



**Tiele Espanhol Braun**

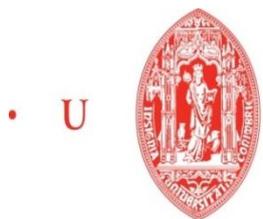
**ATIVIDADES PREPARATÓRIAS DE UMA AÇÃO CIVIL:  
ANÁLISE CRÍTICA DAS DILIGÊNCIAS PRELIMINARES DA  
*LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL***

Dissertação em Ciências Jurídico-Civilísticas - Menção em Direito Processual Civil  
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Orientadora: Professora Doutora Maria José de Oliveira Capelo Pinto de Resende  
Julho – 2018.



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**Tiele Espanhol Braun**

**ATIVIDADES PREPARATÓRIAS DE UMA AÇÃO CIVIL:  
ANÁLISE CRÍTICA DAS DILIGÊNCIAS PRELIMINARES DA  
*LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL***

**PREPARATORY ACTIVITIES FOR A CIVIL LAWSUIT:  
CRITICAL ANALYSIS OF THE PRELIMINARY PROCEEDINGS OF  
*LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL (LAW OF CIVIL PROCEDURE)***

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização Ciências Jurídico-Civilísticas – Menção em Direito Processual Civil.

Orientadora: Professora Doutora Maria José de Oliveira Capelo Pinto Resende.

Coimbra, 2018.

*Aos meus pais, com todo o meu amor.*

## AGRADECIMENTOS

Estar nos bancos acadêmicos da Universidade de Coimbra era algo inimaginável até eu decidir embarcar no sonho de realizar o Mestrado nesta Universidade que me proporcionou um crescimento indescritível, tanto na esfera dogmática, quanto na esfera pessoal.

Por certo que estes dois anos não foram construídos sozinhos, mesmo se muitas vezes a minha companhia se resumia aos livros, aos pensamentos e ao computador.

Cumpre-me, pois, agradecer àqueles que tornaram esta caminhada no Direito enriquecedora para a minha vida, porquanto o aprendizado foi, não apenas no âmbito do Processo Civil, senão também como pessoa.

Aos meus pais, que sempre me incentivaram a alcançar os meus objetivos, me proporcionando todo o apoio, mesmo nos momentos mais difíceis, e tornando a distância menos dolorosa. Muito obrigada pelo amor incondicional, pelo companheirismo e por sempre acreditarem que eu posso ir mais além.

À Lisiê, minha irmã de sangue, alma e coração, agradeço por sempre se fazer presente, mesmo na distância. Por ter as palavras de apoio nos momentos em que eu mais preciso, por ser minha ponte com o passado e com o futuro.

À minha Orientadora, minha inspiração acadêmica e exemplo de Mestre a ser seguido. Este caminho não teria sido certamente o mesmo sem o seu incentivo e demonstração de amor à profissão, e por ter sempre as palavras certas para estimular o meu melhor. Doutora Maria José de Oliveira Capelo Pinto Resende, muito obrigada por todos os ensinamentos e, especialmente, por ser esta entusiasta do Processo Civil.

Ao Doutor Lorenzo Mateo Bujosa Vadell, Professor Orientador que me recebeu na Universidade de Salamanca para uma investigação do tema das diligências preliminares, muito obrigada. Não teria sido possível concluir este estudo sem o seu auxílio, a sua atenção e a sua dedicação no sentido de dar resposta a todos os meus questionamentos.

Aos funcionários da Universidade de Coimbra, especialmente os da Sala dos Catálogos e da Biblioteca Geral, a quem cumprimento na pessoa das Sras. Gabriela e

Fernanda. Percorrer os corredores desta Universidade, frequentar as salas de aulas, será certamente uma experiência que se vai manter sempre presente na minha memória.

Aos amigos que, mesmo na distância entre Brasil e Portugal, sempre se fizeram presentes com palavras de apoio e, especialmente, àqueles com quem tive a felicidade de conviver nestes dois anos por terras lusitanas, tornando-se a minha família neste país.

Os melhores cumprimentos a todos os que, de alguma maneira, contribuíram conscientemente para a realização deste sonho.

## RESUMO

As diligências preliminares surgem no ordenamento jurídico espanhol como uma atividade processual com a função de preparar uma ação civil. A presente dissertação tem como escopo analisar o instituto da *Ley de Enjuiciamiento Civil* que apresenta características preparatórias na tentativa de evitar a propositura de demandas judiciais infrutíferas ou a constituição equivocada de uma relação jurídica. Com esta perspectiva preparatória, destacaremos os pressupostos destas atuações, especialmente os seus efeitos no processo em potencial e a extensão da sua (in)eficácia, para, no final, analisarmos a questão da judicialização deste procedimento e se o mesmo possui virtudes que lhe permitam ser recepcionado em outros ordenamentos jurídicos.

**Palavras chave:** atividades preparatórias; diligências preliminares; eficácia jurídica; judicialização.

## ABSTRACT

In the Spanish legal system the preliminary proceedings appear as a procedural activity with the purpose of preparing for a civil lawsuit. This dissertation aims to analyze this institute of the *Ley de Enjuiciamiento Civil* (Law of Civil Procedure) which presents preparatory characteristics in an attempt to avoid filing unsuccessful lawsuits or the mistaken constitution of a legal relationship. Therefore, with this preparatory view, we will highlight the presuppositions of these practices, especially their effects on the potential process and the extent of their (in)effectiveness. Finally, we analyze the issue of judicializing this procedure and whether it has attributes whereby it might be accepted under other legal systems.

**Keywords:** preparatory activities; preliminary proceedings; legal effectiveness; judicialization

## SIGLAS

AP	–	Audiência Provincial
ATC	–	Audiência do Tribunal Constitucional da Espanha
CE	–	Constituição da Espanha
CPC/BR	–	Código de Processo Civil do Brasil
CPC/ING	–	Código de Processo Civil da Inglaterra
CPC/PT	–	Código de Processo Civil de Portugal
LEC	–	Ley 1/2000, de 7 de janeiro, de Enjuiciamiento Civil
LEC/1855	–	Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855
LEC/1881	–	Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881
LP	–	Ley 11/1986, de 20 de março, de Patentes
TC	–	Tribunal Civil
TCE	–	Tribunal Constitucional da Espanha
TP	–	Tribunal Penal
TS	–	Tribunal Supremo da Espanha

## ÍNDICE

INTRODUÇÃO .....	11
1. AS DILIGÊNCIAS PRELIMINARES. ....	14
1.1. Conceito, Antecedentes e Finalidade. ....	14
1.2. Natureza Jurídica. ....	17
1.3. Distinção das Figuras Similares.....	22
1.3.1. Medidas Cautelares. ....	23
1.3.2. Produção Antecipada de provas.....	28
2. OS PRESSUPOSTOS DAS DILIGÊNCIAS PRELIMINARES.....	36
2.1. As Classes das Diligências Preliminares. ....	36
2.1.1. Declaração ou Exibição de documentos relativos a pressupostos processuais do futuro demandado e sua legitimação. ....	36
2.1.2. Exibição de Coisa. ....	37
2.1.3. Exibição de Ato de última vontade. ....	40
2.1.4. Exibição de documentos e contas da sociedade.....	42
2.1.5. Exibição de Contrato de Seguro.....	43
2.1.6. Exibição de histórico clínico.....	44
2.1.7. Informação para tutela de interesses difusos.....	46
2.1.8. Diligências preliminares atinentes à propriedade industrial e intelectual.....	47
2.1.9. Diligências Preliminares previstas em leis especiais. ....	49
2.2. Diligências Preliminares: <i>Numerus clausus</i> ou <i>apertus</i> ? .....	50
2.3. Os Sujeitos Processuais. ....	54
2.3.1. O Órgão Judicial. ....	54
2.3.2. As Partes. ....	57

3. A PROTEÇÃO DO REQUERIDO.....	61
3.1. Solicitação.....	61
3.1.1 Oferecimento de caução.....	66
3.1.2 (In) Admissão da Solicitação. ....	69
3.2. Oposição. ....	71
4. A (IN)EFICÁCIA DAS DILIGÊNCIAS PRELIMINARES.....	73
4.1. Os efeitos das diligências preliminares.....	73
4.1.1. <i>Ficta Confessio</i> .....	77
4.1.2. Entrada e Registro. ....	80
4.2. A extensão da (in) eficácia na ação civil. ....	83
4.3. Diligências Preliminares: uma questão a judicializar?.....	87
CONCLUSÃO .....	93
REFERÊNCIAS.....	97

## INTRODUÇÃO.

Nos tempos atuais, uma das grandes preocupações do cenário jurídico prende-se com o Poder Judiciário e o rumo que as excessivas demandas judiciais estão a seguir, pois cada vez mais se verifica o amplo crescimento de ajuizamento de processos. Trata-se de uma problemática que, na verdade, se verifica em vários países, diferentes entre si.

Não é de hoje que sabemos que a máquina judiciária está sobrecarregada de ações, as quais, por vezes, já nascem infrutíferas ou se tornam inúteis ao longo do seu processamento, em virtude de não terem sido devidamente instruídas, ou das atuações preparatórias não haverem sido efetivamente diligenciadas no intuito de organizar um futuro processo.

Para isso, desde a antiguidade, o Direito Romano apresenta um instituto denominado de “Partidas”, caracterizando-o como figuras antecedentes de atuações preparatórias, como “*actio ad exhibendum, interdictum homine libero exhibendo, interdictum de liberis exhibendis, interdictum de tabulis exhibendis*”<sup>1</sup>.

Diante da eficácia vislumbrada destas atividades preparatórias do Direito Romano, o ordenamento jurídico as incorporou para a sua legislação processual, e as recebeu em sua *Ley de Enjuiciamiento Civil* do ano de 1855, especificadamente no artigo 222. Posteriormente, a *Ley de Enjuiciamiento Civil* do ano de 1881 também dedicou artigos para legislar a respeito das diligências preliminares, especialmente entre os artigos 497 a 502 do referido diploma legal.

E não foi diferente com a *Ley de Enjuiciamiento Civil* do ano de 2000, a qual, uma vez mais, consagrou preceitos legais para o instituto das diligências preliminares, entre os artigos 256 a 262. Porém, além de recepcionar as atividades preparatórias previstas na lei processual anterior, acrescentou também outras atividades, e criou diretrizes para o processamento deste instituto.

Assim, a doutrina espanhola classifica as diligências preliminares como um procedimento de esclarecimento que tem por finalidade sanar incertezas antes do nascimento de uma ação civil.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup>ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares del proceso civil*. J.M. Bosch Editora, Barcelona, 1997, p. 15

<sup>2</sup>GUASP, J. *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, p. 1325.

Tais atuações são postuladas perante um Tribunal de Primeira Instância e têm por objetivos alcançar informações pertinentes para as circunstâncias relativas à capacidade, personalidade e legitimidade do futuro demandado, ou analisar documentos que possuam relação com o processo em potencial.<sup>3</sup>

Dito isto, o presente estudo tem por objetivo realizar uma análise crítica das atividades preparatórias do ordenamento jurídico da Espanha – as diligências preliminares.

Ao longo destes quatro capítulos, iremos abordar questões relacionadas com a preparação de uma ação civil, evidenciando as características deste instituto, e tecendo uma análise das diretrizes estabelecidas no ordenamento jurídico espanhol, para, no final, analisarmos os seus efeitos e, conseqüentemente, a extensão da sua (in)eficácia.

Assim, no primeiro capítulo abordaremos aspectos relacionados com o conceito, finalidade e antecedentes destas atuações. Serão tecidas considerações quanto à sua natureza jurídica, nomeadamente, se as diligências preliminares são atividades de natureza voluntária ou contenciosa. Para finalizar esta primeira etapa, iremos distinguir as atividades preparatórias de outras figuras processuais similares.

O segundo capítulo é reservado aos pressupostos das diligências preliminares. Nele se abordam os pormenores dos 11 (onze) apartados do artigo 256.1 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, e evidencia-se a questão desta lista do referido artigo ser *numerus clausus* ou *numerus apertus*. Serão, então, mencionados os sujeitos processuais que atuam neste instituto processual.

O terceiro capítulo tem por objetivo demonstrar questões de proteção para quem é acionado ao cumprimento das atividades preparatórias. Discorreremos sobre os requisitos para solicitar tais medidas e, por consequência, sobre as exigências do poder judiciário para recebê-las e lhes determinar quer o processamento quer as características da oposição que o solicitado possa apresentar.

Por fim, o quarto capítulo é direcionado à análise crítica das diligências preliminares da *Ley de Enjuiciamiento Civil* da Espanha. Serão abordadas as questões atinentes aos efeitos gerados pelo cumprimento ou incumprimento destas atuações e à

---

<sup>3</sup> MORENO CATENA, V. *Derecho procesal civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 122.

extensão da (in)eficácia das diligências preliminares na ação civil. Interrogamo-nos ainda se estas atividades devem ou não ser judicializadas.

Após a apresentação e a análise crítica deste mecanismo processual das diligências preliminares, será o momento de indicarmos se estas figuras possuem virtudes que permitam a sua recepção em outros ordenamentos jurídicos.

## 1. AS DILIGÊNCIAS PRELIMINARES.

### 1.1. CONCEITO, ANTECEDENTES E FINALIDADE.

As diligências preliminares receberam a sua primeira regulação processual no ordenamento jurídico de Espanha a partir do Século XIX, através da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, do ano de 1855 (LEC/1855), a qual estabelecia no seu artigo 222 que “*El juicio ordinario podrá prepararse: 1. Pidiendo declaración jurada el que pretende demandar, a aquel contra quien se propone dirigir la demanda, acerca de, algún hecho relativo a su personalidad, sin cuyo conocimiento no pueda entrarse en el juicio. 2. Pidiendo la exhibición de la cosa mueble que en su caso haya de ser objeto de acción real que trate de entablar. 3. Pidiendo el que se crea heredero, coheredero o legatario, la exhibición de un testamento o codicilo. 4. Pidiendo el comprador al vendedor o el vendedor al comprador en el caso de evicción, la exhibición de títulos, u otros documentos que se refieran a la cosa vendida. 5. Pidiendo un socio o comunero la presentación de los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, al consocio condueño que los tenga en su poder. El Juez accederá en estos casos a la pretensión, si estima justa la causa en que se funda. Las demás las rechazará de oficio.*”<sup>4</sup>

Posteriormente, diante de uma nova legislação processual civil espanhola, como foi a *Ley de Enjuiciamiento Civil* do ano de 1881 (LEC/1881), o referido instituto foi consagrado em uma Seção específica (Seção Segunda, Título II, Capítulo I), entre os artigos 497 a 501, integrando, também, o artigo 502, o qual era pertinente para a prova antecipada.<sup>5</sup>

Após mais de um Século, ocorreu uma reforma da LEC/1881, o que gerou a atual *Ley de Enjuiciamiento Civil* do ano de 2000 (LEC). No entanto, as diligências preliminares foram devidamente recepcionadas pela nova legislação, estando previstas no “Livro II: Título I: Capítulo II – Os processos declarativos”, especificadamente entre os artigos 256 a 263.

---

<sup>4</sup> SILVOSA TALLÓN, J. M., *El abogado frente a las diligencias preliminares*. Thomson Reuters Arazandi, Navarra, 2018, p. 24.

<sup>5</sup> ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares del proceso civil*. J.M. Bosch Editora, Barcelona, 1997, p. 13.

Entretanto, tal ferramenta processual é anterior ao tempo. Reporta-se a sua origem ao Direito Romano, por meio do mecanismo das “Partidas”.<sup>6</sup>

Identificando o Direito Romano como precursor das diligências preliminares através do instituto das “Partidas”, a doutrina<sup>7</sup> refere que estas, no intuito de buscar a preparação de uma ação, tinham por finalidade a apresentação de documentos, tais como a exibição prévia de bens móveis, testamento ou provisão de última vontade e títulos ou contas.

Para isto, o Direito Romano tinha uma ação própria, denominada “*ad exhibendum*”, identificando-a como figura anterior ao processo principal, razão pela qual a dogmática sustenta que as “Partidas” são uma herança romana para o Direito Espanhol, que as denominou como Diligências Preliminares em seus diplomas processuais civis.<sup>8</sup>

Neste sentido, as diligências tornaram-se um ícone particular do Direito Espanhol e, pelo fato de não estar previsto em outros ordenamentos jurídicos europeus<sup>9</sup> além daqueles onde existe influência da língua espanhola, o referido instituto é caracterizado como uma figura latino-americana.<sup>10</sup>

E por ser considerada ferramenta privada da Espanha, os doutrinadores a conceituam como um elenco de atividades prévias à demanda e destinadas ao Tribunal de

---

<sup>6</sup> ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares...*, op. cit. p. 15: “Hoy pueden considerarse a las preliminares como institución propia del Derecho español, que encuentra sus remotos orígenes en el Derecho Romano, de onde pasó a las Partidas, recibiendo una amplia y casuística regulación, aunque hasta la codificación no se le dotó de una entidad propia, unificando y abstrayendo los supuestos en que se podían instar.” No mesmo sentido, PIETRO-CASTRO, L. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. T-I, Aranzadi, 1985, p. 334.

<sup>7</sup> LALINDE ABADIA, J. *Iniciación histórica al Derecho Español*, Barcelona, 1983, p. 899. Em idêntico sentido, DE LA OLIVA SANTOS, A., *Lecciones de Derecho Procesal Civil, II*, Barcelona, 1986, p. 208. E, ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares...*, op. cit. p. 16.

<sup>8</sup> Neste sentido, MONTERO AROCA, J., *Ensayos de Derecho Procesal*, J.M. Bosch Editora, Barcelona, 1996, p. 174: “Las Partidas son, sin duda, el momento jurídico más importante de nuestra historia, no superadas hasta ahora ni siquiera por la codificación, por lo menos en lo que se refiere a sua influencia y utilidad.”

<sup>9</sup> BANACLOCHE PALAO, J. *Las Diligencias preliminares*. Thomson-Civitas Editora, Madrid, 2003, p. 21.

<sup>10</sup> No Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, as diligências preliminares estão previstas na Parte Especial, Livro Segundo – Proceso Conocimiento – Capítulo II, entre os artigos 323 e 329. Na Argentina as diligências preliminares também possuem a característica de atos preparatórios anteriormente ao futuro processo. Todavia, diferentemente do ordenamento jurídico Espanhol, no legislador argentino a terminologia “diligências preliminares” está envolvida pelas diligências preparatórias do juízo, bem como pela produção antecipada de provas, constituindo, assim, os dois institutos uma espécie do gênero “diligências preliminares”.

(MANUEL HITTERS, J., *Análisis de la Prueba Anticipada en un Marco Global*, p. 1, <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:gBRHV0c20PAJ:www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp%3Fid%3D28916%26n%3Dprueba-anticipada%5B1%5D.pdf+&cd=2&hl=pt-PT&ct=clnk&gl=pt>)  
Acessado em 01.03.2018)

Primeira Instância com o objetivo de preparar o processo principal, através da obtenção de dados, fatos ou documentos para que o autor possa ingressar com uma ação civil.<sup>11</sup>

Embora, na maioria dos casos o sujeito que irá ingressar com a demanda judicial tenha conhecimento dos fatos, além de possuir as informações e os documentos necessários, em outras situações este acesso à justiça esbarra na ausência destes. Assim, as diligências preliminares surgem como um meio adequado para alcançar os dados imprescindíveis para ajuizar a futura ação.<sup>12</sup>

Ainda na questão conceitual das diligências preliminares, os dados relevantes para a propositura do processo estão vinculados, geralmente, à legitimidade passiva da futura ação, frente à qual se deve ajuizar a demanda principal.<sup>13</sup>

Corroborando este cenário introdutório, GARCIANDÍA GONZÁLEZ<sup>14</sup> ensina que o instituto das diligências preliminares é um mecanismo processual facultativo, dependendo da vontade do futuro autor de considerar necessária ou desnecessária a utilização deste meio para organizar o processo da maneira mais eficaz. Entretanto, ressalta que as diligências possuem, sempre, natureza prévia à ação.

Neste sentido, a jurisprudência espanhola<sup>15</sup> também se pronunciou a respeito da função das diligências preliminares, afirmando que o objetivo do artigo 256 e seguintes da LEC concretiza-se na preparação do processo, permitindo ao solicitante ter conhecimento de determinadas informações ou acesso a documentos específicos, evitando, assim, o ajuizamento de litígios judiciais infrutíferos, ou com objeto jurídico errôneo, ou até mesmo a constituição de uma relação jurídica equivocadamente constituída.

E com referência ao artigo 256 da LEC, a doutrina espanhola é unânime quanto à intenção da referida ferramenta, pois afirma que o escopo das diligências preliminares está prescrito na própria legislação, uma vez que a mencionada norma preceitua que este

---

<sup>11</sup> DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. *Derecho procesal Civil. El proceso de declaración*. Civitas, Madrid, 2004, p. 256. Neste mesmo sentido, DE LA OLIVA SANTOS, A., *Curso de Derecho Procesal Civil II, Parte Especial*, Terceira Edição, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, p. 38. E GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Civil I. El Proceso de Declaración. Parte General*, Terceira Edição, Colex, Madrid, 2010, p. 269.

<sup>12</sup> GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Civil...*, *op. cit.*, p. 270.

<sup>13</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., *Curso de Derecho Procesal Civil ...*, *op. cit.*, p. 38.

<sup>14</sup> GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P., *Comentários a la Ley de Enjuiciamiento Civil (Volumen I)*, coord. CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J.J., e TAPIA FERNÁNDEZ, I.) Thomson Reuters Editora, Pamplona, 2011, p. 1249.

<sup>15</sup> Audiência Provincial de Barcelona (Sección 13), Auto número 15/2009 de 22 de janeiro, AC 2009/1185, verificada em LLORENTE CABRELLES, L.-Ramón. *Las diligencias preliminares en el proceso civil: programa de doctorado: 3024 Estudios jurídicos, ciencias políticas y criminología*. Letrame Editora, 2017, p. 24.

mecanismo tem como fim a preparação do juízo posterior. Isto é, a expressão – “*Todo juicio podrá prepararse...*” – está vinculada à faculdade do futuro autor de requerer, antecipadamente ao processo, informações ou documentos sem os quais não será possível fundamentar corretamente o direito a ser perquirido.<sup>16</sup>

Além disso, a doutrina preconiza que as diligências preliminares não estão relacionadas com o processo cautelar ou com o objetivo de assegurar determinada prova, pois os seus fins legítimos são pura e simplesmente atos organizacionais para uma ação civil, não avançando na apreciação do mérito dos fatos ou dos documentos alcançados.<sup>17</sup>

E neste mesmo sentido, GARBERÍ LLOBREGAT<sup>18</sup> preceitua que além do intento comum das diligências preliminares, o qual contribui para a preparação do futuro processo, esta atividade organizacional possui um viés constitucional de acesso à justiça.

## 1.2. NATUREZA JURÍDICA.

Muito se tem analisado e debatido tanto na doutrina como na jurisprudência espanhola a respeito da natureza jurídica das diligências preliminares. Correntes há que defendem que tal instituto constitui um ato de jurisdição voluntária, e há, por outro lado, entendimentos que sustentam ser um ato de jurisdição contenciosa. É esta a primeira problemática gerada pelo mecanismo do ordenamento jurídico espanhol.

Contudo, são necessárias algumas considerações iniciais a respeito da distinção entre o processo de jurisdição voluntária e o processo de jurisdição contenciosa, para assim analisarmos a natureza jurídica das diligências preliminares.

O procedimento normal de uma ação civil pressupõe a existência de um conflito de interesses, de um litígio entre as partes (credor e devedor, proprietário e possuidor, locador e locatário, etc.). Logo, diante da necessidade de resolução desta lide é que se justifica o acesso à via judicial. O Tribunal é acionado para exercer a sua função jurisdicional própria, proferindo uma solução concreta para o conflito, razão pela qual estas situações são chamadas de processos de jurisdição contenciosa.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J. *Los Procesos Civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia. Tomo 2*, Bosch Editora, Barcelona, 2001, p. 850.

<sup>17</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J. *Los Procesos Civiles ...*, op. cit., p. 851.

<sup>18</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J. *Los Procesos Civiles ...*, op. cit., p. 851-852: “El hecho de que las diligencias preliminares coadyuven de algún modo a la preparación del juicio, de manera que de su adopción y práctica puede llegar a depender en muchas ocasiones la efectiva incoación del pleito, ha motivado el que alguna resolución judicial haya encontrado para las diligencias preliminares un fundamento constitucional.”

<sup>19</sup> PIMENTA, Paulo. *Processo Civil Declarativo*. 1 Edição, Almedina, Coimbra, 2014, p. 64.

Por outro lado, há circunstâncias em que não há um conflito entre as partes, senão um interesse fundamental juridicamente tutelado comum (ação de regulação do exercício das responsabilidades parentais, processo judicial de adoção, etc.), competindo ao Tribunal regular nos termos mais adequados para os interessados. São, assim, os processos de jurisdição voluntária.<sup>20</sup>

Neste sentido, a doutrina espanhola concebe a jurisdição voluntária como aquela atividade que é realizada pelos órgãos judiciais em garantia de um direito comum entre os sujeitos envolvidos, não constituindo um conflito de interesses entre as partes.<sup>21</sup>

A jurisdição voluntária é caracterizada de maneira distinta da jurisdição contenciosa, pois, conforme preceitua ORTELLS RAMOS<sup>22</sup>, neste procedimento voluntário há ausência dos seguintes elementos: falta de controvérsia, falta de verdadeiras partes, falta de um processo, e a não produção dos efeitos da coisa julgada.

Com isso, na dogmática espanhola o fator determinante que diferencia os atos de jurisdição voluntária dos atos de jurisdição contenciosa reside na circunstância de as decisões do primeiro ato não possuírem eficácia de coisa julgada.

O referido doutrinador espanhol sustenta que a jurisdição voluntária não produz eficácia negativa de coisa julgada, pois será possível a propositura de um processo subsequente sobre a mesma questão, independentemente do resultado da decisão proferida na atividade voluntária. Neste mesmo sentido, não produz também eficácia positiva, uma vez que os efeitos jurídico-materiais que são gerados não são vinculantes na resolução do mérito do processo subsequente.<sup>23</sup>

Dito isto, diante da ausência de controvérsia, da ausência de litígio, conforme preceitua o doutrinador português LEBRE DE FREITAS<sup>24</sup>, a categoria dos processos de jurisdição voluntária situam-se fora do processo civil, ainda que sejam regulados pelo diploma processual civil. Tal situação é verificada tanto em Portugal, como na Espanha e, também, no Brasil.

---

<sup>20</sup> PIMENTA, Paulo. *Processo Civil Declarativo... op. cit.*, p. 64. Neste mesmo sentido, ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito Processual Civil*. Volume I, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2017, p. 147. E THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume I, 56ª Edição, Editora Forense, São Paulo, Rio de Janeiro, 2015, p. 146.

<sup>21</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Procesal Civil*. 5ª Edição, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, p. 82.

<sup>22</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Procesal Civil... op. cit.*, p. 83-85. Neste mesmo sentido, em Portugal, FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil. Conceito e princípios gerais à luz do Novo Código*. 4ª Edição, GestLegal, Coimbra, 2017, p. 65-66.

<sup>23</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Procesal Civil... op. cit.*, p. 84.

<sup>24</sup> FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil... op. cit.* 63.

A doutrina portuguesa sustenta que estes procedimentos voluntários são submetidos à apreciação dos Tribunais para que haja uma avaliação minuciosa dos interesses particulares em questão. Entretanto, a atividade exercida pelo Tribunal caracteriza, não um exercício da função jurisdicional, mas somente o exercício de uma função administrativa do juiz.<sup>25</sup>

E, não diferenciando deste cenário, no Brasil, o Código de Processo Civil (CPC/BR), preceitua que a jurisdição das ações civis poderá ser contenciosa ou voluntária, por força do artigo 719.<sup>26</sup>

Neste sentido, a doutrina brasileira aponta como característica do procedimento de jurisdição contenciosa a existência de um litígio entre as partes, que resultará em uma sentença que irá favorecer uma parte em detrimento da outra. Na voluntária, há a possibilidade de esta sentença favorecer ambos os sujeitos da relação.<sup>27</sup>

E, assim, a dogmática processual civil brasileira conceitua a jurisdição voluntária como uma “atividade estatal de integração e fiscalização.”<sup>28</sup> Há um interesse comum dos interessados e, para que este produza uma situação jurídica, é necessário acionar o poder judiciário que irá realizar o papel fiscalizatório dos requisitos normativos para, então, conceder o efeito jurídico aspirado pelos interessados.<sup>29</sup>

Ademais, a doutrina brasileira defende, corretamente, a terminologia ‘procedimento’ para os atos de jurisdição voluntária, porquanto, não havendo lide, não há como falar em processo, mas tão somente em procedimentos. E, desta forma, os sujeitos destas atividades não são chamados de partes, mas sim de interessados.<sup>30</sup>

Desta forma, podemos dizer que a jurisdição voluntária tem por objetivo, não que o Tribunal profira uma decisão apontando qual dos sujeitos interessados tem razão, mas

---

<sup>25</sup> FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil... op. cit.*, p. 64.

<sup>26</sup> Código de Processo Civil Brasileiro. Art. 719. Quando este Código não estabelecer procedimento especial, regem os procedimentos de jurisdição voluntária as disposições constantes desta Seção.

<sup>27</sup> GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil*. (Coord., LENZA, Pedro), 6 Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2016, p. 104. Em igual sentido, THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume I..., *op. cit.*, p. 146.

<sup>28</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume 1, 17.<sup>a</sup> Edição, Jus Podivm, Salvador, 2015, p. 186.

