

PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS SEM O REQUISITO DA URGÊNCIA (E A EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS) NO PROCESSO DO TRABALHO

PREVIOUS PRODUCTION OF PROOF WITHOUT THE REQUIREMENT OF THE EMERGENCY (AND DOCUMENT DISPLAY) IN THE PROCEDURE LABOUR

Júlio César Bebber*

RESUMO: Neste artigo busca-se estudar a produção antecipada da prova (como direito autônomo) para adquirir segurança mínima da existência do direito material, para demandar a sua declaração em juízo. Submetem-se algumas teses, então, ao debate científico, a fim de extrair conclusões mais seguras.

PALAVRAS-CHAVE: Processo do Trabalho. Produção Antecipada de Provas. Exibição de Documentos.

ABSTRACT: In this article we study the previous production of proof (the autonomous right) to acquire minimum security of the existence of the substantive right, to demand its declaration in court. Some theses then submitted to the scientific debate in order to draw more certain conclusions.

KEYWORDS: Procedure Labor. Anticipated Production of Proof. Document Display.

1 – Considerações iniciais

A estrutura humana e material do Poder Judiciário brasileiro não conseguem dar vazão ao volume de demandas que diariamente são ajuizadas por uma população que a cada dia possui mais ciência de seus direitos e, ao mesmo tempo, se torna mais beligerante¹.

Uma das estratégias utilizadas para “solucionar” (*sic*) o grande volume de demandas é a elevação do custo financeiro do processo. Essa, entretanto, é uma péssima escolha, porque produz efeitos meramente aparentes (externos): reduz o ajuizamento de demandas (reprime a demanda) sem resolver o conflito.

* Juiz do trabalho; doutor em Direito do Trabalho.

1 Relatório do CNJ de 2017, com base no ano de 2016, revelou que o “Poder Judiciário finalizou o ano de 2016 com 79,7 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva”. Se considerarmos que a população brasileira era de 200.000.000 e que em cada processo há pelo menos duas pessoas (um autor e um réu), tivemos quase 1 processo por habitante tramitando no Poder Judiciário no ano de 2016.

Soluciona o problema do Poder Judiciário, não o dos jurisdicionados, uma vez que o litígio permanecerá latente².

Na tentativa de *minimizar* as consequências nocivas da elevação exagerada do custo financeiro do processo emergiu, então, a noção de *litigância judicial responsável*, consistente na ideia de que aquele que deseja demandar em juízo *para obter a declaração de um direito* deve ter, ao menos, um grau mínimo de segurança da existência deste.

Mecanismo que permite ao interessado adquirir um grau mínimo de segurança da existência do direito (material) que julga possuir é o da *produção antecipada de provas sem o requisito da urgência*, que traduz o *exercício do direito (processual) autônomo à prova*. Esse direito foi positivado no CPC vigente, mediante o acolhimento da tese com que o Prof. Flávio Luiz Yarshell ascendeu à titularidade da cadeira de Direito Processual Civil na USP, em 2009, com o título *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*.

É do exercício do direito autônomo à prova, mediante a produção antecipada desta no processo do trabalho, então, que iremos tratar, com superficial abordagem, também, sobre a exibição de documentos, lançando ideias preliminares ao debate científico, ao cabo do qual poderemos extrair conclusões mais seguras.

2 – Breve noção do direito estadunidense

A abordagem, ainda que superficial, do direito processual federal dos Estados Unidos da América (*Federal Rules of Civil Procedure*) auxiliará na melhor compreensão sobre o direito autônomo à prova e sobre a produção antecipada de provas sem o requisito da urgência no direito brasileiro.

Em linhas superficiais, no processo civil estadunidense podem as partes, já pendente o litígio judicial, fazer ampla investigação dos fatos antes da estabilização da demanda.

Nas demandas ordinárias³, o processo se divide em duas etapas:

- 2 Rui Portanova, lembrando Ruy Armando Gessinger e Kazuo Watanabe, assevera que, em rigor, “bater às portas da Justiça não deveria custar nada. O acesso deveria ser o mais fácil possível para assegurar esse direito fundamental do cidadão, garantidor dos direitos dos indivíduos, dos direitos ético-sociais e dos direitos políticos. Trata-se de um instrumento de acesso à ordem jurídica justa, e não apenas de defesa técnico-processual ou pré-processual” (PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 85).
- 3 Não são ordinárias a *class action*, as *injunctions* e as *small claims*, que possuem procedimentos diferenciados. A primeira possui uma fase preliminar destinada a verificar se a classe está representada de forma adequada. As *injunctions* somente podem ser julgadas por juiz togado (e não por júri). As *small claims* (causas de pequeno valor) não tem a *Discovery*.

a) *pretrial* (prejulgamento) – em que o autor e o réu apresentam o pedido (*complaint*) e a resposta (*answer to a complaint*), que devem ser curtos e claros (*short and plain*) para cada pretensão, colhem-se as provas (*evidences*) e delimitam-se as questões de fato e de direito controvertidas;

A *discovery* é a fase dessa etapa em que as provas (*evidences*) são colhidas. Como não há um prazo para a conclusão dessa fase, a fim de evitar que ela se estenda por muito tempo, pode o juiz, de ofício ou a pedido das partes, realizar uma audiência destinada a definir as provas que serão colhidas (o juiz não defere ou indefere a produção de provas) e estabelecer um cronograma.

A colheita das provas é feita diretamente pelas partes, que têm o dever de revelação (*duty to disclosure*). Ao início da *discovery*, as partes devem, voluntariamente, disponibilizar ao adversário todos os dados relevantes que possuam.⁴ A seguir, as partes podem solicitar informações e documentos, diretamente uma da outra. Havendo divergência entre as partes sobre privilégios (previsto em leis estaduais), relevância, pertinência, excessiva onerosidade ou sobre a precisão da informação solicitada, entre outras causas, o interessado poderá requerer à corte ordem (*motions*) determinando o fornecimento da informação (*motion for an order compelling discovery*).

As partes também podem requerer a realização de exame físico e mental (*physical and mental examinations*), a tomada de depoimento pessoal (*interrogatories to parties*) e a inquirição de testemunhas (*deposition*)⁵. Nesse caso, as declarações e respostas são prestadas perante um funcionário do tribunal, que as registrará em ata.

Obtidas as *evidences*, realiza-se a *pretrial conference*, que é uma reunião das partes com o juiz, destinada a definir os fatos e o direito controvertidos e delimitar as provas que serão produzidas no julgamento. Nesse momento, as partes poderão transacionar, bem como modificar seus *pleadings*, seja para incluir, excluir ou modificar pedidos e alegações, uma vez que a investigação sobre as provas as permitiu avaliar, com mais precisão, as vantagens e desvantagens do julgamento.

Em seguida, o juiz profere uma ordem, com a delimitação das questões controvertidas e das provas que serão produzidas (*pretrial order*). Essa ordem

4 Por exemplo: documentos que tenham em seu poder e sirvam ao pedido ou à defesa; indicação do nome, endereço e telefone de pessoas que possam dar informações importantes.

5 Não há impedimento ao testemunho de quem tomou conhecimento dos fatos por relato de outra pessoa que teve conhecimento direto (*hearsay*) – testemunho indireto, de segunda mão.

substitui os pedidos das partes (*pleadings*), estabiliza a demanda e somente poderá ser modificada para evitar injustiça manifesta.

b) *trial* (julgamento) – em que, em audiência, diante do júri ou do juiz, as partes ratificam as suas pretensões e produzem as provas oralmente, seguindo-se a decisão.

O CPC/2015 incorporou, em parte, a *discovery* do sistema processual estadunidense ao possibilitar, embora em demanda autônoma (demanda probatória), a produção antecipada de provas (investigação prévia de fatos) sem o requisito da urgência, seja para propiciar a autocomposição (CPC, art. 381, II), seja para permitir a avaliação precisa das vantagens e desvantagens do ajuizamento da demanda de conhecimento destinada à declaração do direito (CPC, art. 381, III).

