

**PRETENSÃO À SEGURANÇA DA PROVA E PRODUÇÃO ANTECIPADA DA
PROVA DIANTE DA URGÊNCIA: UMA GRAVE CONFUSÃO CONCEITUAL
MANTIDA PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL¹**

***EVIDENCE-ASSURANCE CLAIM AND ANTICIPATED PRODUCTION OF
EVIDENCE IN FACE OF URGENCY: A SERIOUS CONCEPTUAL CONFUSION
MAINTAINED BY THE BRAZILIAN CODE OF CIVIL PROCEDURE***

Igor Raatz

Pós-doutor, doutor e mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Especialista em Direito Processual pela Academia Brasileira de Direito Processual – ABDPC. Membro da ABDPro – Associação Brasileira de Direito Processual, do IIDP – Instituto Ibero-americano de Direito Processual, e do Dasein – Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Professor em cursos de graduação, pós-graduação e extensão universitária. Advogado. E-mail: igor@raatzanchieta.com.br

RESUMO: O presente ensaio, diante do problema relativo à extinção do processo cautelar, visa a averiguar se, no atual sistema procedimental civil brasileiro, ainda é possível e necessário falar de uma pretensão à assecuração da prova. Como hipótese principal de trabalho, tem-se que a tutela cautelar de assecuração da prova permanece viva, sendo ainda crucial distingui-la da pretensão à produção antecipada da prova – com ou sem o requisito da urgência. Os objetivos que se pretende alcançar são, basicamente, os seguintes: traçar um perfil histórico-evolutivo da pretensão à segurança da prova e da pretensão à constituição antecipada da prova (em caráter autônomo e satisfativo), verificar se subsiste no atual sistema processual a pretensão à segurança da prova e, por fim, os aspectos procedimentais gerais para a dedução e tutela da referida

¹ Artigo recebido em 12/09/2018 e aprovado em 09/11/2018.

pretensão diante da abolição do “processo cautelar”. Para tanto, será utilizado o método histórico e comparativo, realizando-se uma análise do desenvolvimento histórico do tema, bem como uma crítica do modo como foi tratado pelo atual Código de Processo Civil brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Produção antecipada da prova. Pretensão à segurança da prova. Tutela cautelar. Processo cautelar. Pretensão à segurança da prova.

ABSTRACT: This essay seeks to investigate if there is still such a thing as an evidence-assurance procedure in the Brazilian legal system now that the provisional proceedings stage no longer exists. My main hypothesis is that the specific procedural stage dedicated to the assurance of evidence still exists, and therefore it is crucial to distinguish it from the mere motion for the anticipated production of evidence, with or without the element of urgency. Basically, this work seeks to draw a historical description of different institutes in Brazilian law: the motion for evidence-assurance and the motion for anticipated production of evidence, both in its autonomous and its satisfactory characters. Then it seeks to analyse if the motion for evidence-assurance still exists in Brazilian law, followed by an analysis of the technical aspects of said institute after the abolishment of the procedural stage of provisional proceedings in Brazilian law. The research method is historical, comparative, in order to analyse the historical developments of the study object, allowing for a critique of the current Brazilian Code of Civil Procedure.

KEYWORDS: Anticipated production of evidence. Evidence-assurance. Provisional proceedings. Provisional proceedings. Evidence-assurance claim.

SUMÁRIO: Considerações iniciais; 2 Das razões da criação do processo cautelar pelo Código de Processo Civil de 1973; 3 Pretensão à segurança da prova, pretensão à produção antecipada da prova diante da urgência e pretensão à constituição da prova em caráter autônomo e satisfativo; 4 Pretensão à segurança da prova e produção antecipada

da prova diante da urgência: uma grave confusão conceitual cometida pelo atual Código de Processo Civil; 5 Requisitos para a concessão da tutela cautelar de assecuração do direito à prova; Considerações finais; Referências bibliográficas.

Considerações iniciais

Uma das matérias que, no atual Código de Processo Civil brasileiro, mais sofreu modificações do ponto de vista sistemático e organizacional, foi a das tutelas cautelares. Talvez o maior sintoma dessas mudanças seja a extinção do chamado “processo cautelar”, que, no Código de Processo Civil de 1973, era regulamentado em um livro próprio, composto por quase cem artigos. A extinção do antigo “processo cautelar”, em que pese seja justificável, na medida em que é consequência de uma suposta superação da espinha dorsal da tábua organizacional do Código de 1973, ou seja, do binômio cognição-execução, trouxe consigo uma série de indagações, dentre as quais o questionamento acerca da subsistência de uma pretensão (cautelar) à segurança da prova.

O presente ensaio, diante desse quadro, enfrentará o problema relativo à extinção do processo cautelar, de modo a responder se, no atual sistema procedimental civil brasileiro, ainda é possível e necessário falar de uma pretensão à assecuração da prova. Como hipótese principal de trabalho, tem-se que a tutela cautelar de assecuração da prova permanece viva, sendo ainda crucial distingui-la da pretensão à produção antecipada da prova – com ou sem o requisito da urgência. Os objetivos que se pretende alcançar são, basicamente, os seguintes: traçar um perfil histórico-evolutivo da pretensão à segurança da prova e da pretensão à constituição antecipada da prova (em caráter autônomo e satisfativo), verificar se subsiste no atual sistema processual a pretensão à segurança da prova e, por fim, os aspectos procedimentais gerais para a dedução e tutela da referida pretensão diante da abolição do “processo cautelar”.

2 Das razões da criação do processo cautelar pelo Código de Processo Civil de 1973

Dizia Ovídio A. Baptista da Silva, com a mestria que lhe era peculiar, que, no Código de Processo Civil de 1973, processo cautelar não era sinônimo de tutela

cautelar². Na verdade, a existência de um processo cautelar correspondia, nitidamente, à pretensão cientificista que pautou a criação do Código Buzaid, no qual a separação entre processo de conhecimento e processo de execução, constituía sua verdadeira espinha dorsal. A exposição de motivos do projeto do Código, por sinal, indicava claramente que a divisão das matérias em livros distintos estava relacionada ao pressuposto da separação entre conhecimento e execução, o que impulsionou a criação de um livro específico para agasalhar o processo cautelar, concebido como um terceiro gênero (*tertium genus*) de processo, em que atos de cognição e execução misturam-se, evitando-se, com isso, a possibilidade de “contaminação” do processo de conhecimento com atos materiais que seriam próprios do processo de execução³.

A proposta de Buzaid carregava consigo os ares do cientificismo processual advindo da doutrina italiana. Por muito tempo, discutiu-se se os provimentos cautelares eram provimentos de conhecimento ou de execução. Vejamos o caso de Mario Dini e Enrico Dini, em obra escrita na metade do século passado. Para eles, a diferença entre provimento de cognição e execução residiria no fato de que o primeiro tende ao accertamento do direito, ao passo que o segundo à aplicação de um direito já accertado. O primeiro, portanto, antecedente ao accertamento do direito; o segundo, subsequente a tal accertamento. Sob essa ótica, os provimentos cautelares não poderiam ser provimentos de execução na medida em que emitidos antes do accertamento do direito⁴.

Há, nessa forma de pensar o tema, uma verdadeira separação entre cognição e execução, a qual impõe que atos materiais somente poderiam ser praticados após o accertamento do direito. Porém, como catalogar os provimentos de urgência, notadamente os cautelares, se estes tinham aptidão para atuar no mundo prático sem contar com um prévio accertamento do direito? A saída encontrada por boa parte da doutrina foi tratar dos provimentos cautelares como uma categoria apartada, na qual,

² SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.2. Processo cautelar (tutelas de urgência) 4. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007-2008, p. 3.