<sup>29</sup> Idem. Neste mesmo sentido, GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 11: “Jurisdição voluntária é uma modalidade de atividade estatal ou judicial em que o órgão que a exerce tutela assistencialmente interesses particulares, concorrendo com o seu conhecimento ou com a sua vontade para o nascimento, a validade ou a eficácia de um ato da vida privada, para a formação, o desenvolvimento, a documentação ou a extinção de uma relação jurídica ou para a eficácia de uma situação fática ou jurídica”.

<sup>30</sup> THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume I..., *op. cit.*, p. 146.

que “tome determinadas providências que são necessárias para a proteção de um ou ambos os sujeitos da relação processual.”<sup>31</sup>

Dito isto, e retomando a questão da natureza jurídica das diligências preliminares, há correntes doutrinárias espanholas<sup>32</sup> que defendem que este instituto preparatório da LEC é um ato de jurisdição voluntária, porquanto – sustentam essas correntes – a decisão do Tribunal não apresentará nenhuma resolução quanto à futura controvérsia jurídica. Em outras palavras, há ausência de litígio.<sup>33</sup>

Corroborando esta corrente doutrinária, ARMENTA DEU<sup>34</sup> assevera que, embora a ferramenta das diligências preliminares possua uma veia judicial, porquanto a solicitação é dirigida ao Tribunal – e desta solicitação há uma decisão –, aquela carece de consequências jurisdicionais, compondo, assim, ato de jurisdição voluntária.

E neste mesmo sentido a jurisprudência espanhola também se tem pronunciado quanto à natureza jurídica voluntária do referido instituto,<sup>35</sup> pois afirmou que as diligências preliminares não estão sujeitas a julgamento final ou declarações de direitos, motivo pelo qual devem ser consideradas como atos de jurisdição voluntária com a característica de preparar uma ação civil.

Por outro lado, em 11 de novembro de 2002<sup>36</sup>, o Tribunal Supremo da Espanha (TS) consagrou as diligências preliminares como um ato de jurisdição contenciosa, ao sustentar que este mecanismo processual apresenta atuações de caráter jurisdicional, pois o

---

<sup>31</sup> GONÇALVEZ, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil...*, op. cit., p. 104.

<sup>32</sup> GARCIA DÍAZ GONZÁLEZ, P., *Comentários a la Ley de Enjuiciamiento Civil ...*, op. cit., p. 1249: “Hablamos de actividades de carácter judicial y no jurisdiccional, ya que, según ha subrayado un sector mayoritario de nuestra doctrina en alusión a su naturaleza jurídica, estamos ante actos de jurisdicción voluntaria, en los que el tribunal no dicta resolución alguna que decida sobre una controversia.”

<sup>33</sup> HERCE QUEMADA, V. *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Madrid, 1979, p. 166.

<sup>34</sup> ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Civil. Proceso de Declaración, Proceso de Ejecución y Procesos Especiales*. Quinta Edição. Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 137: “Carecen de carácter jurisdiccional, constituyendo actos de jurisdicción voluntaria aunque tengan lugar en presencia judicial.” Neste mesmo sentido, DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. *Derecho Procesal Civil...*, op. cit., p. 256.

<sup>35</sup> LLORENTE CABRELLES, L.-Ramón. *Las diligencias preliminares en el proceso civil...*, op. cit., p. 27: “Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1), Sentencia número 406/1999 de 15 de outubro, AC 1999/2313: “las diligencias preliminares son unos procedimientos en los que no recae resolución judicial, ni se producen declaraciones de derechos, con lo que han de considerarse como actuaciones de jurisdicción voluntaria establecidas con carácter general, «todo juicio podrá prepararse» dice el art. 497 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, -también el actual 256.1 LEC – para facilitar el ulterior proceso.”

<sup>36</sup> Auto de 11 de noviembre de 2002 (TJ 2003\575): “... Pueden considerarse las Diligencias Preliminares como el conjunto de actuaciones de carácter jurisdiccional por las que se pide al Juzgado de Primera Instancia competente la práctica de concretas actuaciones para resolver los datos indispensables para que el futuro juicio pueda tener eficacia.”

Tribunal de Primeira Instância é acionado para solucionar questões relativas à organização do processo principal.

Neste sentido, ALVAREZ ALARCÓN<sup>37</sup> defende que o instituto das diligências preliminares tem natureza jurídica contenciosa, uma vez que enseja resoluções judiciais, apontando direitos e deveres no momento em que o juízo determina que o requerido apresente os documentos solicitados, ou quando profere decisão referente às declarações daquele que figurou como requerido nas atividades preparatórias.

No intuito de defender a natureza jurídica contenciosa das diligências preliminares, o referido doutrinador vai mais além. Com efeito, alega que a característica de voluntariedade se encontra, não só no procedimento preliminar, senão em todos os atos do processo civil, pois estão em causa atividades que necessitam da vontade das partes para serem efetivadas, como, por exemplo, o simples ajuizamento de uma demanda.<sup>38</sup>

E para enriquecer a questão de as atividades preliminares constituírem ato de jurisdição contenciosa, BANACLOCHE PALAO<sup>39</sup> refere que as diligências constituem uma prática não só judicial, mas também jurisdicional. Judicial porque é necessário o auxílio do órgão judiciário quando o interessado não alcança a informação ou o documento pertinente por seus próprios meios. E jurisdicional porque o auxílio judicial está devidamente implícito.

Além disso, ÁLVAREZ ALARCÓN<sup>40</sup> ensina que atos de jurisdição voluntária não apresentam os efeitos de coisa julgada, possuindo muito mais um caráter administrativo do que judicial. Este fato justifica a não ocorrência das diligências preliminares, pois assevera que, quando o Tribunal de Primeira Instância denega a solicitação de uma determinada diligência preliminar, ocorre o efeito da coisa julgada, não podendo ser apresentada nova solicitação sobre a mesma questão.

---

<sup>37</sup> ALVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares ...*, op. cit. p. 56: “A mi modo de ver, en las diligencias preliminares se desarrolla una auténtica actividade jurisdiccional en cuanto que se producen resoluciones judiciales en las que se declaran derechos y deberes: el Juez decide sobre las preliminares, disponiendo la obligación de exhibir, y los limites de la misma.”

<sup>38</sup> ALVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares ...*, op. cit. p. 56.

<sup>39</sup> BANACLOCHE PALAO, J. *Las Diligencias ...*, op. cit., p. 31: “El carácter judicial de estas diligencias es incuestionable, porque uno de sus aspectos característicos estriba en que la información que se pretende obtener con ella no la pueden conseguir los sujetos interesados por sus propios medios, sino que necesitan impetrar el auxilio judicial. Actividad de los tribunales debe existir, pues, en todo caso.”

<sup>40</sup> ALVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares ...*, op. cit. p. 56-57.

Entretanto, o mesmo autor esclarece que a coisa julgada está relacionada tão somente com o requerimento da diligência preliminar, pois tal situação poderá ser solicitada no processo principal, mas agora como mérito de uma prova e não como atividade preparatória.<sup>41</sup>

Embora não haja unanimidade entre a doutrina e a jurisprudência quanto à natureza jurídica desta ferramenta, é necessário esclarecer, conforme preceitua GARBERÍ LLOBREGAT<sup>42</sup>, que as diligências preliminares não constituem atividades com a capacidade de se obter uma prova antecipada dos fatos que irão formar o objeto do processo principal, nem mesmo o asseguramento dessa prova, tendo em conta que a *Ley de Enjuiciamiento Civil* contempla outros instrumentos processuais específicos para obter as referidas finalidades probatórias (conforme será abordado *infra*).

Em nosso entender, à partida é precoce adotar uma corrente doutrinária em detrimento de outro entendimento dogmático, pois a análise da natureza jurídica das diligências preliminares deve ir além do que já foi exposto. É necessário, também, analisar todos os pressupostos que englobam o referido mecanismo processual, para então firmarmos um posicionamento adequado.

Assim, passaremos, primeiramente, à análise das demais características das diligências preliminares, para, ao final, nos posicionarmos de forma concreta quanto à sua natureza jurídica.

### 1.3. DISTINÇÃO DAS FIGURAS SIMILARES.

Conforme assinalado anteriormente, as diligências preliminares são atuações realizadas antes do início do processo principal, com a finalidade de obter informações ou documentos que permitam uma correta e efetiva configuração do futuro litígio processual.

Assim, esta peculiaridade organizacional das atuações preliminares é que a diferencia dos outros institutos processuais, os quais também possuem caráter instrumental

---

<sup>41</sup> ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares ...*, op. cit. p. 57: “En el proceso principal quizás se pueda conceder la diligencia que preliminarmente se pidió y no se concedió, pero eso no afecta a la cosa juzgada, pues lo que se denegó era una diligencia preliminar, mientras que lo que se conceda en el proceso principal será la práctica de una prueba.”

<sup>42</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las diligencias preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 28.

e podem ser realizados previamente ao processo, mas não se confundem com as diligências preliminares. Tais institutos referem-se às medidas cautelares e à produção antecipada da prova.<sup>43</sup>

### 1.3.1. MEDIDAS CAUTELARES.

A *Ley de Enjuiciamiento Civil* preceitua o procedimento cautelar no Livro III – “*La Ejecución Forzosa y Las Medidas Cautelares*”, Título VI – “*De las medidas cautelares*”, entre os Capítulos I e V, especialmente entre os artigos 721 a 747.

Conforme vimos, o mecanismo processual das medidas cautelares é muito amplo e profundamente regrado no ordenamento jurídico espanhol, razão pela qual iremos nos restringir apenas ao seu conceito, à finalidade, e a determinadas e específicas características, com o objetivo de diferenciá-lo das diligências preliminares, mas comparando-o com figuras processuais existentes em outros diplomas processuais civis.

Conforme assinalado pela doutrina espanhola, as medidas cautelares são aquelas figuras que têm finalidade assecuratória. Em outras palavras, têm o intuito de resguardar a efetividade da futura sentença do processo, diante da possibilidade de incumprimento por parte do demandado.<sup>44</sup>

Tal instituto pode ser requerido ao Tribunal antes da propositura<sup>45</sup> da demanda, para assegurar determinada pretensão, desde que haja perigo na demora do procedimento processual.<sup>46</sup> Logo, a diferença basilar entre esta ferramenta e as diligências preliminares está na respetiva função de cada uma: enquanto esta é para assegurar uma pretensão, a outra é para organizar da forma mais efetiva uma futura pretensão judicial.

Além disso, como preceitua BANACLOCHE PALAO<sup>47</sup>, as medidas cautelares não têm como objetivo obter determinada informação, dados ou documentos para preparar o processo, mas sim garantir que esta pretensão, se for positiva, seja eficaz no final do referido processo.

---

<sup>43</sup> Com base em BANACLOCHE PALAO, J. *Las Diligencias ...*, *op. cit.*, p. 38.

<sup>44</sup> GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Civil I...*, *op. cit.*, p. 289.

<sup>45</sup> Mas as medidas cautelares do Direito Espanhol podem também ser requeridas durante o curso de um processo já devidamente ajuizado.

<sup>46</sup> GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Civil I...*, *op. cit.*, p. 289.

<sup>47</sup> BANACLOCHE PALAO, J. *Las Diligencias ...*, *op. cit.*, p. 40-41.

Outra distinção existente entre o procedimento cautelar e as diligências preliminares diz respeito à competência do Tribunal, tendo em conta que aquele que apresentar solicitação de medidas cautelares deverá, consoante preconiza o artigo 723.1º da LEC<sup>48</sup>, requerê-las no Tribunal competente para conhecer a ação civil. Isto, diferentemente do que ocorre com as diligências preliminares, pois o Juízo que proferir decisão a respeito destas não será necessariamente o mesmo que irá julgar o processo principal.

Com o objetivo de posteriormente demonstrarmos a (in)viabilidade de incorporar as diligências preliminares em outros ordenamentos jurídicos como Portugal e o Brasil, é necessário mencionarmos, também, como este processo cautelar e a produção antecipada de prova são conceituados e caracterizados nos referidos países.

Em Portugal, as medidas cautelares estão previstas no Código de Processo Civil no seu Título IV do Livro II – “Dos procedimentos cautelares”, entre os Capítulos I e II, sendo o primeiro destinado ao “Procedimento Cautelar Comum” e o segundo aos “Procedimentos cautelares especificados”, ambos abrangidos entre os artigos 362 a 409.

E, tal como em Espanha, a função do referido mecanismo cautelar é “sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado.”<sup>49</sup>

Veja-se, com isso, que em Portugal o objetivo das medidas cautelares também é assecuratório, de forma a resguardar a pretensão de um direito, razão pela qual a doutrina portuguesa sustenta que, para que tal medida seja deferida, é necessária a concorrência dos seguintes requisitos: “a) que muito provavelmente exista o direito tido por ameaçado – objeto de acção declarativa –, ou que venha a emergir de decisão a proferir em acção constitutiva, já proposta ou a propor; b) que haja fundado receio de que outrem antes de proferida decisão de mérito, ou porque a acção não está sequer proposta ou porque ainda se encontra pendente, cause lesão grave e dificilmente reparável a tal direito; c) que ao caso não convenha nenhuma das providências tipificadas nos arts. 377 a 409 do CPC; d) que a providência requerida seja adequada a remover o *periculum in mora* concretamente

---

<sup>48</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil Artículo 723. Competencia 1. Será Tribunal competente para conocer de las solicitudes sobre medidas cautelares el que esté conociendo del asunto en primera instancia o, si el proceso no se hubiese iniciado, el que sea competente para conocer de la demanda principal.

<sup>49</sup> Código de Processo Civil de Portugal. Artigo 362, 1.

verificado e a assegurar a efectividade do direito ameaçado; e) que o prejuízo resultante da providência não exceda o dano que com ela se quis evitar.”<sup>50</sup>

Neste sentido, as medidas cautelares do ordenamento jurídico português, diante do seu caráter provisório, precário e acessório, estarão dependentes, conforme preceitua ALMEIDA<sup>51</sup>, “da causa que tenha por fundamento o direito acautelado”, podendo ser instauradas ou como um procedimento preliminar ou como um incidente, seja de uma ação declarativa ou executiva, a qual pode ter sido já proposta, ou estar para ser, consoante preconiza o artigo 364, número 1º do CPC/PT.

Além disso, o referido doutrinador sustenta que esta ferramenta processual cautelar é juridicamente qualificada como “meios processuais acessórios” e, conseqüentemente, a demanda efetiva como “meios processuais principais”<sup>52</sup>, em virtude de aquela depender instrumentalmente desta. Assim, o processo cautelar apresenta uma estrutura célere e singela e deve ser decidido em primeira instância no prazo máximo de 02 (dois) meses, quando houver a citação do requerido, e de 15 (quinze) dias, se esta citação não ocorrer, conforme previsto nos números 1º e 2º do artigo 363 do CPC/PT.<sup>53</sup>

Ademais, no procedimento cautelar é possível evidenciar a incidência do princípio do contraditório<sup>54</sup>, porquanto, como regra geral e consoante previsto no artigo 366, número 1º do CPC/PT, antes de decidir a respeito de qualquer concessão cautelar, o Tribunal tem o dever de ouvir aquele sujeito que figura como requerido neste procedimento.<sup>55</sup>

A doutrina portuguesa preceitua ainda que as medidas cautelares poderão ser conservatórias ou antecipatórias. LEBRE DE FREITAS e ISABEL ALEXANDRE<sup>56</sup> explicam que providência conservatória é “aquela que visa manter inalterada a situação, de facto ou de direito, existente, evitando alterações prejudiciais.” Já a antecipatória, é “aquela que

---

<sup>50</sup> Cfr. NETO, Abílio. *Novo Código de Processo Civil Anotado*, 2 Edição Revista e Ampliada, Ediforum, 2014, p. 415.

<sup>51</sup> ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito Processual Civil*. Volume I... *op. cit.*, p. 204.

<sup>52</sup> ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito Processual Civil*. Volume I... *op. cit.*, p. 205.

<sup>53</sup> *Idem.*

<sup>54</sup> Princípio do contraditório devidamente consagrado no CPC/PT no seu artigo 3: Necessidade do pedido e da contração. 1 - O tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a ação pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição.

<sup>55</sup> ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito Processual Civil*. Volume I..., *op. cit.*, p. 210.

<sup>56</sup> FREITAS, José Lebre de. ALEXANDRE, Isabel. *Código de Processo Civil Anotado*. Volume 2, 3 Edição, Almedina, 2017, p. 09-10.

antecipa a decisão ou uma providência executiva futura, sem prejuízo de, no primeiro caso, poder também antecipar, de outro modo, a realização do direito acautelado.”<sup>57</sup>

Diante de tais requisitos do direito processual civil português, podemos concluir que o referido instituto das medidas cautelares também se diferencia das diligências preliminares da LEC. Efetivamente, com base no primeiro pressuposto das cautelares, este diz respeito ao asseguramento de um direito considerado ameaçado, situação que não configura uma condicionante nas atividades preliminares do ordenamento jurídico espanhol.

Além disso, as medidas cautelares são anteriores ao processo posterior, mas também podem ser requeridas no decurso deste, desde que haja fundados receios de que alguém cause lesão grave de difícil reparação ao direito pleiteado. Já nas diligências preliminares, não é possível a sua solicitação durante um trâmite processual, pois, conforme reiteradamente destacado, o seu objetivo é organizar a futura demanda e não resguardar qualquer pretensão.

No Brasil, por sua vez, o Código de Processo Civil de 1973 passou por uma reforma legislativa e, diante da Lei 13.105 de 2015, as medidas cautelares até então previstas no antigo diploma legal passaram a estar consagradas no Código de Processo Civil 2015 como tutela provisória, sendo estas subdivididas em tutela de urgência e tutela de evidência, especificadamente no Livro V, Títulos I, II e III, entre os artigos 294 a 311.

É sabido que a morosidade processual é problema com que atualmente diversos países se debatem, em especial o Brasil. Daí que, na mira de diminuir as consequências negativas da morosidade em uma demanda judicial, o legislador brasileiro tenha procurado como alternativa a antecipação provisória dos resultados da tutela definitiva<sup>58</sup>.

Desta forma, conforme nos ensina DIDIER JR.<sup>59</sup>, a função primordial da tutela provisória “é abrandar os males do tempo e garantir a efetividade da jurisdição (os efeitos da tutela).” Representam soluções imediatas para evitar ou reduzir os prejuízos gerados à parte pela espera, sempre longa, do fim do processo.<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> Idem.

<sup>58</sup> Por tutela definitiva, podemos dizer que é “aquela obtida com base em cognição exauriente, com profundo debate acerca do objeto da decisão, garantindo-se o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. É predisposta a produzir resultados imutáveis, cristalizados pela coisa julgada. É espécie de tutela que prestigia, sobretudo, a segurança jurídica.”(DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Volume 2, 10 Edição, Editora Jus Podivm, Salvador, 2015, p. 561-562)

<sup>59</sup> DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Volume 2..., *op. cit.*, p. 567.

<sup>60</sup> THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume I..., *op. cit.*, p. 609.

Além disso, o referido doutrinador brasileiro mostra que a tutela provisória se manifesta em três características básicas: “a) a sumariedade da cognição; b) a precariedade; c) por ser baseada na cognição sumária e precária, é inapta a tornar-se indiscutível pela coisa julgada.”<sup>61</sup>

Assim, conforme preceitua a própria legislação processual civil brasileira, artigo 294 do CPC/BR<sup>62</sup>, tanto a tutela de urgência como a tutela de evidência são espécies da tutela provisória. São atividades realizadas antes do encerramento do processo e as decisões originadas dessas atuações serão confirmadas ou não no provimento final.

A diferença das espécies de tutela figura entre os requisitos. A tutela de urgência está relacionada com a expectativa do direito e perigo na demora, isto é, perigo de dano à resolução final do processo. Já a tutela de evidência tem como requisito somente a possibilidade de um direito; o tempo não é relevante.<sup>63</sup>

Além disso, a tutela provisória de urgência poderá ser classificada como antecipada ou como cautelar. Ambas têm como pressupostos a expectativa do direito e o perigo de dano ao resultado útil do processo. A diferença manifesta-se no conteúdo: se for para proteger ou assegurar determinado resultado, será cautelar; se for satisfativo, a tutela será antecipada.<sup>64</sup>

Quanto ao julgamento da pretensão à tutela provisória, THEODORO JR.<sup>65</sup> ensina que esta pode ser requerida de forma liminar ou incidental, percorrendo os pressupostos processuais, com contraditório e instrução, finalizando-se através de uma decisão interlocutória que irá conceder ou denegar o pedido tutelado.

Além disso, o doutrinador brasileiro esclarece que esta resolução judicial não apresenta os efeitos da coisa julgada. “Isso porque as tutelas, embora simplifiquem o procedimento, conferindo provimento imediato à parte que se acha numa situação de

---

<sup>61</sup> Para maiores esclarecimentos, cfr. DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Volume 2..., *op. cit.*, p. 568.

<sup>62</sup> Código de Processo Civil Brasileiro. Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

<sup>63</sup> Com base em DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Volume 2..., *op. cit.*, p. 570: “As tutelas provisórias de urgência pressupõem a demonstração de “probabilidade do direito” e do “perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo”. A tutela provisória de evidência pressupõe a demonstração de que as afirmações de fato estejam comprovadas, tornando o direito evidente, examinado mais à frente.”

<sup>64</sup> Idem: “A urgência pode servir de fundamento à concessão da tutela provisória cautelar ou satisfativa.” (...) “Assim, para pedir tutela provisória satisfativa, é preciso alegar e demonstrar urgência ou evidência; mas a tutela provisória cautelar somente pode ser pleiteada em situações de urgência. Isso se dá porque a urgência é inerente à tutela cautelar.”

<sup>65</sup> THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume I..., *op. cit.*, p. 695.

vantagem aparentemente tutelada pela ordem jurídica material, não têm a pretensão de decidir definitivamente o litígio.”<sup>66</sup> O objetivo das tutelas provisórias limita-se à supressão do perigo de dano decorrente da morosidade processual para obter o resultado definitivo.

Com isso, conclui-se que o requerimento cautelar, diferentemente das diligências preliminares da LEC, “consiste na medida mais adequada a afastar o perigo de dano ao direito indiciado, seja antecipatória, seja de segurança ou conservatória.”<sup>67</sup>

### 1.3.2. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS.

O instituto processual da produção antecipada de provas, assim denominado tanto no ordenamento jurídico brasileiro como no ordenamento português – os quais serão posteriormente analisados –, recebe o nome simplesmente de prova antecipada na *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola.

Na LEC, “*la prueba anticipada*” está prevista no Capítulo V – “*De la prueba: disposiciones generales*”, Seção Quarta – “*De la anticipación y del aseguramiento de la prueba*”, do Título I, Livro II – “*Disposiciones comunes a los procesos declarativos* – entre os artigos 293 e 296, sendo considerada pela doutrina um incidente processual prévio ao ajuizamento da demanda principal.<sup>68</sup>

Com isso, GIMENO SENDRA<sup>69</sup> considera o referido mecanismo como um incidente excepcional do procedimento probatório que consiste em proporcionar e praticar uma determinada prova previamente à apresentação do futuro processo, por receio fundado de que, em razão de pessoas ou pelo estado de determinada coisa, a prova pretendida não possa ser produzida no momento processual previsto legalmente.<sup>70</sup>

Assim, embora as diligências preliminares e a prova antecipada se assemelhem na prática, pois em ambos os institutos é possível obter dados relevantes para o processamento da ação civil, a doutrina apresenta distinções entre as referidas ferramentas normativas.

---

<sup>66</sup> Idem.

<sup>67</sup> PINTO, Rui. *Notas ao Código de Processo Civil*. Coimbra Editora, 2014, p. 216.

<sup>68</sup> SILVOSA TALLÓN, J. M., *El abogado frente a las diligencias preliminares...*, *op. cit.*, p. 35.

<sup>69</sup> GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Civil I...*, *op. cit.*, p. 284.

<sup>70</sup> Conforme previsto no artigo 293.1 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*: “Artículo 293. Casos y causas de anticipación de la prueba. Competencia 1. Previamente a la iniciación de cualquier proceso, el que pretenda incoarlo, o cualquiera de las partes durante el curso del mismo, podrá solicitar del Tribunal la práctica anticipada de algún acto de prueba, cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, dichos actos no puedan realizarse en el momento procesal generalmente previsto.”

A primeira diferença encontra-se na própria finalidade e fundamento de cada atuação, pois as diligências preliminares têm por fim evitar erros indesejados na configuração e organização do processo principal, ao ter acesso a informações essenciais referentes ao objeto que se pretende tutelar, evitando-se desta forma demandas judiciais inúteis ou infrutíferas.

A prova antecipada<sup>71</sup>, por sua vez, tem como finalidade proteger determinada prova suscetível de ser perdida antes do momento probatório legalmente previsto, a qual será capaz de fornecer dados relevantes para a reconstituição de fatos alegados.<sup>72</sup>

Além disso, outra diferença prevista pela doutrina espanhola prende-se com a questão do contraditório evidenciado na prova antecipada e ausente nas diligências preliminares.

Neste sentido, SILVOSA TALLÓN<sup>73</sup> sustenta que no instituto da prova antecipada existe o contraditório entre as partes e todas as garantias que este princípio implica. Já nas atividades preliminares, conforme sustenta o referido doutrinador, o contraditório não é evidente, gerando, assim, uma disparidade processual entre o solicitante e o solicitado.

No Brasil, a produção antecipada da prova está prevista na Parte Especial do Código de Processo Civil (Lei 13.105 de 2015), especificamente no Livro I – “Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença”, Título I – “Do Procedimento Comum”, Capítulo XII – “Das Provas”, Seção II – “Da Produção Antecipada da Prova”, entre os artigos 381 e 383.<sup>74</sup>

---

<sup>71</sup> No ordenamento jurídico espanhol, há também a figura de asseguramento, conservação da prova prevista no artigo 297.1 da LEC e, conforme preceitua GIMENO SENDRA, o asseguramento da prova é uma medida excepcional, que tem por objetivo assegurar ou conservar a fonte de uma prova que pode ser afetada e, assim, impedir a sua prática no momento oportuno para tanto. A prova não é praticada; apenas são acordadas medidas necessárias para conservar a fonte da prova. A sua solicitação só é concedida quando o solicitante comprovar a impossibilidade da sua prática no momento legalmente previsto. (GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Civil...*, *op. cit.*, p. 285. Em igual sentido, SILVOSA TALLÓN, J. M., *El abogado frente a las diligencias preliminares...*, *op. cit.*, p. 36; e BANACLOCHE PALAO, J. *Las Diligencias preliminares...*, *op. cit.*, p. 40.)

<sup>72</sup> BANACLOCHE PALAO, J. *Las Diligencias preliminares...*, *op. cit.*, p. 39.

<sup>73</sup> SILVOSA TALLÓN, J. M., *El abogado frente a las diligencias preliminares...* *op. cit.*, p. 35-36.

<sup>74</sup> Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015): Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que: I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação. § 1º O arrolamento de bens observará o disposto nesta Seção quando tiver por finalidade apenas a realização de documentação e não a prática de atos de apreensão. § 2º A produção antecipada da prova é da competência do juízo do foro onde esta deva ser produzida ou do foro de domicílio do réu. § 3º A produção antecipada da prova não previne a competência do juízo para a ação que venha a ser proposta. § 4º O juízo estadual tem competência para produção antecipada de prova requerida em

Não se diferenciando da prova antecipada do diploma processual civil espanhol, a doutrina brasileira conceitua este instituto como uma proteção à prova, visando resguardar futura e eventual produção probatória, ou para permitir, diante da prova, a prevenção de um processo.<sup>75</sup>

Além disso, MARINONI, ARENHART e MITIDIERO asseveram que, no ordenamento jurídico brasileiro, a medida da produção antecipada da prova poderá, ter ou não caráter contencioso, consoante preconiza o artigo 382, § 2º do Código de Processo Civil Brasileiro (CPC/BR).<sup>76</sup>

A produção antecipada da prova de característica não contenciosa<sup>77</sup> será aquela atuação com a finalidade única de documentação do interessado. Em outras palavras, quando a produção da prova seja apenas para proteção de direitos do futuro autor, poderá servir-se deste instituto. Além disso, nestas atividades não é necessária menção a qualquer demanda ou pretensão de processo judicial, sendo somente necessária a existência de fundamento para o requerimento da prova.<sup>78</sup>

E os referidos doutrinadores vão mais além, pois disciplinam que nesta atividade da produção antecipada da prova, diante do seu caráter não contencioso, não é necessária a

---

face da União, de entidade autárquica ou de empresa pública federal se, na localidade, não houver vara federal. § 5º Aplica-se o disposto nesta Seção àquele que pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica para simples documento e sem caráter contencioso, que exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção.

Art. 382. Na petição, o requerente apresentará as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair. § 1º O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a citação de interessados na produção da prova ou no fato a ser provado, salvo se inexistente caráter contencioso. § 2º O juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas. § 3º Os interessados poderão requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato, salvo se a sua produção conjunta acarretar excessiva demora. § 4º Neste procedimento, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário.

Art. 383. Os autos permanecerão em cartório durante 1 (um) mês para extração de cópias e certidões pelos interessados. Parágrafo único. Findo o prazo, os autos serão entregues ao promovente da medida.

<sup>75</sup> MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 406.

<sup>76</sup> MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Volume 2. Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 308.

<sup>77</sup> Neste sentido, FUGA, Bruno A. S., *A Prova no Processo Civil. Principais inovações e aspectos contraditórios*. 1 Ed., Birigui: Boreal Editora, 2016, p. 46 preceitua que: “A parte autora, mesmo existindo a possibilidade de produção da prova sem caráter contencioso, deverá sempre que possível e necessário indicar todos os interessados em eventual ação “principal” a ser proposta, pois do contrário os efeitos da produção poderão ser questionados na ação principal por ferir o princípio do contraditório.”

