

PROCESSO JUDICIAL “PRÉ” E “EXTRAJUDICIAL”: COOPERAÇÃO, NEGÓCIO PROCESSUAL E PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

Edilton Meireles

Resumo: No presente trabalho tratamos dos institutos processuais previstos no novo Código de Processo Civil brasileiro, promulgado em 2015, no que se refere aos instrumentos disciplinados para propiciar a solução do conflito mediante a prática de atos extrajudiciais e acordo processuais. Ressaltamos a opção do legislador por instaurar um processo cooperativo, no qual se incentiva que as partes busquem a solução do conflito social da maneira mais colaborativa possível. E como instrumentos próprios para isso temos a produção antecipada de provas e o negócio jurídico processual. Esses instrumentos processuais, por suas vezes, atuam de forma pré-processual ou extrajudicialmente para o eventual encerramento do processo judicial.

Palavras-Chave: Cooperação – negócio jurídico processual – antecipação de prova

Sumário: 1. Introdução. 2. Do princípio da cooperação. 3. Do Negócio jurídico processual. 3.1. Dos tipos dos acordos processuais. 3.1.1. Acordos executáveis antes da demanda judicial. 3.1.2. Acordo para evitar a demanda judicial. 3.1.3 Acordos que condicionam as ações judiciais. 3.1.4. Acordos processuais executáveis no curso do processo judicial. 3.1.4.1. Acordos procedimentais. 3.1.4.2. Acordos relacionados aos ônus, poderes, facultades e deveres processuais. 3.2. Importância do negócio jurídico processual. 4. Da produção antecipada de prova. 4.1. Cabimento. 4.1.1. Fundado receio de que venha a tornar-se

impossível ou muito difícil a produção da prova. 4.1.2. Prova suscetível de viabilizar a solução de conflito ou justificar ou evitar o ajuizamento de ação. 4.1.3. Documentação do arrolamento de bens. 4.1.4. Documentação da existência de algum fato ou relação jurídica sem caráter litigioso. 4.1.5. Exibição de documento ou coisa de forma antecipada. 4.1.6. Legitimidade e interessados. 4.2. Procedimento. 4.3. Relevância da produção antecipada de provas. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO



patente que um dos grandes problemas que afetam a eficácia do Poder Judiciário brasileiro é a latente litigiosidade judicial do povo brasileiro. Em suma, há uma tendência no Brasil para as pessoas tentarem resolver os conflitos sociais com a intermediação do Estado-juiz. Junte-se a este “caráter nacional”, a inclinação de nossos advogados para seguir o mesmo caminho, qual seja, tentar resolver os conflitos de seus clientes apenas pela via do Judiciário, seja por sua formação técnica, seja por orientação do patrocinado.

Percebendo essa nossa tendência e tendo em vista que, por mais que se aloquem recursos para o Poder Judiciário, dificilmente este irá prestar um serviço de modo eficaz, o Código de Processo Civil de 2015 dotou as partes de mecanismos processuais para incentivar a solução dos conflitos ou simplesmente acelerar o processo judicial através de procedimentos preparatórios ou extrajudiciais.

Tendo como fundamento o princípio da cooperação, busca-se ofertar ao litigante (e seus advogados) procedimentos que tendem a contribuir para a solução do conflito de modo extrajudicial ou pela via judicial de modo mais célere, eficaz e econômico. E, dentre esses mecanismos disciplinados no CPC de 2015, destacam-se dois institutos: o negócio jurídico processual

e a produção antecipada de provas.

De forma resumida, própria para este espaço, procuramos demonstrar como esses dois institutos processuais, quando bem manejados, podem contribuir para a solução dos conflitos de modo mais eficiente e eficaz, poupando o Estado-juiz desta tarefa (com economia de recursos públicos em prol de todos).

2. DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

Antes de adentrar nas questões relacionadas ao negócio jurídico processual, cabe tratar do princípio da cooperação.

O princípio da cooperação foi agasalhado de forma expressa no novo Código de Processo Civil, impondo a todos os sujeitos que atuam no processo o dever de agir de forma cooperativa “para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (art. 6º). Fredie Didier identifica como fontes comparadas o código de processo civil alemão (ZPO, § 139) e francês (CPC, art. 16)¹.

Cooperar é agir em co-operação. Operar é obrar, trabalhar, laborar. Cooperar, assim, é co-laborar; agir em parceria; em trabalho conjunto para um mesmo fim; contribuir com esforços ou auxílio. É apoiar, secundar, contribuir, concorrer (ajuda), assessorar, colaborar, associar, socorrer, coadjuvar, auxiliar, ajudar. Ou seja, é desenvolver uma ação conjunta para uma finalidade ou objetivo em comum. No caso, age-se numa relação de colaboração (co-laborar), utilizando métodos, meios, instrumentos, etc, consensuais para atingir o objetivo comum. Ressalte-se que cooperar não conflita com competição, pois mesmo nesta, os competidores podem agir em cooperação e, ao mesmo tempo, competirem entre si. Logo, no processo judicial, com a cooperação, se “busca estabelecer uma disputa leal e capaz de conduzir a um resultado substancial e processualmente justo”².

¹ O princípio da cooperação: uma apresentação, p. 75.

² BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Fundamentos constitucionais do princípio

Daniel Mitidiero, que prefere usar o termo colaboração, ensina que a cooperação (colaboração) é um “modelo que visa a dividir de maneira equilibrada as posições jurídicas do juiz e das partes no processo civil, estruturando-a como uma verdadeira comunidade de trabalho”³.

É o que se quer no processo judicial com esse princípio. O que se deseja é que os sujeitos do processo procurem desenvolver atividades em cooperação (co-operação; co-laborar) de modo “que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Podem competir (litigar) entre si, mas que o façam em cooperação, procurando agir de modo que se alcance o resultado final de modo satisfatório e sem delongas. Cooperar para solução célere do processo é, por exemplo, a parte exibir, de logo, a prova documental e não esperar que a outra peça a sua exibição. É, na execução, efetuar o depósito para garantia da execução (quando dispor de verbas) ou indicar bem a penhora, depositando-o em juízo ou assumindo o encargo de depositário de logo. Cooperar é não litigar de má-fé, não criar dificuldades para realização dos atos processuais, etc. Em suma, é agir em parceria com os demais sujeitos do processo para que este alcance seu desiderato (prestação jurisdicional-sentença) em tempo razoável, com prolação de decisão justa e eficaz⁴.

Em suma, por este princípio cabe aos sujeitos do processo agirem conforme os deveres de esclarecimento, lealdade e de proteção, até porque em respeito ao princípio da boa-fé objetiva⁵.

3. DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

da cooperação processual, p. 178.

³ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos, p. 52.

⁴ LANES, Júlio Cesar Goulart. Fato e direito no processo civil cooperativo, p. 121.

⁵ DIDIER Júnior, Fredie. Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português, p. 100.

Neste ponto, não pretendemos nos aprofundar no estudo do negócio jurídico processual. No espaço deste trabalho, o que se pretende é destacar em como o negócio jurídico pode contribuir para a solução dos conflitos sociais tanto na esfera judicial, como na esfera extrajudicial. Isso, porém, sem prejuízo de traçar os elementos básicos deste instituto.

Cabe, porém, de início, destacar que o princípio da cooperação respalda toda a disciplina do negócio jurídico processual. O negócio jurídico processual, aliás, em diversas situações, é o instrumento que materializa os atos de cooperação. Isso porque, com o negócio jurídico processual, o que se deseja, em última instância, é que as partes, enquanto sujeitos do processo, estabeleçam regras procedimentais, em atitude de cooperação entre si, para solução, em tempo razoável, do conflito (lide), alcançando-se a decisão de mérito justa e efetiva.

Óbvio, que com o negócio jurídico não se quer retardar o processo ou se alcançar decisão injusta ou ineficaz. É certo que, a depender do regramento processual que se negocie, as partes podem até sacrificar a celeridade, mas o objetivo final será sempre o da prestação jurisdicional justa e efetiva. Negociar para não atingir essa finalidade é distorcer a lógica do acerto processual.

Na definição de Orlando Gomes, negócio jurídico “é toda declaração de vontade destinada à produção de efeitos jurídicos correspondente ao intento prático do declarante, se reconhecido e garantido pela lei”⁶. Negócio jurídico, portanto, seria todo ato jurídico na qual uma pessoa, no exercício da autonomia privada, declara sua vontade com objetivo de produzir os efeitos jurídicos desejados, alcançando-se estes se reconhecido e garantido pela lei. Tal negócio jurídico pode ser unilateral (declaração unilateral de vontade) ou bilateral, quando, por exemplo, duas ou mais pessoas celebram um contrato estabelecendo regras de conduta. Negócio jurídico unilateral, por exemplo, é a renúncia

⁶ Introdução, p. 238.

do direito de recorrer, bem como a oferta de uma recompensa.

