

O EFEITO ANTAGÔNICO DA AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA

Helton OTSUKA¹

RESUMO: O Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105 de 16 de março de 2015) introduziu no ordenamento jurídico processual uma nova modalidade de ação: a ação de produção antecipada da prova. Semelhante à cautelar de produção antecipada da prova, prevista no Código de Processo Civil de 1973, diferencia-se desta ao ampliar as situações de cabimento e retirar o requisito da urgência, concretizando o direito autônomo à prova. Com a mudança de paradigma de que a prova não é orientada somente ao juiz, traz em seu escopo a apreciação das provas pelas partes, possibilitando uma melhor ponderação dos riscos e chances de uma eventual ação principal, podendo levar à desistência do litígio ou mesmo à solução alternativa do conflito, desafogando o já afogado judiciário brasileiro. Entretanto, a cultura do litígio, profundamente enraizada na sociedade brasileira, pode levar a um efeito oposto ao esperado.

Palavras-chave: Ação de produção antecipada da prova. Direito autônomo à prova. Cultura do litígio.

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 inovou ao concretizar a ação autônoma de produção antecipada da prova. Tal ação encontra seu regramento nos artigos 381 a 383, sendo que o primeiro destes ampliou as situações de cabimento.

Não somente com alterações quanto às hipóteses de cabimento, mas também quanto à concretização de direitos fundamentais, o novo regramento consolidou o reconhecimento da existência do “direito autônomo à prova”.

Desta forma, houve uma mudança de paradigma, pois o entendimento moderno é que as provas não são direcionadas apenas ao juiz, mas também às partes.

Entretanto, qual seria a consequência prática dessa alteração legislativa? Os doutrinadores dizem que, dando oportunidade às partes valorarem a

¹ Discente do curso de especialização *lato sensu* em Direito Civil e Processo Civil do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. ho.helton@gmail.com

prova produzida antecipadamente, elas poderiam optar pela solução do conflito por meio alternativo ou, até mesmo, decidir pelo não ajuizamento de eventual ação para declaração do direito material. Em outras palavras, o efeito prático desejado seria a redução de ações no judiciário.

Todavia, nem sempre o efeito previsto e desejado é o que se materializa, tornando-se real justamente o efeito antagônico, em razão da incidência de fatores alheios ao direito.

Desta forma, o escopo deste trabalho foi apresentar, de forma breve, os aspectos jurídicos acerca desta nova modalidade de ação probatória, com apresentação das alterações advindas com o novel texto normativo, incluindo as hipóteses de cabimento, assim como uma análise do direito fundamental que a originou.

Na sequência fez-se uma breve explanação das consequências teóricas positivas resultantes do exercício da ação de produção antecipada da prova. Por fim, levantaram-se fatores jurídicos e alheios ao mundo jurídico que podem contribuir para um efeito antagônico às consequências positivas.

Assim, a primeira parte foi feita através de uma abordagem dedutiva, adotando-se procedimento hermenêutico e pesquisa bibliográfica. No segundo momento, optou-se pela abordagem indutiva através de procedimento hermenêutico e pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

2 PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA

Para iniciarmos adequadamente este trabalho, por se tratar de inovação quanto às ações probatórias, pretende-se fazer uma apresentação geral sobre essa nova modalidade de ação, comparando-se com a cautelar já existente, mas sem a intenção de se esgotar o tema. Na sequência, far-se-á uma breve abordagem do moderno direito à prova, que serviu de fundamentação para a ação autônoma de produção antecipada da prova.

2.1 A ação autônoma de produção antecipada da prova

Inicialmente, apresenta-se uma análise comparativa da produção antecipada da prova entre o Código de Processo Civil de 1973 e o Código de Processo Civil de 2015. O primeiro trazia a produção antecipada da prova como espécie de procedimento cautelar prevista nos artigos 846 a 851:

Art. 846. A produção antecipada da prova pode consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial.

Art. 847. Far-se-á o interrogatório da parte ou a inquirição das testemunhas antes da propositura da ação, ou na pendência desta, mas antes da audiência de instrução:

I - **se tiver de ausentar-se;**

II - se, por motivo de idade ou de moléstia grave, houver **justo receio de que ao tempo da prova já não exista**, ou esteja **impossibilitada de depor.**

Art. 848. O requerente justificará sumariamente a necessidade da antecipação e mencionará com precisão os fatos sobre que há de recair a prova.

Parágrafo único. Tratando-se de inquirição de testemunhas, serão intimados os interessados a comparecer à audiência em que prestará o depoimento.

Art. 849. Havendo fundado **receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos** na pendência da ação, é admissível o exame pericial.