3 – Valores fundamentais

Para interpretar e aplicar adequadamente as normas jurídicas que garantem o direito autônomo à prova, deve-se atentar para alguns valores fundamentais – constitucionais e infraconstitucionais (CPC, art. 1º). Entre eles:

a) *o princípio da inafastabilidade da jurisdição* (CF, art. 5º, XXXV; CPC, art. 3º), que garante, entre outros: (i) *o acesso à justiça* – acesso ao Poder Judiciário (acesso formal) e à defesa eficaz do direito (justiça material)⁶; (ii) *a proteção de todos os direitos* – não há direito sem tutela processual⁷;

Não é difícil concluir, então, que o *direito de provar* (CPC, arts. 7º, 9º, 10 e 369) e o *direito à prova* (CPC, art. 381, II e III), a seguir definidos (*infra*, n. 4), são corolários dessas duas vertentes da inafastabilidade da jurisdição.

b) *o princípio da cooperação* (CLT, art. 645; CPC, art. 6º)⁸ – que impõe a colaboração (cooperação) dos sujeitos do processo e de terceiros, que devem

6 A “problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. Uma empreitada assim ambiciosa requer, antes de mais nada, uma nova postura mental. Deve-se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela perspectiva do consumidor, ou seja do destinatário das norma jurídicas, que é o povo, de sorte que o problema do acesso à Justiça traz à tona não apenas um programa de reforma como também um método de pensamento, como com acerto acentua Mauro Cappelletti” (WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988. p. 128).

7 CC/1916: “Art. 75. A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura”.

8 O princípio da cooperação está voltado ao aspecto ético-moral do processo e tem na base um princípio de convivência social denominado *princípio da igualdade dos cidadãos diante dos ônus da vida em sociedade*. Sua origem é atribuída ao direito alemão (GOUVEIA, Lucio Grassi de. O dever de coope-

agir (operar) juntamente com o Poder Judiciário, auxiliando-o a prestar tutela jurisdicional justa, tempestiva e eficaz (adoção de comportamento positivo), abstendo, ainda, de qualquer atitude que impeça a ocorrência desta (adoção de comportamento negativo)⁹.

Não é difícil concluir, então, especificamente em relação à prova¹⁰, que: (i) o modelo cooperativo de processo exige que as partes, embora empenhadas em obter a vitória, contribuam “para que a decisão judicial seja o mais aderente possível à realidade dos fatos”¹¹. A regra que garante à parte não produzir prova contra si (CPC, art. 379) não é absoluta. Não há “garantia da exoneração do dever de colaborar com o Judiciário, no aporte de provas ao processo, mesmo que sejam prejudiciais à parte que as traz. Ao contrário, a garantia – ao menos nos termos originários em que foi moldada no direito norte-americano – apenas se limita aos casos em que a exibição da prova pela parte (ou o seu depoimento) possa lhe acarretar risco de sofrer ação penal (...) – ressalvada esta hipótese, é dever seu trazer a prova para o Judiciário, quando assim solicitada, ainda que ela venha em seu prejuízo”¹²; (ii) a produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (direito autônomo à prova), além de permitir uma “autêntica cooperação das partes”, revela-se como “importante instrumento para combater o eventual abuso do processo”, uma vez que “se oferecem aos interessados elementos a partir dos quais podem razoavelmente aferir suas chances de êxito”¹³.

c) o *princípio da boa-fé* (CPC, art. 5º) – que impõe o dever de probidade aos que, de qualquer forma, participem do processo¹⁴. A boa-fé exigida

ração dos juízes e tribunais com as partes – uma análise sob a ótica do direito comparado. *Revista da ESMAPE*, Recife, v. 5, n. 11, p. 248), e foi adotado em todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos da comunidade europeia (*kooperationsprinzip* – Alemanha); *principe de coopération* – França; *principio de cooperación* – Espanha; *principio di cooperazione* – Itália) e nos Estados Unidos (*cooperation principle*).

- 9 Apesar de a cooperação ser característica da essência humana, o pensamento individualista (egoísta) a reprimiu, sendo manifestada por alguns, e unicamente nos momentos de grandes tragédias. Daí a razão de o ordenamento jurídico dela tratar como um dever processual, exigindo, com isso, mudança de concepção psicológica.
- 10 “Tanto as partes quanto terceiros têm o dever de colaborar com o desenvolvimento da atividade jurisdicional – de que a instrução probatória é um dos aspectos essenciais” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINE, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: RT, 2017. v. 2, versão digital).
- 11 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 163.
- 12 MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 553-554.
- 13 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 180.
- 14 O comportamento aético ofende o sentimento predominante de justiça, e a falta de consideração com a justiça “é uma consequência cultural que evidencia a baixa estima por esse valor” (OTEIZA, Eduardo. *Abuso de los derechos procesales en América Latina*. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos [Coord.]. *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 23).

das partes é a boa-fé objetiva¹⁵. Nesta importa, apenas, a conduta pautada em conformidade com o ordenamento jurídico¹⁶. Não se investiga, e nenhuma relevância tem, por isso, o estado psicológico (estado de consciência), traduzido pelo convencimento da parte de atuar em conformidade com o direito (boa-fé íntima; subjetiva – crença de agir licitamente). Constroi-se, assim, o modelo de processo cooperativo, que permite “que a igualdade e o contraditório floresçam em um ambiente confiável – e, portanto, seguro”¹⁷.

Não é difícil concluir, então, especificamente em relação à prova, que o dever de probidade impõe um dever de veracidade. Este, por sua vez, impõe um dever de informação¹⁸. Assim, da “vigência de uma regra legal que impõe às partes o dever de veracidade, se poderia extrair estarem aquelas obrigadas a fornecer informações, documentos ou coisas sujeitas a exame, sendo possível exigir toda conduta que viabilize um preliminar esclarecimento e registro dos fatos relevantes relacionados a dada controvérsia”¹⁹. Esse dever de veracidade exigido dentro de um processo destinado à declaração de um direito “pode e deve também vigorar antes dele”. Se “alguém tem o dever – ético e jurídico – de colaborar com o Poder Judiciário para a descoberta da verdade, não faz sentido limitar” esse dever “à prévia instauração de processo declaratório”²⁰.

-
- 15 A “boa-fé de que cuida o art. 5º do Código de Processo Civil é em princípio a *boa-fé objetiva* (...) dispensando-se o elemento subjetivo do dolo ou da culpa. Daí ser ela *objetiva*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2018. v. I. p. 98).
- 16 Toda manifestação de má-fé ou temeridade, praticada em juízo, conspurca o objetivo do processo moderno “no seu compromisso institucional de buscar e realizar resultados coerentes com os valores de *equidade substancial* e de *justiça procedimental*, consagrados pelas normas constitucionais” (THEODORO Jr., Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 109). Lealdade processual e boa-fé, portanto, é o que se espera e se exige dos sujeitos do processo.
- 17 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao CPC (1º ao 69)*. São Paulo: RT, 2016. v. I, versão digital.
- 18 Trata-se de um dever não derivado de regras de direito material, que justifica “a produção preliminar da prova com mais largueza, isto é, desatrelada das hipóteses de urgência”. O dever de veracidade, então, deixa de ser visto apenas “sob a ótica do julgamento estatal a ser proferido no processo declaratório” e passa “a ser visto sob o prisma do prévio esclarecimento das partes acerca dos fatos relevantes relativos a dada situação substancial controvertida (atual ou, quando menos, potencialmente) e que (...) pode auxiliar os interessados na avaliação de seus riscos e chances em processo futuro” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 160).
- 19 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 160.
- 20 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 161.

4 – Direito de provar e direito à prova (direito autônomo à prova)

As expressões *direito de provar* e *direito à prova* designam fenômenos distintos. Não devem ser tomadas, por isso, como sinônimas.

4.1 – Direito de provar

O *direito de provar* consiste na prerrogativa que as partes possuem, em demanda destinada à declaração do direito no caso concreto²¹, de *requerer* a produção de prova, *produzir* a prova, *participar* da produção da prova, *manifestar-se* sobre a prova produzida (direito de influência) e *obter a valoração* da prova produzida²².

Sob essa perspectiva, o *direito de provar*:

a) *decorre dos princípios* – do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV; CPC, art. 3º) e do contraditório (CF, art. 5º, LV; CPC, arts. 7º, 9º, 10 e 369); e

b) *eleva o juiz à figura central* – ou seja, o juiz será o destinatário direto da prova, uma vez que esta será produzida com escopo de convencê-lo da veracidade das afirmações feitas pelas partes.

4.2 – Direito à prova (direito autônomo à prova)

O *direito autônomo à prova* consiste na “prerrogativa de invocar a intervenção estatal, na subespécie jurisdição, para permitir a busca e a obtenção da prova, assim como o esclarecimento e o registro de fatos daí decorrentes, sem vinculação direta com o pleito de declaração do direito material à relação controvertida e sem a justificação da urgência”²³.

21 O “direito de provar considera-se compreendido nos direitos de ação e de defesa, deles sendo uma espécie de desdobramento. Sob essa ótica, o direito de ação não se resume à mera prerrogativa de invocar a tutela jurisdicional e de dar início ao processo, sendo compreendido sob uma perspectiva analítica, que enfeixa uma série de proposições jurídicas ativas do autor, dentre as quais o direito de provar as alegações de fatos controvertidos, pertinentes e relevantes” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 233).