No que nos interessa, no entanto, podemos, ainda, classificar o negócio jurídico como de direito material ou de direito processual. De direito material seria o negócio jurídico que envolve a declaração de vontade derredor de direitos assegurados pela legislação material. Seria, por exemplo, um contrato de locação, uma transação envolvendo direitos materiais ainda que firmado no curso do processo judicial, etc.

Uma transação realizada no processo judicial derredor de uma dívida é um negócio jurídico de direito material, pois envolve uma declaração de vontade sobre direito regido pela legislação de direito material (transação sobre a forma de pagamento, prazo, valor da dívida, etc). Já um acordo derredor da distribuição do ônus da prova é um negócio jurídico processual, pois envolve direito disciplinado na legislação processual. A renúncia do direito material, que dá causa a extinção do processo com resolução do mérito, outrossim, é um negócio jurídico de direito material. Já a desistência da ação, apesar do direito de ação ser um direito material, é um negócio jurídico processual, pois aquela (desistência) é disciplinada pelo direito processual (quanto ao momento, efeitos, etc).

O negócio jurídico processual, portanto, é aquele que envolve declaração de vontade sobre direito disciplinado pelo direito processual. E ele, em princípio, em nada diferencia do negócio jurídico de direito material, salvo quanto a natureza da norma que rege o objeto da declaração.

Neste caminho, a convenção procedimental seria o negócio jurídico processual que dispõe sobre as regras procedimentais a serem observadas no processo judicial, e que teria sua base normativa permissiva estabelecida no art. 190 do novo CPC, que faculta “às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

É preciso, porém, destacar a natureza supletiva deste negócio jurídico, mas de forma diversa daquela prevista para legislação privada.

No direito privado as regras estabelecidas em lei, em princípio, atuam supletivamente, suprindo a falta de manifestação das partes sobre determinados aspectos do negócio jurídico. Aqui impera a autonomia da vontade, podendo as partes, a princípio, estabelecer as regras que irão incidir sobre o negócio jurídico. Em determinados aspectos, todavia, na ausência da declaração de vontade, supletivamente incidirá a regra estabelecida pela lei. Por exemplo, as partes podem estabelecer o lugar do pagamento. Na ausência de regra pactuada, porém, incide o disposto no art. 327 do CC, que estabelece, como regra geral, o domicílio do devedor como lugar do pagamento. A lei civil, pois, atua supletivamente, neste caso. A base legal do negócio jurídico é o acordo de vontade. A lei atua suprindo as omissões dessa base normativa convencional.

No caso do direito processual, no entanto, a convenção procedimental é que atua de forma supletiva, mas não para suprir a omissão do legislador, mas, sim, para afastar (daí ser supletiva) a base normativa. Neste caso, a base normativa é a lei, que, entretanto, poderá ter sua incidência afastada por vontade das partes, salvo nas hipóteses expressamente impostas.

Tal distinção é importante, pois, embora, doravante, o procedimento previsto em lei tenha um caráter supletivo no sentido de que pode ser modificado por vontade das partes, é fato que há institutos que permanecem inatingíveis. Tratam-se dos institutos regidos por regras imperativas que, tal como no direito privado, não podem ser afastadas por vontade das partes.

Em suma, neste ponto, o que importa ressaltar é que o acordo processual firmado pelos interessados atua supletivamente no sentido de poder afastar as regras procedimentais previstos na lei processual, não podendo, no entanto, dispor de forma a atingir institutos regidos por normas imperativas.

3.1 DOS TIPOS DOS ACORDOS PROCESSUAIS

A partir das lições de Loïc Cadiet⁷, podemos, inicialmente, identificar duas espécies de acordos processuais: aqueles celebrados antes de iniciada a demanda judicial e os pactuados no curso da demanda. Preferimos, porém, classificar esses acordos entre aqueles que podem ser executadas antes de iniciada a demanda judicial e as que tem aplicação já quando iniciado o processo judicial.

Aqui, porém, devemos deixar claro que por acordo processual se deve entender todo e qualquer pacto celebrado com intuito de interferir no exercício do direito de ação em toda sua amplitude, inclusive nas faculdades, poderes, ônus e deveres processuais. Daí porque podemos ter como incluído neste conceito o pacto de arbitragem, já que este visa a afastar o exercício do direito de ação perante a Justiça estatal.

3.1.1. ACORDOS EXECUTÁVEIS ANTES DA DEMANDA JUDICIAL

Os acordos processuais celebrados antes de iniciada a demanda judicial podem ter por objeto evitar o processo judicial ou estabelecer as condições relativas ao exercício das ações judiciais. Em ambas hipóteses, tais cláusulas são firmadas para atuarem antes do ajuizamento da ação ou, quando muito, no seu instante de ingresso.

3.1.2. ACORDO PARA EVITAR A DEMANDA JUDICIAL

O acordo para evitar a demanda judicial seria o pacto

⁷ Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia (Agreements about the proceeding in french Law: the contractualization of civil justice in France).

arbitral, através do qual, através da cláusula compromissória, os interessados estabelecem que o eventual litígio surgido deverá ser solucionado por um árbitro. Aqui, simplesmente, as partes afastam a possibilidade de se socorrerem do Poder Judiciário para solucionar a controvérsia.

3.1.3 ACORDOS QUE CONDICIONAM AS AÇÕES JUDICIAIS

As partes, porém, podem, ainda, celebrar acordos nos quais estabelecem algumas regras, fruto do acordo de vontade, que devem incidir antes do ajuizamento da demanda proposta perante o Judiciário. Ou, quando muito, executam-se quando o ajuizamento da demanda. Neste caminhar, podemos mencionar a cláusula relativa ao exercício temporal da pretensão. Cuida-se de uma cláusula que altera o prazo prescricional.

No Brasil, o art. 192 do nosso Código Civil veda a possibilidade de os prazos prescricionais serem alterados pelas partes interessadas. Contraditoriamente, porém, admite a renúncia da prescrição (art. 191). Contraditória porque quando alguém renuncia o direito de alegar a prescrição, em outras palavras, está aceitando o prazo observado pela parte contrária para exercer sua pretensão. Em sendo assim, parece-nos aceitável a prévia pactuação do prazo prescricional, salvo quando se tratar de direito que não admita a autocomposição.

O art. 192 do Código Civil, assim, deve ser interpretado restritivamente no sentido de que os prazos de prescrição podem ser alterados por acordo das partes, salvo por quem não possa renunciar o prazo prescricional ou quando não admitida a autocomposição derredor do objeto da pretensão.

Contudo, uma ressalva deve ser tida. Caso se entenda que as partes não possam pactuar outro prazo prescricional e em o pactuando, o interessado poderá alegar, na demanda judicial, a nulidade desta cláusula por força do disposto no art. 192 do CC.

Logo, corre-se sério risco de o juiz não aceitar a mudança do prazo prescricional.

Incontroverso, no entanto, é a cláusula relacionada ao exercício do direito de ação em seu espaço. Em outras palavras, é a cláusula de eleição do foro. Tradicionalmente aceita por nossa legislação processual, ela está regulada no art. 63 do CPC de 2015. Por tal regra, as partes podem convencionar, por óbvio antes de iniciada a demanda, a competência “em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações”.

Esse pacto, porém, “só produz efeito quando constar de instrumento escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico”, obrigando os herdeiros e sucessores das partes (§§ 1º e 2º do art. 63 do CPC/15). O art. 47 do CPC/15, porém, contém uma regra restritiva. Dispõe que “para as ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro de situação da coisa”. Contudo, “o autor pode optar pelo ... foro de eleição, se o litígio não recair sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, divisão e demarcação de terras e de nunciação de obra nova” (§ 1º).

Por óbvio, ainda, que esse pacto pode ser considerado nulo quando prejudica pessoas que são protegidas por regras de competência territorial (§ 3º do art. 63 do CPC/15). Por exemplo: se eleito o foro do domicílio do alimentante num pacto antenupcial para a ação de alimentos, o juiz pode, em proteção do alimentando, considerar ineficaz a cláusula respectiva.

Considerando, ainda, o disposto no art. 63 do CPC, fica claro, ainda, que não podem as partes eleger o juízo competente quando se trata de competência material ou funcional. Podem eleger o juízo quando a competência é definida em face do território ou ao valor da causa. Já quanto a matéria ou instância (grau de jurisdição), as regras processuais são imperativas, não podendo ser objeto de alteração por vontade das partes.

Neste subgrupo de acordo processual se inclui ainda a

cláusula de eleição da jurisdição. Tal ocorre quando as partes, em especial nos contratos internacionais, estabelecem em qual país a demanda poderá ser proposta para solucionar os eventuais conflitos surgidos. Ou seja, ainda que a obrigação deva ser satisfeita no Brasil, as partes podem escolher a jurisdição de outro país para a demanda respectiva.