<sup>78</sup> MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil...*, op. cit., p. 308.

citação de outros sujeitos, conforme previsão legal do § 1º do referido artigo 381 do CPC/BR. Dito isto, o procedimento de produção da prova limita-se somente aos interesses daquele que se socorre desta medida; a este procedimento segue-se o deferimento e realização da prova pelo órgão judicial, restando os autos pertencentes em cartório, por força da previsão legal do parágrafo único do artigo 383 do mesmo diploma processual civil.<sup>79</sup>

Por outro lado, conforme preceitua o próprio Código de Processo Civil nos incisos do artigo 381, a produção antecipada de prova com caráter contencioso será admitida em 03 (três) situações: “I – haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; II – a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; III – o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento da ação.”<sup>80</sup>

Analisa-se com isso – conforme ocorre no ordenamento jurídico espanhol – as produções de provas previstas nos incisos do referido art. 381 do CPC/BR, especialmente a do inciso primeiro; a finalidade destas medidas é evitar a perda ou perecimento de determinada prova, caso seja aguardado o momento processual adequado para as referidas produções.<sup>81</sup>

Ainda quanto às atividades pertencentes à produção da prova com caráter contencioso, DIDIER<sup>82</sup> aponta o inciso segundo do artigo 381 do CPC/BR como a novidade da reforma processual ocorrida no Brasil no ano de 2015, pois através da produção antecipada da prova surge o fato de, diante da realização da prova, nascer a possibilidade de solucionar a situação por meio da autocomposição. Nas palavras do doutrinador: “não se pressupõe urgência, muito menos risco de que a prova não possa ser produzida futuramente. Estimula-se a propositura da ação probatória autônoma, na esperança de que a prova produzida estimule as partes a resolver o problema consensualmente”.<sup>83</sup>

Vê-se, desta forma, que o mecanismo processual da produção antecipada da prova do Brasil muito se assemelha à prova antecipada do ordenamento jurídico espanhol. Porém, também é, distinto das diligências preliminares, uma vez que estas sempre serão

---

<sup>79</sup> MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil...*, op. cit., p. 308.

<sup>80</sup> Conforme o artigo 381 do Código de Processo Civil do Brasil. (Lei 13105/2015).

<sup>81</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Volume 2... op. cit., p. 138.

<sup>82</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Volume 2... op. cit., p. 140.

<sup>83</sup> Idem.

prévias ao processo principal, não admitindo, em nenhuma hipótese, que seja encarado como um incidente processual, durante o curso de uma demanda, conforme é possível na produção antecipada da prova.<sup>84</sup>

Portugal também prevê em seu Código de Processo Civil (Lei 41/2013) o mecanismo da produção antecipada de prova, previsto no Livro II – “Do Processo Geral”, Título V – “Da instrução do processo”, Capítulo I – “Disposições gerais”, especificamente no artigo 419.<sup>85</sup>

E, não se diferenciando do entendimento dos outros ordenamentos jurídicos analisados até então, no que diz respeito ao conceito da produção antecipada da prova, a doutrina portuguesa manifesta-se no sentido de este instituto ter por finalidade basilar a proteção do direito à prova.<sup>86</sup>

Neste sentido, a produção antecipada de prova, em Portugal, surge devidamente designada como uma providência de “asseguração de provas e as provas assim obtidas ou produzidas são conceituadas de provas para memória futura ou *ad perpetuam rei memoriam*.”<sup>87</sup>

Este procedimento antecipatório da prova pode ser solicitado tanto durante o curso de uma demanda judicial, sendo desta forma uma possibilidade legal concedida tanto para o autor quanto para o réu, como de maneira preliminar ao efetivo processo. Sendo proposto antes da ação, o réu, assim como o autor, poderão valer-se desta ferramenta; entretanto, para aquele será para garantir que determinada prova para a sua defesa não desapareça.<sup>88</sup>

Ademais, a doutrina portuguesa destaca também que, diante do caráter urgente evidente na produção antecipada de provas, esta pode ser requerida inclusive durante o recesso forense dos Tribunais, no intuito de evitar um dano irreparável.<sup>89</sup> Esta situação não

---

<sup>84</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Volume 2... *op. cit.*, p. 138.

<sup>85</sup> Código de Processo Civil (Lei 41/2013). “Artigo 419: Havendo justo receio de vir a tornar-se impossível ou muito difícil o depoimento de certas pessoas ou a verificação de certos factos por meio de perícia ou inspeção, pode o depoimento, a perícia ou a inspeção realizar-se antecipadamente e até antes de ser proposta a ação.”

<sup>86</sup> PINTO, Rui. *Notas ao Código de Processo Civil...*, *op. cit.*, p. 256.

<sup>87</sup> Cfr. ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito Processual Civil*. Volume II... *op. cit.*, p. 254.

<sup>88</sup> ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito Processual Civil*. Volume II... *op. cit.*, p. 255.

<sup>89</sup> ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito Processual Civil*. Volume II... *op. cit.*, p. 256. E FREITAS, José Lebre de. ALEXANDRE, Isabel. *Código de Processo Civil Anotado...*, *op. cit.*, p. 232.

se vislumbra no procedimento das diligências preliminares, uma vez que estas não assumem uma característica de urgência.

Além disso, no entender de LEBRE DE FREITAS e ISABEL ALEXANDRE, a lei processual portuguesa tem como um ingrediente necessário para a produção antecipada de prova o *periculum in mora*, que está relacionado com o risco de perecimento ou perda<sup>90</sup> da produção de determinada prova antes do momento processual reservado para tanto.<sup>91</sup>

No entanto, os referidos doutrinadores destacam que este mecanismo processual se diferencia da medida cautelar, pois a caracterizam como uma figura autônoma, não estando sujeita ao regime do instituto cautelar. Além disso, a decisão proveniente da produção antecipada não se vincula à caducidade da atuação cautelar.<sup>92</sup>

Neste sentido, o requisito básico da produção antecipada de prova é a indicação, ainda que singela, do pedido e os seus fundamentos. Tal pressuposto, consoante assinala a doutrina portuguesa, é para demonstrar que esta atividade antecipatória da prova será utilizada em um processo específico, não havendo a possibilidade de ser aplicada em outra demanda judicial em que possa ser útil.<sup>93</sup>

Distinguindo-se das diligências preliminares, a prova tem por função, como ensina SOUSA<sup>94</sup>, demonstrar de forma convincente que determinado fato condiz com a realidade, permitindo, por consequência, a convicção do juízo sobre esta correspondência. Já as atividades preparatórias, essas, não têm por fim uma convicção direta do juízo, mas sim alcançar informações ou analisar documentos que são essenciais para a formação do futuro processo.

É necessário mencionar, também, a distinção relativamente às diligências preliminares do ordenamento jurídico espanhol, pois consoante expõe a doutrina portuguesa, a produção antecipada da prova é uma faculdade concedida tanto ao autor quanto ao réu, situação que não é vislumbrada nas atuações preliminares, pois somente o futuro autor é que possui este direito.<sup>95</sup>

---

<sup>90</sup> Neste sentido, destacam-se os comentários de CAPELO, Maria José. *Principais Novidades sobre provas no Novo Código de Processo Civil Português. Processo civil comparado: análise entre Brasil e Portugal*, 1ª edição, Editora Forense, São Paulo, 2017, p. 183-210.

<sup>91</sup> FREITAS, José Lebre de. ALEXANDRE, Isabel. *Código de Processo Civil...*, op. cit., p. 231.

<sup>92</sup> Idem. Neste mesmo sentido, NETO, Abílio. *Novo Código de Processo Civil...*, op. cit., p. 512.

<sup>93</sup> FREITAS, José Lebre de. ALEXANDRE, Isabel. *Código de Processo Civil...*, op. cit., p. 233.

<sup>94</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. *As partes, o objeto e a prova na acção declarativa*. Lex, Lisboa, 1995, p. 195-196.

<sup>95</sup> NETO, Abílio. *Novo Código de Processo Civil...*, op. cit., p. 512.

E ainda no que tange à análise do instituto da produção antecipada de prova em diversos ordenamentos jurídicos, no diploma processual civil da Inglaterra verificam-se os *pre-action protocols*<sup>96</sup>, caracterizados como protocolos pré-processuais que devem ser observados pelas partes antes da propositura do processo.<sup>97</sup>

Neste sentido, BENEDUZI<sup>98</sup> explica que, além de um protocolo pré-processual, existem diferentes modelos de *pre-action protocols*, e destaca a existência de regras gerais aplicadas a todos os casos, tais como: “a) *to communicate among themselves the nature of the claim and defence in advance of commencement of proceedings*; b) *to consider opportunities for settlement and resort to ADR, notably mediation (although the later is not compulsory)*; c) *to make appropriate exchanges of relevant information, including central documents relevant to the case.*”<sup>99</sup>

Assim, verifica-se que a finalidade do mencionado instituto do Código de Processo Civil da Inglaterra (CPC/ING) é conceder às partes a oportunidade de avaliarem quais são as verdadeiras chances de se obter um resultado satisfatório com o ajuizamento do processo principal, ou de resolver a questão através de uma solução consensual.<sup>100</sup>

Com isso, o dever de cooperação é o ponto principal dos pré-protocolos processuais, pois estes exigem a troca de documentos fundamentais para o ajuizamento do futuro processo, ainda que sejam favoráveis à outra parte processual, razão pela qual instigam à realização de acordo entre as partes.<sup>101</sup>

Por fim, diferenciando-se, também, das diligências preliminares vislumbradas na *Ley de Enjuiciamiento Civil*, conforme ensina o referido autor, os *pre-action protocols* não se submetem a qualquer auxílio ou supervisão judicial para solucionar tais protocolos. Tal atuação do poder judiciário somente terá lugar se houver a interposição da demanda

---

<sup>96</sup> BENEDUZI, Renato Resende, *Substantiierung, Notice-Pleading e Fact-Pleading. A relação entre escopo das postulações e função da prova nos processos alemão, americano e inglês*. Revista de Processo, Ano 40, Vol. 245, Julho, 2015, p. 466.

<sup>97</sup> O referido doutrinador menciona que tais pré-protocolos processuais são contribuições das *Civil Procedure Rules*, do direito norte-americano.

<sup>98</sup> BENEDUZI, Renato Resende, *Substantiierung, Notice-Pleading e Fact-Pleading...*, *op. cit.*, p. 466.

<sup>99</sup> ANDREWS, Neil. *On civil processes*, 2013, *apud*, BENEDUZI, Renato Resende, *Substantiierung, Notice-Pleading e Fact-Pleading...*, *op. cit.*, p. 466.

<sup>100</sup> BENEDUZI, Renato Resende, *Substantiierung, Notice-Pleading e Fact-Pleading...*, *op. cit.*, p. 467.

<sup>101</sup> WOOLF, Lord. *Access to justice (final report)*, 1996, *apud*, BENEDUZI, Renato Resende, *Substantiierung, Notice-Pleading e Fact-Pleading...*, *op. cit.*, p. 468.

posterior, momento em que o Juízo irá valorar as condutas cumpridas ou incumpridas por cada parte.<sup>102</sup>

---

<sup>102</sup> BENEDUZI, Renato Resende, *Substantiierung, Notice-Pleading e Fact-Pleading...*, *op. cit.*, p. 466.

## 2. OS PRESSUPOSTOS DAS DILIGÊNCIAS PRELIMINARES.

No seu artigo 256.1, a LEC apresenta um rol de atividades sob a denominação “classes das diligências preliminares e sua solicitação”, em onze apartados que, como muito bem define a doutrina, podem ser divididos em duas categorias: diligências de declaração e diligências de exibição.<sup>103</sup>

Assim, vamos analisar cada uma das classes das diligências preliminares, para verificar qual a finalidade de cada espécie e, desta forma, descobriremos para que serve ou deveria servir na prática cada atividade preliminar.

### 2.1. AS CLASSES DAS DILIGÊNCIAS PRELIMINARES.

#### 2.1.1. DECLARAÇÃO OU EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS RELATIVOS A PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS DO FUTURO DEMANDADO E SUA LEGITIMAÇÃO.

Inicialmente, é imperioso mencionar que esta atividade preliminar tem a sua origem nas “Partidas” do Direito Romano – *interrogatio in iure* –, devidamente preceituada no artigo 497.1 da LEC/1881, e posteriormente recepcionada com o devido aperfeiçoamento pela LEC vigente, uma vez que a *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000 acrescentou a possibilidade de apresentação de documentos correspondentes à capacidade, representação ou legitimação do futuro demandado.<sup>104</sup>

Assim, o artigo 256.1.1º preceitua que aquele que pretenda demandar outro sujeito em juízo tem a faculdade de solicitar informações ou documentos relativos a determinado fato correspondente à sua capacidade, representação ou legitimação cujo conhecimento seja necessário para a futura demanda judicial, por meio das diligências preliminares.<sup>105</sup>

A doutrina espanhola apresenta uma interpretação esmiuçada do referido preceito legal, pois afirma que esta primeira diligência tem por finalidade averiguar a identidade do

---

<sup>103</sup> ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares...*, *op. cit.* p. 19: “Cada diligencia es diferente de las demás, aunque se podrían reducir a sólo dos, si se aiende a qué actividad es la que se solicita: confesión y exhibición; (...)”

<sup>104</sup> DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con DE LA OLIVA SANTOS; VEGAS TORRES y BANACLOCHE PALAO, Cívitas, Madrid, 2001, p. 478.

<sup>105</sup> GARCIA DÍAZ GONZÁLEZ, P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil ...*, *op. cit.*, p. 1254-1255: “En virtud de esta primera diligencia, quien pretende demandar a otro en juicio puede solicitar información sobre algún hecho relativo a su capacidad, representación o legitimación, cuyo conocimiento sea, no ya imprescindible para entrar en juicio – (...) –, sino necesario para el desarrollo del pleito.” Neste mesmo sentido, MONTERO AROCA, J., *Ensayos de Derecho Procesal ...*, p. 187; ORTELLS RAMOS, M. *Derecho Procesal Civil*. Décima Primeira Edição, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, p. 305; ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Civil ...*, *op. cit.*, p. 138.

futuro réu da ação civil, e até mesmo para verificar o representante legal de uma pessoa jurídica.<sup>106</sup>

Além disso, a dogmática jurídica preceitua que tal diligência só pode ser solicitada quando o autor do processo futuro considerar que esta é efetivamente imprescindível para a sua propositura; em outras palavras, quando houver dúvidas, por exemplo, quanto à legitimidade daquele que deverá ser o sujeito do polo passivo do processo.<sup>107</sup>

Entretanto, a lacuna encontrada no mencionado artigo da LEC – artigo 256.1.1º –, diz respeito ao modo como o solicitado irá cumprir com esta diligência; isto é, como se dará este procedimento de obtenção das declarações do solicitado quanto à sua capacidade, representação ou legitimação. A LEC guarda silêncio neste ponto. Todavia, a interpretação doutrinária sustenta que, nestes casos, deverão ser aplicados os requisitos relativos ao interrogatório das partes preceituados nos artigos 301 e seguintes do referido diploma legal.<sup>108</sup>

Por fim, pode concluir-se que o objetivo desta primeira diligência vislumbrada no artigo 256.1 é alcançar algum fato ou documento que seja devidamente útil para determinar quem será o sujeito passivo do posterior litígio. O futuro demandante conhece os fatos; no entanto, desconhece quem tem o dever de lhes responder e, assim, solicita auxílio do Poder Judiciário para obter tal informação.<sup>109</sup>

### 2.1.2. EXIBIÇÃO DE COISA.

A segunda diligência apresentada na LEC também é uma herança do Direito Romano, que a intitulava “*actio ad exhibendum*”, e tem por objetivo que quem estiver na posse de determinada coisa móvel a presente ou exiba ao respectivo dono do bem – autor do futuro processo –, para que este tenha a segurança contra quem deve ajuizar o futuro

---

<sup>106</sup> GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil ...*, op. cit., p. 1255.

<sup>107</sup> GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Civil I ...*, op. cit., p. 274: “El futuro demandante sólo puede pedir esta clase de diligencias cuando considere que las mismas son «necesarias para el pleito», lo que ha sido interpretado por la jurisprudencia menor como equivalente a tener «dudas», por ejemplo, sobre la legitimación de quien será el demandado.”

<sup>108</sup> GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil ...*, op. cit., p. 1255. Neste mesmo sentido, ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares ...*, op. cit. p. 23: “Pero nunca deben formularse las preguntas de modo que impliquen trasladar a este tempo preliminar lo que debe ser discusión del fondo en el proceso.”

<sup>109</sup> ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares ...*, op. cit. p. 23.

processo.<sup>110</sup>

Esta diligência preliminar também foi devidamente incorporada na LEC/1881, em seu artigo 497.2, e posteriormente recepcionada pela LEC atual, no artigo 256.1.2º. Entretanto, a primeira diferença verificada entre a *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881 e a *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000 é que, naquela, a diligência preliminar pertinente à exibição de coisa referia-se tão somente à coisa móvel, expressão esta não vislumbrada na atual LEC.

Assim, há na doutrina espanhola a interpretação de que a exibição de coisa referente ao artigo 256.1.2º da LEC refere-se não somente a bens móveis, como também a bens imóveis, admitindo desta forma uma extensão destas diligências. Neste sentido, SAMANES<sup>111</sup> sustenta que a ausência de manifestação legal quanto aos bens imóveis era uma questão histórica, porém equivocada. E, em igual corrente, GARNICA MARTÍN<sup>112</sup> alega que a terminologia “exibir” não é restrita, pois tem a finalidade de “mostrar” – podendo, por isso, tratar-se tanto de um bem móvel quanto de um bem imóvel.

Corroborando o entendimento doutrinário de que a exibição de coisa também é para bens imóveis, surge o entendimento da Audiência Provincial de Madrid<sup>113</sup>, que sustenta que a atual LEC não apresenta qualquer limitação quanto a que a coisa a ser exibida seja somente móvel, sendo a sua única exigência que o bem a ser exibido não seja distinto daquele que será objeto do litígio futuro.

---

<sup>110</sup> GARCIA DÍAZ GONZÁLEZ, P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil ...*, op. cit., p. 1255: “Herederas de la «actio ad exhibendum» romana, la solicitud de exhibición de cosa mueble por la persona a la que se pretende demanda en juicio constituye el contenido de la diligencia preliminar regulada en el ordinal 2 del artículo 256.1 de la LECiv.”

<sup>111</sup> SAMANES ARA, *Las partes en el proceso civil*. La Ley, Madrid, 2000, p. 10.

<sup>112</sup> GARNICA MARTÍN, J. Fco, *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, (coords. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A., RIFÁ SOLER, VALLS GOMBAU), Iurgium Editores, T-I, 2000, p. 1152: “El término exhibición no es tan estrecho, sino que significa “mostrar” y tanto se puede pedir que se muestre un bien mueble como un inmueble.”

<sup>113</sup> Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21), Auto número 179/2010 de 28 de julio, JUR 2010/308767: “Por lo demás, a diferencia de sus precedentes, la actual Ley procesal no limita la exhibición a las cosas que sean muebles, lo que ha dado origen a opiniones encontradas en la doctrina, pues mientras para unos cabe la exhibición tanto de cosas muebles como de inmuebles para otros continua siendo inadmisibile la exhibición de cosas inmuebles. Ahora bien, lo que exige el número 2 del apartado 1 del artículo 256 es que la “cosa” a exhibir no puede ser otra distinta de aquella ‘a la que se haya de referir el juicio’.” No mesmo sentido, Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1), Auto número 105///2011 de 30 junio, JUR 2012\390916; Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6), Auto número 14/2002 de 30 enero, JUR 2002\88462. Entendimentos jurisprudenciais verificados em LLORENTE CABRELLES, L.-Ramón. *Las diligencias preliminares en el proceso civil...*, op. cit., p. 89 e seguintes.

Contrariando tal entendimento, alguma doutrina espanhola defende que, não obstante o artigo 256.1.2º da LEC não mencionar que a coisa a ser exibida seja somente móvel, não há como interpretar que a exibição possa ser de coisa imóvel também.

Este posicionamento fundamenta-se na própria *Ley de Enjuiciamiento Civil*, uma vez que o artigo 261.3º<sup>114</sup>, pertencente ao instituto das diligências preliminares, menciona que, quando se tratar de exibição de coisa e houver a negativa daquele a quem foi solicitado a exhibir, o solicitante de tal diligência, presumindo o local em que se encontra a coisa, terá a faculdade de requerer o depósito do bem. Razão pela qual só se poderia pleitear o depósito de algo móvel, sendo impossível depositar algo imóvel.<sup>115</sup>

Dito isto, consoante preconiza LLORENTE CABRELLES<sup>116</sup>, o fato de o artigo 261.3º da LEC preconizar uma exibição de coisa móvel, não há uma exclusão clara de que não possa ser solicitada a apresentação de um bem imóvel, razão pela qual o referido doutrinador menciona que a interpretação literal de tal questão não merece prosperar, por força histórica, sistemática e sobretudo teleológica.

Ademais, cumpre esclarecer, também, que a coisa a ser apresentada nesta diligência não pode ser interpretada como uma exibição de documento, pois tal atuação está devidamente preconizada nos demais apartados do artigo 256.1 da LEC, conforme entendimento da jurisprudência espanhola<sup>117</sup>.

---

<sup>114</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil: Artículo 261. Negativa a llevar a cabo las diligencias. (...) 3. Si se tratase de la exhibición de una cosa y se conociese o presumiese fundadamente el lugar en que se encuentra, se procederá de modo semejante al dispuesto en el número anterior y se presentará la cosa al solicitante, que podrá pedir el depósito o medida de garantía más adecuada a la conservación de aquélla.

<sup>115</sup> Neste sentido, MONTERO AROCA, J. *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 155: “No se disse en el artículo 256.1.2. que la cosa haya de ser mueble, pero si se desprende del artículo 261.3, aparte de que solo se exhiben las cosas muebles, que son las únicas que se presentan y se depositan.”

<sup>116</sup> LLORENTE CABRELLES, L.-Ramón. *Las diligencias preliminares en el proceso civil...*, op. cit., p. 83: “Sin embargo, a nuestro juicio, el argumento de interpretación literal que manejan estos autores no puede prevalecer frente al histórico, al sistemático y, sobre todo, al teleológico. Por otra parte, el hecho de que el artículo 261.3 LEC se refiera a la exhibición de muebles no excluye que también quepa obtener información de los inmuebles.” Neste mesmo sentido, BANACLOCHE PALAO, J. *Las diligencias preliminares...*, op. cit., p. 77-78.

<sup>117</sup> Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13), Auto número 13/2010 de 19 enero, JUR 2010\105928: “carecería de sentido la enumeración de los concretos documentos que son admitidos como objeto de las diligencias preliminares en los apartados 1, 3, 4 e 5 del artículo 256.1, que hacen referencia a los documentos en los que conste la capacidad, representación o legitimación del futuro litigante; los actos de última voluntad; los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, a petición del sócio o comunero; o el contrato de seguro, ya que sería inútil la enumeración de los concretos documentos admitidos, de haber una norma que, con carácter general, admite cualquier documento.” Decisão jurisprudencial verificada em LLORENTE CABRELLES, L.-Ramón. *Las diligencias preliminares en el proceso civil...*, op. cit., p. 85.

Desta forma, pode dizer-se que, além de identificar o bem a ser litigado, a função das diligências preliminares evidenciadas no artigo 256.1.2º da LEC está relacionada com a questão de fixar a legitimidade passiva da futura demanda. Pois, no momento em que é solicitada a exibição do bem – seja ele móvel ou imóvel –, está indicando quem é o possuidor da coisa que, conforme preconiza a LEC, deverá ser o sujeito do futuro processo. E, desta forma, o possuidor figurará no polo passivo desta posterior demanda.<sup>118</sup>

### 2.1.3. EXIBIÇÃO DE ATO DE ÚLTIMA VONTADE.

Como terceira diligência preliminar, a LEC prevê que aquele que se considera herdeiro, co-herdeiro ou legatário poderá solicitar a exibição do ato de última vontade do *de cuius* ou legado para o possuidor de tais documentos.<sup>119</sup>

Atualmente, tal diligência não possui uma prática efetiva, uma vez que, consoante ensina a doutrina espanhola, para os testamentos há um regime específico de proteção e publicidade por meio dos Notários e dos Registros de Atos de última vontade, os quais asseguram a conservação de tais documentos, além de garantir acesso a tais informações para aqueles que possuem direito para tanto.<sup>120</sup>

Entretanto, ÁLVAREZ ALARCÓN<sup>121</sup> destaca que o fim desta diligência preliminar se verifica quando se trata de testamentos hológrafos, bem como quando se tenha perdido o arquivo ou o protocolo do local onde os documentos originais estavam conservados.

Além disso, o referido doutrinador menciona que o fato de solicitar-se ao possuidor do documento referente aos atos de última vontade a sua exibição, não pressupõe que aquele deva figurar no polo passivo da futura demanda, reforçando, desta maneira, o

---

<sup>118</sup> ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares ...*, op. cit. p. 24: “Por tanto, se pretende mediante esta diligencia descubrir o determinar al poseedor de un bien para «fijar» la legitimación pasiva, o escoger un bien para concretar el objeto del ulterior proceso principal.”

<sup>119</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J. *Los Procesos Civiles ...*, op. cit., p. 856: “En tercer lugar, se podrá instar como diligencia preliminar por quien se considere heredero, coheredero o legatario, que se exhiba el acto de última voluntad del causante de la herencia o legado por parte de quien lo tenga en su poder (art. 256.1.3. LEC).” Neste mesmo sentido, ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Civil ...*, op. cit., p. 138: “Consiste en la petición del documento sucesorio por parte de quien se considere heredero, coheredero o legatario, quien deberá acreditar, unicamente, la efectiva muerte del causante.”

<sup>120</sup> ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares ...*, op. cit. p. 24-25. Neste mesmo sentido, GARCIA DÍAZ GONZÁLEZ, P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil ...*, op. cit., p. 1256: “Ahora bien, el que en la mayoría de los casos los actos de última voluntad se realicen ante notario ha llevado a considerar que la utilidad de la diligencia que se examina es ciertamente escasa. No mismo sentido, GARBERÍ LLOBREGAT, J. *Los Procesos Civiles ...*, op. cit., p. 856.”

<sup>121</sup> ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares ...*, op. cit. p. 25.

carácter preparatório das diligências preliminares.<sup>122</sup>

Neste sentido, a jurisprudência espanhola manifesta-se também quanto à finalidade desta referida diligência, mencionando que esta atuação preliminar é especialmente útil para os casos de pedidos de nulidade de testamentos.<sup>123</sup>

Ainda no que tange a esta terceira diligência, o artigo 256.1.3º da LEC menciona que “quem se considere” herdeiro, co-herdeiro ou legatário poderá solicitar a apresentação do documento referente ao ato de última vontade. Assim, a interpretação evidenciada pela doutrina relaciona-se com a possibilidade de verificar-se, também, a legitimidade ativa para o futuro processo através desta atividade preparatória.<sup>124</sup>

Em outras palavras, a função desta diligência também é para aquele sujeito que acredita ser herdeiro ou legatário, mas não possui certeza, pois não lhe foi facultado acesso aos documentos pertinentes. Assim, poderá servir-se desta atividade preliminar para solicitar à documentação que irá informar se possui direito a ser exercido como herdeiro ou legatário.<sup>125</sup>

Assim, apesar de sabermos que a atuação desta referida diligência é escassa, deve notar-se que a prática deste procedimento consistirá no propósito de expor perante o Tribunal, e na presença do interessado que tenha solicitado a referida prática, o ato de última vontade do causador da herança ou legado, para o solicitante ler e saber com certeza qual é o seu conteúdo exato.<sup>126</sup>

---

<sup>122</sup> ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares ...*, op. cit. p. 25. Em igual sentido, GARBERÍ LLOBREGAT, J. *Los Procesos Civiles ...*, op. cit., p. 856.

<sup>123</sup> Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1), Auto número 158/2004 de 18 de noviembre. JUR\2004\312065: “tratándose en este caso de autos, de una posible acción del solicitante de nulidad de un testamento, (...) parece a todas luces pertinente.”

<sup>124</sup> ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares ...*, op. cit. p. 25: “(...) disse que la diligencia la puede instar «quien se crea», es decir, que no está seguro de serlo. En ese supuesto se están incluyendo a los que no son herederos forzosos, pues éstos sí que están seguros de su carácter.”

<sup>125</sup> ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares ...*, op. cit. p. 25-26.

<sup>126</sup> Neste sentido, os ensinamentos de ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares ...*, op. cit. p. 26. E, GARBERÍ LLOBREGAT, J. *Las diligencias preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Editora Bosch, Barcelona, 2009, p. 44.

#### 2.1.4. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS E CONTAS DA SOCIEDADE.

No intuito de também preparar um futuro litígio, o artigo 256.1 no seu item 4º da LEC<sup>127</sup> preceitua que o sócio poderá solicitar, por petição, para o consócio que este exiba os documentos e contas da sociedade que estão em seu poder.<sup>128</sup>

Pela simples análise do referido preceito legal é possível verificar a finalidade desta diligência preliminar, razão pela qual não gera grandes debates e diferentes entendimentos tanto na doutrina como na jurisprudência do ordenamento jurídico espanhol.

Entretanto, a doutrina analisa esta diligência preliminar como o expediente de maior utilidade na prática jurídica, em virtude da possibilidade de uma interpretação mais ampla da terminologia ‘sociedade’ evidenciada no preceito legal da LEC. Neste sentido, ÁLVAREZ ALÁRCÓN<sup>129</sup> menciona que o termo ‘sociedade’ deve englobar as sociedades civis e mercantis, incluindo as cooperativas, sociedades laborais, etc.

Por outro lado, BANACLOCHE PALAO<sup>130</sup> ensina que é significativa a finalidade desta diligência, pois não é possível ajuizar uma demanda de responsabilidade civil ou reivindicar benefícios pecuniários não distribuídos pela sociedade, sem, previamente, ter conhecimento se efetivamente há provas com referência ao objeto que se pretende litigar.