22 Nesse sentido, entre outros: MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução. In: *Temas de direito processual* – terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 67; MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 259; CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001. p. 46; SALLES, Carlos Alberto de. Transição paradigmática na prova processual civil. In: ASSIS, Araken; ALVIM, Eduardo Arruda; NERY Jr., Nelson; MAZZEI, Rodrigo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM, Thereza (Coord.). *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2008. p. 916-917.

23 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 312.

Sob essa perspectiva, o *direito à prova*:

a) *decorre do princípio da inafastabilidade da jurisdição* (CF, art. 5º, XXXV; CPC, art. 3º) – uma vez que o ordenamento constitucional não reprime a invocação da tutela jurisdicional (intervenção estatal) para o exercício do direito (exclusivamente) processual (sem pleito de declaração do direito material no caso concreto), voltado ao acesso, descoberta e documentação de fatos²⁴;

b) *eleva as partes à figura central* – ou seja, as partes são destinatárias diretas da prova, uma vez que esta será produzida com escopo de convencê-las sobre a existência do direito material que julgam possuir, garantindo-lhes um grau mínimo de segurança para demandar em juízo a sua declaração em um caso concreto (*litigância judicial responsável*)²⁵;

c) *atribui novos contornos ao princípio do contraditório* (CF, art. 5º, LV) – uma vez que a garantia de influenciar a convicção do magistrado²⁶ será substituída pela garantia à formação da própria convicção do interessado, permitindo-lhe adotar comportamentos “que podem consistir no ingresso em juízo, na resistência a dada pretensão ou na prática de atos de autocomposição. O contraditório, sob essa ótica, deixa de atuar como fator de legitimação de atos

24 Yarshell parece negar que o direito autônomo à prova decorra do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Segundo ele, a “possibilidade de buscar e de obter a prova (...) não parece estar necessária e diretamente vinculada ao exercício da ação e da defesa no contexto de um processo instaurado para se declarar o direito no caso concreto. (...) Visto sob o prisma da busca e da obtenção das fontes de prova, o assim denominado direito à prova pode ser entendido, em alguma medida, como antecedente do pleito de tal declaração ou, a depender do que resulte dessa busca, até mesmo como excludente do referido pleito” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 210).

25 A prova será produzida para formação do convencimento das partes, “servindo como guia para um ingresso mais seguro e responsável em juízo ou, por outro, para a superação da controvérsia mediante soluções de autocomposição” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 304).

26 O contraditório é composto de um trinômio: a) *informação* – ciência da realização e das consequências dos atos processuais; b) *reação* – direito de se manifestar sobre os atos praticados no processo; e c) *influência* – direito de influenciar a convicção do magistrado. Segundo José Lebre de Freitas, o conceito do contraditório, como garantia constitucional, compreende a participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o processo, concretizando-se pela “possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objecto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão. O escopo principal do princípio do contraditório deixou assim de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à actuação alheia, para passar a ser a influência, no sentido de direito de incidir activamente no desenvolvimento e no êxito do processo” (FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do código revisto*. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 96-97).

de poder (estatal ou não), e passa a funcionar como elemento determinante da conduta responsável das partes”²⁷.

4.2.1 – Direito autônomo à prova e direito cautelar à prova

O *direito cautelar à prova* não deve ser confundido com o *direito autônomo à prova*, uma vez que partem de diferentes premissas e têm finalidades distintas.

O *direito cautelar à prova* está fundado no *periculum in mora* e tem por escopo a conservação da prova para utilização em demanda futura destinada à declaração do direito no caso concreto (*infra*, n. 31.1). O direito à prova, nesse caso, “surge como simples desdobramento dos direitos de ação e de defesa, entendidos não como um puro pleito de produção de uma dada prova, mas como invocação de um provimento jurisdicional acerca de certa situação da vida, pelo qual se busca (ou se buscará) a declaração do direito”²⁸. Não há, por isso, autonomia²⁹.

O *direito autônomo à prova*, por sua vez, é um direito incondicionado à simples produção da prova (obtenção e pré-constituição), sem o requisito do perigo (*periculum in mora*). A descoberta e documentação de certos fatos é o objeto e nisso se esgota a demanda³⁰. Há, por isso, autonomia (desvinculação de outro pleito de provimento jurisdicional)³¹.

27 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 170.

28 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 244.

29 Quando se pensa no direito autônomo à prova “não se pensa no direito à conservação da prova diante do risco de que, pelo decurso do tempo, venha a se perder” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 243).

30 Nessa ótica, todos têm direito de ir a juízo para pleitear a busca, a obtenção e a pré-constituição de certa prova, mesmo fora das hipóteses de urgência. Todos, enfim, têm o direito de demandar a antecipação da prova, ainda que não haja perigo (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 320).

31 “(...) modernamente, a disciplina legal, o estudo e a aplicação concreta das ações probatórias são enriquecidos pela constatação – essa sim, bem mais recente – da existência de um direito autônomo à prova. Supera-se a noção de que as provas têm por destinatário único o juiz, não dizendo respeito às partes. Reconhece-se que as partes têm, em relação às provas, não apenas uma faculdade estritamente instrumental e interna ao processo, atinente ao exercício da ação e da defesa. Mais do que isso, as partes têm direito à produção ou à aferição da veracidade da prova, antes e independentemente do processo, por uma série de razões: avaliar suas chances efetivas numa futura e eventual disputa litigiosa, estimar os custos de tal disputa, verificar as possibilidades e termos de um possível acordo com o adversário – e assim por diante” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINE, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: RT, 2017. v. 2, versão digital).

4.2.2 – Direito autônomo à prova e direito à investigação prévia privada

Se o *direito autônomo à prova* corresponde ao direito à obtenção (descoberta) e pré-constituição (documentação) da prova, pode-se dizer que nele se compreende um *direito à investigação prévia privada*³².

Falar em *direito à investigação prévia privada* causa estranheza, porque estamos presos ao preconceito de que *investigação* é ato realizado por autoridade. Assim, o verbo investigar nos leva a pensar, automaticamente, “em atividade estatal e apenas secundariamente na atuação privada, sendo esta última, não raro, relacionada à ideia de atividade clandestina”³³.

O *direito à investigação prévia privada*, porém, decorre direta e logicamente do *dever de informação* (*supra*, n. 3), valendo lembrar que se trata de direito indiscutível “em insuspeitos sistemas liberais, como é o caso da *discovery* americana e da *disclosure* inglesa, além de instigação privada prevista no processo penal italiano”³⁴.

É imprescindível, então, que nos despojemos do preconceito de que a investigação é prerrogativa de agentes públicos. Note-se que:

a) *não há base científica* – para afirmar que a investigação de pessoas privadas é sempre viciada e a investigação de autoridade pública é sempre incensurável. “Se o ato de investigar acarreta risco de violação a direitos e garantias fundamentais, isso ocorre quer quando a pesquisa dos fatos se dá por iniciativa de autoridade, quer quando ocorre por obra de ente particular; e, em qualquer caso, isso deve ser combatido com igual vigor”³⁵;

b) *o ordenamento jurídico civil brasileiro* – outorgou ao Ministério Público o *direito à investigação prévia*, por meio do inquérito civil (LC nº 75/96, art. 6º, VII). Além disso, impôs um *dever geral de informação* às pessoas, tipificando como crime a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura de ação civil, quando requisitadas pelo Ministério Público (Lei nº 7.347/85, art. 10). Não se justifica que o reconhecimento de um direito à investigação “se opere exclusivamente em favor do Ministério Público,

32 “O assim denominado direito à prova abrange, portanto, o que se possa chamar de um *direito à investigação*” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 212).

33 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 215.

34 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 215-216.

35 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 219.

e não em favor de todos os demais titulares do direito de ação³⁶. Não se argumenta que o Ministério Público defende direitos e interesses específicos (CF, art. 127), uma vez que há outras pessoas legitimadas a defenderem os mesmos direitos e interesses que não possuem essa prerrogativa³⁷.

Ao autorizar a pesquisa de fatos e a busca de provas de modo autônomo, portanto, o sistema legal permitiu aos interessados melhor avaliarem as suas chances de êxito em futura demanda destinada à declaração do direito no caso concreto. Assim, com maior segurança e responsabilidade decidir-se-á sobre o ingresso ou não em juízo, sobre a resistência ou não à pretensão (CPC, art. 381, III), ou, ainda, sobre a possibilidade e conveniência de transação (CPC, art. 381, II).