Admite, ainda, a doutrina francesa a possibilidade de as partes pactuarem um mecanismo de cooperação judicial para a hipótese de um deles entrar em conflito com um terceiro⁸. Por esta cláusula, a parte pode ser obrigada a informar que alguém lhe demandou judicialmente (cláusula de revelação de instância) e impor a obrigação da outra em intervir no processo judicial, no mínimo como assistente (cláusula de intervenção de instância). Aqui se impõe ao terceiro o dever de ingressar em juízo, ainda que seja como assistente.

Por óbvio que as cláusulas acima mencionadas são meramente exemplificativas. Ao certo a imaginação irá ofertar outros exemplos na prática. O que importa, destacar, porém, que se cuida, nesta categoria, de cláusulas firmadas antes do ajuizamento da demanda e que procuram estabelecer condicionamentos à atuação judicial.

Nesta categoria de acordos pré-demanda judicial poderíamos, ainda, no Brasil, enquadrar a convenção prevista no art. 190 do CPC/15, já que esta pode ser celebrada “antes ou durante o processo”. Contudo, ainda que celebradas antes de iniciado o processo judicial, em tal hipótese, ou seja, as regras de “mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa” e a convenção “sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais” atuam já quando a demanda está em curso. Cuidam-se, assim, de regras que tem aplicação já quando iniciado o processo judicial.

3.1.4. ACORDOS PROCESSUAIS EXECUTÁVEIS NO

⁸ Loïc Cadiet, ob. cit., p. 15-16.

CURSO DO PROCESSO JUDICIAL

Como já dito, conforme art. 190 do CPC/15, as partes interessadas podem ‘estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais’.

Aqui estamos diante de duas hipóteses. Pela primeira, as partes interessadas podem estabelecer regras que alteram o procedimento; pela segunda, elas podem pactuar normas que modificam seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

3.1.4.1. ACORDOS PROCEDIMENTAIS

No que se refere ao procedimento, às partes seria lícita estipular que o processo se desenvolva conforme rito estabelecido pelas partes. Algumas questões, porém, de logo, devem ser postas. Isso porque, ao certo, esse acordo encontra limites e restrições.

Quando falamos em limites e restrições, muitas vezes, pensamos se tratar da mesma coisa, utilizando-se de palavras que teriam sentidos sinônimos. Limites e restrições, no entanto, diferenciam-se. Isso porque os limites traçam as fronteiras do direito em si. Já as restrições referem-se às reservas postas ao exercício do direito. Temos, assim, o direito em si, em seus limites, e o direito restringido.

Um exemplo que pode ser citado, colhido de Robert Alexy⁹, é o do direito à reunião pacífica sem armas. O inciso XVI do art. 5º da CF assegura a todos o direito de “reunir-se pacificamente, sem armas, em locais aberto ao público, independentemente de autorização, ..., sendo apenas exigido o prévio aviso à autoridade competente”.

Neste caso, o direito assegurado na CF não é o de se reunir. O direito em si, em verdade, é o de se reunir pacificamente

⁹ Teoria dos direitos fundamentais, p. 286-291.

sem armas. Os fins pacíficos e sem uso de armas, em verdade, não restringem o direito à reunião. Eles compõem o direito em si. Neste caso, o direito em si é o de se reunir-pacificamente-sem-armas. Aqui se tem, então, o direito em seus limites: reunião pacífica sem armas.

Haveria, entretanto, restrição a este direito se o legislador infraconstitucional estabelecesse, por exemplo (sem questionar a sua constitucionalidade), que a reunião somente poderia ocorrer em locais públicos desde que nos feriados, sábados e domingos. Neste caso, o direito em si estaria assegurado (reunir-se pacificamente sem armas), mas, se em locais públicos, somente poderia ser exercido em feriados, sábados e domingos. O que antes seria em qualquer dia, ficaria restrito aos feriados, sábados e domingos.

Para ficar claro, então, quais os limites da convenção procedimental é preciso destacar os seus marcos fronteiros mais importantes. E o primeiro se refere à limitação do pacto às regras procedimentais. Neste caso, o negócio jurídico processual tem como limite o pacto derredor das regras procedimentais. Não podem, assim, as partes convencionarem sobre questões relacionadas ao direito processual no que se refere a esta primeira hipótese.

É sabido que existem regras de processo e regras de procedimento, podendo, inclusive, os Estados concorrentemente dispor sobre “procedimentos em matéria processual” (inciso XI do art. 24 da CF). O difícil, no entanto, é distinguir umas das outras.

De nossa parte, entendemos que regras de procedimento são aquelas que se referem à forma e ao rito a serem observados no curso do processo. Por exemplo, é regra de processo o direito a se manifestar sobre a prova produzida pela parte contrária, sendo esta uma encarnação da garantia constitucional do contraditório. É regra de procedimento, no entanto, o estabelecimento do prazo de 15 dias para apresentação da manifestação. O direito

a se manifestar é regra de processo, mas submetido ao rito prazal de 15 dias.

Da mesma forma, o direito à citação é regra de processo, também como corolário da garantia constitucional ao contraditório e do direito de defesa. Contudo, tal comunicação processual, em sua forma, pode ser realizada por oficial de justiça, por via postal, por edital, etc. Teríamos, assim, diversas formas para realização do mesmo ato processual. Tais formas, pois, decorrem de regras de procedimento, pois estabelecem como se deve realizar o ato processual. O ritual a ser observado.

Sem querer, pois, nos alongarmos nesta distinção (que não é objeto deste trabalho), o que importa destacar é que o direito à convenção procedimental tem como primeiro limite a celebração de acordo processual derredor de questões relacionadas ao procedimento judicial, isto é, podem a partes “estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa”.

O segundo limite, bastante óbvio, mas que precisa ser destacado, é que a convenção somente pode girar em torno de interesses que sejam exclusivos das partes convenientes. Em outras palavras, não podem as partes convencionarem sobre temas que afetam interesses de terceiros. A declaração de vontade, por óbvio, deve se limitar ao que está na área de disponibilidade das partes.

Assim, por exemplo, a regra geral é que cabe a parte antecipar as despesas dos atos que realizarem ou requererem. Aqui temos, inclusive, uma regra de direito tributário, que estabelece o momento do recolhimento do tributo (taxa judiciária), quando, por exemplo, impõe que compete a parte recolher as custas processuais respectivas quando da interposição do recurso. Há uma regra de direito tributário (momento do recolhimento do tributo) que, ao mesmo tempo, é de direito procedimental (prazo e momento da prova do recolhimento), pois o recurso processual pode ser considerado deserto se não recolhido ou não

comprovado o recolhimento do tributo. A validade do recurso, neste caso, portanto, está sujeito ao cumprimento de um rito: recolhimento da taxa judiciária no prazo recursal.

A princípio, então, as partes poderiam convencionar que seria dispensado esse rito (recolhimento do tributo) ou protrair-lo para outro momento, já que se trata de regra de procedimento. Contudo, aqui estariam as partes dispendo sobre direito que não está exclusivamente nas suas áreas de interesses. Isso porque, em tal caso, estar-se-ia afetando interesses de terceiros (da Fazenda Pública). O mesmo se pode dizer em relação à antecipação e remuneração dos serviços prestados pelo perito judicial, administrador judicial, depositário judicial, etc.

As partes, ainda, não podem, neste caminhar, estabelecer que a sentença deva ser proferida no prazo inferior a 30 dias. Ainda que o prazo para proferir a sentença seja regra de procedimento, as partes, neste caso, estariam dispendo sobre direito que afeta o interesse do juiz, já que a ele estaria assegurado o prazo de 30 dias para proferir sentença (inciso III do art. 226 do CPC).

E se for para ampliar o prazo para sentenciar, pode o juiz aceitar essa mudança? Aqui no caso, o acordo procedimental não estaria prejudicando o juiz, já que lhe estaria beneficiando com prazo para longo para cumprimento de seu dever. Neste caso, no entanto, a convenção não poderia ser homologada pelo juiz por este ser suspeito para tanto. Aqui o juiz estaria atuando em benefício próprio, logo, suspeito. Quando muito, o acordo somente teria validade se a lei estabelecesse que, neste caso, a convenção tivesse de ser apreciada por outro juiz ou tribunal que não aquele que está obrigado a sentenciar.

Em suma, neste ponto, podemos ressaltar que a convenção procedimental encontra dois limites, quais sejam: deve se restringir a mudanças no procedimento e somente podem se relacionar a questões de exclusivo interesse das partes convenientes.