E nesta linha ÁLVAREZ ALÁRCÓN<sup>131</sup> preceitua que a função da diligência preliminar de exibição de documentos e contas da sociedade está relacionada com o direito dos sócios à informação, sendo uma atuação útil para a formação do processo posterior. Assim, sustenta que o sócio que está solicitando a exibição deve convencer o Tribunal de Primeira Instância de que necessita de uma informação que se encontra nos livros e contas da sociedade para, então, preparar devidamente o futuro litígio.

---

<sup>127</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil: “Artículo 256. Clases de diligencias preliminares y su solicitud. Todo juicio podrá prepararse: (...) 4. Por petición de un sócio o comunero para que se le exhiban los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, dirigida a éstas o al consocio o condueño que los tenga en su poder.”

<sup>128</sup> Nestes termos, o ensinamento de MONTERO AROCA, J. *Derecho Jurisdiccional II ...*, op. cit., p. 189: “Um sócio o comunero puede pedir que se le exhiban los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, dirigiendo la petición al consocio o condueño que los tenga em su poder.”

<sup>129</sup> ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares ...*, op. cit. p. 27.

<sup>130</sup> BANACLOCHE PALAO, J. *Las Diligencias preliminares ...*, op. cit., p. 85.

<sup>131</sup> ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares ...*, op. cit. p. 28.

Assim, como bem destaca a jurisprudência espanhola, o objetivo desta diligência, bem como das demais atuações preliminares, devem atender o preceituado no artigo 258 da LEC. Em outras palavras, para que ocorra a admissão pelo Tribunal de Primeira Instância da referida medida preliminar, a solicitação deve estar amparada pela justa causa e o interesse legítimo e com fundamentação referente ao objeto do processo que está a ser preparado,<sup>132</sup> conforme será aprofundado *infra*.

#### 2.1.5. EXIBIÇÃO DE CONTRATO DE SEGURO.

A quinta diligência prevista no artigo 256 da LEC é introduzida no rol de atuações preliminares pela *Ley de Enjuiciamiento Civil* do ano de 2000, uma vez que não era vislumbrada na LEC/1881. Seu caráter é específico, uma vez que no próprio preceito legal há a indicação do objeto e dos sujeitos da medida preparatória.<sup>133</sup>

Na essência, se trata de uma diligência preliminar que tem como objetivo facilitar o conhecimento da identidade dos sujeitos que terão legitimidade passiva no futuro processo – autor do fato, entidade seguradora –, quando o fato ilícito danoso deva ou possa estar amparado por um contrato de seguro de responsabilidade civil.<sup>134</sup>

A sua atuação possibilita o acesso aos contratos de seguro, de forma que seja possível conhecer as múltiplas circunstâncias do referido documento, tais como, se o

---

<sup>132</sup> Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 5), de 26 de julio, de 2005, Auto número 164/2005, JUR\2005\216340: “(...) la LEC le exige que haga una referencia circunstanciada del asunto objeto del juicio que se trata de depurar responsabilidades, pues estas expres son imprecisas y genéricas y nada aclaran para valorar si la petición es adecuada a la finalidad que se persigue, si hay justa causa e interés legítimo, por cuanto que em todo proceso judicial se ejercita una acción y se persigue la depuración o declaración de responsabilidades y obligaciones.” Entendimiento jurisprudencial extraído de LLORENTE CABRELLES, L.-Ramón. *Las diligencias preliminares en el proceso civil...*, *op. cit.*, p. 122.

Neste sentido, GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil ...*, *op. cit.*, p. 1257: “El ordinal 5 del artículo 256 de la LECiv regula la posibilidad de que el perjudicado por un hecho que pudiera estar cubierto por seguro de responsabilidade civil solicite la exhibición del contrato de seguro por quien lo tenga em su poder.”

<sup>133</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil: Artículo 256. Clases de diligencias preliminares y su solicitud. Todo juicio podrá prepararse: (...) 5. Por petición del que se considere perjudicado por um hecho que pudiera esta cubierto por seguro de responsabilidade civil, de que se exhiba el contrato de seguro por quien lo tenga em su poder.

<sup>134</sup> BELLIDO PENADÉS, R. *Derecho Procesal Civil*, (Coord. MASCARELL NAVARRO, M. J.; JUAN SÁNCHEZ, RICARDO; CÁMARA RUIZ, JUAN; BONET NAVARRO, JOSÉ; CUCARELLA GALIANA, LUIZ A.; MARTÍN PASTOR, JOSÉ), Ed. Aranzadi, 2009, p. 280.

referido contrato existe ou não, quem é o seu tomador, quem é o seu segurado e, o mais importante, quem é o segurador, bem como conhecer as cláusulas do objeto contratual.<sup>135</sup>

Desta forma, a doutrina espanhola manifesta-se a respeito da importância do conhecimento de tais circunstâncias e dados para a preparação do futuro litígio. Por meio deste conhecimento poder-se-á saber se o sinistro está amparado por um contrato de seguro e, se assim o for, quem ostenta a legitimidade passiva para responder pelos danos ocasionados, inclusive diante de uma possível ação direta que o prejudicado esteja obrigado a exercitar contra o segurador.<sup>136</sup>

Assim, a função desta diligência, introduzida pela LEC, é para que o interessado saiba se o contrato de seguro existe ou não e, em caso positivo, conhecer suas cláusulas exatas, a fim de poder exercitar posteriormente sua pretensão processual reparatória dos prejuízos sofridos com a totalidade dos elementos necessários para fundamentar devidamente a ação civil.<sup>137</sup>

#### 2.1.6. EXIBIÇÃO DE HISTÓRICO CLÍNICO.

No mesmo apartado quinto do artigo 256 da LEC, há uma sexta diligência preliminar que o legislador espanhol criou por meio da disposição final terceira da Lei 19/2006 de 05 de junho de 2006: o item *bis*, no referido apartado, para tratar da atuação preliminar referente à exibição de histórico clínico.<sup>138</sup>

Esta nova diligência surgiu com a necessidade da prática jurídica, em razão das limitações vislumbradas num sistema de *numerus clausus* das diligências preliminares previstas no artigo 256 da LEC – iremos abordá-lo no tópico seguinte deste estudo –, que deixava desamparados de tutela judicial aqueles que necessitavam da referida atividade

---

<sup>135</sup> Audiência Provincial de Barcelona (Sección 14), Auto número 154/2006 de 15 de junio, JUR 2007\3530. Decisão verificada em LLORENTE CABRELLES, L.-Ramón. *Las diligencias preliminares en el proceso civil...*, op. cit., p. 144.

<sup>136</sup> DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. *Derecho Procesal Civil...*, op. cit., p. 228.

<sup>137</sup> CALLEJO CARRIÓN, S. *Las diligencias preliminares de la LEC 1/2000 y consecuencias derivadas de la negativa a practicarla*, Actualidad Civil, núm. 1 de 2006, p. 25. E, GARBERÍ LLOBREGAT, J. *Las diligencias preliminares en la...*, op. cit., p. 48.

<sup>138</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil: Artículo 256. Clases de diligencias preliminares y su solicitud. Todo juicio podrá prepararse: (...) 5 bis. Por la petición de la historia clínica al centro sanitario o profesional que la custodie, en las condiciones y com el contenido que establece da Ley.

preliminar.<sup>139</sup>

Desta forma, a jurisprudência espanhola consagra que o histórico clínico é um documento fundamental da relação entre médico e paciente, com características de resenha bibliográfica do paciente, especialmente por conter apreciações, valorações e resultados clínicos. É um documento que serve, também, de memória para o próprio médico, sendo fonte de informações para outros profissionais da saúde e, em certas ocasiões, para o Tribunal.<sup>140</sup>

Além disso, a Audiência Provincial de Guipúzcoa<sup>141</sup> preceitua que a *Ley de Enjuiciamiento Civil* não permite a atuação de uma diligência preliminar injustificada ou que não seja necessária. Por tal razão, sustenta que a solicitação de exibição de histórico clínico, com intervenção judicial, só poderá ocorrer após o solicitante ter requerido de forma extrajudicial e não ter obtido êxito, com a devida comprovação.

Posto isto, o que se observa é que, apesar de a jurisprudência colocar uma condicionante prévia para o requerimento desta diligência preliminar, o objetivo desta

---

<sup>139</sup> BELLIDO PENADÉS, R. *Las diligencias preliminares, Proceso Civil Práctico*, T-III-2, Mayo 2010 (con GIMENO SENDRA y otros) *apud* LLORENTE CABRELLES, L.-Ramón. *Las diligencias preliminares ...*, *op. cit.*, p. 147.

<sup>140</sup> Audiência Provincial de Valencia (Sección 11), Auto número 318/2009 de 29 diciembre. JUR 2010\115656: “(...) es de observar que conforme al concepto de Historial clínico que em relación con el Concepto de Historia Clínica ART. 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica a los efectos de la Ley 41/2002, dentro de la descripción de los conceptos empleados, la historia clínica es el “...conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y evolución clínica del paciente.” Y del artículo Art. 14 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, entiende por documentación clínica; si bien, la definición conforme al epígrafe explícitamente destinado a ello, es del “... conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación de los médicos y de los demás profesionales que han intervenido en ellos, con objeto de obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, al menos en el ámbito de cada centro.” Entendimiento jurisprudencial extraído em LLORENTE CABRELLES, L.-Ramón. *Las diligencias preliminares ...*, *op. cit.*, p. 149.

<sup>141</sup> Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2), Auto número 2101/2004 de 22 diciembre. JUR 2005\56244: “La Ley de Enjuiciamiento Civil no permite acordar una diligencia injustificada o innecesaria. Y tal necesidad viene determinada por la imposibilidad de obtener la información pretendida antes de acudir a la vía judicial, circunstancia que tampoco se há acreditado, puesto que lo que alega es que el Dr. se ha negado a entregarle la historia pero no pueba que dicha negativa se haya realmente producido. Antes de formular una solicitud ante um Juzgado deben agotarse los médios posibles y demostrar que pese a ello no se puede conseguir la información por lo que los solicitantes hubieran debido requerir por escrito al médico y a la clínica y obtener uma respuesta negativa de éstos o al menos su silencio ante dicha solicitud. En definitiva, la solicitud no puede ser admitida, con independencia de que los solicitantes intenten la obtención de los documentos pretendidos, realizando una solicitud escrita em vía extrajudicial, y sin perjuicio de que ulteriormente insten nuevamente la diligencia cumpliendo con los requisitos exigidos.” Entendimiento jurisprudencial extraído em LLORENTE CABRELLES, L.-Ramón. *Las diligencias preliminares ...*, *op. cit.*, p. 154.

atuação comprova-se no próprio artigo legal, sendo útil quando o interessado queira exercitar uma ação de responsabilidade civil derivada de uma negligência médica.<sup>142</sup>

#### 2.1.7. INFORMAÇÃO PARA TUTELA DE INTERESSES DIFUSOS.

Para os casos em que uma pessoa pretenda iniciar uma demanda judicial em que esteja em objeto litigioso a defesa de direitos e interesses coletivos de consumidores, a *Ley de Enjuiciamiento Civil* no seu artigo 256.1.6º<sup>143</sup> permite a solicitação de diligências preliminares que sirvam para a averiguação do grupo de consumidores afetados, quando estes sejam facilmente determináveis.<sup>144</sup>

Desta forma, consoante preconiza a doutrina espanhola, a existência desta medida preliminar está vinculada com a obrigação de que, para as demandas judiciais de interesses difusos, é de responsabilidade do requerente ou dos réus comunicarem a todos os afetados o ajuizamento do processo, conforme referência ao artigo 15.2º<sup>145</sup> da LEC.<sup>146</sup>

E nesta linha, GARBERÍ LLOBREGAT<sup>147</sup> nos ensina que estas diligências têm por efeito essencial a colaboração do futuro demandado para que se manifeste, informando se dispõe de todos os dados necessários para o futuro autor preparar o processo, apresentando os subsídios relevantes de quem são as pessoas que possam ter sido prejudicadas pelo evento danoso imputado ao mesmo.

---

<sup>142</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., *Curso de Derecho Procesal Civil II ...*, op. cit., p. 41.

<sup>143</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 256. Clases de diligencias preliminares y su solicitud. Todo juicio podrá prepararse: (...) 6. Por perición de quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables. A tal efecto tribunal adoptará las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación.

<sup>144</sup> GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil ...*, op. cit., p. 1258-1259.

<sup>145</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 15. Publicidad e intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios. (...) 2. Cuando se trate de un proceso en el que estén determinados o sean fácilmente determinables los perjudicados por el hecho dañoso, el demandante o demandantes deberán haber comunicado previamente su propósito de presentación de la demanda a todos los interesados. En este caso, tras el llamamiento, el consumidor o usuario podrá intervenir en el proceso en cualquier momento, pero sólo podrá realizar los actos procesales que no hubieran precluido.

<sup>146</sup> GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil ...*, op. cit., p. 1259. Neste mesmo sentido, GARBERÍ LLOBREGAT, J. *Los Procesos Civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil ...*, op. cit., p. 860.

<sup>147</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J. *Los Procesos Civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil ...*, op. cit., p. 860.

Além disso, a doutrina menciona que o legislador espanhol não detalhou quais são as atuações necessárias para esta diligência preliminar, razão pela qual GARCÍANDÍA GONZÁLEZ<sup>148</sup> defende que o conteúdo desta medida preparatória poderá completar-se com outras medidas cuja adoção inclua a *Ley de Enjuiciamiento Civil* no procedimento judicial posterior, consoante preconiza o artigo 15.1º da LEC<sup>149</sup>, pois diante da multiplicidade e variedade destas atividades preparatórias, a sua prática dependerá de qual será a medida afetada – uma exibição documental, uma declaração a cargo de terceiras pessoas, etc.<sup>150</sup>

#### 2.1.8. DILIGÊNCIAS PRELIMINARES ATINENTES À PROPRIEDADE INDUSTRIAL E INTELECTUAL.

Nos apartados 7º e 8º, bem como 10º e 11º do artigo 256.1 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, há referências quanto às diligências preliminares relacionadas em questões pertencentes à propriedade industrial e intelectual.

Estas diligências visam obter informações sobre os sujeitos que tenham cometido uma infração de direitos sobre propriedade industrial ou propriedade intelectual, bem como sobre o alcance desta última, sendo esta preliminar vislumbrada no apartado 7º.<sup>151</sup>

---

<sup>148</sup> GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., *Comentários a la Ley de Enjuiciamiento Civil ...*, op. cit., p. 1259.

<sup>149</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 15. Publicidad e intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios. 1. En los procesos promovidos por asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, o por los grupos de afectados, se llamará al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual. Este llamamiento se hará por el Secretario judicial publicando la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses. El Ministerio Fiscal será parte en estos procesos cuando el interés social lo justifique. El Tribunal que conozca de alguno de estos procesos comunicará su iniciación al Ministerio Fiscal para que valore la posibilidad de su personación.

<sup>150</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J. *Las diligencias preliminares en la...*, op. cit., p. 54.

<sup>151</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 256. Clases de diligencias preliminares y su solicitud 1. Todo juicio podrá prepararse: (...) 7º Mediante la solicitud, formulada por quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual cometida mediante actos que no puedan considerarse realizados por meros consumidores finales de buena fe y sin ánimo de obtención de beneficios económicos o comerciales, de diligencias de obtención de datos sobre el posible infractor, el origen y redes de distribución de las obras, mercancías o servicios que infringen un derecho de propiedad intelectual o de propiedad industrial y, en particular, los siguientes: a) Los nombres y direcciones de los productores, fabricantes, distribuidores, suministradores y prestadores de las mercancías y servicios, así como de quienes, con fines comerciales, hubieran estado en posesión de las mercancías. b) Los nombres y direcciones de los mayoristas y minoristas a quienes se hubieren distribuido las mercancías o servicios. c) Las cantidades producidas, fabricadas, entregadas, recibidas o encargadas, y las cantidades

Nestes apartados, verifica-se também a possibilidade de requerer a exibição de documentos referentes à propriedade industrial e intelectual, a fim de se preparar um determinado tipo de processos civis em que se pretenda a tutela dos referidos direitos de propriedade intelectual e industrial.

Para estes efeitos, o referido preceito legal dispõe que aquele que pretenda exercer uma ação por infração – de direito de propriedade industrial ou de direito de propriedade intelectual – de atos com escala comercial poderá solicitar a exibição dos documentos bancários, financeiros, comerciais ou aduaneiros produzidos em determinado tempo e que se presumem estar em poder do sujeito que deverá ser o demandado no processo ulterior.

Além disso, a doutrina espanhola entende por atos desenvolvidos em escala comercial aqueles que são realizados para alcançar benefícios econômicos ou comerciais, sejam eles diretos ou indiretos. Assim, supõe-se que a prática destas diligências será destinada para a preparação de processo em que ficará afetada uma pluralidade de titulares de direitos.<sup>152</sup>

Em outras palavras, para efetuar a sua prática será requerido que os sujeitos afetados compareçam na sede do Tribunal e, com a presença e intervenção do interessado, respondam aos questionamentos pertinentes para a preparação da ação de infração de direitos de propriedade industrial ou intelectual.<sup>153</sup>

Ademais, GARCÍANDÍA GONZÁLEZ<sup>154</sup> esclarece que, por um lado, estas medidas preliminares têm como intenção obter os dados que figuram nas alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’ do apartado 7º do artigo 256.1 da LEC, os quais são relativos à origem e às redes de distribuição das mercadorias ou serviços (nomes e endereços dos participantes da produção e comercialização; quantidades e características técnicas das mercadorias). Assim, a petição poderá consistir na prática de um interrogatório de quem se considere autor da violação ou de outros sujeitos potencialmente responsáveis, ou a exibição de documentos que contenham tais dados.

---

satisfechas como precio por las mercancías o servicios de que se trate y los modelos y características técnicas de las mercancías.

<sup>152</sup> LLORENTE CABRELLES, L.-Ramón. *Las diligencias preliminares en el proceso civil...*, op. cit., p. 174.

<sup>153</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J. *Las diligencias preliminares en la...*, op. cit., p. 56-57.

<sup>154</sup> GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil ...*, op. cit., p. 1259.

Por outro lado, o referido doutrinador espanhol explica que, nos casos em que se presume a existência de documentos bancários, financeiros, comerciais ou aduaneiros, produzidos em um determinado tempo e que estejam em poder de quem seria demandado como responsável de um ato contrário ao direito de propriedade intelectual ou industrial, estas diligências têm por finalidade a exibição de tais documentos sempre e quando a petição de solicitação seja acompanhada de um princípio de prova efetiva da infração.<sup>155</sup>

#### 2.1.9. DILIGÊNCIAS PRELIMINARES PREVISTAS EM LEIS ESPECIAIS.

E para finalizar a análise dos tipos de diligências preliminares, a *Ley de Enjuiciamiento Civil* no seu apartado 9º prevê a atuação do referido instituto para a proteção de determinados direitos previstos em leis especiais.<sup>156</sup>

Atualmente, a doutrina esclarece que estas legislações especiais – referidas no apartado 9º do art. 256.1 da LEC – focam a regulação contida nos artigos 129 a 132 da Lei de Patentes espanhola (LP), aplicáveis aos juízos sobre patentes, marcas e sobre concorrência desleal.<sup>157</sup>

Dito isto, a doutrina explica que a pessoa legitimada para ajuizar ações derivadas de direitos de patente, poderá solicitar ao Tribunal de Primeira Instância que, com caráter de urgência, aceite a prática das diligências preliminares para comprovação de fatos que podem constituir violação de direito exclusivo outorgado pela patente.<sup>158</sup>

É importante mencionar, também, que o Juízo somente poderá aceitar a solicitação de atuação prévia quando, diante das circunstâncias do caso, seja presumível a violação da patente e não seja possível comprovar a realidade da mesma sem a utilização do instituto das diligências preliminares.<sup>159</sup>

---

<sup>155</sup> GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil ...*, op. cit., p. 1259-1260.

<sup>156</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 256. Clases de diligencias preliminares y su solicitud 1. Todo juicio podrá prepararse: (...) 9º Por petición de las diligencias y averiguaciones que, para la protección de determinados derechos, prevean las correspondientes leyes especiales.

<sup>157</sup> GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil ...*, op. cit., p. 1260. Neste mesmo sentido, GARBERÍ LLOBREGAT, J. *Los Procesos Civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil ...*, op. cit., p. 861.

<sup>158</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J. *Los Procesos Civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil ...*, op. cit., p. 861.

<sup>159</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J. *Los Procesos Civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil ...*, op. cit., p. 861.

No entanto, embora estas atuações preliminares permitam ao proprietário da patente ou marca registrar e reunir, com a ajuda da autoridade judicial, certos dados indispensáveis para a formulação do pedido posterior, GARCIANDÍA GONZÁLEZ<sup>160</sup> entende que estas informações excedem a finalidade preparatória das diligências preliminares.

Assim, segundo parece, o próprio legislador espanhol deixou a dúvida quanto a tal questão, pois no próprio preâmbulo da Lei de Patentes<sup>161</sup> espanhola há a referência de que os artigos ali previstos consistem em reforçar também os procedimentos judiciais, regulando-se o asseguramento de provas de reconhecimento judicial mediante a instauração das diligências preliminares de comprovação dos fatos.<sup>162</sup>

## 2.2. DILIGÊNCIAS PRELIMINARES: *NUMERUS CLAUSUS* OU *APERTUS*?

As diligências preliminares são um instituto de raiz profunda no ordenamento jurídico espanhol e, desde a LEC/1855, há um debate, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, sobre o *numerus clausus* ou *apertus* deste mecanismo legal – discussão, esta, que também se vislumbra na LEC vigente.

Na *Ley de Enjuiciamiento Civil* do ano de 1855, como sinaliza BANACLOCHE PALAO<sup>163</sup>, por razões históricas e culturais, diante de ações fraudulentas para a obtenção das informações prévias, o catálogo das diligências preliminares era tratado como uma lista fechada, como *numerus clausus*, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência espanholas.

---

<sup>160</sup> GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P., *Comentários a la Ley de Enjuiciamiento Civil ...*, op. cit., p. 1260.

<sup>161</sup> Ley 11/1986. Preâmbulo: “(...) La Ley otorga una mayor protección a las patentes, tanto en cuanto al contenido de los derechos que conllevan muy similares a los establecidos en la patente comunitaria, cuanto en el establecimiento de nuevas acciones, para sus titulares, muy especialmente la acción de cesación del acto ilícito. Se incrementa la protección a las patentes de procedimiento para la obtención de productos nuevos, mediante la introducción del principio de inversión de la carga de la prueba, modificándose las normas del derecho procesal que establecen que la carga de la prueba incumbe a quien afirma; se refuerzan también los procedimientos judiciales, regulándose el aseguramiento de las pruebas de reconocimiento judicial mediante la instauración de diligencias previas de comprobación de hechos, y se instrumentan medidas cautelares para garantizar el resultado del juicio, cuya obtención está condicionada a que los titulares de patentes exploten las invenciones en nuestro país. (...)”

<sup>162</sup> Cfr. GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P., *Comentários a la Ley de Enjuiciamiento Civil ...*, op. cit., p. 1260.

<sup>163</sup> BANACLOCHE PALAO, J. *Las Diligencias preliminares ...*, op. cit., p. 61.

A presente questão na antiga LEC/1881<sup>164</sup> não gerava dúvidas, pois o próprio preceito legal sinalizava que “*El juez accederá em cualquiera de estos casos a la pretensión si estimare justa la causa en que se funde. No estando comprendida en ellos, la rechazará de oficio.*” Assim, a lei era clara e precisa: as diligências preliminares eram exclusivamente as previstas no preceito legal pertinente.

Com a atual redação (artigo 256.1 da LEC), parece que o legislador espanhol quis alterar a orientação neste ponto para oferecer uma maior flexibilidade das diligências preliminares. Conforme explica a doutrina, a LEC decidiu estabelecer um número limitado de atuações prévias que estabelecem, em detalhes, 08 (oito) casos de atos preparatórios e, nos apartados 09 (nove), 10 (dez) e 11 (onze), referências normativas para regulamentarem novas atividades e inquéritos no intuito de proteger determinados direitos previstos em leis especiais. Todas estas medidas têm como característica comum a possibilidade de permitir que o futuro demandante conheça uma série de circunstâncias necessárias para ajuizar o futuro processo.<sup>165</sup>

Neste sentido, PRADA RODRÍGUEZ<sup>166</sup> preceitua que são muitas as opiniões doutrinárias existentes sobre a tipicidade deste instituto processual. Ensina que alguns autores consideram que a interpretação literal da LEC reafirma a existência de *numerus clausus*<sup>167</sup> e, por tal razão, sustentam que os Tribunais não podem realizar uma interpretação flexível do artigo 256.1 em razão de uma necessidade da prática jurídica, porque a ampliação destas atuações preparatórias só poderá ocorrer quando houver previsão em uma lei especial.

Por outro lado, há outro setor da doutrina espanhola<sup>168</sup> que, apesar de admitir que as diligências preliminares do artigo 256.1 da LEC são *numerus clausus*, defendem a

---

<sup>164</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Artículo 497. Todo juicio podrá prepararse: (...) El Juez accederá en cualquiera de estos casos a la pretensión si estimare justa la causa en que se funde. No estando comprendidos en ellos, la rechazará de oficio. La providencia denegando la pretensión será apelable en ambos efectos.

<sup>165</sup> PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes de. *Los Procesos Declarativos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Problemas actuales, soluciones jurisprudenciales y propuestas de reforma a los diez años de su vigencia.* (Coord. BANACLOCHE PALAO, Julio e outros). Thomson Reuters, Navarra, 2012, p. 203.

<sup>166</sup> Idem.

<sup>167</sup> Neste sentido, ORTELLS RAMOS, M.; BELLIDO PENADÉS, R., *Derecho Procesal Civil.* (Coordenação de ORTELLS RAMOS, M.), Undécima Edición. Thomson Reuters Aranzadi, 2012, p. 305. GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Civil I ...*, op. cit., p. 271. GARBERÍ LLOBREGAT, J. *Los Procesos Civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil ...*, op. cit., p. 852.

<sup>168</sup> Neste sentido, VALLESPÍN PÉREZ, D., *Diligencias preliminares numerus clausus? (art. 256 LEC).* 280208tripa\_justicia2007.indd, 28.02.2008, p. 128-129. GASCÓN INCHAUSTI, F. y DE LA OLIVA

interpretação flexível do referido preceito legal com o objetivo de acordar atividades preliminares diversas das enumerados pelo legislador espanhol.

Neste sentido, VALLESPÍN PÉREZ<sup>169</sup> sustenta que, quando as solicitações apresentem os pressupostos necessários para que as diligências preliminares sejam acordadas, isto é, que a medida seja adequada à finalidade perseguida pelo solicitante e que na petição de requerimento estejam presentes a justa causa e o interesse legítimo, o Tribunal poderá aplicar uma interpretação flexível para o rol das atuações do artigo 256.1 da LEC.

Há também a posição de que as diligências da LEC devem ser consideradas uma lista aberta, *numerus apertus*, com o fundamento de não haver proibição expressa na lei a respeito da ampliação das atuações preparatórias, bem como pela necessidade de adaptação das preliminares às necessidades sociais manifestadas na prática jurídica e a sua melhor adequação aos direitos fundamentais.<sup>170</sup>

Transcorreram dezoito anos da aplicação da *Ley de Enjuiciamiento Civil* do ano de 2000, e o critério utilizado de forma majoritária pela jurisprudência<sup>171</sup> espanhola é de considerar o caráter taxativo das diligências preliminares, com o argumento de haver determinação para tanto na Exposição de Motivos da LEC<sup>172</sup>.

E com isso PRADA RODRÍGUEZ<sup>173</sup> esclarece que, de acordo com este entendimento jurisprudencial, apenas os procedimentos previstos e circunscritos de forma exclusiva no artigo 256.1 da LEC podem ser atuados perante o Tribunal de Primeira Instância. Afirma, ainda, que tal requisito decorre do princípio da segurança jurídica, com a finalidade de

---

SANTOS, A., *Ley de Enjuiciamiento Civil: respuestas a 100 cuestiones polémicas*, Sepin, Madrid, 2002, p. 193. GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las diligencias preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 31.

<sup>169</sup> VALLESPÍN PÉREZ, D. *Diligencias preliminares numerus clausus?... op. cit.*, p. 128.

<sup>170</sup> FRANCO ARIAS, J. *Las diligencias preliminares previstas en el art. 256,1 LEC deben considerarse una lista cerrada?* 280208tripa\_justicia2007.indd, 28.02.2008, p. 90-95.

<sup>171</sup> Neste sentido, Auto do Tribunal Supremo de 11 de novembro de 2002, número 575/2003: “las diligencias preliminares son “numerus clausus”, por lo que solamente pueden solicitarse las concretas medidas establecidas en los nueve apartados en el artículo 256,1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.” Entendimento extraído de GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las diligencias preliminares en... op. cit.*, p. 101.

<sup>172</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil. Exposición de Motivos, X (...) Sin embargo, la presente Ley se asienta sobre el convencimiento de que caben medidas eficaces para la preparación del proceso. Por un lado, se amplían las diligencias que cabe solicitar, aunque sin llegar al extremo de que sean indeterminadas. Por otra parte, sin incurrir en excesos coercitivos, se prevén, no obstante, respecto de la negativa injustificada, consecuencias prácticas de efectividad muy superior a la responsabilidad por daños y perjuicios.

<sup>173</sup> PRADA RODRÍGUEZ, M. *Los procesos declarativos de la ley..., op. cit.*, p. 204-205.

evitar que as medidas preparatórias sejam utilizadas para fins diversos dos entabulados legalmente.