Art. 850. A prova pericial realizar-se-á conforme o disposto nos arts. 420 a 439.

Art. 851. Tomado o depoimento ou feito exame pericial, os autos permanecerão em cartório, sendo lícito aos interessados solicitar as certidões que quiserem. (grifou-se)

Como se vê, a produção antecipada da prova era uma cautelar limitada a certos tipos de provas (prova oral e exame pericial) e, ainda, exigia o requisito da 'urgência' (vide grifos acima). O Código de Processo Civil de 2015 alterou profundamente esse instituto.

Muito bem resumem essas alterações evolutivas e ainda definem a ação autônoma de produção antecipada da prova, DIDIER Jr., BRAGA e OLIVEIRA (2016, p. 142):

O CPC-1973 previa três espécies de ações probatórias: a produção antecipada de prova, que se fundava em urgência e se restringia às provas oral e pericial; a justificação, que dispensava a urgência e se restringia à

prova testemunhal; a ação de exibição de documento (que era prevista no rol dos meios de prova e como “ação cautelar”).

O CPC atual fundiu (unificou) a produção antecipada de prova e a justificação, em um único procedimento, em que se permite a produção de qualquer prova, independentemente da demonstração de urgência. Além disso, o CPC atual previu a ação de exibição de documento ou coisa apenas no rol dos meios de prova – e não mais como ação cautelar, no que agiu muito bem.

Assim, a produção antecipada da prova deixa de ser necessariamente uma cautelar e torna-se uma ação, um processo autônomo. Fredie Didier Jr., Paula S. Braga e Rafael A. de Oliveira argumentam que trata-se de processo de jurisdição voluntária (2016, p. 142). Ainda, acrescentam (2016, p. 143):

A circunstância de poder haver conflito quanto à existência do direito à prova não o desnatura: é da essência da jurisdição voluntária a existência de uma litigiosidade potencial. É de jurisdição voluntária pelo fato de que não há necessidade de afirmação do conflito em torno da produção da prova.

Entretanto, Eduardo Talamini (2016, s.p.) discorda. Ele afirma que não se trata de jurisdição voluntária, pois se insere “no contexto de um conflito, ainda que não tenha por escopo diretamente o resolver”.

De jurisdição voluntária ou não, não há dúvidas quanto às hipóteses de cabimento. O Código de Processo Civil de 2015 traz nos incisos do artigo 381 as situações que justificam a ação de produção antecipada da prova:

Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:
I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;
II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;
III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

No inciso I está a situação clássica, prevista no código anterior, que trata dos casos de urgência. De acordo com Paulo Osternack Amaral (2015, s.p.), essa é a “hipótese tradicional de produção antecipada de prova, em que há risco de que a prova não possa ser adequadamente produzida (ou tenha se tornado inviável) no momento da sua produção no curso de um processo”. Trata-se de uma prova que

perpetue a memória da coisa, uma prova *ad perpetuam rei memoriam* (DIDIER Jr., BRAGA e OLIVEIRA, 2016, p. 144).

Os incisos II e III são inovações do Código de Processo Civil de 2015. Em ambos, o requisito da urgência é dispensável. No inciso II, a antecipação da prova é justificada pela possibilidade de viabilizar uma autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito. Assim, a propositura da ação é estimulada, na esperança de que a prova produzida estimule as partes a resolver o problema consensualmente (DIDIER Jr., BRAGA e OLIVEIRA, 2016, p. 144). Como bem destaca Paulo Osternack Amaral (2015, s.p.), “tal hipótese está em consonância com a diretriz fundamental do CPC/15, que estimula a resolução consensual dos conflitos (art. 3º, §§ 2º e 3º)”.

Trata-se, a meu ver, de uma situação curiosa, até contraditória. O estímulo à autocomposição seria uma tentativa de se diminuir a judicialização. Entretanto, a hipótese aqui tratada estimula a propositura de uma ação na esperança de se resolver o conflito de forma extrajudicial, ou seja, inicia judicial para terminar extrajudicial.

Por fim, o inciso III trata da situação em que se busca “a produção antecipada da prova para que se possa obter um lastro probatório mínimo para o ajuizamento de uma demanda futura ou a certeza de que essa demanda seria inviável” (DIDIER Jr., BRAGA e OLIVEIRA, 2016, p. 144). No mesmo sentido, Eduardo Alves Filho (2017, s.p.):

O inciso III possibilitou a produção antecipada de provas com o objetivo de proporcionar mero conhecimento da amplitude da prova, funcionando como uma previa para avaliar as chances de êxito no âmbito judicial, arbitral ou administrativo, trazendo as partes envolvidas maior noção sobre a veracidade dos fatos, e com isto, caso o resultado seja desfavorável não ajuizar a ação, ou na possibilidade de lograr êxito, chegar em um acordo com a outra parte, ou mesmo no ajuizamento da ação, constituir uma prova forte, possibilitando o até utilizar do também novo mecanismo da tutela de evidência.