³ Nesse sentido, assim prevê o item 11 da exposição de motivos do Código Buzaid: “a matéria dos três primeiros livros corresponde à função jurisdicional de conhecimento, de execução e cautelar. A dogmática do processo civil moderno sanciona esta classificação. O processo cautelar foi regulado no Livro III, porque é um *tertium genus*, que contém a um tempo as funções do processo de conhecimento e de execução”.

⁴ DINI, Mario. DINI, Enrico A. *I provvedimenti d’urgenza: nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro* (art. 700 a 702 Cod. Proc. Civ.) 5 ed. Tomo I. Milano: Giuffrè editore, 1950, p. 64.

para alguns, confundiam-se cognição e execução, enquanto que, para outros, sequer era possível falar em execução, já que esta pressupõe a cognição.

Cabe registrar que essa cisão entre conhecimento e execução é uma herança do direito romano, que, no bojo da modernidade, se fez absolutamente suficiente para servir de instrumento ao paradigma racionalista que gradualmente foi tomando corpo da ciência processual. Dito de outro modo, a incorporação dos elementos romanos, principalmente a concepção de jurisdição restrita à declaração, serviu para que o processo de conhecimento fosse identificado nas atividades do *iudex* romano, ao passo que o processo de execução o palco para a atuação do pretor romano. Da impossibilidade de condensar essas duas atividades num mesmo processo, fez-se necessário o processo cautelar.

Com efeito, desde as *legis actiones* e, notadamente, no processo formulário romano⁵, verificava-se uma divisão entre as atividades desenvolvidas pelo pretor e pelo *iudex*, as quais correspondiam às duas fases do processo. Incumbia ao pretor, na primeira fase do procedimento, denominada *in iure*, “organizar e fixar os termos da controvérsia”⁶, decidindo se aos fatos expostos pelo autor cabia um direito que se pudesse fazer valer; contudo, sem averiguar se os fatos afirmados podiam ser reputados verdadeiros. Já a segunda fase do procedimento, denominada *apud iudicem*, era destinada à produção de provas e à sentença⁷. Isso significa que ficava a cargo do juiz privado (*iudex*)⁸ declarar a existência do direito afirmado pelo autor no caso concreto –

⁵ KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 430.

⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 38.

⁷ KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 431.

⁸ Em regra, designava-se, para a fase *apud iudicem* um único juiz (*iudex unus*), embora em alguns casos pudesse ser designado um órgão colegiado. Conforme Max Kaser, “O JUIZ ÚNICO (*iudex*) é um particular a quem se confia a função judicial como ‘jurado’. A capacidade para exercer a função de juiz e a sua nomeação para o processo concreto formam diferentemente apreciadas conforme a época e as formas de processo. Inicialmente o juiz terá sido escolhido pelo pretor que nomeia, a quem servia como homem de confiança e conselheiro (supra § 80 II 3 início). Mais tarde houve dois sistemas principais: a ESCOLHA (*electio*) pelas partes e a designação por SORTEIO (*sortitio*). Capaz de exercer a função de juiz era qualquer particular livre e de boa reputação, púbere e não diminuído por doença mental ou corporal; na *legis actio* tinha de ser também *civis Romanus*. Na *electio* o autor indica ao demandado alguém como juiz, que o pretor, se o julgar qualificado, só pode recusar se o demandado, por juramento, o declarar inapto para juiz perante ele (*iniquum eierare*). Se a escolha do juiz não se efectua por acordo entre as partes – que nunca é completamente voluntário –, ele é designado por SORTEIO (com base num procedimento por vezes obscuro e controverso). O sorteio estava limitado aos nomes da lista oficial de

uma vez que o pretor não ditava a sentença⁹ –, o que levou Vincenzo Ruiz-Arangio a afirmar que, naquela época, o processo era “*esencialmente un arbitraje*”¹⁰. Paralelamente, no entanto, existia o processo interdital, de caráter extraordinário, no qual o pretor assumia “as vestes de personagem principal, emanando ele próprio provimentos voltados a decidir no mérito as controvérsias entre os particulares”¹¹, sem que isso, no entanto, representasse uma declaração do direito com força de coisa julgada. Na verdade, o interdito não representava uma declaração da existência do direito afirmado e postulado pelo autor, na medida em que dependia somente de uma análise *sumária* das circunstâncias da causa, sem a emissão de um juízo a respeito da “verdade” dos fatos aduzidos pelo autor¹². Os interditos eram, portanto, um comando ou uma proibição de ordem do pretor, vocacionados a satisfazer o autor de forma provisional¹³ e expedita¹⁴, e que tinham por característica serem “*condicionados à existência de pressupostos de fato, não ainda tidos por certos, mas a serem averiguados em caso de contestação ou violação do interdito*”¹⁵. Tudo isso acabou servindo para que, hoje, se possa enxergar, nos interditos romanos, uma forma de processo sumário¹⁶.

juízes (*album iudicum selectorum*). A lista, também elaborada por sorteio para processos civis e criminais, incluía apenas senadores até à época dos Gracos; mais tarde e temporariamente também membros da classe dos cavaleiros, mas a sua admissão foi objecto de lutas políticas. Só dentro de estreitos limites as partes tinha direito de RECUSA (*relectio*) por parcialidade. Na *electio*, que se terá imposto na prática mais tardia, não se recorria à lista dos juízes. Desde cedo se superou a distinção entre *iudex* e arbiter (supra §81 II 2), e a designação *iudex* aplica-se também ao juiz com amplo arbítrio” (KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, pp. 443-444).

⁹ CUENCA, Humberto. *Proceso civil romano*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1957, p. 4.

¹⁰ RUIZ-ARANGIO, Vincenzo. *Istituciones de derecho romano*. Traducción de la 10ª edición italiana por José M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Depalma, 1973, p. 153.

¹¹ BISCARDI, Arnaldo. *La protezione interdittale nel processo romano*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1938, p. 19.

¹² LUZZATTO, Giuseppe Ignazio. *Il problema d'origine del processo extra ordinem*. Bologna: R. Patron, 1965, p. 246. Conforme o próprio Luzzatto, “il comando stesso è tuttavia subordinato all’esistenza di un *fumus boni iuris*, e la sua legittimità può essere contestata attraverso un processo” (LUZZATTO, Giuseppe Ignazio. *Il problema d'origine del processo extra ordinem*. Bologna: R. Patron, 1965, p. 227).

¹³ RUIZ-ARANGIO, Vincenzo. *Istituciones de derecho romano*. Traducción de la 10ª edición italiana. por José M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Depalma, 1973, p. 159.

¹⁴ KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 465.

¹⁵ DE MARTINO, Francesco. *La giurisdizione nel diritto romano*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1937, p. 232.