Não obstante, o estabelecimento de um sistema *numerus clausus* oferece como principal inconveniente o impedimento de requerer, por aquele sujeito que efetivamente necessita das medidas prévias para organizar o processo futuro, a prática de determinada diligência preliminar por não estar prevista em um dos apartados legalmente contemplados pela LEC. Se o procedimento é imprescindível para a ulterior demanda, a sua negação poderá ocasionar a violação do acesso à justiça em que se pretende buscar determinada tutela.<sup>174</sup>

Com isso, PRADA RODRÍGUEZ<sup>175</sup> menciona que, atualmente, é possível verificar determinados entendimentos jurisprudenciais espanhóis que realizam a interpretação flexível do artigo 256 da LEC, admitindo outras medidas preparatórias não previstas legalmente, sempre que cumpram com determinados requisitos que devem concorrer de modo cumulativo – os quais serão analisados quando abordarmos a questão dos requisitos da solicitação.

Além disso, o mencionado autor assevera que, além de cumprirem com os requisitos de modo cumulativo, estas diligências deverão ter, necessariamente, uma estreita vinculação com o processo que se pretende preparar, no sentido de ser útil, adequada e eficaz para organizar e, da perspectiva legal, ter justa causa e legítimo interesse por parte daquele sujeito que a solicita.<sup>176</sup>

---

<sup>174</sup> PRADA RODRÍGUEZ, M. *Los procesos declarativos de la ley...*, *op. cit.*, p. 206.

<sup>175</sup> O referido autor lista os seguintes requisitos: “1. La diligencia solicitada ha de poder ser encuadrada, por vía de analogía, en algunos de los supuestos expressamente enumerados en dicho precepto. 2. No ha de existir outro medio a través del cual el solicitante de la diligencia pueda obtener lo que constituye el objeto de ésta. 3. Dado su carácter instrumental, la diligencia solicitada ha de guardar una estrecha relación con el pleito cuya preparación se pretende.” (PRADA RODRÍGUEZ, M. *Los procesos declarativos de la ley...*, *op. cit.*, p. 206.)

Neste sentido, é o entendimento da Audiencia Provincial de Madrid, em Junta de Unificación de critérios celebrada em 23 de setembro de 2004: “Las diligencias preliminares a que se refiere el artículo 256 LEC constituyen un *numerus clausus*, si bien debe hacerse una interpretación flexible y extensiva de los términos empleados en cada uno de los supuestos legales, desde la consideración de la razón de ser de las diligencias preliminares, siempre que concurren para ello los presupuestos y requisitos necesarios, en relación con la tutela judicial efectiva.”

<sup>176</sup> PRADA RODRÍGUEZ, M. *Los procesos declarativos de la ley...*, *op. cit.*, p. 208: “Además, será necesario que se cumpla con el requisito de legalidad para que se pueda acceder a la solicitud y que aquella adecuación sea proporcionada al fin que se pida. Y, como señala el art. 258 LEC, el Tribunal al determinar su admisión o no a trámite debe analizar si la diligencia «es adecuada a la finalidad que el solicitante persigue», y si «concurrén justa causa e interés legítimo».”

Assim, entendemos que se deve realizar uma interpretação flexível das diligências preliminares, pois se a função destas é no sentido de se preparar uma futura demanda judicial, não há razões para declarar que as atividades previstas no artigo 256.1 da LEC são um rol taxativo. Entretanto, esta interpretação deve ser rigorosa e seguir todos os pressupostos que a LEC exige para que uma solicitação preliminar seja devidamente acordada, a justa causa e o interesse legítimo são presenças indispensáveis para que haja a interpretação flexível do rol de atividades do referido artigo.

### 2.3. OS SUJEITOS PROCESSUAIS.

#### 2.3.1. O ÓRGÃO JUDICIAL.

A *Ley de Enjuiciamiento Civil*, em seu artigo 257.1º<sup>177</sup>, estabelece a norma geral quanto à competência em matéria de diligências preliminares, atribuindo tal questão ao órgão judicial de primeira instância do local do domicílio do sujeito que é solicitado para declarar, exhibir ou intervir nas atuações que se acordam para preparar o processo futuro.

Deste modo, a doutrina espanhola tem caracterizado que tal regulação da LEC contempla atributos tanto de competência objetiva como competência territorial, pois reconhece, quanto à primeira competência, que pode ser atribuída tanto para Juízos de Primeira Instância como para Juízos Mercantis.<sup>178</sup>

Com isso, BANACLOCHE PALAO<sup>179</sup> esclarece, também, que a legislação processual civil da Espanha não exige, de maneira prioritária, que o juiz que decida a respeito das atuações das diligências preliminares seja o mesmo que, posteriormente, deva conhecer o processo principal. Entretanto, a LEC prefere estabelecer como critérios de competências aqueles que têm o fim de facilitar a atividade prévia pretendida.

---

<sup>177</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 257. Competencia. 1. Será competente para resolver sobre las peticiones y solicitudes a que se refiere el artículo anterior el Juez de primera instancia o de lo mercantil, cuando proceda, del domicilio de la persona que, en su caso, hubiera de declarar, exhibir o intervenir de otro modo en las actuaciones que se acordaran para preparar el juicio.

<sup>178</sup> GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Civil I ...*, op. cit., p. 278: “El art. 257 LEC establece una norma especial respecto de la competencia objetiva y territorial.” Neste mesmo sentido, ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Civil ...*, op. cit., p. 139; MONTERO AROCA, J. *Derecho Jurisdiccional II ...*, op. cit., p. 186; ORTELLS RAMOS, M. *Derecho Procesal Civil ...*, op. cit., p. 306-307.

<sup>179</sup> BANACLOCHE PALAO, J. *Las Diligencias preliminares ...*, op. cit., p. 108.

O que se busca com as atividades preparatórias é a organização da ação civil. Assim, a prevenção do juízo preliminar com o posterior não se torna um requisito obrigatório.

Sendo estas as características gerais quanto à competência para julgar as medidas preparatórias previstas na LEC, o referido artigo 257, também no item 1º – segundo parágrafo<sup>180</sup> –, prevê regras especiais nos casos dos apartados 6º, 7º, 8º e 9º do artigo 256 do mesmo diploma legal, pois estabelece que, nestas situações, será competente o Tribunal perante o qual o processo será ajuizado.

Em outras palavras, o Tribunal competente para conhecer o processo principal é que irá determinar a competência do Juízo das medidas preparatórias através de uma regra de competência funcional, de modo que a solicitação de uma diligência preliminar exigirá uma determinação prévia do órgão judicial com competência objetiva e territorial para receber o futuro litígio.<sup>181</sup>

Além disso, esta regra especial do artigo 257.1º, segundo parágrafo, preceitua que, se para estas atuações preliminares – apartados 6º, 7º, 8º e 9º do art. 256 da LEC –, houver novas solicitações preparatórias, a partir do resultado do primeiro requerimento, estas poderão ser solicitadas no mesmo Tribunal que as conheceu previamente.<sup>182</sup>

Entretanto, LÓPEZ SÁNCHEZ<sup>183</sup> esclarece que o solicitante das atividades preparatórias não tem o ônus de solicitar, caso sejam necessárias, as novas atuações preliminares no mesmo Tribunal que as concedeu primeiramente. É aceito pela doutrina a possibilidade de requerer novas diligências perante um Juízo de Primeira Instância diferente, desde que seja um órgão judiciário territorialmente competente para conhecer a

---

<sup>180</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 257. Competencia. 1 (...) En los casos de los números 6, 7, 8 y 9 del apartado 1 del artículo anterior, será competente el tribunal ante el que haya de presentarse la demanda determinada. Si, en estos casos, se solicitasen nuevas diligencias, a raíz del resultado de las hasta entonces practicadas, podrán instarse del mismo tribunal o bien del que, a raíz de los hechos averiguados en la anterior diligencia, resultaría competente para conocer de la misma pretensión o de nuevas pretensiones que pudieran eventualmente acumularse.

<sup>181</sup> LLORENTE CABRELLES, L.-Ramón. *Las diligencias preliminares en el proceso civil ...*, op. cit., p. 209-210. Neste mesmo sentido, GARCIA DÍAZ GONZÁLEZ, P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil ...*, op. cit., p. 1265.

<sup>182</sup> LLORENTE CABRELLES, L.-Ramón. *Las diligencias preliminares en el proceso civil ...*, op. cit., p. 216. Em igual sentido, GARCIA DÍAZ GONZÁLEZ, P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil ...*, op. cit., p. 1265.

<sup>183</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *Las nuevas diligencias preliminares en materia de propiedad intelectual y propiedad industrial: el denominado derecho de información y la exhibición de documentos comerciales*, en *Diario de la Ley*, núm. 6429, viernes, 24 de febrero de 2006, p. 9.

mesma pretensão processual que aspirava ser formulada, ou de novas pretensões processuais que podem ser formuladas com maior conhecimento. Este critério funcional permitirá concentrar em um mesmo Tribunal o conhecimento dos procedimentos preliminares e o eventual processo posterior.

Por outro lado, ainda no que tange à questão da competência do órgão judicial, o artigo 257.2º da *Ley de Enjuiciamiento Civil* dispõe que “*no se admitirá declinatoria en las diligencias preliminares, pero el Juez al que se soliciten revisará de oficio su competencia y si entendiase que no le corresponde conocer de la solicitud, se abstendrá de conocer indicando al solicitante el Juzgado de Primera Instancia al que debe acudir. Si éste se inhibiere en su competencia, decidirá el conflicto negativo el tribunal inmediato superior común, según lo previsto en el artículo 60 de la presente Ley.*”

Assim, conforme ensina LLORENTE CABRELLES<sup>184</sup>, a LEC preceitua que será o Juiz que recebe as diligências preliminares o responsável para, de ofício, revisar a sua competência, tanto no que se refere às normas de competência objetiva quanto às normas de competência territorial, não sendo, desta forma, permitido às partes promoverem à declinatoria.

Dito isto, de acordo com o referido doutrinador, e com o estabelecido no artigo 60 da LEC<sup>185</sup>, se o Juiz entender que não lhe corresponde conhecer a respeito da solicitação das atuações preparatórias, se absterá de recebê-las, indicando ao solicitante o Juízo de Primeira Instância ou Mercantil competente para tanto. Se este também se julgar incompetente, o Tribunal Superior é que será o responsável para resolver o conflito

---

<sup>184</sup> LLORENTE CABRELLES, L.-Ramón. *Las diligencias preliminares en el proceso civil...*, op. cit., p. 219: “La Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 257.2 señala que será el Juez al que se soliciten las diligencias preliminares el competente para revisar de oficio su competencia, lo que encuentra su razón de ser en que tanto las normas de competencia objetiva como las normas imperativas de competencia territorial son de carácter indisponible. Sin embargo, no se permite a las partes promover la declinatoria.”

<sup>185</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 60. Conflicto negativo de competencia territorial. 1. Si la decisión de inhibición de un tribunal por falta de competencia territorial se hubiere adoptado en virtud de declinatoria o con audiencia de todas las partes, el tribunal al que se remitieren las actuaciones estará a lo decidido y no podrá declarar de oficio su falta de competencia territorial. 2. Si la decisión de inhibición por falta de competencia territorial no se hubiese adoptado con audiencia de todas las partes, el tribunal a quien se remitieran las actuaciones podrá declarar de oficio su falta de competencia territorial cuando ésta deba determinarse en virtud de reglas imperativas. 3. La resolución que declare la falta de competencia mandará remitir todos los antecedentes al tribunal inmediato superior común, que decidirá por medio de auto, sin ulterior recurso, el tribunal al que corresponde conocer del asunto, ordenando, en su caso, la remisión de los autos y emplazamiento de las partes, dentro de los diez días siguientes, ante dicho tribunal.

negativo de competência evidenciado.<sup>186</sup>

### 2.3.2. AS PARTES.

No que tange às características das partes que irão figurar nos procedimentos preparatórios para organizar o processo, BANACLOCHE PALAO<sup>187</sup> nos ensina que não será em todas as atividades preliminares que os interessados serão denominados como ‘futuro demandante’ e ‘futuro demandado’, pois em algumas atuações aquele que figurar como solicitado não será, necessariamente, o réu da ação civil. Como exemplo, podemos imaginar que o cidadão que guarde o testamento – o requerido na diligência preliminar – não seja o mesmo sujeito que tenha a posse do bem deixado como herança ao solicitante.

Desta forma, uma corrente doutrinária defende a aplicação da denominação ‘solicitante’ para quem apresenta a petição de solicitação de uma diligência preliminar, e a de ‘solicitado’ ou ‘requerido’ para aquele sujeito que deverá prestar informações ou exibir documentos referentes ao requerimento processual preparatório.<sup>188</sup>

Neste sentido, LLORENTE CABRELLES<sup>189</sup> chega a defender que não há que se falar em legitimação ativa e legitimação passiva, pois sustenta não ser este o momento processual para tanto. Pelo contrário, o autor mantém-se fiel à corrente que designa ‘solicitante’ e ‘requerido’ as partes das diligências preliminares, devido à própria *Ley de Enjuiciamiento Civil* em seu artigo 260 que, também ela, qualifica como ‘requerido’ a pessoa que deve praticar as medidas preparatórias.

E assim, BELLIDO PENADÉS<sup>190</sup> preceitua que se o início de um processo civil está condicionado à execução de atividades preliminares destinadas a obter informações

---

<sup>186</sup> LLORENTE CABRELLES, L.-Ramón. *Las diligencias preliminares en el proceso civil ...*, op. cit., p. 220.

<sup>187</sup> BANACLOCHE PALAO, J. *Las Diligencias preliminares ...*, op. cit., p. 124.

<sup>188</sup> LLORENTE CABRELLES, L.-Ramón. *Las diligencias preliminares en el proceso civil ...*, op. cit., p. 222.

<sup>189</sup> LLORENTE CABRELLES, L.-Ramón. *Las diligencias preliminares en el proceso civil ...*, op. cit., p. 222: “Por ello entiendo también que no se debe hablar ni de legitimación activa, ni de legitimación pasiva, pues aún no es el momento procesal idóneo, y sí, por el contrario, de solicitante (artículo 258 LEC), y de requerido (artículo 260 LEC). La LEC es clara al respecto, baste “con observar su artículo 260, al decir ‘... la persona requerida para la práctica de diligencias preliminares podrá oponerse a ella y en tal caso, se citará a las partes para una vista, ...’.”

<sup>190</sup> BELLIDO PENADÉS, R. *Las diligencias preliminares, Proceso Civil Práctico*, T-III-2, Mayo 2010 (con GIMENO SENDRA y otros), apud LLORENTE CABRELLES, L.-Ramón. *Las diligencias preliminares ...*, op. cit., p. 223.

necessárias para decidir-se quanto ao ajuizamento ou não de uma demanda, aquelas devem estar subordinadas aos mesmos requisitos processuais quanto ao que diz respeito às partes.

Desta forma, analisaremos os pressupostos processuais necessários para um determinado sujeito figurar como parte no procedimento das diligências preliminares, sendo o primeiro requisito relacionado com a capacidade.

O Capítulo II do Livro II da *Ley de Enjuiciamiento Civil* destinado às diligências preliminares não apresenta nenhuma especificidade quanto à questão pertinente à capacidade para ser parte e à capacidade processual<sup>191</sup>. Assim, tal vertente está sujeita à regulação geral aplicável também aos demais processos. Entretanto, iremos analisar, brevemente, se há alguma exceção às normas gerais pertinentes ao instituto da capacidade.<sup>192</sup>

O conceito de capacidade para ser parte está relacionado com a aptidão requerida pela lei para figurar em uma relação processual, seja como autor ou como réu, ostentando uma titularidade de direitos, obrigações, possibilidades processuais e cargas processuais, e assumindo, assim, as responsabilidades e os efeitos de um processo judicial, bem como os efeitos materiais de uma coisa julgada.<sup>193</sup>

Neste sentido, ALVAREZ ALARCÓN<sup>194</sup> preceitua que qualquer sujeito pode ser titular de direitos e obrigações, sendo parte em qualquer processo e, desta forma, no procedimento das diligências preliminares também. Assim, podemos dizer que qualquer pessoa, inclusive as entidades jurídicas, podem solicitar as diligências preliminares.<sup>195</sup>

---

<sup>191</sup> Na literatura jurídico processual, capacidade para ser parte denomina-se personalidade judiciária e capacidade processual judiciária. Por personalidade judiciária, ALMEIDA preceitua que esta “consiste na suscetibilidade de ser parte. Partes são as pessoas que requerem ou contra as quais é requerida – agindo em nome próprio, de *per si* ou através de representante – uma dada providência de tutela jurisdicional abstratamente reconhecida por lei.” (...) A personalidade judiciária é definida na lei segundo o princípio da equiparação ou critério da coincidência ou da correspondência. De harmonia com este critério, quem tiver personalidade jurídica (ou seja, capacidade de gozo de direitos) tem igualmente personalidade judiciária.” (ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito Processual Civil*, Volume I... *op. cit.*, p. 361-367.)

A capacidade judiciária, por sua vez, conforme o referido doutrinador explica, está relacionada com a “suscetibilidade de estar, por si, em juízo. A capacidade judiciária equivale e decorre da capacidade de exercício de direitos (...). Capacidade judiciária é, assim, a suscetibilidade de a parte estar pessoal e livremente em juízo ou de (nele) se fazer representar por representante voluntário.” (ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito Processual Civil*, Volume I... *op. cit.*, p. 372-373).

<sup>192</sup> ALVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares ...*, *op. cit.*, p. 98.

<sup>193</sup> GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Civil I ...*, *op. cit.*, p. 99.

<sup>194</sup> ALVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares ...*, *op. cit.*, p. 98.

<sup>195</sup> PIETRO-CASTRO, L. *Tratado de Derecho Procesal Civil ...*, *op. cit.*, p. 337.

Nesta linha, o mencionado doutrinador espanhol esclarece, ainda, que o apartado quarto do artigo 256.1 da LEC, no que diz respeito às sociedades, não apresenta nenhuma particularidade quanto à questão da capacidade para solicitar as atuações das diligências preliminares, sendo, tão somente, para estabelecer a legitimidade dos sujeitos que a podem solicitar. Neste caso, os sócios em face dos consócios.<sup>196</sup>

Por outro lado, a capacidade processual, também denominada de capacidade de comparecer em juízo como parte autora, ou de opor-se a ela na qualidade de parte demandada, realizando os cumprimentos de uma postulação necessária, validando a totalidade dos atos processuais de alegação, prova e impugnação contudentes à satisfação das respectivas pretensões ou defesas.<sup>197</sup>

Dito isto, toda a pessoa física que se encontra em pleno gozo de seus direitos civis, conforme preceitua a doutrina espanhola, é detentora da capacidade processual e, assim, pode interpor uma demanda ou defender-se dela, realizando com validade todos os atos processuais. Outro é o cenário da pessoa jurídica: desde que esta tenha capacidade para ser parte, o seu representante legal deverá figurar no processo para atuar nos procedimentos processuais e legais.<sup>198</sup>

O outro pressuposto processual para que uma pessoa possa ser parte em uma atuação preliminar está relacionado com a legitimação, a qual, em matéria de diligências, apresenta certa complexidade com relação ao seu conceito, porque, consoante ÁLVAREZ ALARCÓN<sup>199</sup>, uma forte gama da doutrina espanhola identifica-a com a legitimação para o processo principal. Entretanto, em algumas atuações preparatórias, a legitimação para o futuro litígio constitui efetivamente objeto da medida preliminar, também porque na *Ley de Enjuiciamiento Civil* não há uma norma geral dos pressupostos de legitimação para o instituto processual das diligências preliminares.

Por não haver acordo pacífico neste sentido, PRIETO-CASTRO<sup>200</sup> propôs uma definição adequada para a questão da legitimação no mecanismo das diligências preliminares, mencionando que a utilidade daquela reside em determinar o sujeito que

---

<sup>196</sup> ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares ...*, op. cit., p. 99.

<sup>197</sup> GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Civil I ...*, op. cit., p. 109. Em igual sentido, ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares ...*, op. cit., p. 99.

<sup>198</sup> GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Civil I ...*, op. cit., p. 109.

<sup>199</sup> ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares ...*, op. cit., p. 103.

<sup>200</sup> PIETRO-CASTRO, L. *Tratado de Derecho Procesal Civil...*, op. cit., p. 315.

juridicamente deve figurar no processo e ser portador do direito de ação, ecoando e prosseguindo com uma demanda judicial em desfavor de um demandado concreto, o qual terá de apresentar uma carga de defesa.

Na verdade, verifica-se que não há critérios gerais válidos nesta questão para todos os casos de procedimentos preliminares legalmente admissíveis, e especialmente em relação à legitimação passiva. Assim, como a doutrina aponta, eles devem ser analisados caso a caso, determinando em cada um deles quem deve ser o legitimado de forma ativa e passiva, de acordo com as disposições da *Ley de Enjuiciamiento Civil*.<sup>201</sup>

Neste viés vai também a jurisprudência espanhola, que na Audiência Provincial de Zaragoza sustentou: “*no pudiendo admitirse la opinión sobre la persona legitimada para solicitar una medida preliminar es quien ha de ser el futuro demandante en el proceso posterior, que es concepto excesivamente amplio y que además por un lado en esta fase previa se desconoce se el instante llegará a ser demandante en el futuro juicio, y por otro no es coincidente con el referido texto legal que exige un específico interés legítimo para solicitar la medida preliminar, de modo tal que permita afirmar que el solicitante de la diligencia preliminar efectivamente actúa como titular, o al menos como indiciariamente titular, de la relación jurídica u objeto litigioso.*”<sup>202</sup>

Portanto, no que tange à celeuma referente à legitimação para solicitar as diligências preliminares, não há uniformidade para todas as atuações previstas no artigo 256.1 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, exceto quanto aos apartados números 6º, 7º e 8º, os quais, conforme preceitua o diploma processual espanhol, deverá ser o futuro demandante. Nos demais casos, entendemos que se deve analisar cada situação específica.<sup>203</sup>

---

<sup>201</sup> ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares ...*, op. cit., p. 105-106. Neste mesmo sentido, BANACLOCHE PALAO, J. *Las Diligencias preliminares...*, op. cit., p. 129-134; GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las diligencias preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, op. cit., p. 67-68.

<sup>202</sup> Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5), Auto núm 156/2006 de 20 marzo, JUR 2006\126805. Decisão jurisprudencial verificada em LLORENTE CABRELLES, L.-Ramón. *Las diligencias preliminares ...*, op. cit., p. 227.

<sup>203</sup> Conforme LLORENTE CABRELLES, L.-Ramón. *Las diligencias preliminares ...*, op. cit., p. 228.

### 3. A PROTEÇÃO DO REQUERIDO.

#### 3.1. SOLICITAÇÃO.

A *Ley de Enjuiciamiento Civil* por meio de seu artigo 256.2º<sup>204</sup> prescreve que as diligências preliminares terão o seu início através da petição de solicitação apresentada pelo futuro demandante para, com auxílio do Poder Judiciário, alcançar as informações ou ter acesso aos documentos necessários para preparar a ação civil.<sup>205</sup>

O legislador espanhol não apresentou uma regulação específica no que diz respeito aos requisitos a serem cumpridos na petição de solicitação. Desta forma, coube tanto à doutrina como à jurisprudência espanhola mergulharem em tal cenário e firmarem ao longo destes anos as exigências deste requerimento.

Primeiramente, a doutrina destaca que a solicitação a apresentar ao Tribunal de Primeira Instância ou Mercantil deverá ser feita de forma escrita, identificando ora os interessados na diligência preliminar a realizar, ora a causa de pedir para que seja deferido tal requerimento preparatório.<sup>206</sup>

Quanto aos sujeitos, a petição deve estabelecer com clareza quem pede a diligência preliminar (solicitante) e frente a quem se pede (solicitado). A identificação de ambos deve ser o mais completa possível.<sup>207</sup>

A causa de pedir está relacionada com os fundamentos fáticos e jurídicos. A petição deve ser apresentada com os fatos que a motivam, relacionando com o processo posterior, sem o qual não se justifica a existência de nenhuma diligência preliminar. Em outras palavras, o solicitante deverá expor e fundamentar cada um dos aspectos que

---

<sup>204</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 256. Clases de diligencias preliminares y su solicitud. (...) 2. En la solicitud de diligencias preliminares se expresarán sus fundamentos, con referencia circunstanciada al asunto objeto del juicio que se quiera preparar.

<sup>205</sup> Neste sentido, GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Civil I...*, op cit., p. 279; GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, op. cit., p. 1261; DE LA OLIVA SANTOS, A., *Curso de Derecho Procesal Civil II...*, op. cit., p. 43.

<sup>206</sup> GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Civil I...*, op cit., p. 279: “A pesar de que el legislador nada diga sobre este extremo el procedimiento se inicia con una solicitud que ha de revestir la forma escrita y contener una estructura similar al escrito de demanda (acto de postulación por antonomasia) Por tanto, el solicitante deberá identificar el órgano judicial con jurisdicción y competencia objetiva y territorial al que dirige su petición. El escrito deberá contener un encabezamiento en el que se especifiquen las partes (el futuro demandante y el futuro demandado o el tercero requerido) y la diligencia o diligencias a realizar, así como una alegación fáctica y jurídica, que concluye con una solicitud final en la que se recogerá la esencia o resumen de la petición.” Em igual sentido, GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, op. cit., p. 1261.

<sup>207</sup> BANACLOCHE PALAO, J. *Las diligencias...*, op. cit., p. 148.

justifiquem a concessão do instituto das diligências preliminares.<sup>208</sup>

Além disso, a *Ley de Enjuiciamiento Civil* no seu artigo 258.1º<sup>209</sup> preceitua que para justificar a solicitação das diligências preliminares é necessário que se dê a concorrência dos pressupostos de finalidade que condicionam a concessão do referido instituto, quais sejam: interesse legítimo, justa causa e adequação das diligências preliminares requeridas com o objetivo a perseguir na demanda posterior.

Assim, o escrito deverá expressar com exatidão os seus fundamentos, evidenciando uma referência circunstanciada ao assunto do objeto do juízo que se quer preparar, especificando o que se pretende demandar no futuro processo principal e quais são as utilidades das diligências preliminares solicitadas.<sup>210</sup>

A expressão exata do objetivo do processo futuro que deve ser preparado é um elemento essencial e imprescindível do pedido de procedimentos preliminares sem o qual a adequação das medidas solicitadas não pode ser avaliada para a propositura da ação civil.<sup>211</sup>

Neste sentido, a jurisprudência espanhola tem manifestado que *“para decidir si están justificadas y son adecuadas a la finalidad que el solicitante persigue y que concurre justa causa en su petición e interés legítimo, es imprescindible que el demandante fije, precise y determine con claridad y concreción cual es el objeto del juicio que se propone entablar para qué pide la diligencia preliminar y contra quién se propone dirigir la futura demanda. Por ello la LEC le exige que haya una referencia circunstanciada del asunto objeto del juicio que quiere preparar. Es decir, no basta una vaga y genérica indicación de que se pretenden ejercer acciones legales o de que se trata*

---

<sup>208</sup> LLORENTE CABRELLES, L.-Ramón. *Las diligencias preliminares ...*, op. cit., p. 307. Neste mesmo sentido, GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Civil I...*, op. cit., p. 280.

<sup>209</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 258. Decisión sobre las diligencias preliminares y recurso. 1. Si el tribunal apreciare que la diligencia es adecuada a la finalidad que el solicitante persigue y que en la solicitud concurren justa causa e interés legítimo, accederá a la pretensión, fijando la caución que deba prestarse. El tribunal rechazará la petición de diligencias realizada, si no considerare que éstas resultan justificadas. La solicitud deberá resolverse en los cinco días siguientes a su presentación. Assim também é o entendimento de GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, op. cit., p. 1261: “Esto es, el futuro demandante deberá justificar los motivos por los cuales considera imprescindible la adopción de la diligencia para la preparación del proceso posterior, debiendo igualmente acreditar la concurrencia del interés legítimo, exigido por el artículo 258.1 de la LECiv.”

<sup>210</sup> Neste sentido, ensina LLORENTE CABRELLES, L.-Ramón. *Las diligencias preliminares ...*, op. cit., p. 310. Em igual sentido, GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, op. cit., p. 1262-1263.

<sup>211</sup> LLORENTE CABRELLES, L.-Ramón. *Las diligencias preliminares ...*, op. cit., p. 310.

*de depurar responsabilidades, pues estas expresiones son imprecisas y genéricas y nada aclaran para valorar si la petición es adecuada a la finalidad que se persigue, si hay justa causa e interés legítimo, por cuanto que en todo proceso judicial se ejercita una acción y se persigue la depuración o declaración de responsabilidades y obligaciones.*<sup>212</sup>

Para isso, será necessário que na solicitação haja a concorrência dos pressupostos processuais, como a competência do órgão judicial a que se dirige o pedido das diligências preliminares, a capacidade para ser parte e a capacidade processual do solicitante, a identificação do sujeito que deverá cumprir com tal requerimento, e a postulação processual técnica – advogado e procurador.<sup>213</sup>

E, com isto, verifica-se outro pressuposto da solicitação, isto é, que a petição das diligências preliminares seja realizada e apresentada por profissional com postulação processual adequada – advogado e procurador.

No entanto, os artigos da *Ley de Enjuiciamiento Civil* pertencentes ao instituto das diligências preliminares nada preveem sobre a necessidade de a petição de solicitação ser subscrita por um profissional com postulação jurídica ativa, razão pela qual a doutrina e a jurisprudência espanholas valem-se, neste ponto, das normas gerais previstas nos artigos 23 e 31 da LEC, no intuito de sanar tal problemática.

E, de fato, ao analisarmos o artigo 23 da LEC, especialmente no seu item 2º, parágrafo 3º<sup>214</sup>, este preceitua quais são as situações em que os sujeitos poderão comparecer em juízo sem o devido acompanhamento de um advogado. Neste item, estão descritas as medidas urgentes que antecedem o juízo.

Na mesma linha desta leitura, o artigo 31 do referido diploma legal espanhol, fundamentalmente no seu item 2º, parágrafo 2º<sup>215</sup>, que prescreve que a intervenção de

---

<sup>212</sup> Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 3), Auto número 488/2010 de 21 octubre, JUR 2010\400400. Entendimento extraído em LLORENTE CABRELLES, L.-Ramón. *Las diligencias preliminares ...*, op. cit., p. 310-311.