Os incisos segundo e terceiro do artigo 381 do Código de Processo Civil de 2015 consolidam o direito à prova (que será abordado adiante), assim como concretizam a mudança de paradigma quanto ao destinatário da prova. Quanto a

essa mudança, Fredie Didier Jr., Paula S. Braga e Rafael A. de Oliveira acrescentam (2016, p.144):

Essa previsão reforça a ideia de que o destinatário da prova não é apenas o juiz. A prova também se dirige às partes; a prova também serve para que as partes formem o seu convencimento sobre a causa e, a partir daí, tracem as suas estratégias.

Na mesma linha, Bruno Augusto Sampaio Fuga (2016, p.39): “O CPC/2015 deixa evidente assim que a prova além de ter caráter autônomo não é apenas do juiz, mas também das partes para que formem seu convencimento sobre os fatos”.

O artigo 381 do Código de Processo Civil de 2015 não esgota as hipóteses de cabimento da ação de produção antecipada da prova, sendo apenas um rol exemplificativo (TALAMINI, 2015, s.p.). Fredie Didier Jr., Paula S. Braga e Rafael A. de Oliveira trazem outros exemplos (2016, p. 145):

Pode-se buscar a produção da prova para viabilizar a admissibilidade de uma demanda. É o que ocorre quando se visa permitir a formulação de um pedido líquido, mediante quantificação realizada em perícia antecipada, ou constituir documento indispensável para a o ajuizamento de ação monitória (art. 700, §1º, CPC) ou mandado de segurança. É, realmente, um excelente aperfeiçoamento da legislação, que tende a ser muito utilizado na prática. Esses são casos em que se pode considerar, inclusive, que a produção da prova poderá “*justificar ou evitar o ajuizamento de ação*” (art. 381, III, CPC). É possível utilizá-la, também, para preparar o lastro probatório de futuro pedido de tutela provisória. A possibilidade de uma “justificação prévia” em caso de tutela provisória de urgência sinaliza nesse sentido (art. 300, §2º, CPC).

Concluí-se que essas são inovações com grande margem para aplicabilidade, pois o texto legal contempla a norma de caráter aberto e não restritivo (FUGA, 2016, p.42).

Tendo sido apresentadas as situações em que a ação de produção antecipada da prova poderá vir a ser aplicada, apresenta-se, na sequência, o direito fundamental que embasou a elaboração desse novo procedimento.

2.2 O direito à prova

As inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, em particular as tratadas acima, concretizam o reconhecimento da existência do direito à prova. O direito à prova é entendido como um desdobramento do direito de ação e de defesa, no contexto do devido processo legal e do contraditório (YARSHELL, 2009, p. 208).

Por ser parte do conteúdo do direito fundamental ao contraditório, de forma dedutiva, o direito à prova é também um direito fundamental (DIDIER Jr., BRAGA e OLIVEIRA, 2016, p. 46).

Seu reconhecimento se deu com mais naturalidade nos sistemas de *common law*, pois nestes a iniciativa probatória sempre esteve a cargo das partes, diferentemente dos sistemas europeus continentais, em que o juiz exerce o papel de obtenção do material probatório (YARSHELL, 2009, p. 208).

O direito à prova está previsto em tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro, como a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (DIDIER Jr., BRAGA e OLIVEIRA, 2016, p. 46).

Mas qual o conteúdo desse direito fundamental? Fredie Didier Jr., Paula S. Braga e Rafael A. de Oliveira (2016, p.47) afirmam que seu conteúdo é complexo e é composto das seguintes situações ou prerrogativas:

a) o direito à adequada oportunidade de requerer provas; b) o direito de produzir provas; c) o direito de participar da produção da prova; d) o direito de manifestar-se sobre a prova produzida; e) o direito ao exame, pelo órgão julgador, da prova produzida.

Já para Flávio Luiz Yarshell (2009, p. 210), variando em apenas um dos aspectos, o conteúdo do direito à prova compreende “as prerrogativas de buscar a prova e a ela ter acesso; de requerê-la; de tê-la admitida; de participar da respectiva produção; e, finalmente, de obter a correspondente valoração”.