¹⁶ BISCARDI, Arnaldo. *La protezione interdittale nel processo romano*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1938, p. 62. Para Biscardi, inclusive, “I carattere sommario del procedimento interdittale e la condizionalità della pronuncia favorevole al ricorrente (*interdictum*) suggerirebbero dei facii riaccostamenti col procedimento monitorio o ingiuntivo delle legislazioni moderne” (BISCARDI,

Afora a natureza sumária dos interditos, estes tinham por característica serem uma decorrência do poder de *imperium* do pretor¹⁷, não consistindo, pois, numa atividade jurisdicional. É possível encontrar, no estudo do processo civil romano, uma clara distinção conceitual entre a *iurisdictio* e o *imperium*¹⁸, sendo aquela exercida pelo *iudex* e esta última exclusivamente pelo pretor. Com efeito, enquanto a *iurisdictio* limitava-se a declaração do direito¹⁹, o *imperium* era “*un poder ejecutivo y administrativo, pleno y enérgico, de carácter coactivo*”²⁰. Desse modo, por transcenderem os escopos da função jurisdicional romana, o decreto conclusivo do processo interdital veio a ser considerado como ato administrativo, e não jurisdicional²¹. Faltava, pois, nos atos de *imperium*, “uma interpretação ou declaração oficial do direito”²².

Conforme referido anteriormente, o processo civil moderno incorporou, no processo de conhecimento, a prática de atos cognitivos, próprios do *iudex* romano, compreendendo a jurisdição exclusivamente como atividade voltada à declaração do direito com força de coisa julgada. O processo de execução, por sua vez, tinha um

Arnaldo. *La protezione interdittale nel processo romano*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1938, p. 63, nota 5).

¹⁷ Nesse sentido, TUCCI, José Rogério Cruz e. AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 90. IGLESIAS, Juan. *Derecho romano: instituciones de derecho privado. Volumen primero*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1953, p. 143. DE MARTINO, Francesco. *La giurisdizione nel diritto romano*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1937, pp. 236-237. BISCARDI, Arnaldo. *La protezione interdittale nel processo romano*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1938, p. 20. COSTA, Emillio. *Perfil histórico del proceso civil romano*. Roma: Athenaeum, 1918, p. 105. SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano: Ejercicio y defensa de los derechos*. Buenos Aires: Europa-America, 1954, p. 312.

¹⁸ SCHERILLO, Gaetano. *Lezioni sul processo: introduzione alla “cognitio extra ordinem”*. Milano: La goliardica, S.D., p. 297. Alguns autores, no entanto, entendem equivocada uma radical separação entre a *iurisdictio* e o *imperium*, na medida em que aquela não seria outra coisa senão um dos tantos aspectos do *imperium*, na medida em que o magistrado não teria somente a faculdade para sentenciar os litígios das partes, mas, também, o poder público para fazer cumprir suas decisões (CUENCA, Humberto. *Proceso civil romano*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1957, p. 7).

¹⁹ Conforme Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, “a *iurisdictio*, possuindo característica peculiar ao sistema do *ordo iudiciorum privatorum*, consistia no poder atribuído a certos magistrados, de declarar (não de julgar) a norma jurídica aplicável a um determinado caso concreto” (TUCCI, José Rogério Cruz e. AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 38).

²⁰ CUENCA, Humberto. *Proceso civil romano*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1957, pp. 6-7.

²¹ BISCARDI, Arnaldo. *La protezione interdittale nel processo romano*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1938, p. 57. TUCCI, José Rogério Cruz e. AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 90.

²² DE MARTINO, Francesco. *La giurisdizione nel diritto romano*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1937, p. 218.

caráter quase administrativo, consubstanciado na prática de atos materiais similares aos atos de império próprios do pretor romano.

Tendo por base esses pressupostos, torna-se bastante compreensível a afirmação de Carnelutti de que o processo de conhecimento transforma os fatos em direito, enquanto o processo de execução traduz o direito em fatos²³. Vale dizer, o processo de conhecimento não teria o condão de operar transformações no plano fático, limitando-se a função jurisdicional nele exercida à apuração da verdade sobre os fatos alegados pelas partes e à declaração de existência ou inexistência do direito afirmado pelo autor. Somente depois de cumprida essa função, equivalente ao *ordo judiciarum privatorum* romano de competência do *iudex*, é que seria possível, quando necessário para a satisfação do direito do autor, o exercício da função executiva, na qual, conforme Enrico Redenti “tudo se passa em torno da realização de atos materiais tendentes à satisfação do direito do promovente, como penhora de bens, alienação forçada de bens e pagamento ao credor”²⁴.

No entanto, diante de situações de urgência, em que era necessário conhecer – ainda que sumariamente – e atuar no plano pratico – com a prática, portanto, de atos materiais – construiu-se o processo cautelar. Tratava-se, pois, de um processo voltado à prática de atos de conhecimento e de atos de execução, um *tertium genus* de processo como disse Buzaid na exposição de motivos do Código de 1973. O problema é que, nesse “processo cautelar” conviviam tanto provimentos de natureza satisfativa, quanto provimentos de natureza cautelar, como bem apontou Ovídio Baptista da Silva desde o advento do Código²⁵.

Esse breve histórico torna fácil a compreensão das razões que levaram o atual Código de Processo Civil a abolir o processo cautelar. Não mais subsistindo a separação entre processo de conhecimento e processo de execução, a qual deu lugar a uma espécie de “processo sincrético” desde o advento da Lei 11.232/2005, o processo cautelar restou desnecessário. Afinal, se a sua existência decorria unicamente na impossibilidade de misturar, em um único processo, atividades cognitivas e atividades materiais, ou seja,

²³ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Nápoles: Morano, 1958, pp. 283-284.

²⁴ REDENTI, Enrico. *Diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1949-1952, p. 116.

²⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *As ações cautelares e o novo processo civil*. Porto Alegre: Sulina, 1973.

jurisdictio e atos de império, a superação do binômio conhecimento e execução colocaria fim, também, ao próprio processo cautelar.

Embora essa conclusão seja, em boa medida correta, ela não dá conta de toda a complexidade do fenômeno da cautelaridade. Subsistem, no plano do direito material, cautelares autônomas, cuja tutela jurisdicional correspondente nem sempre poderá ser acoplada ao procedimento em que prestada a tutela satisfativa. Um bom exemplo disso é a cautelar de caução de dano infecto (art. 1.280, CC), que não depende de uma tutela satisfativa, até porque o direito à indenização acautelado sequer poderá vir a ter existência (no caso, se acautela um futuro e eventual direito à indenização decorrente da ruína do prédio vizinho, tomada somente como provável). Paralelamente, pode-se questionar se o fim do processo cautelar e a criação de um procedimento para a produção antecipada de prova teria abolida a pretensão cautelar à segurança da prova. É justamente disso que trataremos no tópico seguinte.

3 Pretensão à segurança da prova, pretensão à produção antecipada da prova diante da urgência e pretensão à constituição da prova em caráter autônomo e satisfativo

No direito francês medieval, era previsto, para casos de doença e ausência, a *enquête à futur*, instituto que consistia na oitiva de testemunhas para futura memória e que acabou sendo abolido pela ordenança processual de Luís XIV (1667). Ainda na Idade Média, era possível visualizar na *publicatio testium*, elaborada por Inocêncio III, um procedimento destinado ao interrogatório imediato de testemunhas idôneas antes da citação da parte contrária, reduzindo-se por escrito o que foi verbalizado, para ser utilizado posteriormente. O instituto foi incorporado ao *Corpus iuris canonici* e deu origem ao procedimento de instrução preventiva previsto no *codice di procedura* da cidade do Vaticano, já com nítido caráter cautelar, exigindo-se, para a prova *ad perpetuam memoriam*, o *periculum in mora* e a sumariedade da cognição. Diversas legislações processuais dos séculos XIX e XX consagraram institutos similares, destinados à assunção da prova *ad perpetuam memoriam* em situações de urgência,

normalmente relacionados à impossibilidade de produção da prova no curso normal do procedimento comum²⁶.