<sup>213</sup> LLORENTE CABRELLES, L.-Ramón. *Las diligencias preliminares ...*, op. cit., p. 307-308.

<sup>214</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 23. Intervención de procurador. (...) 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, podrán los litigantes comparecer por sí mismos: (...) 3.º En los incidentes relativos a impugnación de resoluciones en materia de asistencia jurídica gratuita y cuando se soliciten medidas urgentes con anterioridad al juicio.

<sup>215</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 31. Intervención de abogado. 1. Los litigantes serán dirigidos por abogados habilitados para ejercer su profesión en el tribunal que conozca del asunto. No podrá proveerse a ninguna solicitud que no lleve la firma de abogado. 2. Exceptuándose solamente: (...) 2.º Los escritos que tengan por objeto personarse en juicio, solicitar medidas urgentes con anterioridad al juicio o pedir la suspensión urgente de vistas o actuaciones. Cuando la suspensión de vistas o actuaciones que se

advogado poderá ser dispensada nos atos considerados urgentes que precedem o juízo principal.

Assim, há uma discussão no cenário dogmático e jurisprudencial da Espanha quanto à (in)existência de caráter emergencial das diligências preliminares. Com efeito, se o requerimento for considerado emergencial, está dispensado de advogado; no entanto, se for considerado atividade sem caráter emergencial, a presença do advogado faz-se necessária.

Quanto à característica emergencial, ÁLVAREZ ALARCÓN<sup>216</sup> defende que todas as diligências preliminares são, por sua natureza, urgentes, pois sustenta não ser possível dar início a um processo que necessite da decisão do procedimento preparatório.

Comungando esta teoria, IVARIS RUIZ<sup>217</sup> e GÓNZALEZ-MONTES SÁNCHEZ<sup>218</sup> preceituam que somente as diligências preliminares possuem a capacidade de serem requeridas pelo interessado, sem a intervenção do advogado. Desta forma, se diferenciam dos demais atos jurídicos que necessitam de representação advocatícia.

Por outro lado, mas não muito distante do entendimento ora apresentado, BANACLOCHE PALAO<sup>219</sup> sustenta que esta exceção referente à desnecessidade dos profissionais jurídicos na apresentação da solicitação das diligências preliminares, é operada somente neste momento processual, isto é, somente na petição inicial. Desta forma, indica que a não intervenção inicial não pressupõe que o restante do procedimento seja desenvolvido sem a atuação de um advogado.

Por seu lado, GIMENO SENDRA<sup>220</sup> afirma que a dúvida quanto à natureza urgente ou não das diligências preliminares se resolve no momento em que estas são analisadas e interpretadas como situação necessária e sem caráter emergencial que dispensa a intervenção de advogado ou de procurador.

---

pretenda se funde en causas que se refieran especialmente al abogado también deberá éste firmar el escrito, si fuera posible.

<sup>216</sup> ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares ...*, op. cit., p. 50.

<sup>217</sup> IVARIS RUIZ, J. *Abogado y Procurador en la ley de Enjuiciamiento Civil*, varios autores, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, p. 20 e p. 130.

<sup>218</sup> GÓNZALEZ-MONTES SÁNCHEZ, J. L., *La intervención de abogado y procurador en el proceso civil*, Editorial Tecnos, Madrid, 2005, p. 101.

<sup>219</sup> BANACLOCHE PALAO, J. *Las Diligencias preliminares ...*, op. cit., p. 126 e seguintes.

<sup>220</sup> GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Civil I...*, op cit., p. 279.

Na mesma senda, o entendimento de GABERÍ LLOBREGAT<sup>221</sup>, ao defender que o atributo de urgência não configura um requisito essencial ou uma característica das diligências preliminares. E o referido doutrinador refere também que, pelo fato de ser possível interpor recurso de apelação durante o procedimento das medidas preliminares, o requisito de postulação torna-se mais evidente e necessário.<sup>222</sup>

A referida problemática da postulação das diligências preliminares por profissional jurídico habilitado manifesta-se, também, na esfera prática do direito espanhol.

No sentido de defender a desnecessidade de advogado e procurador para a solicitação das diligências preliminares, encontra-se o entendimento da Audiência Provincial de Madrid, Seção Nona, de 24 de setembro de 2004, a qual sustenta não ser necessário o comparecimento de advogado nas diligências preliminares em que se requer a exibição de documentos, caracterizando-as como medidas urgentes.<sup>223</sup>

É esse também o entendimento da Audiência Provincial de Barcelona, Seção Décima Terceira, de 13 de dezembro de 2005, que preceitua que as diligências preliminares são regidas pelas normas gerais no que diz respeito à questão relativa à postulação: “*Para su adopción, son necesarios una serie de presupuestos: A) Procesales: (...) 2) la instancia o solicitud de la parte legitimada (interés legítimo), con las reglas generales sobre postulación y defensa, ex arts. 23 y 31 (art. 256) (...)*”.<sup>224</sup>

Em sentido contrário, entendendo assim não haver caráter urgente no procedimento das diligências preliminares, é o posicionamento da Audiência Provincial de Burgos, Segunda Seção, de 01 de março de 2002, que defende ser necessária a intervenção

---

<sup>221</sup> GABERÍ LLOBREGAT, J., *Las diligencias preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, op. cit., p. 63: “De hecho, del examen del art. 23 LEC ni por asomo puede desprenderse la existencia de algún supuesto de exoneración de la carga de acudir con Procurador que pueda ser encuadrado en el ámbito de las diligencias preliminares. Y del art. 31 LEC podría decirse prácticamente lo mismo, porque no parece que el supuesto de exoneración del concurso de Letrado por tratarse de formular solicitudes ante un órgano judicial de «medidas urgentes con anterioridad al juicio», único en el que podrían quizás encajarse, case bien en este concreto ámbito de las diligencias preliminares, donde la *urgencia* no es precisamente una nota de sus notas esenciales o características.”

<sup>222</sup> GABERÍ LLOBREGAT, J., *Las diligencias preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, op. cit., p. 64.

<sup>223</sup> SILVOSA TALLÓN, J. M., *El abogado frente...*, op. cit., p. 124.

<sup>224</sup> GABERÍ LLOBREGAT, J., *Las diligencias preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, op. cit., p. 190.

dos profissionais jurídicos na solicitação preliminar, pelo fato de não haver exclusão expressa para tanto na *Ley de Enjuiciamiento Civil*.<sup>225</sup>

Comungando esta posição, a Audiência Provincial de Murcia entende que, além de as atuações preliminares não apresentarem características urgentes – daí a necessidade de postulação por um advogado –, o preceituado no artigo 256.3 da LEC alude ao pagamento de honorários advocatícios. Por essa razão, a mesma jurisprudência alega que o critério da postulação por advogado e procurador também é um dos requisitos a adimplir no momento da solicitação das diligências preliminares.<sup>226</sup>

Por fim, ainda no que tange a esta problemática de a postulação ser ou não um requisito de admissão da solicitação das diligências preliminares, é necessário mencionar o entendimento adotado pela Terceira Seção da Audiência Provincial de Almería, de 23 de março de 2006, que nos parece ter encontrado o ponto de equilíbrio para tal situação no momento em que se manifesta no sentido de reconhecer os diversos entendimentos da doutrina e da jurisprudência quanto a tal questão. Contudo, defende que a omissão de tal requisito da postulação não poderia dar lugar a uma inadmissão da solicitação das atuações prévias, pois considera ser um defeito suscetível de sanção.<sup>227</sup>

### 3.1.1. OFERECIMENTO DE CAUÇÃO.

Outro pressuposto processual para que ocorra a efetiva admissão do requerimento das diligências preliminares é o do oferecimento de caução, em quantia a ser determinada judicialmente, e que deverá ser adimplida por aquele sujeito que as solicitou.<sup>228</sup>

Entretanto, diferenciando-se dos outros requisitos das medidas preliminares, a peculiaridade deste requisito está relacionada com o momento em que este oferecimento da caução deve ocorrer. Conforme assinala a própria LEC, em seu artigo 258.1.<sup>229</sup>, o Tribunal

---

<sup>225</sup> SILVOSA TALLÓN, J. M., *El abogado frente ...*, op. cit., p. 124.

<sup>226</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las diligencias preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, op. cit., p. 190.

<sup>227</sup> SILVOSA TALLÓN, J. M., *El abogado frente ...*, op. cit., p. 125

<sup>228</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las diligencias preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, op. cit., p. 64.

<sup>229</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 258. Decisión sobre las diligencias preliminares y recurso 1. Si el Tribunal apreciare que la diligencia es adecuada a la finalidad que el solicitante persigue y que en la solicitud concurren justa causa e interés legítimo, accederá a la pretensión, fijando la caución que

de Primeiro Grau competente para apreciar o recebimento das diligências, após verificar a presença dos pressupostos acima descritos, deverá proceder à fixação da caução a ser apresentada pelo solicitante.

Em outras palavras, a caução é um pressuposto processual analisado, não no momento do recebimento do requerimento da solicitação das diligências preliminares, mas sim em instante posterior em que o Juízo condiciona a continuação do procedimento com a exigência de que o solicitante formalize efetivamente a caução fixada judicialmente.<sup>230</sup>

Por esta razão, a *Ley de Enjuiciamiento Civil* no já referido artigo 258 (agora no seu item 3º<sup>231</sup>) prescreve que a caução atribuída pelo Tribunal de Primeira Instância deverá ser adimplida no prazo máximo de 03 (três) dias, sob pena de ser negado o prosseguimento do procedimento preparatório.

Assim, conforme esclarece GARBERÍ LLOBREGAT<sup>232</sup>, a falta de manifestação quanto ao oferecimento de caução no corpo da petição escrita de solicitação das diligências preliminares não é fator determinante para inadmissão de tal requerimento; constitui tão somente uma irregularidade formal, porquanto o importante não é mencioná-la no escrito, mas sim prestá-la efetivamente quando o Tribunal de Primeira Instância a quantificar e requerer a sua formalização.

Quanto à fixação da quantia pelo Juízo, a LEC não apresenta nenhum critério de quantificação. Entretanto, BANACLOCHE PALAO<sup>233</sup> recomenda que o solicitante, na ocasião em que apresente a sua solicitação, informe critérios apropriados e definidos quanto aos possíveis gastos que podem ter lugar com a realização das diligências preliminares, bem como os prováveis prejuízos que poderá sofrer aquele que for solicitado para cumprir com o requerimento da atividade preliminar.

---

deba prestarse. El Tribunal rechazará la petición de diligencias realizada, si no considerare que éstas resultan justificadas. La solicitud deberá resolverse en los cinco días siguientes a su presentación.

<sup>230</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las diligencias preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, op. cit., p. 64.

<sup>231</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 258. Decisión sobre las diligencias preliminares y recurso. (...) 3. Si la caución ordenada por el Tribunal no se prestare en tres días, contados desde que se dicte el auto en que conceda las diligencias, se procederá por el Secretario judicial, mediante decreto dictado al efecto, al archivo definitivo de las actuaciones.

<sup>232</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las diligencias preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, op. cit., p. 64.

<sup>233</sup> BANACLOCHE PALAO, J. *Las Diligencias preliminares...*, op. cit., p. 152.

Neste sentido, para determinar a quantia da caução, SILVOSA TALLÓN<sup>234</sup> preceitua que nunca se pode perder de vista a sua tríplice finalidade. Por um lado, a autora defende que a caução cumpre com o objetivo de se garantir que ocorrerá o pagamento das despesas geradas aos sujeitos a quem se solicita que participem do procedimento preliminar, e dos possíveis danos e prejuízos que dele possam derivar.

Como segunda função, o referido doutrinador sustenta que a fixação da caução tem propósito dissuasivo, que visa evitar a sua prática. E, por fim, uma finalidade sancionadora, que tem como objetivo evitar que as diligências preliminares sejam utilizadas com fins diversos da sua essência, qual seja, a de preparar a ação civil.<sup>235</sup>

E, assim, a jurisprudência da Audiência Provincial de Sevilla, Seção Quinta, em 08 de setembro de 2012, estabeleceu que o único critério de fixação da caução é que esta seja através de uma quantia proporcional aos possíveis gastos e prejuízos, mas que não seja um valor que impossibilite o acesso à tutela judicial efetiva.<sup>236</sup>

Consequentemente, fixada a quantia da caução e realizada a sua prestação, a LEC preceitua no seu artigo 256.3º<sup>237</sup>, que ocorrerá a perda daquela se o solicitante, no prazo de um mês, após o término do procedimento das diligências preliminares, não cumprir com a finalidade deste instituto processual, qual seja o do ajuizamento do processo posterior.

Além disso, GIMENO SENDRA<sup>238</sup> esclarece que o valor da caução poderá ser requerido por aqueles sujeitos a quem se solicita que cumpram com o requerimento das diligências preliminares, através de uma petição justificando os gastos e os possíveis danos

---

<sup>234</sup> SILVOSA TALLÓN, J. M., *El abogado frente ...*, op. cit., p. 134.

<sup>235</sup> SILVOSA TALLÓN, J. M., *El abogado frente ...*, op. cit., p. 135.

<sup>236</sup> Entendimento jurisprudencial retirado da obra de SILVOSA TALLÓN, J. M., *El abogado frente ...*, op. cit., p. 135: “La norma no establece ningún criterio de cuantificación, ni obligación de fijar la cuantía de las diligencias preliminares, por el carácter instrumental y preparatoria de un proceso ulterior, por tanto, la cuantificación depende del tipo de diligencias que se pide y de los gastos que su práctica genera, el auto de fecha 8 de febrero de 2012 de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Quinta, establece que lo único que cabe exigir para garantizar el derecho a tutela judicial efectiva es que se trate de una cantidad proporcionada a esos posibles gastos y perjuicios pero que no haga imposible en la practica el acceso a la tutela judicial efectiva, admitiendo la jurisprudencia, con la solicitud basta con ofrecer caución, la cuantía la fijará el Juez.”

<sup>237</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 256. Clases de diligencias preliminares y su solicitud. (...) 3. Los gastos que se ocasionen a las personas que hubieren de intervenir en las diligencias serán a cargo del solicitante de las diligencias preliminares. Al pedir éstas, dicho solicitante ofrecerá caución para responder tanto de tales gastos como de los daños y perjuicios que se les pudieren irrogar. La caución se perderá, en favor de dichas personas, si, transcurrido un mes desde la terminación de las diligencias, dejare de interponerse la demanda, sin justificación suficiente, a juicio del Tribunal.

<sup>238</sup> GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Civil I ...*, op. cit., p. 281.

e prejuízos decorrentes deste cumprimento. O julgador resolverá tal questão mediante uma decisão, a qual só será passível de recurso apelação caso seja concedido o pedido do solicitado, sendo, desta forma, a interposição de recurso uma faculdade exclusiva do solicitante das diligências preliminares.

### 3.1.2. (IN) ADMISSÃO DA SOLICITAÇÃO.

Quando a solicitação das diligências preliminares apresentar a totalidade dos requisitos processuais e materiais exigidos pela *Ley de Enjuiciamiento Civil*, o artigo 258, no seu item 1º<sup>239</sup> do referido diploma legal, preceitua que o Tribunal de Primeira Instância, no prazo de 05 (cinco) dias a seguir à apresentação do requerimento de atuações preliminares, decidirá a respeito da sua admissão ou sua inadmissão.<sup>240</sup>

A LEC prevê, ainda, no seu apartado número 2 do artigo 258<sup>241</sup>, que não será aceito nenhum recurso da decisão que admitir a solicitação das diligências preliminares, sendo diferente na hipótese de inadmiti-la, momento em que o solicitante das atividades preparatórias terá a faculdade de interpor recurso de apelação em face desta decisão de rejeição.<sup>242</sup>

Assim, a decisão que receber, total ou parcialmente<sup>243</sup>, o requerimento das atuações preparatórias, e diante do devido cumprimento da caução por parte do solicitante – conforme referido no item anterior –, determinará a citação dos interessados e o requerimento ao solicitado das diligências preliminares para que as cumpram.

---

<sup>239</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 258. Decisión sobre las diligencias preliminares y recurso 1. Si el Tribunal apreciare que la diligencia es adecuada a la finalidad que el solicitante persigue y que en la solicitud concurren justa causa e interés legítimo, accederá a la pretensión, fijando la caución que deba prestarse. El Tribunal rechazará la petición de diligencias realizada, si no considerare que éstas resultan justificadas. La solicitud deberá resolverse en los cinco días siguientes a su presentación.

<sup>240</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las diligencias preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, op. cit., p. 73.

<sup>241</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 258. Decisión sobre las diligencias preliminares y recurso. (...) 2. Contra el auto que acuerde las diligencias no se dará recurso alguno. Contra el que las deniegue, cabrá recurso de apelación.

<sup>242</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las diligencias preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, op. cit., p. 73. Neste mesmo sentido, GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 1270: “Si el tribunal considera necesaria y justificada la práctica de la diligencia solicitada, accederá a la petición, u contra el auto que recoja esta decisión no cabrá recurso alguno.” E, MONTERO AROCA, J. *Derecho Jurisdiccional II*, op. cit., p. 190.

<sup>243</sup> Cfr. GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Civil I...*, op. cit., p. 282.

A *Ley de Enjuiciamiento Civil* establece, no seu artigo 259, as diretrizes legais de como deverá ser o procedimento citatório daqueles sujeitos a quem se solicitará que cumpram com o requerimento de solicitação das diligências preliminares.

Assim, no item 1º<sup>244</sup> do referido preceito legal, o legislador espanhol preceitua que o solicitado terá o prazo de 10 (dez) dias após a sua citação para cumprir com o requerido e acordado, determinando, inclusive, que tal adimplemento da solicitação seja realizado na sede do órgão judiciário competente ou em lugar e de modo oportunos.

Além disso, a LEC especifica, no seu apartado 2º do referido artigo 259<sup>245</sup>, que quando a diligência consista em exibição ou análise de documentos, estes poderão ser apresentados de forma eletrônica pelo solicitado, podendo, neste caso, o solicitante obter uma cópia dos mesmos e ser assessorado, através de meios próprios, por um profissional capacitado para o exame dos mesmos.<sup>246</sup>

E, já nos itens 3º e 4º, também do artigo 259 da LEC<sup>247</sup>, o legislador aclara que se tratando de diligências preliminares previstas para preparar a ação em que terá como objeto questões atinentes à infração de direitos de propriedade intelectual ou industrial, e, com o fim de garantir a confidencialidade, poderá ordenar a prática do interrogatório das partes à porta fechada, bem como declarar confidenciais os documentos exibidos, a instâncias de

---

<sup>244</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 259. Citación para la práctica de diligencias preliminares. 1. En el auto en el que se acceda a la solicitud, se citará y requerirá a los interesados para que, en la sede de la Oficina judicial o en el lugar y del modo que se consideren oportunos, y dentro de los diez días siguientes, lleven a cabo la diligencia, que haya sido solicitada y acordada.

<sup>245</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 259. Citación para la práctica de diligencias preliminares. (...) 2. Para el examen de los documentos y títulos a que se refieren las diligencias señaladas en el apartado 1 del art. 256, el solicitante podrá acudir a la sede de la Oficina judicial asesorado por un experto en la materia, que actuará siempre a costa del solicitante.

<sup>246</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., *Curso de Derecho Procesal Civil II*, op. cit., p. 44: “Especifica la ley que cuando la diligencia consista en la exhibición o examen de documentos, el solicitante podrá acudir, a su costa, asesorado por un experto en la materia y que los documentos y títulos podrán ser presentados por medios telemáticos o electrónicos, pudiendo obtener la parte solicitante copia electrónica de los mismos.”

<sup>247</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 259. Citación para la práctica de diligencias preliminares. (...) 3. En el caso de las diligencias del art. 256.1.7º, para garantizar la confidencialidad de la información requerida, el Tribunal podrá ordenar que la práctica del interrogatorio se celebre a puerta cerrada. Esta decisión se adoptará en la forma establecida en el art. 138.3 y a solicitud de cualquiera que acredite interés legítimo. 4. La información obtenida mediante las diligencias de los números 7, 8, 10 y 11 del apartado 1 del art. 256 se utilizará exclusivamente para la tutela jurisdiccional de los derechos de propiedad industrial o de propiedad intelectual del solicitante de las medidas, con prohibición de divulgarla o comunicarla a terceros. A instancia de cualquier interesado, el tribunal podrá atribuir carácter reservado a las actuaciones, para garantizar la protección de los datos e información que tuvieran carácter confidencial. apa.1 Dada nueva redacción por art.15 Ley 13/2009 de 3 noviembre 2009

qualquer interessado.<sup>248</sup>

### 3.2. OPOSIÇÃO.

Conforme preceitua o artigo 260, no seu ítem 1º, da LEC, “*dentro de los cinco días siguientes a aquél en que reciba la citación, la persona requerida para la práctica de diligencias preliminares podrá oponerse a ellas y en tal caso, se citará a las partes para una vista, que se celebrará en la forma establecida para los juicios verbales.*”<sup>249</sup>

Como a decisão do Tribunal de Primeira Instância que recebe e admite as diligências preliminares é deferida sem a oitiva prévia do solicitado, o legislador espanhol previu o exercício do contraditório frente à determinação de cumprimento das atuações preparatórias, caracterizando, assim, a oposição, posterior à decisão que as recebeu, mas anterior à sua prática.

Assim, se no prazo de 05 (cinco) dias após o recebimento da citação, o solicitado apresentar oposição, a qual deverá ser realizada de forma escrita<sup>250</sup> e subscrita por advogado e procurador<sup>251</sup>, o Tribunal de Primeira Instância ordenará uma audiência para a oitiva das partes acerca da oposição ora apresentada e do pedido de solicitação das diligências preliminares, para, ao final, decidir se concede ou rejeita o incidente de oposição e, conseqüentemente, ditar as regras do prosseguimento de tal solicitação preparatória.<sup>252</sup>

Entretanto, cumprindo com o prazo de apresentação da oposição fixado pelo diploma processual civil espanhol, o referido escrito de oposição poderá apresentar, além de fundamentos para não cumprir com o requerimento das medidas preliminares,

---

<sup>248</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., *Curso de Derecho Procesal Civil II*, op. cit., p. 44.

<sup>249</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 260. Oposición a la práctica de diligencias preliminares. Efectos de la decisión.

<sup>250</sup> A LEC não prevê que a referida oposição seja realizada de forma escrita. Entretanto, a doutrina espanhola esclarece essa questão de forma unânime. Veja-se por exemplo, GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 1272; ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Civil...*, op. cit., p. 140; GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Civil I...*, op. cit., p. 282; ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares...*, op. cit., p. 143.

<sup>251</sup> Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las diligencias preliminares...*, op. cit., p. 75: Dicho escrito de oposición, y por no encontrarse contemplado este supuesto en los arts. 23 y 31 LEC, deberá ir preceptivamente suscrito por Procurador y Abogado, de cuyos honorarios y aranceles, sin embargo, no parece que pueda resarcirse en el supuesto de que su oposición sea estimada por el tribunal.

<sup>252</sup> Neste sentido, MONTERO AROCA, J. *Derecho Jurisdiccional II...*, op. cit., p. 190.

argumentos quanto à carência de quaisquer dos pressupostos, sejam eles processuais ou materiais, que têm por finalidade realizar a admissibilidade das diligências preliminares.<sup>253</sup>

Dito isto, conforme preceituado pelo diploma processual civil espanhol<sup>254</sup>, se o Juízo decidir que a oposição apresentada está devidamente fundamentada, irá julgá-la procedente e, conseqüentemente, denegar o prosseguimento da solicitação das atividades preparatórias. Com base nesta decisão, será conferida ao solicitante a faculdade de interpor recurso de apelação.

No entanto, caso o Tribunal de Primeira Instância entenda que a oposição é injustificada, a LEC<sup>255</sup> preceitua que desta decisão não decorrerá a oportunidade de o solicitado interpor qualquer recurso; e, mais ainda, este será condenado ao pagamento das custas processuais geradas pelo incidente de oposição.

Assim, conforme ensina ÁLVAREZ ALARCÓN<sup>256</sup>, a finalidade da oposição é que haja uma discussão entre as partes sobre o direito e o dever de cumprir com um requerimento de atuações preliminares declarado na decisão que as recebeu, a qual com a apresentação da oposição estará suspensa de execução, ficando suspensa também a prática da diligência preliminar inicialmente acordada.

---

<sup>253</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las diligencias preliminares...*, op. cit., p. 76.

<sup>254</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 260. Oposición a la práctica de diligencias preliminares. Efectos de la decisión. (...) 4. Si el Tribunal considerare justificada la oposición, lo declarará así mediante auto, que podrá ser recurrido en apelación.

<sup>255</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 260. Oposición a la práctica de diligencias preliminares. Efectos de la decisión. (...) 3. Si el Tribunal considerare injustificada la oposición, condenará al requerido al pago de las costas causadas por el incidente. Esta decisión se acordará por medio de auto contra el que no cabrá recurso alguno.

<sup>256</sup> ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares...*, op. cit., p. 145.

#### 4. A (IN)EFICÁCIA DAS DILIGÊNCIAS PRELIMINARES.

##### 4.1. Os EFEITOS DAS DILIGÊNCIAS PRELIMINARES.

Diante da apresentação da oposição, o Tribunal de Primeira Instância irá proferir uma decisão judicial, aceitando-a ou rejeitando-a, gerando desta forma efeitos no prosseguimento das diligências preliminares.

A decisão que a oposição considerar injustificada não será passível de interposição de qualquer recurso, conforme preceitua o artigo 260, apartado 3º da LEC<sup>257</sup>. Diferentemente será se o Tribunal entender justificada a oposição, situação em que caberá recurso de apelação, consoante preconiza o apartado 4º<sup>258</sup> do mesmo preceito legal.

Logo, se a oposição for julgada procedente e houver a interposição de recurso de apelação pelo solicitante, a prática das diligências preliminares estará sobrestada até ocorrer o julgamento do referido recurso. Havendo a confirmação da primeira decisão, por certo que o procedimento das diligências preliminares terá o seu fim, sem a realização das atividades preparatórias da ação civil.

Por outro lado, a doutrina espanhola não apresenta discussão a respeito da ausência de recurso para o solicitado que tenha a oposição julgada improcedente. Para BANACLOCHE PALAO<sup>259</sup>, a razão para a exclusão de recurso contra a improcedência da oposição pode estar vinculada à tentativa de evitar atrasos no procedimento das diligências preliminares, pois estas possuem apenas a característica de organizar o processo.

Além disso, GARCÍANDÍA GONZÁLEZ<sup>260</sup> defende também que a interposição de recurso por parte do solicitado poderia ser encarada como manobra jurídica para retardar o cumprimento das atividades preliminares. É que, neste momento processual, estas já foram em duas oportunidades deferidas pelo Tribunal: aquando do recebimento da solicitação e da decisão que julgou improcedente a oposição.

---

<sup>257</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 260. Oposición a la práctica de diligencias preliminares. Efectos de la decisión. (...) 3. Si el Tribunal considerare injustificada la oposición, condenará al requerido al pago de las costas causadas por el incidente. Esta decisión se acordará por medio de auto contra el que no cabrá recurso alguno.

<sup>258</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 260. Oposición a la práctica de diligencias preliminares. Efectos de la decisión. (...) 4. Si el Tribunal considerare justificada la oposición, lo declarará así mediante auto, que podrá ser recurrido en apelación.

<sup>259</sup> BANACLOCHE PALAO, J. *Las Diligencias preliminares...*, op. cit., p. 191.

<sup>260</sup> GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, op. cit., p. 1275.

Logo, se o Tribunal considerar a oposição injustificada ou não houver oposição, terá início o cumprimento voluntário das diligências preliminares, conforme previsto no artigo 259 da LEC<sup>261</sup>.

Através de uma simples leitura do referido artigo, verifica-se que o legislador espanhol deixou ao critério do Poder Judiciário gerenciar as diretrizes da prática voluntária das diligências preliminares, prevendo apenas o prazo e o lugar em que estas devem ser cumpridas.<sup>262</sup>

O diploma processual civil espanhol prevê o prazo de 10 (dez) dias<sup>263</sup> para o solicitado cumprir com as atividades preparatórias acordadas. Este prazo é contado a partir do dia subsequente<sup>264</sup> do recebimento da citação<sup>265</sup>.

Quanto ao local, a LEC preceitua que as diligências preliminares serão realizadas na sede do Tribunal ou em lugar considerado oportuno. Em outras palavras, a lei deixa esta definição ao critério do Juízo, podendo ser praticada inclusive fora da sede judiciária.<sup>266</sup>

Quanto a esta possibilidade de determinação de local, GARNICA MARTÍN<sup>267</sup> explica que não será uma questão difícil para o Tribunal, pois será oportuno determinar o cumprimento das diligências preliminares em lugar diverso da regra geral quando, por

---

<sup>261</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 259. Citación para la práctica de diligencias preliminares 1. En el auto en el que se acceda a la solicitud, se citará y requerirá a los interesados para que, en la sede de la Oficina judicial o en el lugar y del modo que se consideren oportunos, y dentro de los diez días siguientes, lleven a cabo la diligencia, que haya sido solicitada y acordada. 2. Para el examen de los documentos y títulos a que se refieren las diligencias señaladas en el apartado 1 del art. 256, el solicitante podrá acudir a la sede de la Oficina judicial asesorado por un experto en la materia, que actuará siempre a costa del solicitante. 3. En el caso de las diligencias del art. 256.1.7º, para garantizar la confidencialidad de la información requerida, el Tribunal podrá ordenar que la práctica del interrogatorio se celebre a puerta cerrada. Esta decisión se adoptará en la forma establecida en el art. 138.3 y a solicitud de cualquiera que acredite interés legítimo. 4. La información obtenida mediante las diligencias de los números 7, 8, 10 y 11 del apartado 1 del art. 256 se utilizará exclusivamente para la tutela jurisdiccional de los derechos de propiedad industrial o de propiedad intelectual del solicitante de las medidas, con prohibición de divulgarla o comunicarla a terceros. A instancia de cualquier interesado, el tribunal podrá atribuir carácter reservado a las actuaciones, para garantizar la protección de los datos e información que tuvieran carácter confidencial.