4.2.3 – Direito autônomo à prova e autonomia

O adjetivo *autônomo* da expressão *direito autônomo à prova* indica que a busca, a obtenção (descoberta) e a pré-constituição (documentação) da prova não estão vinculadas:

a) *à declaração de um direito material no caso concreto*. Sob essa perspectiva a autonomia é *relativa*. Ainda que não haja um julgamento que declare o direito no caso concreto, só haverá o *direito autônomo à prova* se houver um nexo de interdependência entre ela e uma situação de direito material, que deverá ser afirmada (*infra*, n. 14)³⁸;

b) *à justificação da urgência*. Sob essa perspectiva a autonomia é *absoluta*.

36 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 228.

37 Não “parece haver razão plausível, de forma universal ou mesmo se tomado em particular o ordenamento brasileiro, para que o direito à investigação – entendido como manifestação autônoma do direito à prova – seja exclusivamente reconhecido a órgão estatais e, em particular, ao Ministério Público. Entende-se que a este, como órgão público, se reconheça, em certas situações, o direito de requisitar diretamente informações e elementos (...), numa prerrogativa que, realmente, não há como simplesmente estender a outros entes. Contudo, coisa diversa é reconhecer que o direito autônomo à prova não deve ser prerrogativa exclusivamente reconhecida àquela Instituição” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 231).

38 “(...) a pretexto de se afirmar tal autonomia não se pode chegar ao ponto de negar qualquer ligação da prova (a ser produzida de forma antecipada) com uma situação de direito material subjacente (ainda que afirmada e, por meio dessa, com a futura – ainda que hipotética – declaração do direito (e correspondente processo instaurado com esse escopo)” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 334).

5 – Natureza jurisdicional

O pedido de produção antecipada de prova sem o requisito de urgência é formulado pelo interessado em demanda específica – demanda (ação) probatória (geradora de processo próprio), cuja natureza é jurisdicional. Insere-se, assim, “no contexto de um conflito, ainda que não tenha por escopo diretamente o resolver. É medida com procedimento sumário (a ponto de excluir contestação e recursos) e cognição sumária horizontal (o juiz averigua superficialmente o pressuposto para antecipar a prova) e vertical (o juiz não se pronuncia sobre o mérito da pretensão ou defesa para a qual a prova poderá futuramente servir)”³⁹.

6 – Objeto

O objeto da demanda (ação) probatória é a produção da prova (busca, obtenção e pré-constituição), desvinculada da declaração de direito material e da justificação da urgência.

A prova assume, então, “o papel principal. Sua relevância para o processo, somada à necessidade de que uma definição a respeito dela vincule as partes e se torne definitiva e imutável, justificam que, uma vez observados determinados pressupostos, a prova se torne o próprio objeto de um processo jurisdicional. Em outros termos: o ordenamento reconhece que um conflito pode estabelecer-se em torno da própria prova – e reputa importante resolvê-lo em caráter principal, e não como simples providência incidental (...) do processo para o qual essa prova seja útil”⁴⁰.

7 – Finalidade

A demanda (ação) probatória, com a produção da prova, proporciona aos interessados o conhecimento de fatos⁴¹, permitindo-lhes, com maior segurança e responsabilidade, decidir sobre o ingresso ou não em juízo para obter a declaração do direito no caso concreto, sobre a resistência ou não à pretensão (CPC, art. 381, III), ou, ainda, sobre a possibilidade e conveniência de transação (CPC, art. 381, II). Trata-se, por isso, de mecanismo garantidor da litigância judicial responsável.

39 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINE, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: RT, 2017. v. 2, versão digital.

40 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINE, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: RT, 2017. v. 2, versão digital.

41 A “ação em exame presta-se a proteger o direito processual à prova, em casos em que se põe interesse jurídico para que tal direito seja exercido autonomamente” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINE, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: RT, 2017. v. 2, versão digital).

8 – Hipóteses de cabimento

A produção antecipada da prova sem o requisito da urgência é admitida sempre que for suscetível de viabilizar:

a) *a autocomposição (sob qualquer modalidade)* – ou outro meio adequado de solução de conflito (CPC, art. 381, II);

b) *o prévio conhecimento de fatos* – que possam justificar ou evitar o ajuizamento de demanda ou a resistência ou não à pretensão (CPC, art. 381, III)⁴².

Como ressalta *Edilton Meireles*, essas hipóteses, na verdade, se confundem, uma vez que “a antecipação da produção da prova, por óbvio, tanto pode servir para a solução extrajudicial do conflito, como para justificar ou evitar o ajuizamento de futura ação (...). Ademais, ao viabilizar a solução extrajudicial do conflito (inciso II), evita-se a futura demanda (inciso III)”⁴³.

9 – Formas (meios) de prova passíveis de produção antecipada

O art. 381, II e III, do CPC, não estabelece qualquer limitação. Assim, todas as formas (meios) de prova comportam produção antecipada em demanda (ação) probatória⁴⁴.

Há, porém, algumas limitações intrínsecas, relativamente aos efeitos (consequências) e ao modo de produção de determinadas formas (meios) de prova.

Assim, por exemplo:

a) *no depoimento pessoal* – deve-se ter em conta que essa forma (meio) de prova tem como escopo principal a confissão. Como na demanda (ação)

42 Segundo *Wambier e Talamine* – “o elenco do art. 381 não exaure as hipóteses em que se põe autonomamente o direito à prova. É apenas exemplificativo. Justifica-se a produção antecipada da prova sempre que seu requerente demonstrar possuir interesse jurídico para tanto, ainda que em hipóteses não arroladas no art. 381 (p. ex., o requerente pode pretender produzir antecipadamente a prova para pré-constituí-la, e assim poder usá-la em futuro processo que, por razões procedimentais, só admita prova escrita – como é o caso do mandado de segurança ou da fase inicial da ação monitória – ou usá-la como fundamento para a obtenção de tutela da evidência” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINE, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: RT, 2017. v. 2, versão digital).

43 MEIRELES, Edilton. Produção antecipada de provas. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. *Estudos aprofundados*. Magistratura do trabalho. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 1. p. 816.

44 “(...) não há limitação ao meio de prova. Logo, por este fundamento, tanto pode ocorrer a antecipação do depoimento pessoal, o interrogatório de testemunhas, o exame pericial, a exibição de documentos ou a inspeção judicial. Isso sem se falar em outros meios de prova moralmente legítimos” (MEIRELES, Edilton. Produção antecipada de provas. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. *Estudos aprofundados*. Magistratura do trabalho. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 1. p. 817).

probatória não há alegação de fato com a finalidade de sobre ele obter declaração (pronunciamento), não existe possibilidade de extração de confissão (*real ou ficta*) em depoimento pessoal antecipado. Essa forma (meio) de prova terá como finalidade, apenas, o esclarecimento de fatos⁴⁵;

b) *na prova testemunhal* – não haverá possibilidade de: (ii) *contraditar testemunhas* (CLT, art. 829; CPC, art. 457, § 1º) e de *acarear testemunhas* (CPC, art. 461, II). O juízo de valor sobre as causas de impedimento e de suspeição, bem como da necessidade de acareação cabe, com exclusividade, ao magistrado da eventual futura demanda vinculada à declaração de um direito material relativamente a uma situação substancial controvertida (CPC, art. 447, § 4º, e art. 461, II); (ii) *indeferir oitiva não excedente a 3 (três) testemunhas* (CLT, art. 821), salvo se prova disser respeito à falta grave cometida por dirigente sindical. Nesse caso, veda-se o *indeferimento de oitiva não excedente a 6 (seis) testemunhas* (CLT, art. 821). Os vetos decorrem do fato de que o juízo sobre a suficiência ou insuficiência da prova destinada ao convencimento (CLT, art. 765) cabe, com exclusividade, ao magistrado da eventual futura demanda vinculada à declaração de um direito material relativamente a uma situação substancial controvertida. Embora ao interessado seja oportunizada a oitiva dos quantitativos de testemunhas acima descritos, caso venha ajuizar demanda cognitiva pelo procedimento sumaríssimo, poderá se valer, por empréstimo, do depoimento de apenas 2 (*duas*) *testemunhas* (CLT, art. 852-H, § 2º) – que deverá indicar expressamente –, salvo decisão judicial em contrário (CLT, art. 765);

c) *na prova documental* – busca-se a exibição do documento e não a prova do fato documentado. O autor então, “deve se limitar a pedir a exibição de documento, apresentando sua justificativa para a antecipação da prova, ainda que apontando o fato que pretenda comprovar”⁴⁶. Por isso, a recusa injustificável em exibir o documento: (i) não produz a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor; (ii) não autoriza a expedição de mandado de busca e apreensão em face do réu ou de terceiros;

d) *na inspeção judicial* – deve-se ter em conta que essa forma (meio) de prova tem por escopo assegurar a imediação do juiz que irá decidir a eventual

45 Edilton Meireles, diferentemente, entende ser possível extrair a confissão da ausência da parte ao depoimento pessoal, embora isso seja objeto de consideração na demanda cognitiva. Segundo ele, a ausência do réu ou a sua recusa em responder perguntas será documentada, cabendo ao juiz da demanda principal (se deduzida) “decidir se da recusa do requerido se extrai a confissão. E, por óbvio, essa seria a consequência a ser declarada quando diante desta situação” (MEIRELES, Edilton. Produção antecipada de provas. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. *Estudos aprofundados*. Magistratura do trabalho. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 1. p. 831).