3.1.4.2. ACORDOS RELACIONADOS AOS ÔNUS, PODERES, FACULDADES E DEVERES PROCESSUAIS.

Mas, ao lado das “mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa”, as partes podem, ainda, convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”. Aqui não se cuida de pactuar a mudança do procedimento e dos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais dele decorrente (do procedimento). Trata-se de possibilidade mais ampla, qual seja, das partes convencionarem os ônus, poderes, faculdades e deveres no processo judicial, vinculado ou não ao procedimento. Aqui o pacto é derredor de questões processuais, que podem, ou não, estar vinculadas ao procedimento.

Por exemplo, as partes podem dispor que a prova documental, antes de ser acostada aos autos, deva ser exibida à parte contrária (“fora do processo”), sob pena de desentranhamento. Aqui se cria um outro procedimento, impondo um dever à parte. Mas pode haver uma cláusula que altera os ônus, poderes, faculdades e deveres processuais sem modificar o procedimento em si, a exemplo daquela que estabelece que ao réu cabe escolher o perito judicial (art. 469 do CPC/15). Ao fazer essa escolha unilateralmente, dado ao acordo processual, em nada se modifica o procedimento em si. O requerimento de indicação do perito será o mesmo, só que, no nosso exemplo, assinado apenas pelo réu.

Neste ponto, uma cláusula questionável e possível de adoção é aquela na qual as partes limitam o poder do juiz quanto ao direito a ser aplicado. Esta espécie de cláusula, aliás, está prevista no § 3º do art. 12 do CPC Francês, verbis:

“[O juiz] Todavia, não pode alterar a denominação ou a fundamentação jurídica quando as partes, em virtude de acordo expresso e a respeito de direitos que tenham livre disposição, vinculou-o em relação as qualificações e questões jurídicas as

quais eles [partes] entendem limitar a controvérsia”¹⁰.

Aqui se pode questionar essa cláusula, já que ela não se refere aos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes. Aqui, em verdade, as partes pactuam limitar o poder do juiz.

Contudo, ainda, que haja uma certa limitação ao poder do juiz entendemos que essa cláusula seria legítima em face do disposto no art. 2º da Lei n. 9.307/96, que cuida da arbitragem.

Por esse dispositivo, “a arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes”. As partes podem, ainda, “escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública” (§ 1º). “Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio” (§ 2º).

Ora, quando pactuam a arbitragem as partes afastam a possibilidade de o Estado-juiz poder atuar para solucionar o conflito. Logo, se podem o mais (afastar o poder estatal), como muito mais razão podem o menos, qual seja, estabelecer quais regras de direito devam ser observadas pelo juiz “desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”.

Nesta mesma classificação, outrossim, pode-se incluir a cláusula de reembolso das despesas processuais. Podem as partes pactuarem, prévia ou no curso do processo, por exemplo, que as despesas processuais serão arcadas sempre pelo demandado.

Em suma, tudo que se refira aos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes numa demanda judicial é passível de acordo processual, observadas, porém, as restrições impostas pela lei.

¹⁰ Em tradução livre do texto legal: “Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat”.

3.2. IMPORTÂNCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

A partir do exposto acima, facilmente se conclui que o negócio jurídico processual se constitui em instrumento poderosíssimo para efetividade e celeridade do processual judicial ou, antes, para solução do conflito. Isso porque, já começa que as partes podem, antes mesmo da demanda, pactuarem que o eventual litígio deva ser resolvido em procedimento arbitral. É certo que essa possibilidade já existia. Contudo, com o novo CPC se incentiva ainda mais as soluções extrajudiciais, até porque o pacto de arbitragem não deixa de ser um negócio jurídico processual.

Mas ele se apresenta com muito mais força no processo judicial. Isso porque as partes podem, preenchidos seus pressupostos (direitos que admitam autocomposição e entre pessoas capazes), estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

Neste desiderato, além dos exemplos já citados acima, podem ser destacados, para maior celeridade e economia processual, o negócio jurídico derredor da comunicação dos atos processual, o procedimento e em relação a produção da prova. A isso se acrescenta a possibilidade de as partes, já com a participação do juiz, pactuarem o calendário processual (art. 191 do CPC/15).

Mas ficando nos pontos mencionados, muito se tem a ganhar na celeridade processual quando as partes pactuam sobre as comunicações judiciais, já que é sabido que estes atos burocráticos é que acabam por demandar muito tempo do servidor judiciário, desde a expedição do ato à sua efetivação. Daí porque o CPC de 2015 já incentiva a intimação do advogado da parte contrária pelo próprio patrono do ex-adverso (art. 269, § 1º), com juntada aos autos da cópia do ofício e do aviso de recebimento.

Mas muito mais se pode pactuar neste sentido, estabelecendo, por exemplo, em ato de cooperação, que essa intimação se fará pela via eletrônica, o que, nos dias de hoje, já deveria ser uma regra (art. 270 c/c art. 246, § 2º). Pode-se, ainda, haver pacto, formalizado antes da demanda, para citação pela própria partes. Por exemplo: pactuar que ajuizada a ação, o autor tem a faculdade de citar o réu pela via eletrônica até antes mesmo do juiz despachar, correndo prazo de imediato para a defesa (com alteração do procedimento).

Em relação ao procedimento, muito se pode negociar, desde a pactuação quanto ao rito em si ao estabelecimento de prazos. Pode-se, por exemplo, neste ponto, ser pactuada que a audiência de conciliação se fará extrajudicialmente. Por exemplo: no escritório de um dos advogados, com a presença das partes, lavrando-se o termo respectivo.

Já quanto a prova, basta citar a hipótese na qual as partes podem pactuar o depoimento pessoal e o interrogatório das testemunhas “extrajudicialmente”, isto é, v.g., no escritório do advogado com a presença dos interessados, lavrando-se a “ata” respectiva, com sua exibição ao processo judicial. Neste caso, pode-se pactuar que a parte não teria direito a produção de outra prova que não a produzida extrajudicialmente, sem prejuízo do juiz pretender interrogar partes e testemunhas.

Aliás, em matéria de procedimento, tudo pode ser feito extrajudicialmente, entregando ao juiz o processo apenas para ele proferir decisão. Demanda-se, cita-se, defende-se, produz-se a prova e apresentam-se as razões finais extrajudicialmente e depois, em conjunto, peticiona-se perante o Juízo pedindo que seja proferida a decisão, exibindo-se o pacto negocial que respalda esse procedimento.

Para tudo isso, no entanto, precisamos mudar a nossa mentalidade “litigiosa”. E isso deve começar pelos advogados.

4. DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA

Ao lado do negócio jurídico processual, o CPC disciplinou a ação de produção antecipada de prova de uma forma tal que ela incentiva a solução extrajudicial ou mesmo a adoção de procedimento que visa a tornar mais célere o processo judicial.

Sem também pretender aprofundar o estudo desta ação preparatória, cabe lembrar suas hipóteses de cabimento para compreensão do que se conclui.

4.1. CABIMENTO

Conforme o art. 381 do CPC/15, a produção antecipada de prova tem cabimento nas seguintes hipóteses:

I – verificação de fatos quando haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a produção da prova respectiva na pendência de futura ação judicial;

II – a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio de solução de conflito;

III – o conhecimento antecipado dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação;

IV – documentação do arrolamento de bens (§ 1º do art. 381); e,

V – documentação da existência de algum fato ou relação jurídica (§ 5º do art. 381).

De inicial, cabe, de logo, ressaltar, que a nova lei não restringe os meios de prova. No CPC de 1973 havia a previsão da produção antecipada de prova somente para interrogatório da parte e das testemunhas e o exame pericial (art. 846 do CPC/73). Já no CPC de 2015 não há qualquer restrição ao meio de prova. Logo, todo e qualquer meio de prova admitido em direito e moralmente legítimo (art. 369, CPC/15) pode ser objeto de antecipação, inclusive a prova documental. Sobre esta, porém, trataremos com detalhes adiante.

Nada impede, ainda, que os meios de prova sejam

acumulados no mesmo procedimento. Por exemplo, a pessoa pode cumular a produção antecipada de prova pericial com a testemunhal.

4.1.1. FUNDADO RECEIO DE QUE VENHA A TORNAR-SE IMPOSSÍVEL OU MUITO DIFÍCIL A PRODUÇÃO DA PROVA

A primeira hipótese prevista do novo CPC é a mais tradicional no processo civil brasileiro. Neste caso, procura-se antecipar a produção da prova diante do receio de que ela não possa mais ser produzida ou seja muito difícil produzir em eventual futura demanda judicial.

Aqui se cuida de antecipar a produção da prova diante do receio de que o direito respectivo (produção da prova) possa ser frustrado com o passar do tempo ou quando diante de um evento certo ou provável de ocorrer antes da propositura da ação principal. É verdadeira tutela antecipada do direito à produção da prova. Antecipa-se a satisfação deste direito (produção da prova). Em suma, diante do perigo da perda do direito à produção da prova, satisfaz-se antecipadamente esse direito constitucional à produção da prova. Direito este que, a princípio, deve ser satisfeito no curso da demanda judicial na qual se busca a realização do direito que se diz titular e que foi violado por outrem.