A pretensão de assegurar provas não é desconhecida da tradição luso-brasileira. Nas Ordenações Filipinas (Livro III, Título LV, §7.º), era prevista a possibilidade de o autor requerer, *antes da propositura da ação*, a inquirição das testemunhas diante do risco da impossibilidade de produzir referida prova no curso normal do procedimento comum:

E se o autor, antes da demanda começada, requerer ao Julgador que lhe sejam perguntadas algumas testemunhas sobre a causa, que entenda demandar, alegando que são muito velhas, ou enfermas de grande enfermidade, ou estão avisadas para se partir para fora do Reino, e que seus ditos estejam cerrados para os dar em ajuda de sua prova e se abrirem e se publicarem ao tempo, que com direito se deva fazer, manda-la-á o Julgador perguntar, sendo ele primeiramente informado da dita velhice e enfermidade, ou longa ausência, e sendo outrossim a parte contrária citada, para ver como juram, em sua pessoa, se puder ser achada, se não à porta de sua casa, presente sua mulher, ou vizinhança, que lho hajam de notificar.²⁷

O Código de Processo Civil de 1939 previa, no rol das medidas preventivas, destinadas a acautelar o interesse das partes, vistorias, arbitramentos e inquirições *ad perpetuam memoriam* (art. 676, VI). Nota-se que, diferentemente do Código de Processo Civil português de 1939, a legislação brasileira não falava em produção antecipada de provas. Referida expressão acabou sendo utilizada pelo Código de Processo Civil de 1973, o qual tratou, na seção VI do capítulo II do Livro III, intitulado “Do Processo Cautelar”, da produção antecipada de provas. Admitia-se, no art. 847 do antigo Código, o interrogatório da parte ou a inquirição das testemunhas *antes* da propositura da ação, ou na *pendência* desta, diante de situações muito semelhantes

²⁶ BRUNETTI, Bruno. *Su procedimenti di istruzione preventiva*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1960, p. 9-18.

²⁷ MENDES DE ALMEIDA, Candido. Ordenações e leis do Reino de Portugal. 14 ed. Rio de Janeiro: Typographia do instituto philomathico, 1870, p. 645-646.

àquelas descritas nas Ordenações Filipinas. No entanto, é importante registrar desde já que o Código confundia duas situações distintas: a antecipação da prova e a assecuração da prova, ambas condicionadas à situação de urgência. Igual equívoco é cometido pelo Código de Processo Civil de 2015.

O atual Código de Processo Civil brasileiro, ao que tudo indica, recepcionou a construção teórica no sentido de reconhecer uma espécie de *direito autônomo à prova*, o qual não se confundiria com o direito de provar, este último ligado essencialmente ao processo no qual se busca a declaração de um direito. Com efeito, na perspectiva do direito autônomo à prova seria possível dar amplitude ao direito à tutela jurisdicional de modo a permitir que o interessado, sem objetivar a declaração do direito material, se limite a postular a atuação estatal direcionada à busca, à obtenção e à produção de certa providência de instrução²⁸. Apesar de ter sido recebida com ares de novidade, a proposta de uma ação probatória autônoma e desprovida do requisito da urgência era, há muito, reconhecida por Galeno Lacerda e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, os quais se referiam a uma espécie de produção antecipada de prova de natureza satisfativa com o exclusivo “intuito de se apropriar o requerente de dados para conhecimento de determinados fatos ou para o aforamento de eventual demanda futura”²⁹.

Sob essa última perspectiva, o direito à prova atuaria como elemento vocacionado a conferir segurança com uma conotação substancial. Porém, como adverte Flávio Luiz Yarshell – autor cuja tese sobre o tema, apresentada no concurso para o cargo de professor titular de Direito Processual da Universidade de São Paulo, parece ter influenciado diretamente o legislador brasileiro –, não se trata de segurança entendida como preservação da prova, “mas da segurança entendida como razoável previsibilidade das partes, a partir dos elementos então disponíveis, quanto a seus ônus, chances e riscos em futuro processo”³⁰. Nesses casos, ganha destaque o nexo entre a

²⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 312-313.

²⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*; lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, volume VIII. Tomo II, arts. 813 a 889. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 233.

³⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 318. Também merece destaque, no tratamento do tema no Brasil, a obra de Daniel Amorim Neves, que também foi um dos pioneiros na defesa da produção antecipada da prova de forma autônoma sempre que os dados necessários ou úteis à propositura correta da ação assim

prerrogativa de busca e obtenção da prova com a análise das partes a respeito de suas possibilidades de êxito em futuro demanda judicial. Conforme Fredie Didier Jr. e Paula Sarno Braga, é justamente essa separação entre o direito à prova e o direito cujos fatos se pretende provar que confere boa dose de autonomia ao direito à prova³¹.

Tem-se, assim, no ordenamento jurídico brasileiro, três possíveis pretensões que se relacionam com o direito à prova: (a) a pretensão à asseguaração da prova (baseada na urgência) de natureza cautelar, (b) a pretensão à produção antecipada da prova (também baseada na urgência) de natureza satisfativa e (c) a pretensão à constituição da prova de caráter autônomo e satisfativo, que prescinde do requisito da urgência. Essa última hipótese pode se dar sempre que o interessado queira “inteirar-se de certo fato por razões de conveniência, sem qualquer relação direta e necessária com processo pendente o futuro”³² e está prevista nos incisos II e III do art. 381 do Código de Processo Civil, os quais, respectivamente, admitem a “produção antecipada de prova” sempre que “a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito” ou que “o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação”.

A previsão de um direito autônomo à prova desvinculado da urgência reflete uma tendência materializada em outros ordenamentos jurídicos. Na França, o art. 145 do *code de procédure civile*³³ tem sido interpretado pelos Tribunais no sentido de admitir uma instrução preventiva independente da urgência³⁴. O *codice di procedura civile* italiano prevê, no art. 696-bis uma espécie de “*consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*”, sem o pressuposto da urgência³⁵. As coisas não são diferentes no direito alemão. O § 485 da ZPO prevê o *selbständiges Beweisverfahren*,

exigirem. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 356-357.

³¹ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. *Revista de processo*. v. 218. Abril de 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 24.

³² ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. Volume II: parte geral: institutos fundamentais. Tomo 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 288.

³³ Estabelece o dispositivo em questão que “s’il existe un motif légitime de conserver ou d’établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d’un litige, les mesures d’instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé”.

³⁴ BESSO, Chiara. *La prova prima del processo*. Torino: Giappichelli, 2004, p. 92.

³⁵ PICOZZA, Elisa. Brevi osservazione sulle novità in tema di istruzione preventiva. *Rivista di diritto processuale*. Anno LXI, n. 3. Luglio-Settembre 2006. Padova: CEDAM, 2006, p. 1019.

uma espécie de procedimento probatório autônomo que se justifica pela necessidade de prevenir litígios³⁶.

Na verdade, a pretensão à constituição de prova sem urgência atrela-se à necessidade do conhecimento e esclarecimento de fatos que possam justificar ou evitar futura demanda. A autocomposição, portanto, é uma possível consequência do procedimento para produção da prova, e não o seu objetivo, até porque não se sabe, de antemão, o resultado que será obtido. Tem razão Araken de Assis, portanto, ao chamar de inexpressivo o art. 381, II, do CPC, “além de tomar o efeito – viabilização da autocomposição – pela causa”³⁷.