Todos os aspectos apresentados acima, à exceção do ‘direito de produzir provas’, a que Yarshell chamou de ‘prerrogativa de buscar a prova e a ela ter acesso’, são manifestações da prova essencialmente ligadas à ação, à defesa e ao processo pelos quais diretamente se busca a declaração do direito material (YARSHELL, 2009, p. 210).

Assim, o aspecto excepcionado, o de buscar e de obter a prova, não parece estar necessária e diretamente vinculado ao exercício da ação e da defesa no contexto de um processo instaurado para se declarar o direito no caso concreto, ele é antecedente do pleito de tal declaração (YARSHELL, 2009, p. 210). Dessa forma, Flávio Luiz Yarshell (2009, p. 211) muito bem conclui:

(...) a prerrogativa de busca e de obtenção de certa prova – primeiro dos aspectos que integram o que se convencionou chamar de direito à prova – sugere a existência de um direito de pedir ao Estado que intervenha tão-somente para permitir a pesquisa e o registro de certos fatos. E, se isso é correto, o direito à prova pode ser entendido, então, como direito simplesmente à obtenção de certa providência de instrução, sem a necessária vinculação direta com o direito de ação exercido para se pleitear a declaração do direito (ou com o exercício da defesa no processo instaurado nesses termos) relativamente a uma dada situação substancial. Sob esse prisma, o direito à prova ganha, em certo sentido, autonomia.

Do exposto, fica claro que o direito à prova não se confunde com o direito de provar. Flávio Luiz Yarshell (2009, p. 232 – 233) delimita conceitualmente este último como:

(...) o direito de empregar todos os meios disponíveis para demonstração da verdade dos fatos em que fundada uma pretensão ou resistência, no contexto de um dado processo cujo objeto é a declaração do direito. Tal locução designa também o direito de atuar concretamente na formação do convencimento do juiz a propósito dos fatos, através de todos os meios, diretos e contrários, de que se disponha. Nela estão abrangidos o requerimento, a admissão, a produção e a valoração da prova em juízo.

Já o direito à prova, como citado anteriormente, é autônomo, isto é, sem vinculação direta e necessária com a declaração do direito pelo juiz em dado caso concreto. Assim, o direito à prova pode ser entendido como o direito à busca, à obtenção e à pré-constituição daquela, chamado pela doutrina francesa como “direito à prova em sentido estrito” (YARSHELL, 2009, p. 232).

Entretanto, essa autonomia não é absoluta. Dizer que o direito à prova não está diretamente ligado à declaração do direito, não significa dizer que é prescindível a ligação da prova a uma dada situação de direito material, como muito bem ressalta Flávio Luiz Yarshell (2009, p. 211).

3 DAS CONSEQUÊNCIAS POSITIVAS

Feitas as considerações teóricas quanto à ação de produção antecipada da prova, suas hipóteses de cabimento e ao direito fundamental que embasou essa inovação, far-se-á adiante a análise das justificativas, ou melhor, das consequências desejáveis dessa nova ação e do reconhecimento do direito autônomo à prova. Primeiramente será abordado o efeito de se possibilitar a valoração da prova pelas partes, inclusive por seus defensores, ou seja, de se concretizar a mudança de paradigma quanto à destinação final das provas. Por fim, serão abordados os efeitos positivos práticos no judiciário.

3.1 A valoração das provas pelas partes e por seus defensores

Antes de adentrar propriamente no tema deste capítulo, fazemos a seguinte consideração: esta parte e a subsequente deste artigo, admitimos, são simples resumos originados do brilhante e aprofundado trabalho de Flávio Luiz Yarshell (2009, 478 p.). Não temos conhecimento e competência para escrever nada novo, ou que se equipare ao que já foi desenvolvido, e por essa razão fazemos uso dessa obra exemplar. Para maiores detalhes e para obtenção de conhecimento completo sobre o assunto, recomendamos a leitura integral de sua obra. Feita a devida consideração, voltamos ao tema.

A ação autônoma de produção antecipada da prova, como já discutido anteriormente, concretiza e reconhece o direito à prova. Este apresenta como conteúdo as prerrogativas de busca e obtenção da prova; de requerê-la; de tê-la

admitida; de participar da respectiva produção; e de obter a correspondente valoração. A primeira dessas prerrogativas é o que se chama de direito à prova *stricto sensu*.

Desta forma, fica claro que o direito à prova no sentido estrito, de simples busca e obtenção da prova, é direito das partes, sendo estas o destinatário final da prova produzida antecipadamente.

Dando continuidade a essa linha de raciocínio, sendo a prova antecipada destinada às partes, Flávio Luiz Yarshell (2009, p. 199 – 202) reconhece a existência de um verdadeiro ‘dever’ das partes à valoração da prova pré-constituída ou, quando menos, um ‘ônus’ de valoração.