Os exemplos são vários: é a testemunha enferma com doença grave que possa levar a óbito em curto prazo, ou esteja para mudar de domicílio para o exterior (o que torna muito difícil o interrogatório); é o interessado (futuro autor ou réu) que esteja gravemente enfermo, podendo ir a óbito em curto prazo; é o exame pericial necessário antes do perecimento total do bem; é a perícia médica no corpo do morto que está próximo de ser cremado; etc.

Essa primeira hipótese de produção antecipada, contudo,

é de motivação restrita e vinculada à prova das razões que justificam sua antecipação. Isto porque exige a alegação de receio à frustração do direito à produção futura da prova. E o art. 382 do CPC/15 estabelece que na peça inicial deste procedimento o requerente deve apresentar as razões que justificam a necessidade da antecipação. Logo, se o autor deve apresentar uma razão específica para antecipar a produção a prova, por óbvio que ela fica sujeita ao controle judicial e à eventual resistência por parte dos demais interessados.

Neste caso, então, a depender da razão alegada, caberá ao autor, já na inicial, fazer a prova do fundamento apontado para antecipar a produção da prova quando diante do receio de que ela venha tornar-se impossível ou muito difícil de produzir no futuro. E os demais interessados podem impugnar essa alegação, acabando por se instalar verdadeiro processo litigioso, ainda que deva ser processado em procedimento com cognição sumária. E aqui ao juiz caberá preencher as lacunas da lei diante da falta do regramento específico.

Por exemplo, imaginem que o requerente alegue que eventual futuro réu esteja gravemente enfermo e que pode vir a falecer em pouco tempo. Pede, a partir daí a antecipação do seu depoimento pessoal. O depoente, que é o interessado-eventual futuro réu, no entanto, poderá demonstrar que não está doente ou não esteja à beira da morte. Logo, descabida será a antecipação da produção da prova.

É certo, porém, que, alegado o receio, caberá a antecipação. E em não havendo resistência por parte do interessado, deve-se presumir verdadeira a alegação do perigo ao direito à produção da prova.

Entendemos, todavia, que descabe ao juiz determinar de ofício a produção da prova do receio de que a prova venha a tornar-se impossível ou muito difícil de produzir no futuro. Por exemplo, provar que a testemunha está gravemente enferma. Isso porque o interessado, independentemente do receio de

frustração futura, pode requerer a produção da mesma prova diante das razões que a permitem nas demais hipóteses previstas no novo CPC. Para tanto concluir basta mencionar que o interessado pode requerer a antecipação da prova quando “o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação” (inciso III do art. 381 do CPC/15). Logo, o interessado pode, em tese, mesmo diante da testemunha gravemente enferma, apresentar seu requerimento com fundamento neste outro dispositivo, bastando alegar que tenta obter prévio conhecimento de fato que pode justificar ou não o ajuizamento de futura ação. E aqui basta a alegação. A motivação é desvinculada de prova, já que aquela (razão) está sujeita apenas à vontade do interessado (em ajuizar ou não futura ação judicial).

Em sendo assim, em interpretação sistemática e de modo a aproveitar o processo (aproveitamento do mérito), em não havendo qualquer resistência dos demais interessados à produção da prova fundada no receio de que a mesma não possa mais ser produzida ou muito difícil produzir em eventual futura demanda judicial, descabe ao juiz exigir que o requerente faça a prova das razões que justificam a antecipação. É melhor, de logo, em não havendo resistência, antecipar a prova do que extinguir o procedimento sem resolução do seu mérito (a produção da prova).

Vamos, então, as segunda e terceira hipóteses de cabimento.

4.1.2. PROVA SUSCETÍVEL DE VIABILIZAR A SOLUÇÃO DE CONFLITO OU JUSTIFICAR OU EVITAR O AJUIZAMENTO DE AÇÃO

O CPC de 2015 ainda prevê expressamente duas outras hipóteses que acabam por se confundir. São elas: quando “a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio de solução de conflito” ou quando “o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento

de ação” (inciso II e III do art. 381).

Essas hipóteses se confundem porque a antecipação da produção da prova, por óbvio, tanto podem servir para a solução extrajudicial do conflito, como para justificar ou evitar o ajuizamento de futura ação. Tudo dependerá da prova produzida e da vontade das partes (seja para ajuizar, não ajuizar a ação ou para solucionarem o conflito de forma extrajudicial). Ademais, ao viabilizar a solução extrajudicial do conflito (inciso II), evita-se a futura demanda (inciso III).

Essas hipóteses, por sua vez, acabam também por envolver aquela que permite a antecipação por receio de frustração futura do direito à produção da prova (inciso I do art. 381 do CPC/15). Isso porque, como já dito anteriormente, o interessado se não desejar alegar o receio, pode sustentar que a antecipação pode servir para solução extrajudicial do conflito ou para justificar ou evitar futura demanda judicial. E é óbvio que sempre pode, por mais que a outra parte não tenha boa vontade. Seria mais fácil o Código simplificar e estabelecer somente a terceira hipótese como de cabimento, o que abarcaria as duas anteriores.

Nessas duas outras hipóteses a motivação para requerer a produção antecipada é ampla e desvinculada de prova. É ampla porque 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.

É desvinculada da prova da razão apresentada para o pedido de antecipação por que esta está diretamente vinculada à vontade do interessado. A vontade de buscar uma solução extrajudicial ao conflito (a depender da vontade do requerente e do terceiro interessado) ou a vontade do interessado em ajuizar ou evitar a futura ação (aqui caberá ao interessado avaliar se propõe ou não a futura ação). Não se tem, pois, como provar essa

vontade ou intenção ou seu fato contrário. Aqui bastará a declaração do interessado.

É certo que se pode alegar, quando diante de algumas pretensões de direito material, que descabe a solução extrajudicial do conflito. Logo, na hipótese do inciso II do art. 381 do CPC/15 o juiz poderia exercer o controle sobre a razão apresentada pelo requerente. Contudo, ainda que se esteja diante desta impossibilidade de solução extrajudicial, o interessado pode pretender a antecipação ao argumento de que a prova pode justificar ou evitar o ajuizamento de futura ação. Logo, é melhor aproveitar o procedimento de antecipação já apresentado do que extinguir o procedimento sem resolução do seu mérito (a produção da prova).

Como já dito anterior, 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.

A prova pericial, por sua vez, pode ter como objeto até a confecção de prova contábil necessária à quantificação da prestação de modo a viabilizar o ajuizamento da ação com pedido certo e determinado ou, ainda, a solução extrajudicial ou mesmo para evitar a propositura da demanda.

Em suma, nestas duas hipóteses não há limite ou restrição à antecipação de prova.

É de se perguntar, então, se essa falta de limitação, sujeita apenas à vontade do requerente a antecipação da prova, tem justificativa? Respondo que sim. Isso porque o que se pretende com essas duas possibilidades é criar ambiente para que as partes possam encontrar a solução do conflito de forma extrajudicial. Procura-se trocar a futura ação, mais demorada e custosa, pelo procedimento antecipatório de prova, de rito mais célere e sumário.

Justifica, ainda, a antecipação porque ela pode evitar uma

futura ação, que seria proposta de forma injusta. Ou, ainda, justifica a antecipação porque ela pode oferecer ao requerente a prova de que necessita para bem delimitar o objeto de sua futura ação. E, neste caso, muito provavelmente, a antecipação acabará por tornar mais célere a futura ação.

Essas hipóteses, em verdade, buscam, em suas razões, que se evite uma futura ação judicial ou que ela seja proposta com objeto bem delimitado, com prova pré-constituída. Busca, em verdade, a solução extrajudicial do conflito (inclusive na hipótese de o requerente não ajuizar a ação por entender que não há fato – provado - que o justifique) ou a simplificação do futuro procedimento judicial.

4.1.3. DOCUMENTAÇÃO DO ARROLAMENTO DE BENS

O § 1º do art. 381 do CPC de 2015 prevê, ainda, a possibilidade da antecipação da prova dos bens que devam ser arrolados com objetivo de sua documentação.

Aqui não se busca antecipar a apreensão de bens. Permite-se apenas que o interessado possa arrolar os bens para documentar a existência dos mesmos quando diante de uma universalidade não delimitada (uma biblioteca, uma herança, bens da sociedade, etc).

Em suma, antecipasse o arrolamento dos bens. No respectivo procedimento, portanto, deverá ser provado, para fins de documentação, quais são os bens que compõem a universalidade (bens deixados pelo falecido; livros que compõem a biblioteca; os bens que compõem o patrimônio de uma sociedade, etc).