O fato, porém, de o Direito brasileiro ter evoluído no sentido de reconhecer a existência de um direito autônomo à prova desvinculado da urgência não significa o fim das pretensões à assecuração e à produção da prova fundamentadas pela urgência. Pode-se dizer que o legislador, diante do alvoroço criado pela novel ação probatória sem urgência, foi descuidado no tocante às situações de urgência, dando-lhes tratamento lacônico, o que impõe à doutrina ressuscitar velhas questões já resolvidas sob a égide do Código de 1973, notadamente a diferença entre as *pretensões à segurança e à produção da prova* diante da urgência.

4 Pretensão à segurança da prova e produção antecipada da prova diante da urgência: uma grave confusão conceitual cometida pelo atual Código de Processo Civil

O art. 381, I, do Código de Processo Civil brasileiro, conservou a possibilidade de que seja requerida a “produção antecipada da prova” quando houver “fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação”. Manteve o Código, igualmente, a imprecisão terminológica do Código de Processo Civil de 1973, tratando o procedimento destinado a dar tutela à pretensão à segurança da prova como se antecipação da produção probatória fosse. A diferença é crucial e não pode ser, simplesmente, apagada pelo legislador. Na primeira

³⁶ BESSO, Chiara. *La prova prima del processo*. Torino: Giappichelli, 2004, p. 104.

³⁷ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. Volume II: parte geral: institutos fundamentais. Tomo 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 288.

hipótese, a prova não é ainda produzida; na segunda, em que há simples aceleração probatória, a prova é produzida perante o juízo da causa³⁸.

A hipótese prevista no art. 381, I, do CPC, não trata de produção antecipada da prova, mas, sim, de procedimento para assecuração dos meios de prova. Objetiva-se, com ele, assegurar a instrução de uma causa futura e eventual, prevenindo, como diria Lopes da Costa, a futura utilização de elementos de prova³⁹. O que se tem, no caso, é um procedimento voltado a assegurar elementos de prova, sem que, ainda, ocorra a produção da prova. Essa distinção é uma constante na tradição jurídica brasileira, e pode ser identificada em autores como Pontes de Miranda⁴⁰ e Ovídio A. Baptista da Silva. Para o último, “na assecuração cautelar de provas, o que se pretende é tão-somente documentar algum fato cujo desaparecimento seja provável, a fim de poder-se depois utilizá-lo como prova”⁴¹. Essa sutil diferença também foi notada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, em seus comentários ao código de 1973, para quem “a realização da prova constituirá necessariamente ato posterior, a só implicar a realização prática do que ficou decidido em sede cautelar”⁴².

Pode-se, portanto, dizer que “uma coisa é a assecuração da prova, sempre de forma antecedente, em razão da urgência; outra, a produção antecipada da prova incidentemente”⁴³. Uma coisa é a segurança para a execução (*rectius*, produção da prova); outra, a execução para execução (*rectius*, produção da prova)⁴⁴. Não se trata, aqui, de uma distinção meramente terminológica. O Código de Processo Civil, quando fala da produção antecipada da prova de caráter emergencial, equivoca-se ao inseri-la

³⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 378.

³⁹ LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Medidas preventivas: medidas preparatórias – medidas de conservação*. 2 ed. Belo Horizonte: Bernardo Álvares Editora, 1958, p. 19

⁴⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo XII (arts. 796-889). 2 ed. Revista e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 254.

⁴¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 362.

⁴² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*; lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, volume VIII. Tomo II, arts. 813 a 889. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 232.

⁴³ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. Volume II: parte geral: institutos fundamentais. Tomo 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 291.

⁴⁴ Trata-se de velha distinção tributada a Pontes de Miranda *pretensões a executar e pretensões à segurança*. Dizia ele que “a pretensão a executar e a pretensão a assegurar a pretensão são pretensões diferentes: àquela corresponde a execução de sentença; a essa, a medida cautelar adequada” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo XII (arts. 796-889). 2 ed. Revista e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 13. Para uma análise do tema na doutrina brasileira, ver RAATZ, Igor. *Tutelas provisórias no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

em um procedimento autônomo e antecedente, pois aí não se está a produzir prova, mas, sim, a assegurá-la. A diferença é crucial pois a prova “produzida” nos termos do art. 381, I, do CPC, poderá não ser admitida, sequer, na ação principal⁴⁵ e, portanto, não será, tecnicamente, produzida. A proposição, a admissão e a avaliação da prova assegurada com base no procedimento do art. 381, I, do CPC, incumbe somente ao juízo da causa principal⁴⁶. Logo, não há produção, mas, sim, acautelamento da prova. Tanto isso é verdade que o juízo em que assegurada a prova não ficará prevento para a ação que, com base na referida prova, porventura venha a ser proposta (art. 381, §3.º, CPC).

Claro que poderá ocorrer genuína produção antecipada de prova em situações de urgência, no bojo do próprio procedimento destinado ao accertamento e à satisfação da situação de direito material que com ela se busca provar ou até mesmo rechaçar. Nesse caso, tem-se a formação da prova antes do momento processual adequado à sua produção em processo já pendente⁴⁷. Nada diferente daquilo que, em clássica monografia sobre o tema, Giuseppe Nicotina referia ao distinguir a *istruzione preventiva* do Código de Processo Civil da verdadeira prova que aporta ao processo antecipadamente e dele não fica fora⁴⁸. Há, nesse caso, uma verdadeira antecipação no tocante à proposição, admissão e produção da prova realizada pelo próprio juízo da causa, o que se admite diante de situações de urgência ou para uma melhor organização da causa. Essa segunda hipótese pode ser compreendida a partir da previsão do art. 139, VI, do CPC, que permite a alteração da ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito, o que pressupõe, necessariamente, o requerimento da parte interessada. Trata-se, em ambos os casos, de realização antecipada do direito à prova, o qual, em sentido amplo, pode ser compreendido como *o direito de introduzir os fatos no*

⁴⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 363.

⁴⁶ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. Volume II: parte geral: institutos fundamentais. Tomo 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 290.

⁴⁷ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. Volume II: parte geral: institutos fundamentais. Tomo 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 302.

⁴⁸ NICOTINA, Giuseppe. *L'istruzione preventiva nel codice di procedura civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1979, p. 21.

*processo, o direito de provar a existência (ou inexistência) dos próprios fatos e o direito de participar da assunção da prova*⁴⁹.

A “produção antecipada da prova”, prevista no art. 381, I, do Código de Processo Civil, ostenta nítido caráter cautelar e está consubstanciada no temor do desaparecimento da prova e na sua impossibilidade de produção em momento posterior⁵⁰. Objetiva-se, pois, acautelar o direito à prova, garantindo sua futura e eventual satisfação, diante de situações urgentes que poderiam impedir o seu pleno exercício em momento posterior.

Com efeito, para a compreensão do art. 381, I, do Código de Processo Civil, mostra-se imprescindível socorrer-se aos conceitos básicos relacionados à tutela cautelar. Quem requer em juízo a chamada “produção antecipada da prova” fundada na urgência deve, portanto, comprovar a titularidade de uma *pretensão à segurança do direito à prova*, ou, como também se costuma mencionar, de um *direito substancial de cautela*⁵¹. Referida categoria, conforme Ovídio A. Baptista da Silva, decorre, por um lado, do monopólio da jurisdição e do consequente dever do Estado de prestar tutela jurisdicional, e, por outro, de ser impossível que essa tutela jurisdicional seja prestada imediatamente, sem que, para tanto, seja necessário submeter-se ao tempo normal do processo. Da necessidade de proteger situações de direito material apenas aparentes, mas que devem ser submetidas a um procedimento que, minimamente, seja capaz de conferir segurança aos litigantes, surge o *direito substancial à cautela*, o qual é reconhecido sempre que o direito provável se encontra diante de uma situação real de perigo que seja capaz de torná-lo infrutuoso, vale dizer, materialmente incapaz de ser satisfeito em momento posterior⁵².