46 MEIRELES, Edilton. Produção antecipada de provas. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. *Estudos aprofundados*. Magistratura do trabalho. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 1. p. 817.

e futura demanda vinculada à declaração de um direito material relativamente a uma situação substancial controvertida. Como a demanda (ação) probatória não produz a prevenção do juiz para a eventual futura demanda (*infra*, n. 29), a realização antecipada de inspeção judicial não assegurará a imediação. A atuação do magistrado, então, estará “limitada apenas à descrição precisa daquilo que viu e examinou, deixando ao juiz da ação principal a avaliação dessa descrição e a extração de conclusões em face desses elementos”⁴⁷. Sendo assim, a diligência destinada à constatação (descrição do que se vê e examina) prescinde da figura do magistrado, que poderá designar algum servidor (em geral, oficial de justiça) para realizá-la.

10 – Competência

Para o processamento da demanda (ação) probatória, define-se a competência:

a) *material* – pela natureza da matéria do atual ou potencial conflito subjacente. Assim, se “a produção probatória que se quer antecipar é pertinente para um atual ou potencial litígio trabalhista, a competência (...) é da Justiça do Trabalho”⁴⁸;

Discute-se, porém:

(i) *a competência material* – quando a prova pretendida for utilizável em demandas de diversas naturezas. Imagine-se, por exemplo, a hipótese em que o companheiro pretende produzir prova (antecipadamente) da união estável com trabalhador que faleceu em acidente do trabalho, tendo à frente a possibilidade de demandar: em face do espólio, na Justiça Estadual, objetivando provimento judicial declaratório de existência de vínculo familiar; em face do INSS, na Justiça Estadual, objetivando a concessão de benefício previdenciário (CF, art. 109, I; Lei nº 8.2013/91, art. 129; Súmula STJ nº 15); e em face do ex-empregador do companheiro morto, na Justiça do Trabalho, objetivando o pagamento de indenizações por danos materiais e moral – próprios e como sucessor (CF, arts. 109, I e 114, I e VI; Súmula Vinculante STF nº 22);

Há quem diga que o interessado terá de ajuizar demandas (ações) probatórias em cada um dos juízos competentes para o processamento e julgamento da eventual futura demanda destinada à declaração do direito no caso concreto.

47 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao CPC (381 ao 484)*. São Paulo: RT, 2016. v. VII, versão digital.

48 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINE, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: RT, 2017. v. 2, versão digital.

Assim, no exemplo acima, o interessado teria de ajuizar três demandas probatórias: uma que seria processada pela Vara de Família (Justiça Estadual); outra da competência da Vara de Acidentes do Trabalho (Justiça Estadual); e mais uma da competência da Vara do Trabalho (Justiça do Trabalho).

Outros, por sua vez, entendem que o interessado deverá ajuizar apenas uma demanda (ação) probatória, a ser processada pelo juízo competente para a futura eventual demanda prejudicial às demais. Assim, no exemplo acima, a competência material para processar a demanda probatória seria da Vara de Família⁴⁹.

Penso, entretanto, que pretendendo o autor produzir prova autônoma, tendo à frente atual ou potencial conflito gerador de demandas de diversas naturezas, poderá ajuizar a demanda (ação) probatória em qualquer um dos juízos competentes para processar e julgar as eventuais futuras demandas destinadas à declaração do direito no caso concreto. A competência material para aquela, no caso, é concorrente.

(ii) *a validade da prova produzida antecipadamente em juízo materialmente incompetente*. Essa questão parece-me ter solução no ordenamento jurídico. A ausência de competência material (pressuposto processual de validade) acarreta a nulidade da relação jurídica processual (CPC, arts. 64, 337, II, 485, IV, e 966, II). Não obstante isso, somente os pronunciamentos judiciais com conteúdo decisório são inválidos (CPC, art. 64, § 4º). Todos os demais atos são aproveitáveis (CPC, art. 283), como é o caso da prova produzida. A eficácia desta, entretanto, está vinculada ao fato de ter sido produzida em processo entre as mesmas partes ou no qual figurou a parte contra quem se deseja utilizá-la⁵⁰;

b) *funcional* – pelo potencial objeto da eventual futura demanda vinculada à declaração do direito material. Assim, por exemplo, se a eventual futura demanda for uma demanda trabalhista, a competência será de Vara do Trabalho; se for ação rescisória, será de TRT ou do TST (conforme o caso);

c) *territorial* – pela localidade da prestação de serviços (como regra). Ainda que se trate de prova autônoma, diante de atual ou potencial litígio

49 Súmula nº 53 do extinto TFR: “Compete à Justiça Estadual processar e julgar questões pertinentes ao Direito de Família, ainda que estas objetivem reivindicação de benefícios previdenciários”.

50 “As partes do segundo processo têm de haver participado em contraditório do processo em que se produziu a prova que se visa aproveitar. Mais precisamente, é imprescindível que a parte contra qual vai ser usada essa prova tenha sido parte no primeiro processo. (...) Haverá de se verificar se aquele a quem desfavorece a prova emprestada participou de ambos” (TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 140, p. 148, out./dez. 2008).

trabalhista, aplica-se o disposto no art. 651 da CLT (regra específica) e não o disposto no art. 371, § 2º, do CPC.

11 – Legitimidade de parte

A legitimidade de parte será aferida (*in status assertionis*) segundo a titularidade da relação jurídica de direito material subjacente.

Cabe ao autor, por isso:

a) *descrever a relação jurídica de direito material subjacente* (embora sobre ela não recaia declaração judicial) e correlacioná-la à prova que pretende produzir⁵¹;

b) *direcionar a demanda* em face de todas as pessoas contra quem possa, futuramente, por empréstimo, utilizar a prova produzida (CPC, art. 372)⁵². “Por mais incerto e eventual que seja o uso futuro da prova em outro processo, cabe observar esse parâmetro”, uma vez que a “prova produzida sem a presença do adversário é despida de valor”⁵³.

51 “(...) não interessa despender energia para produção antecipada de uma dada prova sem qualquer relação, por menor e hipotética que possa ser, com uma controvérsia minimamente delimitada e com a expectativa, ainda que relativamente longínqua, de um julgamento estatal” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 335).

52 Habilita-se “a postular a obtenção antecipada de prova qualquer pessoa que tenha simples interesse jurídico na colheita dessa prova, seja para empregá-la em processo futuro, seja para se precaver de um eventual processo judicial, seja para subsidiá-lo na decisão de ajuizar ou não uma demanda, seja ainda para tentar, com base nessa prova, obter uma solução extrajudicial de seu conflito” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao CPC [381 ao 484]*. São Paulo: RT, 2016. v. VII, versão digital).

O terceiro ao processo entre as partes em a prova foi produzida pode desta se beneficiar. Contrariamente, porém, contra ele “a prova produzida em processo entre terceiros teria nenhum ou reduzido valor” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 383). Não obstante isso, poderá o terceiro intervir no processo e, nesse caso, a prova produzida o vinculará.

“A eficácia da prova emprestada (...) sujeita-se a uma série de requisitos bastante rigorosos e ligados à observância do princípio do *contraditório*. Em primeiro lugar, é obviamente indispensável que já no processo de origem essa garantia haja sido observada. Exige-se também que naquele processo tenha estado presente, *como parte*, o adversário daquele que pretenda aproveitar a prova ali realizada – porque do contrário esse sujeito estaria suportando a eficácia de uma prova de cuja formação não participou. Mas a própria parte que pretende aproveitar-se de prova produzida alhures não precisa necessariamente ter sido parte também no outro processo, cabendo exclusivamente a ela o juízo da conveniência de valer-se ou não do *empréstimo*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. v. III. p. 98).

53 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINE, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: RT, 2017. v. 2, versão digital.

12 – Interesse jurídico

O interesse jurídico, assim como a legitimidade de parte, é aferido a partir da narrativa (*in status assertionis*) da situação de direito material subjacente e da sua correlação com a prova que se pretende produzir⁵⁴.