Aqui antecipasse uma prova que, a princípio, deveria ser produzida na demanda em que se debate a titularidade, a partilha, etc, dos bens que compõem a universalidade (conjunto de bens).

4.1.4. DOCUMENTAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE ALGUM

FATO OU RELAÇÃO JURÍDICA SEM CARÁTER LITIGIOSO

Já o § 5º do art. 381 do CPC de 2015 estabeleceu a regra de que à justificação da existência de algum fato ou relação jurídica, para simples documentação, sem caráter contencioso, também pode ser objeto de antecipação de prova.

Cabe explicação.

Quando se fala “sem caráter contencioso” se quer afirmar que o fato ou relação jurídica que se pretende documentar (justificar) não é, contemporaneamente, objeto de um conflito. Fosse objeto de um conflito, a produção da prova respectiva deve ser requerida pelas razões que justificam a sua antecipação nas demais hipóteses (por receio, para tentar solução extrajudicial, para evitar ou ajuizar ação futura, para arrolar bens). Mas o fato ou relação jurídica não contencioso contemporaneamente, todavia, pode ser contestado no futuro.

Nas hipóteses anteriores estar-se diante de uma situação que pode, de forma razoavelmente previsível, reclamar o ajuizamento de uma futura ação judicial diante de um conflito existente ou latente. Logo, a partir desse pressuposto (conflito de interesses; litígio em potencial), pede-se a antecipação da prova.

Já na justificação não se está diante de qualquer conflito de interesses. Não há contenda ou litígio. A antecipação, todavia, justifica-se para dar maior segurança jurídica quanto à existência (ou inexistência) de um fato ou relação jurídica, documentando-o desde logo.

Os exemplos servem para sua compreensão. Imagem que dois companheiros pretendam documentar a relação jurídica decorrente da união estável. Neste caso, os próprios companheiros não contestam a relação jurídica. Contemporaneamente também ninguém a nega. Mas, para maior segurança jurídica, os companheiros podem querer documentar a existência da relação jurídica. Assim, por exemplo, eles, em conjunto, sem caráter

litigioso, podem requerer a produção de prova da existência da relação jurídica. Interrogar, por exemplo, testemunhas que possam depor sobre a união estável existente. Essa prova, então, poderá ser utilizada, eventualmente, em demanda judicial futura.

Outro exemplo: um trabalhador rural que pretende demonstrar que exerce atividade rurícola para fins de futura percepção de benefício previdenciário. Neste caso, não havendo sequer pedido de concessão do benefício, logo, não existindo qualquer conflito com a autarquia previdenciária, pode o trabalhador pretender provar o exercício da sua atividade rural. Documentar o fato. Ouvir uma testemunha, por exemplo, que pode até não estar viva num futuro mais distante, quando o trabalhador tiver que requerer o benefício previdenciário.

Neste caso, então, antecipa-se a prova (justifica-se o fato ou relação jurídica), ainda que não haja qualquer controvérsia quanto a sua existência ou inexistência, para simples documentação.

E, como já dito, essa prova, por sua vez, poderá, num futuro, ser utilizada pelo interessado em demanda judicial ou não. Óbvio, porém, que ela, por não ter sido produzida em procedimento com a participação do terceiro interessado (em contraditório), deverá ser aferida com consideração dessa circunstância.

Cuida-se, esta justificação, de verdadeira produção “extrajudicial” de prova. Em suma, os companheiros poderiam ter tomado por escrito (para documentação) a declaração extrajudicial de uma testemunha para comprovar a união estável. Poderiam fazê-lo mediante termo registrado em ata notarial, mas preferem produzir a prova respectiva perante o Judiciário. São opções postas em favor do jurisdicionado. É o Estado colocando-se a serviço do jurisdicionado, prestando um serviço que se assemelha ao do notário (tabelião). A questão é o custo deste serviço...

Mas não só por mera opção posta à disposição do

jurisdicionado. Pode ser que essa opção seja necessária, quando, por exemplo, a testemunha se recusa a prestar depoimento extrajudicial. Neste caso, então, tem-se a alternativa judicial, já que a testemunha pode ser coagida a comparecer perante o juiz para prestar depoimento.

Mas aqui cabe outra ressalva. É que na hipótese em que se pretenda justificar a existência (ou inexistência) de uma relação jurídica somente cabe a propositura deste procedimento, fundado na hipótese do § 5º do art. 381 do CPC, se entre os sujeitos da relação jurídica não houver qualquer conflito quanto a sua existência ou inexistência. Caso haja, estar-se-á diante de uma demanda que, subjacente a ela, há um certo grau de litigiosidade (conflito), assumindo caráter contencioso. Logo, pode-se pensar na antecipação de prova pelas outras razões e não para justificar, “para simples documento”, a relação jurídica “sem caráter contencioso”.

A justificação, porém, não se limita a tomada de depoimentos. A lei não limita os meios de prova. Logo, qualquer meio de prova pode ser produzido na justificação, até a exibição de documento.

Esta última hipótese pode soar um tanto quanto estranha. Isso porque esse procedimento se justifica quando o interessado pretende comprovar a existência de algum fato ou relação jurídica “para simples documento”. Ou seja, o que se pretende é documentar o que não está documentado. Produzir um exame pericial, documentado em laudo; tomar depoimento, documentado em ata; ou fazer inspeção judicial, documentado em ata.

No caso de documento, no entanto, ele por si já é “documentado”.

Pode ocorrer, no entanto, que o interessado queira ter esse documento em mãos para comprovar algum fato ou a relação jurídica. Exemplo: uma gravação (espécie de documento) realizada por um Condomínio no qual uma pessoa adentrou e foi filmado quando em visita a algum amigo em determinado dia e

hora. O Condomínio pode se recusar a fornecer cópia da gravação. Pode ser que algum dia a pessoa precise dessa prova por qualquer motivo. As justificativas podem ser as mais mirabolantes possíveis para motivar a produção antecipada da prova: desde uma suspeita de que pode ser acusado de traição pela esposa à acusação de prática de crime no mesmo dia e hora ou mesmo com a intenção de provar que esteve em determinado local naquele momento. Mas nada há de contencioso contemporaneamente. No exemplo, nem entre o interessado e o Condomínio (salvo quanto a recusa em fornecer a cópia), nem entre o interessado e outros terceiros.

Diante dessas situações, então, pode-se pensar em admitir a justificação para que o interessado venha a possuir a prova já documentada “para simples documento”, “sem caráter contencioso”.

4.1.5. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO OU COISA DE FORMA ANTECIPADA

Fredie Didier afirma que “pode-se requerer a antecipação da produção de qualquer prova, ressalvada a prova documental, cuja produção antecipada se pede por meio da ação de exibição”¹¹.

Podemos concordar, mas desde que se entenda como possível a ação de exibição antecipada de documento. O mais correto, porém, é falar em ação de produção antecipada de prova mediante exibição de documento. E aqui não cabe confundir a ação de produção antecipada de prova com a ação incidental de exibição de documento ou o incidente de exibição de documento.

E, por óbvio, que essa prova documental antecipada pode ocorrer. Isso porque a lei não faz qualquer restrição. E mais. A ação de exibição, como disciplinada no Código de Processo

¹¹ Produção antecipada de prova, p. 648

Civil, somente tem cabimento entre uma das partes já litigante em uma demanda judicial e um terceiro. Cuida-se de uma ação incidental. Já entre as partes, a exibição se pede por mero requerimento incidental.

A ação de produção antecipada de prova, no entanto, é da espécie “preparatória”. Ação que antecede a principal. Ela, por sua vez, pode ter como interessado uma futura parte numa ação proposta como principal. Já a ação de exibição, proposta contra um terceiro não litigante, sempre será incidental.

Contudo, sem dúvida, à essa ação de produção antecipada de prova documental se deva aplicar, no que couber, as regras pertinentes à exibição de coisa ou documento como disciplinado nos arts. 396 a 404 do CPC/15. E aqui seu procedimento se diferenciará das demais hipóteses de antecipação de prova. Temos, assim, um procedimento mais especial para produção antecipada de prova.

Como se trata de ação de antecipação de prova (de natureza preparatória), por certo que a recusa havida por ilegítima em exibir o documento ou a coisa não pode gerar a presunção de serem verdadeiros os fatos alegados pelo requerente. Isso porque o requerente apenas 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.

O fato em si documentado, contudo, não é objeto da demanda de antecipação. Objeto é a produção da prova. Logo, como não se discute a existência ou inexistência do fato ou da relação jurídica eventualmente documentado, não se tem o que por presumir como verdadeiro.

Na peça inicial, por sua vez, o autor deve observar o disposto no art. 397 do CPC, isto é, deve fazer a individualização, “tão completa quanto possível, do documento ou da coisa” (inciso I).