⁴⁹ DENTI, Vittorio. Armonizzazione e diritto alla prova. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Settembre 1994. Anno XLVIII. n. 3. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1994, p. 673.

⁵⁰ SAPIENZA, Carmelo. *I provvedimenti d'urgenza* (perfilo sistematico). Milano: Dott. A. Giuffrè, 1957, p. 51-53.

⁵¹ Trata-se, pois, de um direito substancial, e não de um direito conferido pelo processo. O processo deve ser capaz de instrumentalizar o direito à cautela, assim como deve ser capaz de realizar no plano das relações humanas (satisfazer) os direitos que se apresentam aptos a serem objeto da tutela jurisdicional. Sobre isso, ver SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro: de acordo com a Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 153.

⁵² Conforme Ovídio A. Baptista da Silva, “se deve elevar a pretensão à segurança ao estado de um princípio constitucional, imanente ao Estado de Direito, como hoje, aliás, se admite, mesmo na Itália, onde maior foi a resistência contra a aceitação do chamado ‘direito substancial de cautela’” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.2. Processo cautelar (tutelas de urgência) 4. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007-2008, p. 62).

Analiticamente desmembrado, o conceito de *direito substancial à cautela* pode ser encarado a partir de dois elementos: a *situação cautelanda*, vale dizer, um direito subjetivo, uma pretensão, uma ação, uma exceção de direito material e, até mesmo, um interesse juridicamente protegido⁵³, que se afigure provável (aferível em sede de *cognição sumária*), e o *perigo de um dano iminente*, requisito essencial para justificar a concessão da tutela cautelar. Esse perigo de dano, que fundamenta o direito à cautela, não se confunde com o perigo da demora exigido para a concessão da tutela antecipada. Trata-se de uma diferença sutil, na medida em que, nos dois casos, a questão temporal pode ser enxergada com ares de urgência. O perigo de dano iminente irá fundamentar a urgência como um *evento imprevisto e externo ao processo capaz de causar a infrutuosidade do direito*⁵⁴.

A tutela cautelar – e isso vale para segurança do direito à prova – volta-se, pois, a tutelar uma *pretensão à cautela* e refere-se a uma *situação cautelanda*, que é, efetivamente, assegurada. Portanto, ela não acautela o processo ou a função jurisdicional. Ela não se relaciona diretamente ao resultado útil do processo ou da função jurisdicional. Trata-se de um dado extremamente importante na medida em que, por muito tempo, a doutrina luso-brasileira⁵⁵, inspirada em Calamandrei, entendeu que a tutela cautelar seria um instrumento do processo, e não do direito acautelado⁵⁶, ao ponto

⁵³ Especificamente sobre o tema, como bem adverte Ovídio, a situação em que há direitos subjetivos sem pretensão é até banal, pois basta pensarmos nas disposições dos artigos 130 e 131 do Código Civil para vermos que eles tratam de direitos ainda inexigíveis uma vez que a eles faltam pretensões satisfativas. O artigo 130 do Código Civil deixa, por sinal, muito clara a existência de uma *pretensão à segurança (à cautela do direito)* que nasce antes mesmo da própria *pretensão satisfativa*. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 94. É possível ir além e pensar em situações cautelandas que correspondem a direitos inexistentes, como é o caso da caução de dano infecto, que acautelar um direito à reparação por danos que sequer ocorreram.

⁵⁴ Para um aprofundamento do tema, ver RAATZ, Igor. *Tutelas provisórias no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

⁵⁵ Dentre os principais autores que negam a existência de um direito substancial à cautela, enxergando a tutela cautelar como instrumento da atividade jurisdicional, pode-se mencionar os seguintes: LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*: v.8, t.1 (arts. 796 a 812). 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: v.2. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁵⁶ Para Calamandrei, os provimentos cautelares servem para proteger o processo, e não o direito substancial. Nesse sentido, afirma o mestre italiano que “nei provvedimenti cautelari, più che lo scopo di attuare il diritto, lo scopo immediato di assicurare la efficacia pratica del provvedimento definitivo che servirà a sua volta ad attuare il diritto (...) Se tutti i provvedimenti giurisdizionali sono uno strumento del diritto sostanziale che attraverso essi si attua, nei provvedimenti cautelari si riscontra una strumentalità qualificata, ossia elevata, per così dire, al quadrato: essi sono infatti, immanancabilmente, un mezzo predisposto per la miglior riuscita del provvedimento definitivo, che a sua volta è un mezzo per l’attuazione del diritto; sono cioè, in relazione alla finalità ultima della funzione giurisdizionale, *strumenti*

de se afirmar que “o processo cautelar nasce para ser posto ao serviço dum processo principal”⁵⁷. Calamandrei, nesse sentido, falava que a tutela cautelar era marcada pela ideia da *dupla instrumentalidade*, ou seja, a tutela cautelar era instrumental em relação ao processo (de conhecimento ou de execução), este de caráter instrumental em relação ao direito material⁵⁸. Ovídio Baptista, seguido por notáveis processualistas brasileiros⁵⁹, foi quem inaugurou o debate sobre a existência de um direito substancial à cautela⁶⁰, afirmando que a tutela cautelar protegia o direito, e não o processo. A fim de corroborar as lições de Ovídio, podemos citar a doutrina de Carlo Calvosa, para quem os provimentos cautelares são coordenados instrumentalmente com as situações substanciais cautelandas e, só por isso, voltados a assegurar, garantir que uma situação subjetiva substancial favorável – hipotética uma vez que ainda não acertada judicialmente – não seja prejudicada⁶¹. No mesmo sentido, pode-se mencionar a lição de Carmelo Sapienza, o qual nega que se atribua à tutela cautelar o caráter de acessório do direito acautelado. Para ele mostra-se equivocada a concepção de que a cautelar seja pré-ordenada à boa eficácia do provimento definitivo, uma vez que a realidade apresenta várias situações nas quais não há dúvida de que o provimento cautelar é instrumental em relação a um direito, e não a um processo, hipóteses em que não serão seguidos de um provimento definitivo e serão um fim em si mesmo⁶².

dello strumento (CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: CEDAM, 1936, pp. 21-22).

⁵⁷ REIS, José Alberto dos. A figura do processo cautelar. Porto Alegre: AJURIS, 1985, p. 27.

⁵⁸ Para Ovídio Baptista da Silva “a tutela cautelar, portanto, protege o direito, e não o processo, como muitos entendem. Então, a primeira exigência que se faz presente, quando se quer conceituar o que seja a tutela cautelar, é a de estabelecer, no caso concreto, qual o interesse jurídico ameaçado de dano iminente, a carecer de proteção cautelar” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.2. Processo cautelar (tutelas de urgência) 4. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007-2008, p. 37).