Cabe ao autor, por isso, afirmar que a prova pretendida revelará o conhecimento de fatos que poderão autorizar a solução do conflito (atual ou potencial), bem como justificar ou evitar o ajuizamento de demanda destinada à declaração do direito no caso concreto⁵⁵.

Revela-se, então, o interesse de agir, uma vez que: a) a *utilidade* – é inerente ao *direito à prova*; b) a *necessidade* – emerge da imprescindibilidade de se obter o conhecimento sobre certos fatos. Ninguém olvida, evidentemente, que prova, por si só, não produz certeza. Não obstante isso, não se pode negar o direito autônomo à prova, uma vez que seu principal escopo é o de permitir o convencimento das partes, determinando, assim, as suas condutas; e c) a *adequação* – está no manejo de demanda autônoma, denominada de *demanda (ação) probatória*.

13 – Litisconsórcio

As regras do litisconsórcio são plenamente aplicáveis à demanda (ação) probatória, com as adaptações às suas particularidades (como, *v. g.*, a ausência de julgamento relativamente à relação jurídica material subjacente).

Assim, quanto:

a) à *obrigatoriedade* – havendo: (i) vários titulares na relação de direito material (subjacente) afirmada pelo autor na petição inicial, e sendo ela incindível, o litisconsórcio será necessário (CPC, art. 114). É sabido que a prova produzida sem a oportunidade de participação daquele contra quem se deseja

54 É “preciso, de alguma forma, delimitar a relação material e a controvérsia dela resultante. Sem isso, não há como delimitar se a prova, ela própria, é necessária e adequada; e, portanto, não há como saber se a providência pode ou deve ser produzida de forma antecipada” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 358).

55 “(...) basta o interessado alegar a possibilidade de solução extrajudicial ou que pode evitar o ajuizamento de futura ação ou justificar seu ajuizamento. E aqui não há limites. Basta a alegação. E, salvo confissão, não se tem como provar que a afirmação (possibilitar a solução extrajudicial ou evitar ou justificar o ajuizamento da ação) não seja verdadeira” (MEIRELES, Edilton. *Produção antecipada de provas*. In: MIESSA, Élison; CORREIA, Henrique. *Estudos aprofundados*. Magistratura do trabalho. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 1. p. 817).

utilizá-la é ineficaz (CPC, art. 115, II)⁵⁶. É necessário considerar, ainda, “que a prova produzida de forma antecipada, fora das hipóteses de urgência, tem em mira (...) proporcionar às partes melhores e mais objetivas condições de avaliar, de forma responsável, suas chances de êxito na perspectiva de uma contenda judicial e, portanto, de uma decisão imperativa”⁵⁷. Sendo assim, “para que essa avaliação possa se dar de forma efetiva, com proveito para as partes e, novamente, para o Estado, revela-se imprescindível a participação de todos que, de alguma forma, sejam titulares da relação material de que se cogita e à qual ligam os fatos que se pretendem sejam investigados”⁵⁸; (ii) várias relações de direito material subjacente, com titulares diversos, o litisconsórcio será facultativo (CPC, art. 113);

b) *aos efeitos da decisão* – o litisconsórcio será unitário (CPC, art. 116). “É que o resultado da prova produzida, até mesmo porque não envolve propriamente sua valoração e, portanto, não está ligado a um julgamento, se apresenta a todos de maneira uniforme. É possível até que os litisconsortes pretendam extrair da prova consequências diversas, como é também possível que sua avaliação – para determinação de futuras chances em processo declaratório – seja não uniforme. Contudo, como resultado que se põe às partes, a prova se apresenta como uma situação ela própria incindível”⁵⁹.

14 – Petição inicial

Os requisitos objetivos e subjetivos da petição inicial são plenamente aplicáveis à demanda (ação) probatória, com as adaptações às suas particularidades.

Assim, quanto:

a) *à causa de pedir* – cumpre ao autor descrever a relação jurídica de direito material subjacente (embora sobre ela não recaia declaração judicial) e correlacioná-la à prova que pretende produzir, apresentar as razões que justificam a antecipação da prova (CPC, art. 381, II e III) e mencionar com precisão os fatos sobre os quais a prova recairá – fatos que pretende investigar (*supra*,

56 “O direito à participação na produção da prova é garantia básica inerente ao contraditório. Não se pode admitir prova produzida secretamente, muito menos se permite a utilização de uma prova contra quem não participou da sua produção” (DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 42).

57 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 380.

58 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 380.

59 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 375.

ns. 11 e 12). Não se exige, por razões lógicas: (i) a prévia “certeza quanto aos fatos ou ao direito alegado. Pelo contrário, o que referida providência busca é justamente propiciar elementos para que as partes possam avaliar suas chances e riscos, determinando sua conduta em relação à controvérsia”⁶⁰; (ii) que “o interessado indique para qual ‘eventual demanda futura’ essa prova se destina. Basta que apresente, em seu requerimento, razão suficiente (amoldada a um dos casos do art. 381) para a obtenção antecipada da prova”⁶¹;

b) *ao pedido* – confundem-se os pedidos imediato e mediato no requerimento da autorização da produção da prova, uma vez que o bem da vida pretendido é exatamente a prova (*supra n. 6*).

15 – Citação

A ação (demanda) probatória possui caráter contencioso (*supra, n. 5*). Por isso, de ofício ou a requerimento do autor, o juiz determinará a citação do réu (CPC, art. 381, § 1º).

Como na demanda (ação) probatória não se admite defesa (*infra, n. 16*), a citação terá por escopo: a) *dar ciência ao réu (finalidade cognitiva)* – de que uma demanda foi ajuizada em face dele; b) *integrar o réu ao processo (finalidade integrativa)* – deixando, assim, de ser apenas parte na demanda; c) *intimar o réu (finalidade de intimação)* – para (querendo) exercer o contraditório, acompanhando e praticados os atos que julgar cabíveis na produção da prova requerida.

16 – Resposta do réu

A demanda (ação) probatória não admite defesa (CPC, art. 382, § 4º). Esse veto, porém, deve ser adequadamente compreendido.

A vedação à apresentação de defesa pelo réu compreende a supressão da discussão do mérito da relação jurídica material subjacente narrada na petição inicial⁶², uma vez que sobre esta não haverá pronunciamento do juiz. O réu não estará privado, então (CF, art. 5º), de apresentar defesa processual (sem delimitação de prazo), em que veiculará matérias de ordem pública (que o juiz

60 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 234.

61 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao CPC (381 ao 484)*. São Paulo: RT, 2016. v. VII, versão digital.

62 No mesmo sentido: WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINE, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: RT, 2017. v. 2, versão digital.

tem o dever de conhecer de ofício) relativamente à demanda (ação) probatória (v. g., denunciar a ausência de pressupostos processuais, de legitimidade de parte, de interesse de agir).

17 – Natureza dúplice

No ordenamento jurídico vigente, compreende-se por demanda de natureza dúplice aquela em que o réu pode ampliar o objeto do processo mediante a dedução de pedidos em seu favor, que serão automaticamente acolhidos se a pretensão do autor for rejeitada⁶³. Em outras palavras: a sentença a favor do réu não se limitará a declarar a improcedência. Exemplo de demanda trabalhista de natureza dúplice, embora por força de lei e não por dedução de pedido do réu, é o *inquérito para apuração de falta grave com suspensão preventiva do empregado*. Reconhecida a inexistência de falta grave praticada pelo empregado, o empregador será condenado a readmiti-lo no serviço e a pagar-lhe os salários a que teria direito no período da suspensão (CPC, art. 495)⁶⁴.

Pode-se dizer, com as devidas adaptações, que a demanda (ação) probatória possui natureza dúplice, uma vez que o réu também poderá requerer a produção de prova, desde que:

a) *esteja relacionada ao mesmo fato objeto da prova requerida pelo autor* (CPC, art. 382, § 3º) – caso em que o réu, então, complementará a prova; e

b) *a produção conjunta da prova não acarrete excessiva demora* (CPC, art. 382, § 3º).

63 Não se deve confundir as situações em que o réu amplia o *conhecimento do processo* daquelas em que ele amplia o *objeto do processo*. O réu amplia: a) *o conhecimento do processo* – sempre que deduzir defesa indireta de mérito. Vale dizer: sempre que alegar fato impeditivo modificativo ou extintivo. Como somente o conhecimento do processo foi ampliado, o êxito do réu ensejará, no máximo, o indeferimento do pedido do autor (sentença declaratória negativa); b) *o objeto do processo* – sempre que deduzir pedido transcendente à emissão da *sentença de improcedência*. Vale dizer: sempre que deduzir pedido de pronunciamento jurisdicional destinado a acrescer a sua esfera jurídica, o que ocorrerá nas hipóteses em que apresentar reconvenção ou deduzir pedido contraposto, bem como nas demandas de natureza dúplice.