Assim, ao exercer o direito à prova através da ação de produção antecipada da prova e obtendo-a previamente, surge “um importante aspecto ético a indicar a existência de verdadeiro dever da parte de considerar os elementos de prova pré-constituídos e de orientar sua conduta em função desses indicadores (...)” (YARSHELL, 2009, p. 199).

Logo, caso as partes não façam tal consideração, agindo de forma contrária à prova pré-constituída, é possível impor sanções pela não observância do dever de valoração. Nesse sentido as palavras de Flávio Luiz Yarshell (2009, p. 200), quanto à fundamentação jurídica para imposição de sanção:

No ordenamento processual brasileiro, as disposições contidas nos incisos I e III do art. 14 e no inciso II do art. 17 do CPC dão, em tese, respaldo à imposição de sanção àquele que, contrapondo-se à literalidade de certa prova, venha ser tido como litigante de má-fé.

Na citação acima, deve-se fazer a adequação dos artigos citados ao Código de Processo Civil de 2015, sendo, então, incisos I e II do art. 77 e inciso II do art. 80, respectivamente.

Por outro lado, Yarshell (2009, p. 201) também vê a possibilidade de aplicação de “sanção positiva” para a parte que, diante da prova pré-constituída, reconhece a procedência da demanda.

Não somente às partes, Yarshell (2009, p. 202 – 205) considera que tal dever se aplica também aos causídicos. Seria um dever de valoração das provas

para bem orientar as partes. Esse dever é bem cumprido no sistema norte-americano, entretanto Flávio Luiz Yarshell (2009, p. 204) assevera que os advogados brasileiros, pela análise do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994) e pelo Código de Ética e Disciplina, também devem cumpri-lo:

Assim, ainda que sem a contundência da realidade norte-americana, também entre nós vigora o dever ético do advogado que o obriga a, com a possível isenção, valorar – quando menos, considerar – o conteúdo da prova pré-constituída, de sorte a esclarecer a parte quanto aos riscos aos quais estará exposta caso opte pela disputa judicial.

Dessa forma, cumpre aos advogados, analisando as peculiaridades do caso e decidindo por fazerem uso do instrumento de pré-constituição da prova, valorarem a prova antecipada, orientando as partes a optarem pelo caminho a que ela direciona.

3.2 A desistência da ação principal e a solução do conflito por meios alternativos

Dando continuidade à sequência do desenvolvimento cognitivo do tema aqui tratado, após a tutela do direito à prova, em sentido estrito, por meio do instrumento de ação de produção antecipada da prova e feita a devida valoração pelas partes orientadas por seus advogados, espera-se, então, o advento de resultados que favoreçam e incentivem a aplicação do sistema. Assim, quais resultados lógicos esperam-se dessa concatenação de ações?

Pode-se dizer que existem dois resultados práticos que são desejáveis após a valoração da prova pré-constituída: a desistência da lide para se declarar o direito material ou a autocomposição. Ambos os resultados estão orientados em um único sentido: evitar o julgamento estatal, pois este, além de seus altos custos, é extremamente moroso.

O primeiro resultado não requer maiores explicações. O requerente da antecipação de uma prova, que o requer por acreditar ser detentor de um direito

material, após valorar a prova pré-constituída, convence-se de que esta não lhe é favorável, desistindo da ação principal.

O segundo é o “que se convencionou chamar de *alternative dispute resolution/ADR*” (YARSHELL, 2009, p. 294). A prova pré-constituída pode fundamentar as soluções alternativas de conflito e nesse contexto merecem destaque os seguintes modelos: avaliação neutra de terceiro (*early neutral evaluation*), mediação avaliativa, minijulgamento (*minitrial*) e o *special master*.

O primeiro, com as palavras de Flávio Luiz Yarshell (2009, p. 295), pode ser entendido como:

(...) mecanismo pelo qual, *grosso modo*, se submete a uma pessoa que desfrute da confiança das partes o panorama da controvérsia – incluindo-se aí as provas disponíveis em dado momento -, para que emita um parecer ou uma opinião, de forma não-vinculante. Não se trata de obter o juízo antecipado de quem, futura e eventualmente, decidirá a controvérsia, mas de ensaiar um julgamento – a possível decisão do juiz -, de sorte a contribuir para uma mais realista e isenta avaliação, pelas partes, das chances e dos riscos em futuro e real julgamento. São elementos importantes desse mecanismo a imparcialidade do terceiro e o comprometimento com a confidencialidade.