Deve, ainda, apontar a “finalidade da prova, indicando os fatos que se relacionam com o documento ou com a coisa” (inciso II do art. 397 do CPC/15). Neste caso, no entanto, a

finalidade a ser arguida é uma daquelas que justifica a antecipação da prova, ou seja, o receio de perecer o direito de produção da prova (ex.: a gravação pode ser destruída), a possibilidade de autocomposição ou a possibilidade de evitar ou ajuizar futura demanda judicial. Pode, ainda, ser justificada para o arrolamento de bens (quando há necessidade de exibição de coisa ou documento) ou motivada pelo direito de justificar algum fato ou relação jurídica.

A petição inicial da ação de produção antecipada de prova deve, por fim, quando se trata de exibição de documento, mencionar “as circunstâncias em que se funda o requerente para afirmar que o documento ou a coisa existe e se acha em poder da parte contrária” (inciso III do art. 397 do CPC/15).

Em qualquer hipótese, acolhida a inicial, o juiz deverá citar o interessado (aquele a quem se aponta como possuidor do documento ou coisa) para responder em 15 (quinze) dias. Aqui se deve seguir a regra geral do prazo de contestação combinado com o disposto no art. 401 do CPC/15, excluindo-se a aplicação da regra do art. 398, já que se trata de uma ação autônoma. Não se cuida de ordenar que uma parte já litigante numa ação principal exhiba o documento ou a coisa, de modo a atrair um prazo menor. Como se cuida de uma ação autônoma, cumpre assegurar o prazo geral para contestação.

Se o interessado (verdadeiro réu) exhibir o documento ou a coisa, o procedimento se encerrará.

Pode ocorrer, porém, do interessado alegar que não possui o documento ou a coisa ou contestar a obrigação de exibi-lo. Na primeira hipótese, caberá a produção da prova quanto à posse do documento ou da coisa, em audiência especial, quando o juiz poderá tomar o depoimento dos interessados e de testemunhas (art. 402 do CPC). Em seguida proferirá sua decisão.

Se o interessado (réu) alegar que não tem obrigação de exhibir o documento ou a coisa, a depender do motivo, também poderá designar audiência especial para instrução do feito.

Os motivos para escusa em exhibir são os mesmos mencionados no art. 404 do CPC, aplicando-se, no que couber, a regra do seu parágrafo único. Ou seja, o interessado pode se recusar a exhibir o documento ou a coisa se:

I – concernente a negócios da própria vida da família;

II – sua apresentação puder violar dever de honra;

III – sua publicidade redundar em desonra à parte ou ao terceiro, bem como a seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau, ou lhes representar perigo de ação penal;

IV – sua exibição acarretar a divulgação de fatos a cujo respeito, por estado ou profissão, devam guardar segredo;

V – subsistirem outros motivos graves que, segundo o prudente arbítrio do juiz, justifiquem a recusa da exibição;

VI – houver disposição legal que justifique a recusa da exibição”.

Nas hipóteses dos incisos I a VI, no entanto, se a recusa disser respeito a apenas uma parcela do documento, a outra deverá ser exibida “para dela ser extraída cópia reprográfica, de tudo sendo lavrado auto circunstanciado” (parágrafo único do art. 404 do CPC/15).

O juiz, porém, não deve aceitar a recusa se o requerido “tiver obrigação legal de exhibir” (inciso I do art. 399 do CPC/15) ou o “documento, por seu conteúdo, for comum às partes” (inciso III do art. 399 do CPC/15). A hipótese do inciso II do art. 399 do CPC, no entanto, não se aplica, já que se trata de ação preparatória de antecipação de prova. Logo, nele o requerido não fez qualquer alusão a documento ou à coisa.

Acolhida a pretensão do requerente, o juiz, em sua decisão, deverá ordenar que o requerido “proceda ao respectivo depósito em cartório ou em outro lugar designado, no prazo de 5 (cinco) dias” (art. 403 do CPC).

Caso descumprida a ordem, deve o juiz ordenar a busca e apreensão do documento ou da coisa, “requisitando, se necessário, força policial, sem prejuízo da responsabilidade por crime

de desobediência” e a imposição de multa cominatória ou a adoção de outras “medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão” (parágrafo único do art. 403 do CPC).

Uma vez apreendido o documento ou a coisa, dar-se-á por encerrado o procedimento antecipatório. A partir daí “os autos permanecerão em cartório durante 1 (um) mês para extração de cópias e certidões pelos interessados” (art. 383). Findo esse prazo, os autos serão entregues ao promovente da medida (parágrafo único do art. 383).

Óbvio, porém, que em sendo eletrônicos os autos, eles devem permanecer arquivado virtualmente por tempo indeterminado.

4.1.6. LEGITIMIDADE E INTERESSADOS

O CPC não restringe a legitimidade. Logo, qualquer pessoa pode ser requerente e requerida. Capaz ou incapaz. Em demanda que admite autocomposição ou não. Em qualquer espécie de demanda, seja ela contra a Fazenda Pública, em litígio de família, do consumidor, empresarial, etc.

Na hipótese de justificação, porém, como nela não há subjacente à ação de antecipação de prova qualquer conflito (“caráter contencioso”), somente deve participar do processo o(s) requerente(s).

Assim, além do requerente (autor da ação de antecipação), devem participar da demanda os interessados na produção da prova ou no fato a ser provado. Eles devem ser chamados a requerimento do autor ou de ofício pelo juiz (art. 382, § 1º, CPC).

Interessado aqui será toda e qualquer pessoa contra quem se pode ajuizar demanda judicial com uso da prova produzida antecipadamente. Isso porque se busca antecipar o que poderia ser produzido na futura demanda judicial a ser proposta contra

este interessado.

Interessado, porém, também pode ser a pessoa que é apontada como a possuidora da prova ou da coisa a ser examinada, mas contra quem não se está em conflito. Neste caso, então, não se quer fazer uso da prova contra este possuidor. O que se quer é que ela, em cumprimento do seu dever de cooperação (art. 387 do CPC/73), forneça a prova ou deixe que ela seja produzida. Aqui se enquadram as hipóteses em que se busca a exibição de documento ou coisa em posse de um terceiro desinteressado no conflito e do exame pericial em coisa que não esteja na posse daquele contra quem se pode demandar em ação principal.

O Código fala em meros interessados. Na verdade, em algumas situações, eles devem ser tratados como verdadeiros réus.

Por simples interessado se deve entender a pessoa contra quem se pode usar a prova sem que delas se exija qualquer conduta satisfatória do direito na ação antecipada. Estaremos diante de um mero interessado, por exemplo, quando se pretende interrogar antecipadamente uma testemunha. Aqui do interessado não se exige qualquer agir. A ele apenas se assegura, em verdade, o direito de acompanhar a produção da prova e, excepcionalmente, o de produzir a prova que pretende também antecipar (§ 3º do art. 382 do CPC).

Esse interessado, porém, tornar-se-á verdadeiro réu quando se pretende dele um agir, positivo ou negativo. São as hipóteses em que se quer tomar o depoimento pessoal do “interessado”, obrigar-lhe a exibir coisa ou documento, impor-lhe um exame pericial ou inspecioná-lo em seu corpo ou em suas coisas.

Nestas hipóteses ao “interessado” não se assegura apenas o direito de acompanhar a produção da prova ou o de produzir prova a seu pedido. Mais do que essas garantias, o que se busca do interessado-réu é a adoção de uma conduta positiva (prestar depoimento, deixar-se ser examinado ou inspecionado, exibir

documento ou coisa) ou negativa (se abster de impedir o exame ou inspeção de seus bens).

Neste caso, mais do que uma simples produção antecipada de prova na qual o “interessado” tem potencial interesse apenas em acompanhar a sua realização, busca-se impor um agir ao “interessado”. Logo, ele assume uma posição de réu, já que se quer constrangê-lo a adotar uma conduta. E essa conduta somente pode ser imposta se ao interessado for assegurado o direito de defesa. No mínimo o direito de se recusar a produzir uma prova que depende do seu agir.

4.2. PROCEDIMENTO

Anteriormente já tratamos de forma específica do procedimento a ser adotado quando se trata de ação de produção antecipada de prova mediante a exibição de documento ou coisa. Aqui trataremos da regra geral do procedimento a ser adotado na ação de antecipação de prova. Ali cuidamos do procedimento mais especial de produção antecipada de prova mediante a exibição de documento ou coisa.

O CPC, neste ponto, no entanto, é extremamente lacunoso. Logo, caberá ao juiz preencher os vazios deixados pelo legislador.

O CPC apenas menciona que neste procedimento não se admitirá defesa ou recurso, “salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário” (§ 4º do art. 382).