⁵⁹ Recentemente, em excelente ensaio sobre o tema, Adriano Soares da Costa defendeu que “as medidas cautelares visam proteger a realização de um direito. Não se confunde, nada obstante, o direito assegurado com o direito e a pretensão à segurança” (COSTA, Adriano Soares. *Morte processual da ação cautelar? Grandes temas do Novo CPC*, v. 6: tutela provisória. Coordenador geral, Fredie Didier Jr.; coordenadores, Mateus Pereira, Roberto Gouveia, Eduardo José da Fonseca Costa. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 28).

⁶⁰ Isso significa que, no plano do direito material, à um direito à segurança do direito, ou, como falava Ovídio Baptista da Silva, uma *pretensão à segurança* do direito, e não do processo (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v.2. Processo cautelar (tutelas de urgência) 4. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007-2008, p. 39).

⁶¹ CALVOSA, Carlo. *Il processo cautelare* (i sequestri e i provvedimenti d’urgenza). Torino: Unione tipografica – editrice torinese, 1970, p. 761.

⁶² SAPIENZA, Carmelo. *I provvedimenti d’urgenza* (profilo sistematico). Milano: Dott. A. Giuffrè, 1957, p. 4-5. É importante destacar, porém, que Carmelo Sapienza reconheceu a autonomia da tutela cautelar em relação à cognição e à execução, afirmando que mesmo que o autor sucumbisse na “lide principal”,

Na doutrina italiana, Giuseppe Nicotina reconhecia a autonomia da *istruzione preventiva*, tendo em vista o fato de que ela tende a conseguir um resultado próprio e normativamente pré-determinado, não se tratando de uma antecipação da fase instrutória do procedimento comum⁶³. No ponto, é importante repetir: a tutela cautelar de assecuração do direito à prova não atalha a admissibilidade e a produção da prova, até porque é uma incógnita se a prova assegurada será, futuramente, proposta em outro processo pelo autor da demanda de assecuração de provas.

Como bem lembrado por Ovídio A. Baptista da Silva, o autor da ação voltada à assecuração de provas pode ser alguém que pretenda promover a instrução preventiva na suposição de que possa vir a ser réu em demanda futura. Nesse caso, poderá ele nem mesmo ter condições de indicar, com segurança, qual a ação a ser proposta pelo futuro demandante. Do mesmo modo, mostra-se absurda, nesse caso, a exigência da propositura da chamada ação principal no prazo de 30 dias previsto no art. 308 do Código de Processo Civil⁶⁴. E isso vale não somente para o possível réu de uma ação futura, mas também para o possível autor. A autonomia da cautelar para assecuração da prova impede que a ela se aplique a regra do art. 308 do Código de Processo Civil, até porque não haverá nenhuma espécie de constrição à esfera jurídica do réu, elemento que justificaria a sua aplicabilidade⁶⁵. arguto

Esse é, por sinal, um bom exemplo da ignorada autonomia material da tutela cautelar, cujo mérito gravita em torno de uma situação cautelanda provável e ameaçada

sendo negada a existência do direito cautelar, a ação cautelar subsistiria. Como se vê referido autor se colocava contra a tese de Allorio e Lancellotti, defensores da existência de um direito subjetivo substancial de cautela.

⁶³ NICOTINA, Giuseppe. *L'istruzione preventiva nel codice di procedura civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1979, p. 181.

⁶⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 365. O ponto é objeto de arguto exemplo por Araken e Assis: “em certa oportunidade, o incorporador de edifício impressionou-se com o estado do prédio vizinho e pretendeu realizar vistoria, a fim de demonstrar que os danos e a fragilidade geral deste último, derivados da falta de conservação e da idade da construção, preexistiriam ao estaqueamento das fundações da sua própria edificação. Essa prova serviria para subsidiar a contestação contra a eventual pretensão de indenização do lindeiro” ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. Volume II: parte geral: institutos fundamentais. Tomo 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 292

⁶⁵ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*: v.8, t.1 (arts. 796 a 812). 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 265. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 190. SILVA, Jaqueline Mielke da. *A tutela provisória no novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014, p. 133.

do perigo da infrutuosidade⁶⁶. Logo, no mérito cautelar não há referência a um “processo principal” ou a um “pedido principal”, mas, sim, a uma situação cautelanda provável. A expressão “principal” remete à falsa ideia de que a cautelar é sempre acessória e dependente da existência do próprio direito a acautelar-se. A tutela cautelar de asseguarção de prova, assim como a *cautio damni infecti*, a caução do art. 477 do Código Civil, destinada a assegurar crédito ainda não exigível em caso de risco de quebra antecipada do contrato, assim como o arresto para assegurar crédito ainda não exigível constituem exemplos notáveis de cautelares autônomas⁶⁷.

5 Requisitos para a concessão da tutela cautelar de asseguarção do direito à prova

O Código de Processo Civil brasileiro disse menos do que deveria no tocante aos requisitos para a concessão da tutela cautelar de asseguarção do direito à prova. Embora o art. 381, I, exija somente a comprovação de que haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação, certo é que os dois requisitos universais inerentes à tutela cautelar hão de estar presentes, sendo imprescindível, portanto, a demonstração, em sede de cognição sumária, do direito à prova futura⁶⁸. Portanto, assim como acontece em qualquer espécie de tutela cautelar, o autor não está isento de apontar a existência de uma situação cautelanda, que, no caso, corresponde ao direito à prova.

O direito fundamental à prova confere às partes o direito de produzir as provas que sejam admissíveis, pertinentes e relevantes para a causa⁶⁹, motivo pela qual não pode ser confundido com o juízo de valoração da prova. Assim, viola o direito fundamental à prova a decisão judicial que, diante de prova admissível, pertinente e relevante, indefere a sua produção por considerá-la desfavorável à parte que postula a sua produção. O juízo acerca do direito à prova, portanto, deve pautar-se por sua necessidade e utilidade, e não pela visualização se ela será favorável ou não ao

⁶⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 171.

⁶⁷ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Art. 302. In: STRECK, Lenio Luiz. NUNES, Dierle. CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 442.

⁶⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 372.

⁶⁹ PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: J.M. Bosch, 1997, p. 154-155.

requerente⁷⁰. Não se pode inverter o momento da admissibilidade, pertinência e relevância da prova com o da sua valoração⁷¹.

Sob essa perspectiva é crucial reconhecer que o juízo de admissibilidade da prova lida com limitações jurídicas ao direito à prova, vedando, por exemplo, provas obtidas por meios ilícitos e a produção de provas que desrespeitam regras de natureza procedimental, como, por exemplo, prazos preclusivos para a proposição da prova. Por sua vez, a pertinência e a relevância da prova atuam como limitadores lógicos ao direito de provar. O art. 370 do Código de Processo Civil, ao prescrever que o juiz poderá indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias atua no âmbito da pertinência e da relevância da prova, e não da sua admissibilidade. Nesse sentido, deve-se entender por pertinente a prova que “recai sobre um fato controvertido que guarda alguma relação com o mérito da causa”⁷².

Desse modo, o juízo acerca da existência de um direito à prova a ser acautelado no âmbito da tutela cautelar para assecuração da prova deve passar pela análise sumária acerca da pertinência da prova⁷³, levando-se em consideração, dessa maneira, sua relação com a situação jurídica de direito material que poderá ser discutida numa futura demanda. É nesse sentido que se diz, sem tanta precisão técnica, que para requerer a instrução preventiva é necessário que a situação ou fato a provar tenham relevância jurídica⁷⁴.