Há quem duvida o grau de eficácia desse mecanismo, defendendo que somente seria eficiente se somado a intervenção de um mediador, entretanto Yarshell considera útil (2009, p. 295).

Já a chamada mediação avaliativa é um modelo no qual o mediador não se vale somente de técnicas de aproximação das partes, mas também tem a função de alertar as partes sobre possíveis resultados do processo judicial, identificando pontos fortes e fracos das posições das partes, ou seja, abrange o fundo da controvérsia (YARSHELL, 2009, p. 296).

Outro mecanismo é o chamado minijulgamento, minijuízo ou *minitrial*. Há a participação de representantes das partes investidos de poderes para autocomposição, sendo a atividade compreendida de “uma apresentação, pelas partes ou por advogados, acerca da controvérsia e dos elementos de prova disponíveis” (YARSHELL, 2009, p. 296).

Por fim, há o *special master*, um profissional liberal (professor ou juiz aposentado) que, dentre suas tarefas, teria como função a comunicação às partes de sua opinião sobre como a controvérsia deveria ser resolvida.

Esses inúmeros modelos de autocomposição têm em comum a tônica da busca de alguma forma de avaliação de chances das partes, a partir de elementos objetivos, dentre os quais as provas antecipadas (YARSHELL, 2009, p. 298). Assim, muito bem conclui Flávio Luiz Yarshell (2009, p. 299):

Tais mecanismos mostram claramente que esse é o mais adequado caminho para a obtenção de soluções de autocomposição que possam ser consideradas legítimas e que, portanto, se prestem à consecução do escopo social da jurisdição. Trata-se de permitir às partes a identificação dos aspectos relevantes da controvérsia e a consequente busca da melhor solução. Dá-se, assim, ênfase à autodeterminação das partes, que inclui, dentre outros aspectos, o acesso as informações necessárias para uma decisão e para a consumação de um acordo.

Por fim, mais uma vez citando Flávio Luiz Yarshell (2009, p. 200), apresenta-se a conclusão sobre os escopos desse sistema:

Como se procurou demonstrar, a produção antecipada da prova ou sua pré-constituição são desejáveis para o sistema na medida em que permitam aos titulares da relação de direito material avaliar seus ônus, chances e riscos em futuro e eventual processo aparelhado para a declaração do direito. A partir desses elementos, os interessados podem, sem dúvida, fazer a opção de litigar avaliando sua “margem de manobra”, o que – presume-se – farão de forma mais responsável e segura. A partir dos mesmos indicadores, os interessados também poderão propender à adoção de soluções de autocomposição (que não exclusivamente a transação, diga-se). Portanto, se a tomada de providências preliminares de instrução é admitida precisamente em função desses escopos, é justo e razoável esperar que as partes avaliem, com objetividade e também com responsabilidade, os elementos de que, então, passaram a dispor.

Como se vê, a teoria da produção antecipada da prova é muito elegante, concretizando direitos fundamentais e levando à autocomposição, ou até desistência da lide, sem a necessidade de se recorrer à intervenção estatal. Entretanto, como quase sempre, a teoria acaba ficando somente no papel, sendo desfigurada em razão de uma cultura deformada.

4. DA CONSEQUÊNCIA NEGATIVA: O EFEITO ANTAGÔNICO

Do início deste trabalho até agora, ficou claro que a inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, quando utilizada considerando seus escopos, é extremamente benéfica, não somente do ponto de vista do judiciário, mas também em relação à pacificação social.

Entretanto, a possibilidade de que ocorra um efeito antagônico existe caso as partes e seus defensores não atuem em conformidade com as diretrizes desse novo instrumento. Este efeito antagônico pode resultar da interação de diversos fatores, sendo aqui abordados apenas a cultura do litígio e a ganância dos causídicos.

4.1 A cultura do litígio

A análise do histórico das ações no judiciário evidencia que existe um crescente aumento do número de ações, mais aceleradamente após a promulgação da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 (TOALDO, 2011, s.p.).

Isso se explica pela tutela de um maior número de direitos fundamentais, entre os quais se destaca, neste contexto, a inafastabilidade do controle jurisdicional previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal (MENDES, 2014, s.p.).

Os relatórios anuais do Conselho Nacional de Justiça corroboram essa constatação. Tomando por base o relatório “Justiça em números 2017”, verifica-se um aumento do número de processos pendentes, sendo que ao final de 2016 havia 79,7 milhões de processos em tramitação contra 76,9 milhões do final do ano anterior (CNJ, 2017, p.67).