<sup>262</sup> Cfr. GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Civil I...*, op. cit., p. 283.

<sup>263</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J. *Las diligencias preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, op. cit., p. 77.

<sup>264</sup> Cfr. LLORENTE CABRELLES, L. *Las diligencias preliminares en el proceso civil...*, op. cit., p. 362.

<sup>265</sup> No que tange ao procedimento da citação, esta deverá ocorrer conforme as regras gerais, a fim de garantir o direito de defesa da pessoa requerida, conforme DAMIÁN MORENO, Juan. *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II (Coords. LORCA NAVARRETE, A. M., GUILARTE GUTIÉRREZ, V.), Lex Nova Editorial, Valladolid, 2000, p. 1691.

<sup>266</sup> DAMIÁN MORENO, Juan. *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...*, op. cit., p. 1691.

<sup>267</sup> GARNICA MARTÍN, J. Fco, *Comentarios a la Nueva Ley...*, op. cit., p. 1172.

exemplo, a transferência de determinada coisa a ser apresentada representar dificuldades, as quais serão essencialmente físicas.

A forma de cumprimento do requerimento das diligências preliminares irá depender da natureza de cada solicitação. Por isso, GARCÍANDÍA GONZÁLEZ<sup>268</sup> explica que para as atuações preparatórias relacionadas com declaração a respeito da capacidade, representação ou legitimidade do futuro demandado (artigo 256.1º, 1º LEC), a maneira da realização será em conformidade com a prescrição legal do artigo 301 e seguintes da LEC<sup>269</sup> pertinente ao interrogatório das partes.

O mencionado artigo 301 da LEC preceitua que qualquer das partes pode solicitar ao Tribunal o interrogatório da outra parte sobre fatos relativos ao que estiver a ser discutido no processo – neste caso, no procedimento das diligências preliminares.<sup>270</sup>

O interrogatório das partes é proposto e praticado oralmente, na presença de ambos os interessados nas atividades preparatórias e do Tribunal, na sede do órgão judicial competente para a resolução deste procedimento.<sup>271</sup>

Já quanto às diligências preliminares de exibição de documentos (artigo 256.1º, apartados 1º, 3º, 4º, 5º e 5º *bis* da LEC), em razão do disposto no artigo 259.2º, o cumprimento destas solicitações preparatórias será evidenciado com o exame daqueles pelo próprio solicitante. A referida análise deverá ocorrer na sede do Tribunal e o solicitante poderá fazer-se acompanhar de um *expert* para auxiliá-lo na análise dos documentos apresentados pelo solicitado.<sup>272</sup>

Quanto a este auxílio, a lei espanhola não preceitua de forma expressa quais são as intervenções possíveis para intervenção de *expert*; porém, conforme defende

---

<sup>268</sup> GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., *Comentários a la Ley de Enjuiciamiento Civil ...*, op. cit., p. 1271-1272.

<sup>269</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 301. Concepto y sujetos del interrogatorio de las partes  
1. Cada parte podrá solicitar del Tribunal el interrogatorio de las demás sobre hechos y circunstancias de los que tengan noticia y que guarden relación con el objeto del juicio. Un colitigante podrá solicitar el interrogatorio de otro colitigante siempre y cuando exista en el proceso oposición o conflicto de intereses entre ambos. 2. Cuando la parte legitimada, actuante en el juicio, no sea el sujeto de la relación jurídica controvertida o el titular del derecho en cuya virtud se acciona, se podrá solicitar el interrogatorio de dicho sujeto o titular. Para os demais artigos, consultar o Capítulo VI, Seção Primeira da *Ley de Enjuiciamiento Civil*.

<sup>270</sup> GIMENO SENDRA. V. *Derecho Procesal Civil...*, op. cit., p.437.

<sup>271</sup> GIMENO SENDRA. V. *Derecho Procesal Civil...*, op. cit., p.438.

<sup>272</sup> GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., *Comentários a la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, op. cit., p. 1272.

GARCIANDÍA GONZÁLEZ<sup>273</sup>, não se trata de uma análise e emissão de um parecer, pois não se está diante de uma produção de prova pericial. Além disso, esta atuação irá ocorrer sob a responsabilidade financeira do solicitante.

Com relação à diligência de exibição de coisa, prevista no artigo 256.1º, item 2º da LEC, conforme ensina o referido doutrinador, o seu cumprimento irá ocorrer na sede do Tribunal, sempre e quando assim o permitir a natureza desta atuação a exhibir.<sup>274</sup>

Em referência ao cumprimento da solicitação das diligências preliminares correspondentes à infração de direito de propriedade industrial e intelectual, a LEC, em conjunto com os artigos 256.1º, apartado 8º, e 259.3º e 4º, preceitua uma confidencialidade da informação requerida. Assim, com base nestas medidas legais, o Tribunal poderá, a requerimento de qualquer interessado, ordenar que o depoimento ocorra de portas fechadas, de acordo com a previsão do artigo 138.3º<sup>275</sup> do citado diploma legal.<sup>276</sup>

Por fim, os procedimentos de verificação relativos às diligências preliminares, previstos no artigo 256.1º, item 9º da LEC, serão realizados pelo Juízo no local onde se encontram as máquinas, dispositivos e instalações utilizados para efetivar a suposta violação de marca ou de patente. Tal processo de inspeção poderá ter a intervenção de perito, o qual será devidamente nomeado pelo Tribunal de Primeira Instância.<sup>277</sup>

Entretanto, caso não ocorra a realização destas atividades preparatórias de forma voluntária, serão aplicadas medidas coercitivas para aquele sujeito que se negar a cumprir com as diligências preliminares, conforme previsto no artigo 261 da LEC<sup>278</sup>.

---

<sup>273</sup> Idem.

<sup>274</sup> GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P., *Comentários a la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, op. cit., p. 1273.

<sup>275</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 138. Publicidad de las actuaciones orales. (...) 3. Antes de acordar la celebración a puerta cerrada de cualquier actuación, el Tribunal oír a las partes que estuvieran presentes en el acto. La resolución adoptará la forma de auto y contra ella no se admitirá recurso alguno, sin perjuicio de formular protesta y suscitar la cuestión, si fuere admisible, en el recurso procedente contra la sentencia definitiva.

<sup>276</sup> GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P., *Comentários a la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, op. cit., p. 1273.

<sup>277</sup> Idem.

<sup>278</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 261. Negativa a llevar a cabo las diligencias Si la persona citada y requerida no atendiese el requerimiento ni formulare oposición, el Tribunal acordará, cuando resulte proporcionado, las siguientes medidas, por medio de un auto, en el que expresará las razones que las exigen: 1ª Si se hubiere pedido declaración sobre hechos relativos a la capacidad, representación o legitimación del citado, se podrán tener por respondidas afirmativamente las preguntas que el solicitante pretendiera formularle y los hechos correspondientes se considerarán admitidos a efectos del juicio posterior. 2ª Si se hubiese solicitado la exhibición de títulos y documentos y el Tribunal apreciare que existen indicios

Diante do histórico de ausência de cooperação daquele que é acionado a cumprir com o procedimento preparatório, a atual LEC prevê determinadas consequências, na tentativa de buscar uma verdadeira eficácia prática das diligências preliminares para a ação civil.

As decorrências da *ficta confessio*, e da entrada e do registro foram novidades da atual LEC. O legislador espanhol substituiu o sistema sancionador e indenizatório do artigo 501 da LEC/1881 por estas medidas de caráter coercitivo, na tentativa de conferir eficácia às diligências preliminares.<sup>279</sup>

Vamos analisar estas consequências para posteriormente verificar se os efeitos destas atividades preparatórias alcançam extensão prática e jurídica para a ação civil.

#### 4.1.1. *FICTA CONFESSIO*.

A confissão tem a sua origem etimológica no verbo latino «*confiteri*», que significa ‘falar em conjunto’, ‘estar de acordo’. Conforme observa LEBRE DE FREITAS<sup>280</sup>, “este significado etimológico da palavra harmoniza-se com o entendimento da confissão como o encontro de duas afirmações coincidentes.”<sup>281</sup>

Com isso, o citado sustenta que os antecedentes da confissão se encontram tanto no Direito Romano como no Direito Germânico. O Direito Romano previa uma “prévia alegação dum facto ou dum direito favorável ao alegante e reconhecido seguidamente pela

---

suficientes de que pueden hallarse en un lugar determinado, ordenará la entrada y registro de dicho lugar, procediéndose, si se encontraren, a ocupar los documentos y a ponerlos a disposición del solicitante, en la sede del Tribunal. 3ª Si se tratase de la exhibición de una cosa y se conociese o presumiese fundadamente el lugar en que se encuentra, se procederá de modo semejante al dispuesto en el número anterior y se presentará la cosa al solicitante, que podrá pedir el depósito o medida de garantía más adecuada a la conservación de aquélla. 4ª Si se hubiera pedido la exhibición de documentos contables, se podrán tener por ciertos, a los efectos del juicio posterior, las cuentas y datos que presente el solicitante. 5ª Tratándose de las diligencias previstas en el art. 256.1.6º, ante la negativa del requerido o de cualquier otra persona que pudiera colaborar en la determinación de los integrantes del grupo, el Tribunal ordenará que se acuerden las medidas de intervención necesarias, incluida la de entrada y registro, para encontrar los documentos o datos precisos, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que se pudiera incurrir por desobediencia a la autoridad judicial. Iguales medidas ordenará el Tribunal en los casos de los números 5 bis, 7º y 8º del apartado 1 del art. 256, ante la negativa del requerido a la exhibición de documentos.

<sup>279</sup> CASTRILLO SANTAMARÍA, R. *Una consecuencia de la negativa a la práctica de la diligencia preliminar: la entrada y registro*. Revista de Derecho Procesal, Año 2016, número 2, p. 502.

<sup>280</sup> FREITAS, José Lebre de. *A confissão no Direito Probatório*. Um estudo de Direito Positivo. 2ª Edição, Editora Coimbra, 2013, p. 29.

<sup>281</sup> Idem.

parte contrária.”<sup>282</sup> Já no direito alemão, conforme codificações anteriores ao *Zivilprozessordnung* de 1879 (ZPO), o significado de “confissão judicial se funda no acordo das partes, que exige a aceitação da parte contrária ou que é uma confirmação da verdade da alegação adversária.”<sup>283</sup>

Assim, consoante definição legal, a “confissão é o reconhecimento que a parte faz da realidade de um facto que lhe é desfavorável e favorece a parte contrária.”<sup>284</sup>

Além disso, ALMEIDA conceitua a confissão como “um testemunho ou uma declaração voluntária de ciência pela qual um sujeito de direito reconhece a realidade de um facto que lhe é desfavorável.”<sup>285</sup> Por sua vez, a *ficta confessio* é, conforme preceitua o referido doutrinador, a “presunção (legal) de reconhecimento como assente de um facto desfavorável que a lei extrai de certas formas de comportamento omissivo, inerte, silente ou evasivo de alguma das partes.”<sup>286</sup> Assim, DIDIER JR. conceitua que a confissão *ficta* apresenta uma característica de sanção e terá a sua valoração pelo Tribunal como se fosse uma efetiva confissão, podendo até mesmo afastá-la, caso as declarações fictamente confessadas sejam inverossímeis.<sup>287</sup>

Dito isto, e analisando a *ficta confessio* como consequência do não cumprimento das diligências preliminares, é necessário esclarecer que o seu efeito se aplica apenas à questão declaratória, não se estendendo à recusa de exibição de documentos em que constem informações relativas à capacidade, representação e legitimidade, que corresponde à consequência prevista no apartado 2º, do artigo 261 da LEC, analisada *infra*.<sup>288</sup>

Além disso, GARCÍA VILA<sup>289</sup> explica que a negativa de cumprimento desta diligência por parte daquele que foi solicitado a cumpri-la não presume automaticamente

---

<sup>282</sup> Idem.

<sup>283</sup> FREITAS, José Lebre de. *A confissão no Direito Probatório...*, op. cit., p. 30.

<sup>284</sup> Código de Processo Civil de Portugal. Artigo 352. No mesmo sentido, é o conceito exposto no Código de Processo Civil do Brasil, em seu artigo 389: “Há confissão, judicial ou extrajudicial, quando a parte admite a verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário.”

<sup>285</sup> ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de Almeida. *Direito Processual Civil*. Volume II..., op. cit., p. 284.

<sup>286</sup> ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de Almeida. *Direito Processual Civil*. Volume II..., op. cit., p. 285.

<sup>287</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil 2...op. cit.*, p. 150.

<sup>288</sup> GARCÍA VILA, Mónica. *Diligencias preliminares y la negativa a su práctica*. (Art. 261 LEC1/2000). Dpto. Derecho Administrativo y Procesal Universidad de Valencia. <<https://www.uv.es/revista-dret/archivo/num1/pdf/monica.pdf>>, p. 08. Acessado em 27 de abril de 2018.

<sup>289</sup> Idem. Neste mesmo sentido, BANACLOCHE PALAO, J. *Las Diligencias preliminares...*, op. cit., p. 198.

que os questionamentos formulados pelo solicitante estão respondidos de forma afirmativa, nem mesmo que os fatos sobre a capacidade, representação e legitimidade irão converter-se em fatos admitidos para o futuro processo, pois, conforme prevê o art. 261.1º da LEC, “*poderão ser consideradas respondidas de forma afirmativa*”.

Assim, o Tribunal deverá proferir uma decisão em que conste que o solicitado recusou-se a responder aos questionamentos formulados e, por tal razão, estas questões requeridas pelo solicitante poderão ser consideradas respondidas, e os fatos correspondentes poderão ser considerados admissíveis.<sup>290</sup>

Por outro lado, ainda no que tange à consequência de aplicar a *ficta confessio* diante da recusa de cumprir com as diligências preliminares, e no que diz respeito ao artigo 261.4º da LEC, “*se podrán tener por ciertos, a los efectos del juicio posterior, las cuentas y datos que presente el solicitante.*”

Em outras palavras, se o solicitado se nega a exibir os documentos contábeis, o Tribunal poderá considerar como certas as informações contábeis apresentadas pelo solicitante das diligências preliminares – neste caso, o futuro autor da ação civil.<sup>291</sup>

Entretanto, igualmente no procedimento de negativa da diligência preliminar prevista no artigo 256.1.1º da LEC, o órgão judicial competente das atividades preparatórias apenas proferirá uma decisão que terá como efeito a declaração que o solicitado deixou de cumprir com a atividade preparatória.<sup>292</sup>

Assim, apesar de a *ficta confessio* possuir um significado importante para o reconhecimento de fatos e estar prevista como uma sanção para a negativa de cumprimento das diligências preliminares, não foi muito bem empregue pelo legislador espanhol, pois, conforme veremos, esta consequência prevista pela LEC não parece apresentar eficácia para a ação civil.

---

<sup>290</sup> BANACLOCHE PALAO, J. *Las Diligencias preliminares...*, *op. cit.*, p. 198: “A nuestro juicio, la referencia que el precepto hace al juicio posterior («los hechos correspondientes se considerarán admitidos a efectos del juicio posterior»), permite sostener que quien ha de tener por respondidas las preguntas que se hubieran formulado es el tribunal que está conociendo del procedimiento de la diligencia preliminar, y así lo debe hacer constar en la resolución que dicte poniendo fin al procedimiento.”

<sup>291</sup> GARCÍA VILA, Mónica. *Diligencias preliminares y la negativa...*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>292</sup> *Idem.*

#### 4.1.2. ENTRADA E REGISTRO.

Outra consequência da negativa acarretada ao solicitado por não cumprir com o requerimento das diligências preliminares está relacionada com a medida coercitiva de entrada e registro.

Esta medida coercitiva consiste na determinação judicial de entrar e registrar o local em que o documento ou a coisa a ser exibida estão localizados. Se for o caso, poderá retirar os documentos ou a coisa do local indicado e disponibilizá-los ao solicitante, na sede do Tribunal.<sup>293</sup>

É conveniente que o procedimento das entradas e dos registros seja realizado pelo Secretário Judicial ou por funcionário habilitado para tanto, para que haja fé pública do que seja encontrado e registrado. No entanto, BANACLOCHE PALAO<sup>294</sup> sustenta que a falta destes profissionais não invalida a ação desenvolvida, pois é coberta pela resolução judicial que a ordenou.

O apartado 2º, do artigo 261 da LEC preceitua que a entrada e registro poderão ser determinados nos casos em que houver negativa pelo solicitado de apresentar títulos e documentos, e o Tribunal possuir provas suficientes de que estão num determinado lugar.

No mesmo sentido, o item 3º, do referido preceito legal do diploma processual civil espanhol estabelece que a determinação de entrada e registro também poderá configurar uma consequência para as situações em que se verifique incumprimento de exibição de uma coisa, contanto que o Tribunal disponha de elementos para determinar o local em que se encontra a coisa a ser exibida.

O apartado 5º do citado artigo 261 da LEC prevê ainda que, tratando-se das diligências preliminares previstas no número 6º do artigo 256.1 da LEC, diante da negativa de cumprimento, o Tribunal ordenará a entrada e registro, para encontrar documentos ou dados necessários, sem prejuízo da responsabilidade penal em que pode incorrer aquele que desobedeceu a uma decisão judicial. Tais medidas aplicam-se também às situações dos apartados 5º *bis*, 7º e 8º, 10º e 11º, do artigo 256.1 da LEC.

Neste sentido, conforme assinala a doutrina, para a adoção desta medida coercitiva é necessário que concorram 03 (três) requisitos, quais sejam: a) que a pessoa citada e requerida não cumpra o requerimento da solicitação e nem apresente oposição (art.

---

<sup>293</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J. *Las diligencias...*, *op. cit.*, p. 81.

<sup>294</sup> BANACLOCHE PALAO, J. *Las diligencias...*, *op. cit.*, p. 204.

261.2º e 3º da LEC), ou formule a sua recusa de cumprir com o requerido (art. 261.5º da LEC); b) que o Tribunal tenha indícios suficientes de que o título ou documento ou a coisa se encontram em determinado lugar (art. 261.2º, 3º e 5º da LEC); c) que tal determinação de entrada e registro seja realizada por uma decisão do Tribunal.<sup>295</sup>

Todavia, esta consequência prevista na LEC gerou uma problemática na doutrina espanhola, pois há correntes doutrinárias que entendem ser inconstitucional esta determinação, na medida em que afeta o direito fundamental de inviolabilidade do domicílio, previsto no artigo 18.2º da Constituição Espanhola (CE)<sup>296</sup>.

Por outro lado, há entendimentos no sentido de não haver qualquer impedimento a que o Tribunal ordene tal entrada e registro.

Neste sentido, BANACLOCHE PALAO<sup>297</sup> afirma não haver qualquer obstáculo que impeça o Juízo civil de determinar uma entrada e registro domiciliário. O autor sustenta que, para a determinação da referida medida coercitiva, o referido artigo 18.2º da CE apenas exige que a mesma provenha de uma decisão judicial, não restrita aos Tribunais Penais (TP), podendo provir de qualquer outra jurisdição.

O referido doutrinador manifesta ainda a impossibilidade de se verificar inconstitucionalidade no artigo 261 da LEC, pois, conforme manifestado pelo Tribunal Constitucional Espanhol (TCE) (ATC 877/1987, de 08 de julho de 1987), o que importa não é a forma de uma decisão, mas sim a sua motivação, a qual é devidamente analisada antes da determinação de entrada e registro, consoante o preenchimento dos requisitos mencionados anteriormente.<sup>298</sup>

Em igual sentido vai o posicionamento de GARNICA MARTÍN<sup>299</sup>, que sustenta não haver violabilidade de direitos fundamentais na determinação de entrada e registro como consequência de incumprimento das diligências preliminares, pois tal determinação está relacionada com a efetividade de instrumentos processuais que o ordenamento jurídico coloca à disposição dos cidadãos.

---

<sup>295</sup> PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes de. *Los Procesos Declarativos de la Ley...*, op. cit., p. 214.

<sup>296</sup> Constituição da Espanha de 1978. Artículo 18. (...) 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

<sup>297</sup> BANACLOCHE PALAO, J. *Las Diligencias preliminares...*, op. cit., p. 202.

<sup>298</sup> BANACLOCHE PALAO, J. *Las Diligencias preliminares...*, op. cit., p. 203.

<sup>299</sup> GARNICA MARTÍN, J. Fco, *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...*, op. cit., p. 1187.

Por outro lado, contrariando estes entendimentos, DAMIÁN MORENO<sup>300</sup> sustenta ser inconstitucional tal medida coercitiva prevista no artigo 261 da LEC, pois considera tal consequência desproporcional e demasiado excessiva para a prática de uma diligência preliminar.

Não obstante esta divergência doutrinária, entendemos que a questão ora debatida é mais bem interpretada e abordada pela jurisprudência espanhola<sup>301</sup>, a qual se manifesta no sentido de analisar esta medida como último recurso para a prática das diligências que comportam tal consequência, sendo portanto utilizada de forma restrita, e sempre preenchendo os pressupostos legais necessários para a referida consequência de negativa de cumprimento das diligências preliminares.

Dito isto, verificamos que as atividades preparatórias de uma ação civil previstas na LEC possuem virtudes e, conseqüentemente, efeitos, seja através do cumprimento voluntário ou por meio da execução forçada com a aplicação das medidas coercitivas da *ficta confessio*, e da entrada e registro.

Assim, o ponto primordial desta ferramenta processual preparatória está relacionado com a sua (in)eficácia para a organização do processo principal. Em outras palavras, será que a extensão dos efeitos das diligências preliminares é devidamente valorada na ação civil? Será que estes efeitos preparatórios repercutem na efetiva prática jurídica?

---

<sup>300</sup> DAMIÁN MORENO, Juan. *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...*, op. cit., p. 1697-1698.

<sup>301</sup> Neste sentido, AAP Córdoba, Seção 1, de 21 de junho de 2017: “No adoptan la medida extraordinaria de entrada y registro, cuando la resolución de instancia acuerda el archivo por entender practicada la diligencia y la parte solicitante no está conforme al entender que falta algún documento.”; APP Madrid, Seção 12, de 23 de março de 2017: “Cuando el promovido alegaba que el documento no considera necesario su aportación, aceptando en consecuencia su existencia, por lo cual no es necesario la entrada y registro porque en el supuesto de auto la finalidad era reconocer por el promovido la existencia del contrato y por tanto su relación arrendaticia.”; APP de Sevilla, Seção 5, de 16 de outubro de 2012: “No se admite cuando dicha medida de entrada y registro no la contempla el art. 261 para la diligencia preliminar solicitada.”; AAP Guadalajara, Seção 1, de 14 de junho de 2017: “Por falta de los requisitos legales, es decir la no comparecencia ni la no oposición a las diligencias.” Entendimentos jurisprudenciais verificados em SILVOSA TALLÓN, J. M., *El abogado frente a las diligencias preliminares...*, op. cit., p. 161-162.

#### 4.2. A EXTENSÃO DA (IN) EFICÁCIA NA AÇÃO CIVIL.

Diante da análise dos efeitos das diligências preliminares, é necessário analisar, na senda dos questionamentos formulados, qual a extensão destes efeitos na ação civil. Efetivamente, estas atividades preparatórias só terão sentido jurídico se for possível verificar que o resultado deste procedimento gerou eficácia no processo.

Conforme referido anteriormente, as diligências preparatórias do artigo 256.1 da LEC são classificadas como: diligências de declaração (ou confissão) e diligências de exibição. Assim, analisaremos separadamente a extensão da (in)eficácia na ação civil.

Quanto às diligências preliminares de declaração, previstas no artigo 256.1.1º da LEC e que têm a finalidade de obter informações correspondentes à capacidade, representação e legitimidade daquele que poderá figurar no polo passivo do processo principal, GUIRAO ALCAZAR<sup>302</sup> manifestou-se a respeito da ineficácia desta diligência já na análise de dita atuação na vigência da LEC/1881. O autor assinala dois motivos fundamentais para isso.

O primeiro relaciona-se com a questão da declaração de confissão. Segundo o doutrinador, a declaração está mergulhada num círculo vicioso, porquanto só pode ser obtida através de sentença definitiva proferida a partir do conhecimento relacionado com a capacidade, representação e legitimidade, o qual se alcança por meio da declaração de confissão.<sup>303</sup>

Em segundo lugar, ainda que a declaração de confissão fosse pronunciada através de uma sentença, no processo principal poderá ser reanalisada e, inclusive, negada. Se a declaração fosse prestada de forma errônea, o processo principal já iniciaria de maneira equivocada. É por isso o doutrinador salienta que a decisão desta diligência preliminar apresenta um caráter provisório e um valor relativo.<sup>304</sup>

---

<sup>302</sup> GUIRAO ALCAZAR, F. *Ineficacia del caso primero del art. 497 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Revista de Derecho Privado, 1917, p. 115

<sup>303</sup> GUIRAO ALCAZAR, F. *Ineficacia del caso primero...*, *op. cit.*, p. 115: “Si el procedimiento que debe seguir el demandante que trata de averiguar, de aquel a quien ha de demandar, algún hecho relativo a su personalidad y sin cuyo conocimiento no puede entregarse en el juicio, es el señalado en precitados artículos hasta llegar a obtener la declaración de confeso, y esta solo puede el juzgado o tribunal apreciarla o no en la sentencia definitiva, como puede llegarse a esta si no se puede entrar en el juicio donde ha de recaer sin el conocimiento de aquel hecho? Y como poder hacer tal declaración sin que se llegue a dictar aquella sentencia?”

<sup>304</sup> Idem.

Logo, podemos dizer que as diligências preliminares carecem de eficácia jurídica efetiva, pois a decisão deste procedimento só terá validade após análise e valoração (ou não) do Tribunal da ação civil.

Assim, embora a atividade preparatória tenha cumprido com a sua função de verificar a legitimidade do futuro réu, isto é, quem deverá figurar no polo passivo da demanda, tal questão poderá ser objeto de prova em contrário no processo principal.

Portanto, a decisão das diligências preliminares previstas na LEC não possui força de coisa julgada. As diligências preliminares não produzem a característica imutável da autoridade da coisa julgada.

Entretanto, discordando destas situações e na tentativa de encontrar soluções para a eficácia desta atividade preparatória, PRIETO-CASTRO<sup>305</sup> menciona algumas possibilidades que podem ter lugar antes da confissão: respostas afirmativas de legitimação, respostas negativas e declaração de confissão.<sup>306</sup>

Mas a primeira solução já esbarra na ineficácia apontada anteriormente, pois mesmo que o solicitado preste informações positivas quanto à sua capacidade, representação e legitimidade, estas só serão verdadeiramente valoradas (ou não) no curso do processo.

Manifestar-se sobre estes fatos é competência, não do Tribunal das diligências preliminares, mas sim do Juízo de ação civil. Logo, esta possibilidade vai ao encontro da questão da ineficácia desta atividade preparatória, pois os fatos obtidos podem ser posteriormente revistos pelo Tribunal do processo principal, diante da ausência de coisa julgada material.<sup>307</sup>

Por outro lado, se as respostas alcançadas forem negativas, de modo que resulte negada a legitimidade passiva do solicitado, poderíamos dizer que houve uma prática eficaz das declarações decorrentes dos requerimentos das diligências preliminares, pois não haveria motivos para o solicitante (futuro autor) ajuizar a ação civil em desfavor daquele que parece não possuir legitimidade passiva.

---

<sup>305</sup> PIETRO-CASTRO, L. *Tratado de Derecho Procesal Civil...*, op. cit., p. 338.

<sup>306</sup> Cfr. ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares del proceso civil...*, op. cit., p. 159.

<sup>307</sup> ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares del proceso civil...*, op. cit., p. 159.

Entretanto, diante do caráter provisório da decisão das diligências preliminares, caso o solicitante não fique satisfeito com o resultado obtido, poderá ajuizar o processo principal contra aquele que afirmou não ser legítimo passivamente, pois sempre há a possibilidade de verificar, durante os trâmites da ação, a legitimidade daquele que no procedimento preliminar afirmou o contrário.<sup>308</sup>

Podemos, desta forma, apontar mais uma ineficácia desta diligência preliminar de declaração, se considerarmos que o solicitado pode agir de má-fé e negar a sua legitimidade ao responder ao requerimento das atuações preparatórias.

Na verdade, o que há é uma falha na legislação espanhola em não atribuir uma sanção mais severa àquele que deixa de contribuir para a formação efetiva do processo principal, bem como pelo fato de não vincular a resolução das diligências preliminares ao Juízo da ação civil.

Cumpra ainda assinalar a terceira solução apontada por PIETRO-CASTRO: a da declaração de confesso – ou então a *ficta confessio* –, já abordada quando analisámos os efeitos das diligências preliminares.

Remetemo-nos às exposições já realizadas, ressaltando que a *ficta confessio* ocorrerá sempre que o solicitado deixar de responder, de forma afirmativa ou negativa, aos questionamentos a respeito da sua capacidade, representação e legitimidade.

E aqui, nos remetemos, também, aos argumentos expostos na primeira solução descrita acima – resposta afirmativa –, pois ocorrendo a *ficta confessio* no procedimento preparatório, esta também só será valorada através da sentença da ação civil, estando sujeita a prova em contrário durante a instrução do processo.<sup>309</sup>

Note-se que o significado da *ficta confessio* exposto anteriormente não é empregue corretamente no procedimento das diligências preliminares. Pois, apesar de ser uma medida coercitiva prevista na LEC, o legislador espanhol desvirtuou a função desta sanção no momento em que remeteu a valoração dos seus efeitos apenas para a ação civil.