64 “(...) sendo improcedente o pedido de resolução contratual, os efeitos sentençiais retroagirão à data da suspensão operada (efeitos *ex tunc*); suprimem-se as repercussões da suspensão preventiva, reintegrando-se o trabalhador em seu cargo/função. O comando sentencial assegura o retorno obreiro ao *status quo* anterior à suspensão, parecendo tratar o período de afastamento como se fosse mera interrupção contratual (e não, de fato, suspensão). Na verdade, o que ocorre é que a sentença, ao não reconhecer cabível a dispensa, também suprime os efeitos suspensivos ao afastamento verificado, restaurando a higidez original do contrato” (DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 1.292).

Não se trata, evidentemente, de uma demanda de natureza dúplice em sua concepção tradicional. As “peculiaridades da atividade probatória, se não são aptas a automaticamente fazer do autor um réu (e vice-versa), tornam irrelevante – ao menos se considerada a produção da prova – a distinção entre eles. A prova produzida pelo demandante valerá e produzirá efeitos tanto para ele quanto para o demandado. A duplicidade reside em que a ‘procedência’ da demanda (...) atua de forma igual para ambas as partes: ou, mais ainda: a prova requerida por iniciativa do autor poderá, quanto ao respectivo conteúdo, vir a favorecer o réu sem que, para qualquer uma dessas situações, tenha sido necessário que o demandado alargasse o objeto do processo”⁶⁵.

18 – Manifestação das partes sobre a prova produzida

Como a demanda (ação) probatória não tem por objeto o conhecimento destinado à declaração de direitos vinculados à relação de direito material, as partes não terão oportunidade para se manifestarem sobre a prova produzida.

A discussão sobre a validade (v. g., arguição de falsidade) e a eficácia (força probatória) da prova somente ocorrerão nos autos da eventual futura demanda em que ela for utilizada por empréstimo (CPC, art. 372).

19 – Valoração da prova

Pela mesma razão que às partes não é dada a oportunidade para se manifestar sobre a prova produzida, o juiz não irá valorá-las. Vale dizer: o juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoocorrência do fato e tampouco sobre as suas consequências jurídicas (CPC, art. 382, § 2º).

A valoração da prova somente ocorrerá nos autos da eventual futura demanda em que ela for utilizada por empréstimo (CPC, art. 372)⁶⁶. Nesta, inclusive, julgando necessário, o juiz poderá determinar a complementação, o esclarecimento e a repetição da prova (CLT, art. 765).

65 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 329-330.

66 Pode-se dizer, então, que a prova antecipada é incompleta, uma vez que suas consequências jurídicas e “a aferição definitiva de sua validade e sua valoração apenas poderão ocorrer no concreto contexto do processo em que ela venha a ser utilizada” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINE, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: RT, 2017. v. 2, versão digital).

20 – Sentença

Finda a fase probatória, *com ou sem a produção da prova*, o juiz proferirá *sentença de mérito* (CPC, art. 487, I), pois atendeu o pedido mediato do autor (mérito), atestando a existência de um direito (processual) à produção da prova⁶⁷.

Embora de mérito, a sentença será *meramente formal*, uma vez que:

a) *não conterà decisão* – relativamente à ocorrência ou inoocorrência do fato ou sobre suas consequências jurídicas (*supra*, n. 19). Pode-se, excepcionalmente, pensar-se na admissibilidade de a sentença declarar prescrição ou decadência, desde que hajam elementos suficientes nos autos e sobre eles não haja controvérsia;

b) *produzirá a extinção do processo* – diante da ausência de fase subsequente.

21 – Prova não produzida

Pode ocorrer de a prova não ser produzida na demanda (ação) probatória, por óbices criados pelo réu, como, v. g., o não comparecimento para prestar depoimento pessoal ou comparecimento e emprego de evasivas ou recusa em responder perguntas; recusa ou não exibição de documentos; não submissão a exame.

Diante de tal quadro, não será possível, de imediato e na demanda probatória, extrair *consequências jurídicas* desses comportamentos do réu (*supra*, n. 9). Não será vedado a este, ainda, produzir a prova *sonogada na demanda probatória em futura demanda cognitiva* ajuizada pelo autor (destinada à declaração de direitos vinculados a uma relação de direito material).

Vindo o autor, então, a ser derrotado na demanda cognitiva em razão da produção da prova sonogada da demanda probatória, caberá ao réu, ainda que vencedor, responder pelas despesas do processo (custas e honorários advocatícios de sucumbência). O *fato objetivo da derrota*, nesta hipótese, cede lugar ao *princípio da causalidade* (CLT, art. 791-A; CPC, art. 85): *ao obstar a produção da prova na demanda probatória, o réu impediu a litigância judicial*

67 A “ação em exame presta-se a proteger o direito processual à prova, em casos em que se põe interesse jurídico para que tal direito seja exercido autonomamente” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINE, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: RT, 2017. v. 2, versão digital).

*responsável (impediu o conhecimento e valoração dos fatos pelo autor), dando causa à demanda de conhecimento*⁶⁸.

22 – Recurso

As decisões (interlocutórias e sentença) são irrecorríveis, salvo quando estiverem fundamentadas no art. 485 do CPC, ou quando indeferirem a produção antecipada da prova (CPC, art. 382, § 4º).

Três observações são necessárias:

a) *a regra do art. 382, § 4º, do CPC* – não impede a interposição de recurso de embargos de declaração, por ser uma medida de saneamento (CLT, art. 897-A);

b) *a regra do art. 382, § 4º, do CPC* – adota como premissa a existência de um processo é simples. Vale dizer, o pedido é de produção de prova única (uma única forma de prova – ex.: prova testemunhal). Se, porém, houver pedido de produção de mais de uma forma de prova (cumulação de provas), a decisão impeditiva da produção de uma delas comportará impugnação por recurso. Sendo interlocutória a decisão, e estando fundamentada: (i) *no art. 485 do CPC* – a interposição do recurso ordinário ficará diferida no tempo (CLT, art. 893, § 1º); (ii) *no art. 487, I, do CPC* – a interposição do recurso ordinário será imediata (CPC, art. 356; TST-IN nº 39, art. 5º);

c) *a regra do art. 382, § 4º, do CPC* – trata da irrecorribilidade ordinária. Sendo a demanda probatória, então, causa de instância única, não se descarta, em tese, a possibilidade de impugnação da decisão por recurso extraordinário (CF, art. 102, III; Súmula STF nº 640).

23 – Coisa julgada

A sentença proferida na demanda (ação) probatória, embora seja de mérito, é meramente formal. Não produz, portanto, coisa julgada material, salvo se houver a declaração de prescrição ou decadência.

68 A produção antecipada da prova sem caráter de urgência ou vinculada à declaração de um direito se destina “à busca e apropriação de dados para melhor conhecimento de dada situação de direito material, de sorte a habilitar o interessado a aferir a conveniência de ajuizar, ou não, demanda futura ou, mais amplamente, de avaliar suas chances em processo futuro” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 429-430).

24 – Conciliação

Não obstante o objeto da demanda (ação) probatória (*supra*, n. 6), nada impede que as partes conciliem, quer quanto ao litígio (atual ou potencial) quer quanto aos fatos (CLT, art. 764).

25 – Abuso de direito

Embora a ação probatória garanta o acesso, a obtenção e a pré-constituição da prova, não se admite o uso abusivo desse direito (CPC, art. 5º; CC, art. 187), que deve ser sancionado com a pena de litigância de má-fé (CPC, art. 81).

No direito estadunidense considera-se existente a *abuse discovery* sempre que se constatar, de modo manifesto, a intenção de causar aborrecimento, embaraço, opressão, excessivo ônus ou gasto, como nas hipóteses de “requerimento de informações inúteis ou excessivas (...); do fornecimento de um elevado número de documentos, com intuito de dificultar o exame do requerente (*bulk discovery* ou *hide and seek play*); do requerimento genérico e vago de informações (*fishing expedition*), inclusive com a incompleta delimitação de seu conteúdo”⁶⁹.

26 – Utilização da prova produzida

A prova produzida antecipadamente ingressará em outras demandas “como prova emprestada (art. 372). Nesse segundo processo, a prova emprestada tem a forma documental, mas é apta a preservar o seu valor originário (de prova pericial, testemunhal, etc.)”⁷⁰. Ressalta-se, além disso, que não há necessidade de aguardar a sentença na demanda (ação) probatória para a utilização, por empréstimo, da prova produzida antecipadamente.