No ano de 2016 ingressaram 29,4 milhões de processos novos, representando um aumento de 19,2% em relação ao total de processos novos em 2015 (CNJ, 2017, p. 67). Fazendo uma relação da quantidade de processos novos

com o número de habitantes, chega-se ao resultado de que, em média, a cada grupo de 100.000 habitantes, 12.907 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2016 (CNJ, 2017, p. 71), ou seja, 12 em cada 100 habitantes entraram com uma ação.

Estes números evidenciam a existência de uma cultura do litígio, em que se verifica uma “resistente manutenção no meio social de uma cultura voltada para o litígio, para a instalação de demandas e o embate em Juízo na medida em que surgem controvérsias das mais diversas modalidades e sobre diferentes matérias” (MENDES, 2014, s.p.).

Ainda, outras características culturais como o egoísmo, a necessidade de autofirmação através da submissão do outro, a dificuldade de reconhecer os erros e de aceitar as perdas, assim como a malícia e a corrupção, contribuem para a crescente litigiosidade.

Desta forma, a ação de produção antecipada de prova, desvirtuada de seus objetivos, pode ser vista como mais um instrumento para litigar em juízo, ou seja, no intuito de ter um direito material declarado, o autor pode entrar com tal ação apenas como estratégia intimidadora contra o réu, sem intentar realizar qualquer tipo de valoração da prova produzida, para na sequência ajuizar a ação principal.

4.2 A ganância dos causídicos

Passados quase dois anos do início da vigência do Código de Processo Civil de 2015, percebe-se que a ação autônoma de produção antecipada de prova ainda não faz parte do cotidiano do judiciário, assim como de muitos advogados ativos. Por ser um instrumento novo, poucos o conhecem adequadamente, o que significa que muitos desconhecem o seu escopo.

A grande maioria dos defensores que atuam hodiernamente teve sua formação baseada no Código de Processo Civil de 1973 ou anteriores, sendo que não existia esse novo procedimento e o reconhecimento do direito fundamental à prova. Talvez tudo isso justifique o que se vem observando.

Uma das constatações que se faz é a grande quantidade de recursos contra as decisões proferidas nesse tipo de ação, sendo que estas não questionam o indeferimento total da produção da prova, única hipótese em que se admite recurso (artigo 382, parágrafo 4º do CPC/2015), mas sim questionam a condenação por honorários advocatícios.

Em uma pesquisa rápida por jurisprudência, facilmente são encontradas decisões que tratam da condenação ao pagamento de verbas honorárias:

Cautelar – Exibição de documento – Hipótese onde o requerido exibiu os documentos perseguidos com a resposta – Inexistência de resistência que justifique a imposição de verba honorária – Precedentes do E. STJ – Hipótese que não é de conversão da ação em ação autônoma de produção antecipada de provas, mas de confirmação da sentença que deu pela procedência da ação, sem condenação à verba perseguida neste apelo – Recurso desprovido.

(TJSP; Apelação 1003605-07.2016.8.26.0347; Relator (a): Jacob Valente; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro de Matão -3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/10/2017; Data de Registro: 30/10/2017)

APELAÇÃO – AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA – EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO – SUCUMBÊNCIA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Parte requerida que, apesar de não ter resistido à pretensão em sede judicial, não apresentou o documento pleiteado quando acionada pela via administrativa, dando causa à propositura da demanda – Verbas de sucumbência devidas pela requerida, em consonância com o princípio da causalidade – Recurso provido.

(TJSP; Apelação 1008538-88.2016.8.26.0196; Relator (a): Hugo Crepaldi; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Foro de Franca -5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/12/2016; Data de Registro: 01/12/2016)

AGRAVO INTERNO. Produção Antecipada de Provas – Seguro obrigatório DPVAT. Exibição dos documentos pedidos pelo interessado. HOMOLOGAÇÃO PELO JUÍZO. Falta de interesse recursal. Vedação expressa do CPC, art. 382, § 4º. Parte autora, inconformada, pede ao Colegiado a reforma da decisão, por entender que faz jus aos honorários advocatícios, dada a recusa em sua exibição na via administrativa. Recurso desprovido.

(TJSP; Agravo Interno 1010035-40.2016.8.26.0196; Relator (a):Edgard Rosa; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Foro de Franca -5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/02/2017; Data de Registro: 17/02/2017)

É direito do advogado o recebimento de verba honorária, não é isso que se discute aqui. Entretanto, o defensor não pode ver na ação autônoma de produção antecipada de prova uma nova forma de, simplesmente, ganhar mais

dinheiro. Ele deve ter em mente o escopo desse instrumento e, considerando as características do caso em concreto, optá-lo por ser este o melhor caminho.