Estabelece, porém, que os interessados-réus citados “poderão requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato, salvo se a sua produção conjunta acarretar excessiva demora” (§ 3º do art. 382). Óbvio que ao simples “interessado” contra quem não se usará a prova, não cabe assegurar a produção da prova relacionada ao mesmo fato. É a hipótese de exibição de documento por

terceiro possuidor, etc. O terceiro possuidor é interessado, já que contra ele se propõe a ação de exibição, mas o mesmo não tem interesse em produzir prova “relacionada ao mesmo fato”.

Menciona, ainda, a lei que “o juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoção do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas” (§ 2º do art. 383). E que, uma vez encerrado o procedimento, “os autos permanecerão em cartório durante 1 (um) mês para extração de cópias e certidões pelos interessados” (art. 383, caput), sendo que, findo esse “prazo, os autos serão entregues ao promovente da medida” (parágrafo único do art. 383).

Pois bem.

Já falamos acima que, em algumas hipóteses, o interessado deve ser tratado como verdadeiro réu. Isso deve ocorrer sempre que a prova exige para sua produção de um agir do demandado. Logo, a ele deve ser assegurado o direito de defesa.

Neste caso, então, pela regra geral, cabe citar o interessado-réu para oferecer defesa no prazo de quinze dias. Apresentada a defesa, cabe a réplica, se for a hipótese de lhe assegurar.

Não sendo caso de exigir uma conduta do interessado-réu citado, mesmo a ele deve ser dada a oportunidade para se manifestar, apresentando sua defesa, no prazo de quinze dias. Isso porque ao interessado-réu é assegurado o direito de produzir antecipadamente a prova relacionada ao mesmo fato. Logo, deve lhe ser assegurado o direito de apresentar um pedido contraposto. Mas não só por isso. O interessado-réu pode se insurgir contra o juízo escolhido alegando a incompetência territorial ou mesmo material. Pode, ainda, alegar outras questões na defesa de seus interesses.

Em suma, são várias as questões que podem ser levantadas pelo interessado-réu, inclusive quanto ao cabimento da antecipação da produção da prova. Logo, a ele deve ser assegurado o direito de defesa.

É óbvio, ainda, que descabe designar audiência de

conciliação ou mediação. Se o objeto da demanda é a produção da prova de forma antecipada, nada justifica se tentar conciliar sobre o direito de produção antecipada da prova!

Vencido o prazo para manifestação do interessado ou da réplica, caberá ao juiz determinar a produção da prova. Neste caso, então, deverá o juiz adotar os procedimentos próprios para produção de cada meio de prova conforme disciplinado no CPC, inclusive quanto à prova pericial.

Finda a produção da prova, o juiz proferirá decisão encerrando o procedimento, colocando os autos à disposição das partes (art. 383).

Deve ser ressaltado, ainda, que não cabe à parte se manifestar sobre a prova produzida. Por exemplo, quando diante da exibição de documentos por terceiros, não cabe às partes de manifestarem sobre a mesma (art. 437 do CPC), bem mesmo arguir a falsidade documental. Essas manifestações devem ser reservadas para a demanda principal, na qual, eventualmente, o documento poderá ser exibido.

Aqui, porém, outra questão se impõe: pode a parte contraditar (impugnar) o depoimento da testemunha. Em suma, cabe impugnar a testemunha alegando que a mesma é impedida, suspeita ou incapaz?

À primeira vista, parece-nos fácil responder afirmativamente, já que não teria lógica, mesmo no procedimento antecipatório, por exemplo, interrogar testemunha impedida ou mesmo incapaz. Mas no caso de suspeição a resposta não parece ser tão simples. Isso porque, no procedimento antecipatório, nem sempre se estará diante de certeza do objeto litigioso a ser posto na ação principal. E o requerente não precisa delimitado de forma clara ou em toda sua extensão. Daí se tem que, nem sempre, se poderá estar diante de uma situação na qual se possa alegar que a testemunha tenha interesse no litígio (inciso II do § 3º do art. 447 do CPC). E esse interesse poderá ficar claro quando do ajuizamento da demanda principal.

4.3. RELEVÂNCIA DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

Aqui, tal como no negócio jurídico processual, a importância e relevância da produção antecipada de prova para a solução do litígio salta aos olhos. Para tanto concluir para mencionar que o CPC de 2015 estabelece a possibilidade de a pessoa propor a ação de antecipação de produção de prova com o propósito de “viabilizar a autocomposição ou outro meio de solução de conflito” ou com objetivo de tomar conhecimento antecipado dos fatos de modo que “possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação”.

Só por essas duas hipóteses de cabimento, que, por si sós, envolvem as demais, verifica-se que a parte, ainda que sem cooperação da outra, pode agir para a solução mais célere do processo, já que, antecipadamente, pode produzir toda sua prova oral e pericial. Pode, ainda, obter toda a documentação necessária para a demanda judicial, inclusive para, eventualmente, poder formular seu pedido certo e determinado (arts. 322 e 324 do CPC/15), e não mais certo ou determinado como facultado no CPC de 1973 (art.286). E pedido certo e determinado, na prática, ajuda em muito na eventual conciliação, pois já se sabe, de antemão, o limite do pedido do autor, o que não se tem nos pedidos genéricos ou somente certo.

Esse instituto, por sua vez, revela-se extremamente relevante, já que ele não contém restrição quanto a legitimidade ou objeto da demanda. Ou seja, essa ação antecipada pode ser manejada por qualquer pessoa, capaz ou incapaz, cujo interesse admite ou não autocomposição, em demanda de qualquer natureza.

A ela se acrescenta, ainda, a possibilidade, observados seus pressupostos, de as partes firmarem negócio jurídico processual no seio (ou antes) da ação de produção antecipada de prova. Ainda que bastante célere, essa demanda pode ainda ser

utilizada de modo mais eficaz por acerto processual entre as partes.

Contudo, ainda, que não haja acerto processual ou mesmo que o adversário não produza sua prova antecipadamente, ao certo o caminho para alcançar a solução, em tempo razoável, da demanda principal, restará facilitado se ao menos uma das partes já ingressar com esta última ação com toda sua prova pré-constituída.

5. CONCLUSÃO

O novo Código de Processo Civil brasileiro claramente optou por estabelecer regras que buscam a efetividade da decisão judicial, procurando, em última instância, resolver o conflito social.

O legislador, porém, sabedor que nem sempre se alcança de forma célere e satisfatória a solução dos conflitos, acabou que criar mecanismos que visam a incentivar que as próprias partes atuem no processo para alcançar a sua solução final. Daí porque a instalação do processo cooperativo.

Ao lado desse princípio regedor do processo civil, o legislador, ainda, buscando retirar do Poder Judiciário a tarefa de executar todos os atos processuais e de uma forma rígida, disciplinou de forma bastante flexível a possibilidade de as partes firmarem negócios jurídicos processuais com claro intuito de incentivar a solução da lide mediante acertos de vontade das partes.

Da mesma forma, para incentivar a solução extrajudicial, o legislador processual ampliou de forma bastante inovadora a possibilidade de produção antecipada de prova. Com as novas hipóteses de cabimento desta ação preparatória, ainda que de natureza judicial, busca-se evitar outra demanda judicial mais complexa e demorada, incentivando, ao mesmo tempo, a solução extrajudicial.

Tudo isso sem se falar que, por negócio processual, as partes podem estabelecer que os mais diversos atos processuais possam ser realizados “fora da justiça”, sem a supervisão ou direção do juiz, deixando para este apenas o ato de julgar.

Como esses novos instrumentais, pois, o legislador busca a efetividade da ordem jurídica de forma mais colaborativa possível dos sujeitos envolvidos.



6. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. 669p. ISBN 85-392-0073-2.
- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual. Salvador: JusPodivm, 2013. 328p. ISBN: 978-85-7761-748-7.
- CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia (Agreements about the proceeding in french Law: the contractualization of civil justice in France), in *Civil Procedure Review*, v.3, n.3: 3-35, aug.-dec., 2012. Disponível em: http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=59&embedded=true. Acesso em: 18 abr 2017. ISSN 2191-1339.
- DIDIER Júnior, Fredie. Produção antecipada de prova. In: Lucas Buriel de Macêdo et alii (orgs.). *Provas*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 647-659. 864p. ISBN 978-85-442-0743-7
- DIDIER Júnior, Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010. 120p. ISBN 978-972-32-1855-8

- DIDIER Júnior, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*. vol. 127. São Paulo, 2005, p. 75 – 79. ISSN 0100-1981
- GOMES, Orlando. *Introdução*, 9 ed, Rio de Janeiro: Forense, 1987. 471p. s/ISBN
- LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais. 2015. 240p. ISBN 978-85-203-5522-0
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais. 2015. 208p. ISBN 978-85-203-6502-1
- TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada de provas no Código de Processo Civil de 2015*. In: *Revista de Processo*, ano 41, v. 260. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. ISSN 0100-1981