27 – Desistência

A desistência da demanda pelo autor sem o consentimento do réu tem como marco a citação deste.

É certo que a desistência, tradicionalmente, somente exige o assentimento do réu se ele houver ofertado a contestação (CPC, art. 485, § 4º). Como, porém,

69 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 196-197.

70 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINE, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: RT, 2017. v. 2, versão digital.

na demanda (ação) probatória não há oportunidade para a contestação do mérito da relação jurídica material subjacente e a defesa processual não tem prazo delimitado (*supra*, n. 16), o momento em que o assentimento do réu passa a ser necessário é o da citação.

28 – Autos em cartório

Proferida a sentença, os autos permanecerão em cartório por um mês, sendo depois entregues ao promovente (CPC, art. 383). Essa regra, obviamente, se aplica apenas na hipótese de tramitação da demanda em autos físicos. No PJe os autos se encontram livremente disponíveis para as partes, sendo, então, arquivados após o decurso de 30 dias.

29 – Competência para a demanda destinada à declaração do direito

O juízo a quem couber processar a demanda (ação) probatória não ficará prevento para a potencial e futura demanda (ação) destinada à declaração de direitos vinculados à relação jurídica de direito material em que a prova antecipada será utilizada (CPC, art. 381, § 3º).

Salvo se o juízo for único, então, a demanda (ação) destinada à declaração de direitos vinculados à relação jurídica de direito material deverá ser livremente distribuída (CLT, art. 713; Lei nº 11.419/06, art. 10).

30 – Exibição de documentos e demanda probatória

Há quem entenda que a demanda (ação) probatória não é adequada à produção da prova documental, uma vez que há disciplina normativa expressa para a exibição de documentos. Outros, porém, sustentam a possibilidade da produção da prova documental em procedimento autônomo, embora apliquem, com certas adaptações, as regras do incidente de exibição de documentos⁷¹.

A exibição de documentos de que tratam os arts. 396 a 404 do CPC é procedimento incidental à demanda (ação) destinada à declaração de direitos vinculados à relação jurídica de direito material, e tem, entre outros: a) *procedimento* – adequado à sua natureza incidental; b) *por objeto* – a prova do fato documentado; e c) *por destinatário direto* – o juiz. É por tudo isso, inclusive,

71 MEIRELES, Edilton. Produção antecipada de provas. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. *Estudos aprofundados*. Magistratura do trabalho. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 1. p. 821.

que o juiz poderá ordenar, de ofício, a exibição de documento (CPC, art. 396)⁷² e admitirá como verdadeiros os fatos que por meio deste a parte pretendia provar, caso haja recusa injustificada em exibi-lo (CPC, art. 400).

A demanda (ação) probatória para produção de prova documental tem, entre outros: a) *procedimento* – adequado à sua natureza autônoma; b) *por objeto* – a exibição do documento (não a prova do fato documentado); e c) *por destinatários diretos* – as partes⁷³. É por isso que o juiz não poderá ordenar, de ofício, a exibição de documentos e a recusa injustificada em exibi-los não produzirá a presunção de veracidade ou a busca e apreensão (*supra*, n. 9).

São manifestas, portanto, as diferenças entre a demanda probatória (CPC, art. 381, II e III) e o incidente de exibição de documentos (CPC, arts. 396 a 404), de modo que: a) a existência desta não exclui a possibilidade de uso daquela⁷⁴. Também convém lembrar o “propósito do dever de veracidade e da concomitante cogitação de um ‘dever geral de informação’; cujo conteúdo envolveria o fornecimento de documentos ou de coisas sujeitas a exame, sendo possível exigir toda conduta que viabilizasse um preliminar esclarecimento e registro dos fatos relevantes relacionados à dada controvérsia”⁷⁵; b) não há como emprestar à ação autônoma de produção antecipada de prova documental o procedimento do incidente de exibição de documento.

72 “Observe-se que a exibição do documento ou da coisa poderá ser determinada de ofício pelo magistrado, ou mediante requerimento de interessado” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao CPC [381 ao 484]*. São Paulo: RT, 2016. v. VII, versão digital).

73 A “a exibição de documento como uma das formas de exercício do direito à prova com natureza autônoma” tem especial destaque no papel no “convencimento das partes, na avaliação de suas chances e no estímulo a solução de autocomposição” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 429).

74 Sujeitam-se à ação probatória “os documentos e a escrituração comercial, os balanços e os documentos de arquivos” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao CPC [381 ao 484]*. São Paulo: RT, 2016. v. VII, versão digital).

“A exibição de documento, se requerida no curso de um processo, dá origem a um procedimento específico (...). No entanto, caso se pretenda sua antecipação, a ação” probatória “é o veículo para tanto” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINE, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: RT, 2017. v. 2, versão digital).

“E, por óbvio, que essa prova documental antecipada pode ocorrer” (MEIRELES, Edilton. *Produção antecipada de provas*. In: MIESSA, Élisson. CORREIA, Henrique. *Estudos aprofundados*. Magistratura do trabalho. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 1. p. 821).

75 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 428.

31 – Incidente de exibição de documentos

Em demanda (ação) destinada à declaração de direitos vinculados à relação jurídica de direito material, o incidente de exibição de documentos (entre as partes), em linhas gerais, observará o seguinte:

a) *ao pedir a exibição de documentos* – o interessado deverá: (i) descrever (individualizar), de modo mais completo possível, o documento; (ii) indicar a finalidade da prova, apontando os fatos determinados que poderão vir a ser comprovados pelo documento; c) expor as circunstâncias pelas quais afirma que o documento existe e se acha em poder do réu (CPC, art. 397);

b) *o requerido será intimado* – para ofertar resposta no prazo de 5 dias (CPC, art. 398). O requerido poderá: (i) *exibir o documento*; (ii) *alegar que não possui o documento*. Essa alegação somente é admissível se o interessado não tiver a obrigação legal de manter o documento e alegar a sua perda em razão da ocorrência de força maior ou de caso fortuito, caso em que será permitida a produção da prova dessas circunstâncias (CPC, art. 398, parágrafo único); (iii) *contestar a obrigação de exibi-lo*. Essa alegação somente é admissível nas hipóteses do art. 404 do CPC, e, sendo necessário, o juiz designará audiência para decidir sobre a legitimidade da recusa;

c) *não comprovada causa justificada para a não exibição do documento* (CPC, arts. 399 e 404) – o juiz intimará o requerido para exibi-lo em 5 dias, podendo determinar todas as medidas que julgar necessárias para assegurar o cumprimento dessa ordem (CPC, arts. 139, IV, e 400, parágrafo único);

d) *o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento, a parte pretendia provar, se*: (i) o requerido não efetuar a exibição nem fizer nenhuma declaração no prazo de 5 dias (CPC, art. 400, II); (ii) a recusa for havida por ilegítima (CPC, art. 400, II).

32 – Temas correlatos

Para concluir o presente estudo, faremos brevíssimas referências a temas tratados no art. 381 do CPC.

32.1 – Produção da prova antecipadamente com o requisito da urgência

A produção antecipada da prova com o requisito da urgência está fundada no receio de que *a espera para sua produção* (na fase apropriada) na pendência da demanda (ação), destinada à declaração de direitos vinculados

à relação jurídica de direito material a torne *impossível* (risco de seu desaparecimento) ou *muito difícil* (CPC, art. 381, I). Exemplo: oitiva antecipada de testemunha que, por comprovadas razões, poderá falecer; realização de prova pericial para avaliar a insalubridade, diante do anúncio do empregador de fechamento de determinado setor.

32.2 – Arrolamento de bens

O art. 381, § 1º, do CPC trata do arrolamento de bens com o escopo de documentação. Previne-se, com isso, o extravio ou a dissipação de bens, sendo utilizado, em geral, para identificar e individualizar bens que compõem uma universalidade de bens (um conjunto de bens) não delimitados, como, *v. g.*, bens que compõem uma herança ou uma sociedade conjugal, comercial, *etc.*

32.3 – Justificação

O art. 381, § 5º, do CPC trata da justificação judicial, cujo escopo é o de constituir imediatamente a prova (independentemente do risco de seu desaparecimento) de determinado fato para simples documentação (precaução genérica do interessado). Não serve, assim, à declaração (certificação) definitiva (estável) e inquestionável (com força vinculante) da existência (ou inexistência) de fato ou de relação jurídica, destacando-se que não haverá citação do réu (CPC, art. 381, § 1º).

Recebido em: 16/01/2019

Aprovado em: 18/02/2019