Neste sentido, muito bem conclui Flávio Luiz Yarshell (2009, p. 204 – 205):

Não há dúvida de que o advogado, no exercício do mandato que lhe seja outorgado, não se limita a defender interesses da parte, uma vez que defende também seu próprio interesse no recebimento da verba honorária. Mas, excetuadas situações patológicas, que não podem ser tomadas como regra, é também inegável que os interesses do advogado estão usualmente atrelados aos do cliente, uma vez que um dos critérios para contratação da verba honorária é a participação no benefício patrimonial proporcionado. Particularmente em relação à avaliação das chances de êxito a partir da prova pré-constituída, não parece possível – ao menos em princípio – a cisão ou mesmo a colidência das perspectivas da parte e do advogado. O advogado que desconsidera a prova existente está fazendo – quando menos, potencialmente – um juízo prejudicial a seus próprios interesses.

Não somente se impõe um dever ético na valoração da prova pré-constituída por parte do advogado, mas, antes mesmo disso, há de se observar a ética na escolha da ação, se esta será útil, necessária e adequada para alcançar o interesse do cliente, e não somente enxergando como uma forma de se ganhar mais honorários advocatícios.

5 CONCLUSÃO

A teoria da ação autônoma de produção antecipada da prova é muito elegante, com potencial para trazer muitos benefícios para a pacificação social, sem a necessidade de se recorrer ao ineficiente julgamento estatal. Isso porque, através desse novo instrumento, reconhece-se o direito à prova, conferindo protagonismo às partes.

Entretanto, as evidências e as constatações desses anos iniciais não apontam para um futuro glorioso e, caso não sejam adequadamente corrigidos, o caminho percorrido poderá levar a um efeito antagônico, qual seja, o incremento, ainda maior, do número de ações novas a cada ano.

Observa-se que a cultura do litígio faz parte da sociedade brasileira e qualquer tipo de controvérsia é levado para a apreciação do poder judiciário. Ainda, defeitos éticos contribuem com essa litigiosidade, sendo que a grande maioria da população não consegue reconhecer os próprios erros, dificultando a autocomposição.

Os advogados, logicamente por fazerem parte da sociedade, muitas vezes apresentam esses defeitos e utilizam seus conhecimentos técnicos não voltados ao bem comum, mas aos próprios interesses.

O que se percebe, na realidade, é que muitas vezes o interesse dos defensores pela obtenção de uma vantagem econômica prevalece sobre a ética, deixando evidente que muitos não seguem o escopo da produção antecipada da prova e o dever de valoração ou, mais provavelmente, os desconhecem por completo.

A solução para correção desses defeitos não é simples e rápida, demanda tempo e investimento. Somente através da *educação* é que se pode esperar um futuro brilhante.

Com educação, espera-se um comportamento ético e maduro do cidadão, dando-lhe autonomia para resolver os próprios conflitos, sem a necessidade de se recorrer à intervenção estatal.

Com educação, formam-se advogados conscientes de seu papel na sociedade, sabedores do dever de empregar o conhecimento técnico adquirido na formação superior para contribuir com a pacificação social, sem a necessidade de se acionar a jurisdição.

Isso não significa que a solução somente virá com as futuras gerações. Ela já pode se iniciar com as velhas e atuais gerações, através da busca por conhecimento e aperfeiçoamento. E, dessa forma, retornando ao tema aqui tratado, o escopo da antecipação da prova será alcançado, permitindo às partes a valoração da prova pré-constituída e, positivamente, culminando com a autocomposição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES FILHO, Eduardo. Produção antecipada de prova no NCPC. **Migalhas**. Disponível: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI261276,61044-Producao+antecipada+de+provas+no+NCPC>>. Acesso em 12 dez. 2017.

AMARAL, Paulo Osternack. Produção antecipada de prova no novo CPC. **Migalhas**. Disponível: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI226528,41046-Producao+antecipada+de+prova+no+novo+CPC>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2017: ano-base 2016**. Brasília: CNJ, 2017.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. v.2. 11. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **A prova no processo civil: principais inovações e aspectos contraditórios**. 1. ed. Birigui, SP: Boreal Editora, 2016.

MENDES, Gustavo Catunda. A mudança da cultura do litígio para a da conciliação. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 121, fev 2014. Disponível: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14333>. Acesso em: 15 dez. 2017.

TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova. **Migalhas**. Disponível: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235462,51045-Producao+antecipada+de+prova>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

TOALDO, Adriane Medianeira. A cultura do litígio x a cultura da mediação. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10859&revista_caderno=21>. Acesso em: 15 dez. 2017.

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