Obviamente que não se deve exigir acerto rigoroso por parte do juiz no tocante ao direito ou exceção suscitados, a partir dos quais logicamente se chega ao juízo de pertinência da prova⁷⁵. No entanto, não se deve chegar ao extremo de afirmar,

⁷⁰ BUZAID, Alfredo. Processo e verdade no direito brasileiro. *Revista de processo civil*. v. 47, jul. 1987. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 92.

⁷¹ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 21.

⁷² CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 137-138.

⁷³ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. Volume II: parte geral: institutos fundamentais. Tomo 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 291.

⁷⁴ NICOTINA, Giuseppe. *L'istruzione preventiva nel codice di procedura civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1979, p. 11.

⁷⁵ BRUNETTI, Bruno. *Su procedimenti di istruzione preventiva*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1960, p. 47.

como fez Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que “se esmaece nessa espécie o requisito do *fumus boni iuris*, ganhando maior destaque o exame do receio de lesão”⁷⁶.

Além da demonstração sumária do direito à prova – o que engloba, a pertinência e a relevância da prova em relação a uma futura demanda em que o requerente da tutela cautelar de asseguarção de prova poderá figurar como autor ou como réu – é imprescindível que esteja configurada uma situação de urgência. Afinal, a tutela cautelar, no caso, visa a evitar o risco de que a prova não possa ser produzida ou, ainda, que não possa ser produzida com os mesmos resultados em termos de utilidade, numa futura demanda de natureza satisfativa⁷⁷. Com efeito, a urgência pode compreender tanto a dificuldade de produção da prova pela via ordinária, quanto a radical impossibilidade da sua produção no futuro⁷⁸. Aqui, a distinção medieval entre *periculum in mora* e *periculum damnum irreparabile*⁷⁹ acaba sendo suavizada, sem, no entanto, desaparecer, uma vez que o elemento justificador da tutela cautelar não é o prejuízo que o estado de insatisfação do direito à prova, caso contrastado com o tempo normal do procedimento comum, causaria ao autor, mas, sim, *perigo da infrutuosidade* do direito à prova. Assim, tanto eventos surgidos como forma de *anomalia circunstancial* – como o risco iminente de que uma testemunha enferma venha a falecer – quanto o tempo necessário para o advento da fase probatória na futura ação satisfativa, podem fundamentar, diante do risco de se tornar impossível a realização do direito à prova, a concessão da cautelar de asseguarção da prova. É justamente por isso que o mero decurso do tempo não justifica a concessão da cautelar para assegurar o direito à

⁷⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*; lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, volume VIII. Tomo II, arts. 813 a 889. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 232.

⁷⁷ ANSANELLI, Vincenzo. Le prove a futura memorial nel diritto italiano. *Revista de processo*. v. 227. Janeiro de 2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 51.

⁷⁸ BRUNETTI, Bruno. *Su procedimenti di istruzione preventiva*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1960, p. 48.

⁷⁹ Conforme Ovídio A. Baptista da Silva Nas hipóteses em que se tutelava o direito com base no *periculum in mora*, cumpria-se uma das condições que determinaram a sumarização procedimental no Direito medieval: o encurtamento do tempo necessário à obtenção da tutela satisfativa, extirpando-se do procedimento ordinário todas as formalidades tornadas inúteis; nos casos de proteção contra o *damnum irreparabile*, ao contrário, a tutela se orientava no sentido da outorga de uma garantia jurisdicional contra um estado emergencial, surgindo em razão de *circunstâncias extraordinárias* e que permitiam que se protegesse o direito, sem que o provimento judicial o realizasse antecipadamente. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 12.

prova⁸⁰, sendo insuficiente, pois, o mero receio do esquecimento dos fatos por testemunhas⁸¹.

Considerações finais

O atual Código de Processo Civil brasileiro apresenta uma nítida evolução no âmbito da tutela do direito à prova, reconhecendo tanto a milenar pretensão à segurança da prova quanto a moderna concepção de um direito autônomo à prova desvinculado da urgência. Peca o Código, no entanto, pela sua falta de firmeza técnica, cometendo velhos erros do passado ao confundir a pretensão à produção antecipada da prova e a pretensão à assecuração do direito prova. As insuficiências legislativas, entretanto, são incapazes de apagar a diferença entre essas duas formas de tutela do direito à prova diante da urgência. O acautelamento do direito à prova acompanha a tradição luso-brasileira há séculos. Diante da ausência de robusta regulamentação legal da matéria, cabe à doutrina iluminar a compreensão do tema, a fim de evitar que as falhas do Código redundem em controvérsias e equívocos jurisprudenciais.

⁸⁰ Entendimento cristalizado no enunciado da súmula 455 do Superior Tribunal de Justiça, plenamente aplicável ao procedimento civil, prescrevendo que “a decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo”.

⁸¹ Nesse sentido, RHC 59.445/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 17/08/2015.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*; lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, volume VIII. Tomo II, arts. 813 a 889. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ANSANELLI, Vincenzo. Le prove a futura memorial nel diritto italiano. *Revista de processo*. v. 227. Janeiro de 2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. Volume II: parte geral: institutos fundamentais. Tomo 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BESSO, Chiara. *La prova prima del processo*. Torino: Giappichelli, 2004.

BRUNETTI, Bruno. *Su procedimenti di istruzione preventiva*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1960, p. 47.

BUZAID, Alfredo. Processo e verdade no direito brasileiro. *Revista de processo civil*. v. 47, jul. 1987. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: CEDAM, 1936.

CALVOSA, Carlo. *Il processo cautelare* (i sequestri e i provvedimenti d'urgenza). Torino: Unione tipografica – editrice torinese, 1970.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

COSTA, Adriano Soares. Morte processual da ação cautelar? *Grandes temas do Novo CPC*, v. 6: tutela provisória. Coordenador geral, Fredie Didier Jr.; coordenadores, Mateus Pereira, Roberto Gouveia, Eduardo José da Fonseca Costa. Salvador: Juspodivm, 2016.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Art. 302. In: STRECK, Lenio Luiz. NUNES, Dierle.

CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

DENTI, Vittorio. Armonizzazione e diritto alla prova. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Settembre 1994. Anno XLVIII. n. 3. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1994.

DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. *Revista de processo*. v. 218. Abril de 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*: v.8, t.1 (arts. 796 a 812). 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Medidas preventivas: medidas preparatórias – medidas de conservação*. 2 ed. Belo Horizonte: Bernardo Álvares Editora, 1958.

MENDES DE ALMEIDA, Candido. *Ordenações e leis do Reino de Portugal*. 14 ed. Rio de Janeiro: Typographia do instituto philomathico, 1870.

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

NICOTINA, Giuseppe. *L'istruzione preventiva nel codice di procedura civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1979.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo XII (arts. 796-889). 2 ed. Revista e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: J.M. Bosch, 1997.

PICOZZA, Elisa. Brevi osservazione sulle novità in tema di istruzione preventiva. *Rivista di diritto processuale*. LXI, n. 3. Luglio-Settembre 2006. Padova: CEDAM, 2006.

RAATZ, Igor. *Tutelas provisórias no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

REIS, José Alberto dos. *A figura do processo cautelar*. Porto Alegre: AJURIS, 1985.

SAPIENZA, Carmelo. *I provvedimenti d'urgenza* (profilo sistematico). Milano: Dott. A. Giuffrè, 1957.

SILVA, Jaqueline Mielke da. *A tutela provisória no novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Curso de processo civil*. v.2. Processo cautelar (tutelas de urgência) 4. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007-2008.

_____. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*: de acordo com a Constituição de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: v.2. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

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