despesas serão adiantadas pelo requerente e rateadas entre os interessados.

Porém, se o requerido contestar o direito à prova (ainda que se admita que se trate de jurisdição voluntária), caberá ao juiz, ao rejeitar o pedido e homologar a coleta realizada, condená-lo a ressarcir as despesas processuais e pagar os honorários da parte contrária, observando-se, sobretudo, a natureza da causa e o tempo exigido à defesa técnica desempenhada, conforme incisos III e IV do art. 85 do CPC. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça

41 THEODORO JR, op. cit., p. 919.

42 BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 279.

(STJ) já decidiu que “*apresentada objeção à cautelar de antecipação de provas, são devidos honorários advocatícios, caso o réu seja vencido*”<sup>43</sup>.

Caso o requerido solicite apenas a ampliação da prova ou participe da coleta através, por exemplo, da indicação de assistente técnico e apresentação de quesitos, dever-se-á observar a regra de divisão das despesas processuais e honorários advocatícios acima esplanada.

Se o processo for extinto após a citação e antes da colheita da prova, caberá ao autor suportar os ônus sucumbenciais.

Os honorários periciais deverão ser adiantados pela parte que houver requerido a realização da perícia e, ao final, ressarcidos, até a metade, pela outra parte. Caso esta tenha apresentado, sem sucesso, objeção à realização da prova, deverá ressarcir-los integralmente ao requerente. Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) assentou que, em ação de antecipação de provas, “*os honorários periciais devem ser adiantados pela parte que houver requerido a realização da perícia, e ressarcidos, ao final da demanda, pelo vencido*”<sup>44</sup>.

#### 14 DO DESTINO DOS AUTOS

Segundo o caput do art. 383, “*os autos permanecerão em cartório durante 1 (um) mês para extração de cópias e certidões pelos interessados*”. De acordo com o parágrafo único, “*findo o prazo, os autos serão entregues ao promovente da medida*”.

Não há dúvidas de que as partes processuais são os verdadeiros e interessados na extração de cópias e certidões, mas é possível que terceiros manifestem interesse igualmente legítimo em conhecer a prova produzida para utilizá-la em outro processo (prova emprestada), viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito e/ou ainda propor ou evitar ajuizamento de ação.

A nosso ver, a entrega dos autos ao promovente deveria ser realizada apenas na hipótese de antecipação de provas sem caráter contencioso e, portanto, sem a convocação dos interessados para participar da instrução probatória. Havendo litigiosidade e considerando que a prova solicitada pelo promovente pode ser inclusive favorável ao requerido, a melhor solução seria manter os autos arquivados em secretaria judicial.

Por fim, o CPC já nasceu desatualizado nessa parte, pois a entrega dos autos ao requerente somente se justifica nos processos físicos, de

43 AgRg no AREsp 502.513/RJ, Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira, 4ª Turma, julgado em 14/04/2015, DJe 23/04/2015.

44 AgInt no REsp 1590794/MG, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 01/09/2016, DJe 06/09/2016.

tal sorte que a virtualização do processo judicial tornará letra morta o dispositivo acima.

## 15 CONCLUSÃO

É indubitável que a reformulação da produção antecipada de provas representou um verdadeiro avanço em nosso sistema processual.

Esperamos que a consolidação do direito autônomo à prova tenha sepultado o entendimento, sobretudo jurisprudencial, de que seria o juiz o principal, senão único, destinatário da prova, o que serviu para legitimar incontáveis decisões judiciais absolutamente arbitrárias.

Não se pode negar que o legislador deveria ter sido mais cuidadoso ao tratar da defesa e dos recursos cabíveis e mais elucidativo se tivesse disciplinado os meios de prova passíveis de antecipação, os poderes de instrução do juiz e a forma de divisão das despesas e verba honorária, entre outros, o que exigirá da jurisprudência a difícil e demorada tarefa de completar a obra legislativa.

De qualquer forma, apesar dos pesares, é inequívoco o mérito do reconhecimento e sistematização do direito autônomo à produção antecipada de provas, que oxalá será muito bem utilizado para sobretudo viabilizar a resolução consensual de conflitos, evitar o ajuizamento de ações temerárias ou permitir o ajuizamento de demandas com maior segurança e fundamentação adequada à prestação jurisdicional justa, célere e efetiva.

## REFERÊNCIAS

ALVES, André Bruni Vieira. Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autônomas) no novo CPC. In: DIDIER JR, Fredie et. al. (coords). *Direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2016

CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Felix Jobim. A produção antecipada de prova e o novo CPC. In: DIDIER JR, Fredie et. al. (coords). *Direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2016

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015

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

\_\_\_\_\_. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. al. (coords). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Minissistema brasileiro de justiça consensual: compatibilidade e incompatibilidades. *Sistemi Processual a Confronto: il Novo Codice de Procedura Civile del Brasile tra tradizione e rinnovamento*. Escola da Advocacia-Geral da União. *Publicações da Escola da AGU*, v. 8. n.1, Brasília-DF, jan./mar. 2016. p.16-36.

JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v 1. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARINS, Graciela. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Novo código de processo civil anotado*. Curitiba: OAB/PR, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MESQUITA, Francisco; RODRIGUES, Daniel Colnago. Antecipação da prova sem o requisito da urgência: novas reflexões à luz do novo CPC. In: DIDIER JR, Fredie et. al. (coords). *Direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2016

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2016.

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

TALAMINI, Eduardo. Produção Antecipada de Provas no Código de Processo Civil de 2015. *Revista do processo*, v. 260, ano 41. p. 75-101, São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. v. 01. 15. ed. revista e atualizada. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim...[et al.]. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.