---

<sup>308</sup> ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares del proceso civil...*, op. cit., p. 159-160: “Si esto llegara a ocurrir, quedaría patente la falta de probidade del demandado, pero realmente es difícil sostener, y menos con apoyo en la normativa vigente, que quien así se comportó debe pechar con las costas de la diligencia preliminar u otras del proceso principal, como sanción.”

<sup>309</sup> Dificuldade também sinalada por GUIRAO ALCAZAR, F. *Ineficacia del caso primero...*, op. cit., p. 114-116.

Ora, se já houve decisão evidenciando *ficta confessio*, não haveria motivos para retomar esta discussão no processo principal, pois desta forma se estaria concedendo nova chance àquele que não colaborou no procedimento preparatório, o que realça a ineficácia destas atividades preparatórias.

Por sua vez, as diligências preliminares classificadas como de exibição, são aquelas em que o solicitado deverá apresentar determinada coisa ou documento com o objetivo de que o solicitante possa organizar a ação civil da forma mais correta.

Para analisar a extensão da (in)eficácia das referidas diligências, é necessário recorrermos aos aspectos pertencentes à prática desta exibição – tais como lugar, tempo e forma – que devem ser aplicados para verificar se há (ou não) efeitos práticos.

É importante, também, referir o que a doutrina espanhola entende por exibição: consiste em apresentar um determinado objeto ou documento que possa ser analisado. É, portanto, um benefício a ser realizado que consiste em colocar algo à disposição de outros – solicitante e Juízo –, cuja eficácia prática deve ser firmada pelos pressupostos de tempo, lugar e forma, analisados anteriormente.<sup>310</sup>

Assim, na tentativa de encontrar uma eficácia desta atividade preparatória de exibição, o documento exibido necessita tornar-se um documento público reconhecido pelo Secretário Judicial. Precisa encontrar-se refletido em uma ata de secretariado.<sup>311</sup>

A ata irá expedir informações e declarações a respeito do bem ou documento apresentados, cujo conteúdo poderá ser valorado pelo Tribunal competente para proferir a sentença do processo principal. Neste sentido, o solicitante terá que informar que a referida ata tem como função a produção de prova na ação civil.<sup>312</sup>

Entretanto, da mesma forma que ocorre nas diligências preliminares declarativas, a extensão da eficácia desta atividade preparatória de exibição só será vislumbrada na ação civil, pois o conteúdo da documentação não possui força probatória e nem é amparado pela coisa julgada, podendo ser devidamente reanalisado no processo principal.

---

<sup>310</sup> ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares del proceso civil...*, op. cit., p. 177.

<sup>311</sup> ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares del proceso civil...*, op. cit., p. 206.

<sup>312</sup> Com base em ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares del proceso civil...*, op. cit., p. 206-207.

Mais uma vez verificamos que, na ação civil, não existe extensão da eficácia das diligências preliminares, pois mesmo que um documento ou uma coisa tenham sido apresentados no procedimento preliminar e tenham gerado uma ata judicial, não houve uma concepção de prova, mas tão somente uma declaração a respeito do que foi exibido.

Logo, durante o trâmite do processo, o Juízo poderá reapreciar o conteúdo da decisão destas atividades preparatórias, pois não está protegida pelo fenômeno da coisa julgada. Além disso, a parte demandada poderá desconstituir o documento ou a coisa com provas em contrário.

Assim, o procedimento realizado de forma preparatória à ação civil perde o seu sentido jurídico, qual seja o de preparar uma ação civil, pois não vinculou a sua resolução ao processo principal, ficando desprovida de eficácia prática.

Com isso concluímos que, do modo como as diligências preliminares estão expostas na LEC, sejam elas declarativas ou exhibitórias, não é possível sustentar a extensão dos seus efeitos para a ação civil. A ineficácia para o processo é latente.

Dada a ausência de eficácia das diligências preliminares, questionamos: devem estas atividades ser submetidas à apreciação do poder judiciário? Ou deveriam apenas ser atos praticados entre os advogados dos interessados?

#### 4.3. DILIGÊNCIAS PRELIMINARES: UMA QUESTÃO A JUDICIALIZAR?

Tendo em conta o modo como as diligências preliminares estão previstas na LEC, não restam dúvidas de que a intenção do legislador espanhol é que este procedimento sirva para preparar uma ação civil, evitando-se a constituição de uma relação jurídica errônea ou que a torne infrutífera durante a sua tramitação.

O sujeito que tem interesse em saber sobre determinado fato no que toca à legitimidade do futuro demandado, ou que necessite de apresentar coisas ou documentos para organizar o processo principal, poderá socorrer-se das diretrizes das diligências preliminares. Tal situação ocorre com o auxílio e intervenção do poder judiciário.

Deste modo, poderíamos responder de forma afirmativa ao questionamento referido no início deste tópico. Com efeito, no ordenamento jurídico espanhol as

diligências preliminares estão judicializadas com base na análise realizada às normas legais dessa ferramenta processual da LEC.

Porém, essa conclusão ainda não prevê uma interpretação crítica do que foi exposto neste estudo, nomeadamente, que as atividades preparatórias do artigo 256.1 da LEC estão atualmente judicializadas. Entretanto, conforme demonstrado anteriormente, elas estão desprovidas de eficácia jurídica, e a extensão dos seus efeitos não alcança de maneira efetiva a preparação da ação civil.

Por isso, para respondermos de forma convincente à questão deste tópico e aos questionamentos formulados no final do anterior, iremos proceder a uma analogia com o estudo realizado pelo doutrinador brasileiro BENEDUZI<sup>313</sup> quanto à judicialização do novo regime da produção antecipada da prova do CPC/BR<sup>314</sup>.

O referido doutrinador discorre a respeito da inovação do processo civil brasileiro, que consagra uma ação probatória autônoma na tentativa de permitir que o interessado obtenha do suposto requerido, antes do processo, informações para a consagração da ação civil.<sup>315</sup>

Conforme demonstrado no primeiro capítulo deste trabalho, há no CPC/BR o instituto da produção probatória antecipada que permite a realização de determinada prova, independentemente da urgência ou da propositura de demanda judicial. Desta maneira, o instituto configura um procedimento com o objetivo de reconhecer o direito autônomo à prova e possui propriedade de ato de jurisdição voluntária.<sup>316</sup>

Entretanto, BENEDUZI<sup>317</sup> sustenta que esta novidade do CPC/BR não fornece os efeitos jurídicos esperados, pois, como ocorre com as diligências preliminares da LEC, há ausência de sanção jurídica efetiva para o sujeito que não cumprir com o dever pré-processual de prestar informações ou fornecer documentos.

---

<sup>313</sup> O doutrinador realizou um estudo sobre a função da prova nos ordenamentos jurídicos da Alemanha, dos Estados Unidos, da Inglaterra e País de Gales, em comparação com o processo civil do Brasil. (BENEDUZI, Renato Resende, *Substantiierung, Notice-Pleading e Fact-Pleading...*, op. cit., p. 445-473.)

<sup>314</sup> Quanto à produção antecipada da prova prevista de maneira inovadora no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, artigo 381 e seguintes, remetemos para os argumentos expostos no primeiro capítulo, tópico 1.3.2.

<sup>315</sup> BENEDUZI, Renato Resende, *Substantiierung, Notice-Pleading e Fact-Pleading...*, op. cit., p. 468.

<sup>316</sup> CAPELO, Maria José. *Principais Novidades sobre provas no Novo Código de Processo Civil Português...*, op. cit., p. 194.

<sup>317</sup> BENEDUZI, Renato Resende, *Substantiierung, Notice-Pleading e Fact-Pleading...*, op. cit., p. 469.

Soma-se a isto a complexidade procedimental tanto da prova antecipada do CPC/BR quanto das diligências preliminares da LEC, uma vez que ambos os institutos estão normatizados nas respectivas leis processuais, que contêm inúmeras diretrizes legais para serem seguidas por aqueles que recorram a tais procedimentos.

Com isso, BENEDUZI<sup>318</sup> menciona a questão da judicialização deste procedimento pré-processual da prova. O doutrinador entende que as situações que ocorram antes do processo poderiam ser resolvidas com base na experiência inglesa dos *pre-action protocols*, dado que, conforme demonstrámos<sup>319</sup>, estes protocolos do ordenamento jurídico inglês têm por função resolver problemas corriqueiros que sucedam aquando da formação da ação civil, a qual muitas vezes nem sequer é ajuizada em consequência da solução verificada com os *pre-action protocols*.

Esta situação evitaria a intervenção do poder judiciário na fase preparatória do processo e minimizaria custos às partes e aos Tribunais, além de possibilitar, não a interposição de um litígio, mas a solução das controvérsias por meio da autocomposição<sup>320</sup>.

A solução apontada por BENEDUZI poderia ser incorporada também na *Ley de Enjuiciamiento Civil* da Espanha, uma vez que, atenta a forma que as diligências preliminares revestem na legislação, não merecem ser judicializadas, pelo simples fato de que o seu resultado se limita ao procedimento prévio, não tendo efeitos no processo principal.

Se buscamos meios para desafogar a máquina judiciária de demandas desnecessárias ou infrutíferas, não nos parece plausível que as atividades preparatórias da LEC possuam tal capacidade. Como demonstrado anteriormente, a sua verdadeira eficácia está condicionada por uma possível valoração (ou não) em posterior juízo, e também sujeita a ser revertida durante a tramitação da ação civil.

---

<sup>318</sup> BENEDUZI, Renato Resende, *Substantiierung, Notice-Pleading e Fact-Pleading...*, *op. cit.*, p. 470.

<sup>319</sup> Nos reportamos, novamente, aos argumentos expendidos no capítulo primeiro, tópico 1.3.2, em que mencionámos características dos *pre-action protocols* do Código de Processo Civil da Inglaterra.

<sup>320</sup> DIDIER JR. preceitua que autocomposição “é a forma de solução do conflito pelo consentimento espontâneo de um dos contendores em sacrificar o interesse próprio, no todo ou em parte, em favor do interesse alheio. É a solução altruísta do litígio. Considerada, atualmente, como legítimo meio alternativo de pacificação social. Avança-se no sentido de acabar com o dogma da exclusividade estatal para a solução dos conflitos de interesses. Pode ocorrer fora ou dentro do processo jurisdicional.” (DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil 1...op. cit.*, p. 165.

Assim, entendemos que estas atividades preparatórias devem ser vistas apenas como atos relacionados aos interessados, com auxílio dos respectivos advogados, e não como uma ferramenta processual que, para ser realizada, necessita do auxílio do poder judiciário.

É dispensável a intervenção do Tribunal nas diligências preliminares se a decisão proferida neste procedimento pré-processual não estiver protegida pelos efeitos da coisa julgada, e os atos praticados e resoluções decretadas puderem ser desconstituídos na posterior demanda.

Neste sentido, defendemos a ideia de que as atividades preparatórias do ordenamento jurídico espanhol merecem ser desjudicializadas se as consequências e o resultado do seu procedimento se mantiverem conforme estão previstos atualmente na *Ley de Enjuiciamiento Civil*.

A judicialização das diligências preliminares só será possível se houver um novo olhar do legislador espanhol para esta ferramenta processual, e se forem aplicadas consequências sancionatórias mais severas aos cidadãos que não cumpram com o requerimento prévio.

Por outras palavras, os significados da *ficta confessio* e da coisa julgada devem ser empregues de forma correta nas atividades preparatórias da LEC. Ou seja, a *ficta confessio* deve decorrer de maneira efetiva para aquele que deixa de responder aos questionamentos atinentes à sua legitimidade. E, conseqüentemente, tal questão não pode ficar sujeita a rediscussão na ação principal, aplicando-se, desta forma, os efeitos da coisa julgada com base na decisão proferida no procedimento das diligências preliminares.

Além disso, entendemos ser pertinente que o legislador espanhol defenda com maior rigidez o princípio da cooperação<sup>321</sup> durante a tramitação das atividades preparatórias, podendo, inclusive, incorporar no ordenamento jurídico espanhol as virtudes do artigo 417 do CPC/PT.

---

<sup>321</sup> Na concretização e caracterização do princípio da cooperação, expomos os ensinamentos de FREITAS, o qual explica que o dever de cooperar “revestindo embora o ónus, no direito processual civil, uma importância muito maior de que no direito civil, onde impera o direito subjetivo e o dever de conduta, não deixam as partes de estar também sujeitas no processo a *deveres processuais*, tais como o de boa-fé processual, o de cooperação, o de apresentar documentos, o de recíproca correção.” Além disso, destaca a importância deste princípio, considerando-o “uma trave mestra do processo civil moderno, [que] tem levado a falar duma *comunidade de trabalho* entre as partes e o tribunal para a realização da função processual.” (FREITAS, José Lebre de, *Introdução ao Processo Civil... op. cit.*, p. 187-193).

O artigo 417 do CPC/PT<sup>322</sup> estabelece para todas as pessoas o dever de cooperação para a descoberta da verdade, sendo aplicáveis sanções pecuniárias e medidas coercitivas aos sujeitos que se recusarem a colaborar.

Neste sentido, LEBRE DE FREITAS e ISABEL ALEXANDRE<sup>323</sup> ensinam que este dever de cooperação para a descoberta da verdade procede da obrigação comum de cooperar, prevista no artigo 7º do CPC/PT<sup>324</sup>.

Os doutrinadores portugueses mencionam também que, além da aplicação de multa pecuniária e utilização de medidas coercitivas para aqueles que se furtarem ao dever de cooperação, esta atitude poderá “dar lugar à condenação da parte como litigante de má-fé.”<sup>325</sup>

Além disso, a recusa por parte de quem figure como parte na ação civil estará “sujeita à livre apreciação do julgador para efeitos probatórios, confrontando-se assim com o resultado da produção dos outros meios de prova livre no processo de formação da convicção judicial sobre a verificação da matéria de facto.”<sup>326</sup>

O artigo 417 do CPC/PT estabelece dois limites para o dever de cooperação para a descoberta da verdade: a) proteção de direitos fundamentais, como integridade física ou moral das pessoas e intromissão na vida privada, no domicílio e nas correspondências pessoais (alíneas ‘a’ e ‘b’ do item 3 do artigo); b) proteção do direito e dever de sigilo (alínea ‘c’).

---

<sup>322</sup> Código de Processo Civil Português. Artigo 417 – Dever de cooperação para a descoberta da verdade. 1. Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados. 2. Aqueles que recusem a colaboração devida são condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis; se o recusante for parte, o tribunal aprecia livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ónus da prova decorrente do preceituado no n.º 2 do artigo 344º do Código Civil.

<sup>323</sup> FREITAS, José Lebre de. ALEXANDRE, Isabel. *Código de Processo Civil...*, op. cit., p. 221.

<sup>324</sup> Código de Processo Civil Português. Artigo 7º - Princípio da cooperação. 1. Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.

<sup>325</sup> FREITAS, José Lebre de. ALEXANDRE, Isabel. *Código de Processo Civil...*, op. cit., p. 222.

ALMEIDA nos ensina que, “litigante de má-fé [é] quem, com dolo ou negligência grave: a) tiver deduzido pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não devia ignorar; b) tiver alterado a verdade dos factos ou omitido factos relevantes para a decisão da causa; c) tiver praticado omissão grave do dever de cooperação; (...)” (ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito Processual Civil*. Volume I..., op. cit., p. 128.)

<sup>326</sup> FREITAS, José Lebre de. ALEXANDRE, Isabel. *Código de Processo Civil...*, op. cit., p. 222.

Quanto ao primeiro limite, “significa que a ninguém é exigida a cooperação quando tal implique violação de direitos fundamentais.”<sup>327</sup> O segundo limite, por sua vez, está relacionado com a possibilidade de eximir-se do dever de cooperar com a verdade em decorrência do seu sigilo profissional.<sup>328</sup>

Verifica-se, assim, que este artigo 417 do CPC/PT possui benefícios que poderiam ser implantados no ordenamento jurídico espanhol com o objetivo de tornar o procedimento das diligências preliminares um ato com maior cooperação entre as partes e, conseqüentemente, alcançar a tão almejada eficácia preparatória do artigo 256.1. da LEC.

Para terminar, em nosso entender, as diligências preliminares possuem virtudes, que entretanto se perdem com a propositura da demanda. Efetivamente, dada a ausência de efeitos da decisão de atividades preparatórias para a ação civil, a sua ineficácia é evidente, o que realça que as diligências preliminares não constituem uma questão a judicializar.

---

<sup>327</sup> FREITAS, José Lebre de. ALEXANDRE, Isabel. *Código de Processo Civil...*, op. cit., p. 223.

<sup>328</sup> FREITAS, José Lebre de. ALEXANDRE, Isabel. *Código de Processo Civil...*, op. cit., p. 224-225.

## CONCLUSÃO.

As diligências preliminares surgiram no ordenamento jurídico espanhol como uma herança do Direito Romano, que as intitulava como “Partidas” e lhes atribuía a função de preparar uma futura ação civil.

No Direito espanhol, estas “Partidas” foram recepcionadas na *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855. Porém, foram denominadas como diligências preliminares e permanecendo até aos dias de hoje no atual diploma processual civil da Espanha.

Do mesmo modo que no Direito Romano, em Espanha as diligências preliminares são atividades preparatórias visando organizar alguns aspectos de um efetivo processo judicial.

Estes aspectos são, na maioria das vezes, atinentes a fatos relacionados com a legitimidade do futuro demandado, ou coisas ou documentos a exhibir na preparação eficaz da ação civil, evitando-se assim demandas judiciais infrutíferas ou a constituição errônea de uma relação jurídica.

Embora, a *Ley de Enjuiciamiento Civil* não permita que toda e qualquer atuação preparatória seja abrangida pelas diligências preliminares, atualmente, esta interpretação rígida é interpretada de forma flexível por alguns doutrinadores e da jurisprudência. Isto é, aceitam-se solicitações de diligências preliminares que não estejam abrangidas na LEC, desde que os seus pressupostos – justa causa e interesse legítimo – estejam devidamente preenchidos.

Com isso, o apartado 2º do artigo 256 da LEC preceitua que a solicitação de diligências preliminares deverá expressar seus fundamentos, e conter uma referência circunstanciada ao objeto da ação civil que se quer preparar. Com estes requisitos preenchidos, é possível realizar uma interpretação flexível do artigo 256.1 do mesmo diploma legal e anuir ao requerimento preparatório.

Com o recebimento das diligências preliminares, aquele que é solicitado para cumprir com este requerimento terá duas opções: a) cumprir de forma voluntária este pedido preparatório; b) apresentar uma oposição no sentido de não se realizarem as atividades preparatórias.

Com a apresentação da oposição, o Tribunal poderá decidir que os fundamentos apresentados possuem procedência ou, ao contrário, que são improcedentes. Sendo procedente a oposição, por certo que as diligências preliminares chegarão ao seu termo sem terem alcançado a sua finalidade de preparar a ação civil.

Sendo considerada injustificada a oposição, caberá ao solicitado cumprir o que foi decretado, sob pena de lhe serem aplicadas sanções decorrentes da sua recusa em colaborar com o procedimento preparatório. Tais sanções aplicadas pela LEC são a *ficta confessio* e a entrada e registro, anteriormente expostas.

Porém, como observámos, os efeitos das diligências preliminares não se projetam no processo principal, o que revela a ineficácia destas atividades preparatórias.

O que for decidido na fase preparatória não constituirá coisa julgada material, ficando assim a decisão das diligências preliminares sujeita a rediscussão na ação civil, podendo ser, inclusive, desconstituída.

Com isso, verificamos, inclusive, que as denominadas medidas coercitivas previstas na LEC – *ficta confessio* e entrada e registro – não possuem efetivamente uma característica coercitiva, pois esta coerção só poderá ter efeitos (ou não) no processo principal.

A LEC silencia quanto à razão de conceituar estas figuras como medidas coercitivas, uma vez que a sua verdadeira eficácia não é verificada na prática. A doutrina espanhola também não mergulhou neste cenário e não nos apresentou justificativas convincentes para caracterizar a entrada e o registro e, principalmente, a *ficta confessio*, como coerções.

Assim, entendemos que estas consequências advindas da recusa do cumprimento das diligências preliminares estão mais pendentes para apenas uma declaração de sanção do que a aplicação de uma coerção, pois o que for decretado na decisão das atividades preparatórias terá efeito somente neste procedimento, sem extensão de eficácia na ação civil.

A intenção do legislador espanhol com as diligências preliminares é a de organizar um processo da melhor forma possível. No entanto, a falha encontrada no

ordenamento jurídico prende-se com a falta de eficácia destas atividades preparatórias para a futura relação jurídica.

Nesta linha, e conforme preceituado anteriormente, a intervenção do Tribunal nas diligências preliminares deve ser revista pelo legislador espanhol, uma vez que não há razão para se judicializar uma atividade que não pode ser eficaz na ação civil subsequente.

Assim, nos filiamos na corrente segundo a qual as diligências preliminares são classificadas como atos de natureza jurídica de jurisdição voluntária, em que o seu procedimento deve pertencer somente aos interessados, com auxílio dos respectivos advogados e com o Tribunal atuando apenas como um administrador em razão da decisão que irá proferir, mas sem a judicialização, equivocadamente vislumbrada na LEC.

Além disso, tendo em conta a forma como este procedimento preparatório está previsto na LEC, não encontramos virtudes para que seja incorporado em outros ordenamentos jurídicos, como, por exemplo, no de Portugal e no do Brasil<sup>329</sup>.

As diligências preliminares poderiam inspirar outros diplomas processuais civis, e possuem potencial para isso. Contudo, extensão dos seus efeitos contém lacunas. Elas não apresentam efetividade para constituírem uma relação jurídica isenta das incertezas que pretendem solucionar através deste procedimento pré-processual.

Assim, não encontramos nenhum benefício em defender a incorporação das diligências preliminares noutros Códigos de Processo Civil. Pelo contrário, acreditamos que a norma portuguesa prevista no artigo 417 do CPC/PT – dever de cooperação na descoberta da verdade – é que merece ser incorporada na LEC, por forma a impor uma característica cooperativa no procedimento das diligências preliminares.

---

<sup>329</sup> No Brasil, há, inclusive, um instituto processual denominado como exibição de documentos e que, no ano de 2014, o Superior Tribunal de Justiça decidiu a respeito da possibilidade de utilização desta ferramenta processual para acessar documentos bancários de forma prévia ao ajuizamento de uma ação civil em desfavor da entidade bancária. Logo, esta exibição, diferentemente das diligências preliminares, terá força probante para instruir o processo principal, pois será o documento que irá fundamentar a pretensão do futuro autor.

Superior Tribunal de Justiça. “A propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária. (STJ, 2 Seção, REsp 1349453-MS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 10.12.2014, publicado em 02.02.2015 - [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=43170823&num\\_registro=201202189555&data=20150202&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=43170823&num_registro=201202189555&data=20150202&tipo=5&formato=PDF) - Acessado em 17.05.2018)

Efetivamente, o dever de cooperação na descoberta da verdade recebe uma atenção especial no ordenamento jurídico de Portugal, no qual se preceitua para todas as pessoas o dever de colaborar na busca da verdade para, dessa forma, se alcançar a almejada composição justa de um litígio.

Se a finalidade das diligências preliminares é justamente a de preparar um processo de forma mais eficiente e sem incertezas quanto a quem demandar, ou quanto a determinado elemento jurídico necessário para construir a relação jurídica, acreditamos que a cooperação dos interessados e, inclusive, de terceiros, deva ser o princípio estrutural deste procedimento.

Concluimos, portanto, que ao invés das diligências preliminares configurarem uma ferramenta revolucionária para o processo, e até mesmo para desafogar a máquina judiciária de inúmeras demandas desnecessárias, na verdade elas tornam-se um ônus para os Tribunais, podendo gerar possíveis morosidades e desdobramentos dispensáveis no âmbito da produção da justiça.

## REFERÊNCIAS.

- ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito Processual Civil*. Volume I, 2 Edição, Almedina, Coimbra, 2017.
- \_\_\_\_\_. *Direito Processual Civil*. VolumeII, 2 Edição. Almedina, Coimbra, 2015.
- ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares del proceso civil*. J.M. Bosch Editora, Barcelona, 1997.
- ANDREWS, Neil. *On civil processes*, 2013, *apud*, BENEDUZI, Renato Resende, *Substantiierung, Notice-Pleading e Fact-Pleading. A relação entre escopo das potulações e função da prova nos processos alemão, americano e inglês*. Revista de Processo, Ano 40, Vol. 245, Julho, 2015.
- BELLIDO PENADÉS, R. *Derecho Procesal Civil*, (Coord. MASCARELL NAVARRO, M. J.; JUAN SÁNCHEZ, RICARDO; CÁMARA RUIZ, JUAN; BONET NAVARRO, JOSÉ; CUCARELLA GALIANA, LUIZ A.; MARTÍN PASTOR, JOSÉ), Ed. Aranzadi, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Las diligencias preliminares, Proceso Civil Práctico*, T-III-2, Mayo 2010 (con GIMENO SENDRA y otros) *apud* LLORENTE CABRELLES, L-Ramón. *Las diligencias preliminares en el proceso civil: programa de doctorado: 3024 Estudios jurídicos, ciencias políticas y criminología*. Letrame Editora, 2017.
- BENEDUZI, Renato Resende, *Substantiierung, Notice-Pleading e Fact-Pleading. A relação entre escopo das potulações e função da prova nos processos alemão, americano e inglês*. Revista de Processo, Ano 40, Vol. 245, Julho, 2015.
- ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Civil. Proceso de Declaración, Proceso de Ejecución y Procesos Especiales*. Quinta Edição. Marcial Pons, Madrid, 2010.
- CALLEJO CARRIÓN, S. *Las diligencias preliminares de la LEC 1/2000 y consecuencias derivadas de la negativa a practicarla*, Actualidad Civil, núm. 1 de 2006.
- CAPELO, Maria José. *Principais Novidades sobre provas no Novo Código de Processo Civil Português. Proceso civil comparado: análise entre Brasil e Portugal*, 1ª edição, Editora Forense, São Paulo, 2017.

- CASTRILLO SANTAMARÍA, R. *Una consecuencia de la negativa a la práctica de la diligencia preliminar: la entrada y registro*. Revista de Derecho Procesal, Año 2016, número 2.
- DAMIÁN MORENO, Juan. *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II (Coords. LORCA NAVARRETE, A. M., GUILARTE GUTIÉRREZ, V.), Lex Nova Editorial, Valladolid, 2000.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., *Curso de Derecho Procesal Civil II, Parte Especial*, Terceira Edição, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016
- \_\_\_\_\_. *Lecciones de Derecho Procesal Civil, II*, Barcelona, 1986.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume 1, 17 Edição, Jus Podivm, Salvador, 2015.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil*, Volume 2, 10 Edição, Editora Jus Podivm, Salvador, 2015.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con DE LA OLIVA SANTOS; VEGAS TORRES y BANACLOCHE PALAO, Cívitas, Madrid, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Derecho procesal Civil. El proceso de declaración*. Civitas, Madrid, 2004.
- FRANCO ARIAS, J. *Las diligencias preliminares previstas em el art. 256,1 LEC deben considerarse una lista cerrada?* 280208tripa\_justicia2007.indd, 28.02.2008.
- FREITAS, José Lebre de. *A confissão no Direito Probatório*. Um estudo de Direito Positivo. 2ª Edição, Editora Coimbra, 2013.
- \_\_\_\_\_. ALEXANDRE, Isabel. *Código de Processo Civil Anotado*. 2 Volume, 3 Edição, Almedina, 2017.
- \_\_\_\_\_. *Introdução ao Processo Civil. Conceito e princípios gerais à luz do Novo Código*. 4 Edição, GestLegal, Coimbra, 2017.
- FUGA, Bruno A. S., *A Prova no Processo Civil. Principais inovações e aspectos contraditórios*. 1 Ed., Birigui: Boreal Editora, 2016.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las diligencias preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Bosch, Barcelona, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Los Procesos Civiles. Comentários a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formulários y jurisprudência*. Tomo 2, Bosch Editora, Barcelona, 2001.

- GARCÍA VILA, Mônica. *Diligencias preliminares y la negativa a su práctica. (Art. 261 LEC1/2000)*. Dpto. Derecho Administrativo y Procesal Universidad de Valencia. « <https://www.uv.es/revista-dret/archivo/num1/pdf/monica.pdf> », p. 08. Acessado em 27 de abril de 2018.
- GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P., *Comentários a la Ley de Enjuiciamiento Civil (Volumen I)*. coord. CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J.J., e TAPIA FERNÁNDEZ, I.) Thomson Reuters Editora, Pamplona, 2011.
- GARNICA MARTÍN, J. Fco, *Comentários a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, (coords. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A., RIFÁ SOLER, VALLS GOMBAU), Iurgium Editores, T-I, 2000.
- GASCÓN INCHAUSTI, F. y DE LA OLIVA SANTOS, A., *Ley de Enjuiciamiento Civil: respuestas a 100 cuestiones polémicas*, Sepin, Madrid, 2002.
- GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Civil I. El Proceso de Declaración. Parte General*, Terceira Edição, Colex, Madrid, 2010.
- GONÇALVEZ, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil*. (Coord., LENZA, Pedro), 6 Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2016.
- GÓNZALEZ-MONTES SÁNCHEZ, J. L., *La intervención de abogado y procurador en el proceso civil*, editorial Tecnos, Madrid, 2005.
- GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003.
- GUIRAO ALCAZAR, F. *Ineficacia del caso primero del art. 497 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Revista de Derecho Privado, 1917.
- HERCE QUEMADA, V. *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Madrid, 1979.
- IVARIS RUIS, J. *Abogado y Procurador en la ley de Enjuiciamiento Civil*, varios autores, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.
- LALINDE ABADIA, J. *Iniciación histórica al Derecho Español*, Barcelona, 1983.
- LLORENTE CABRELLES, L-Ramón. *Las diligencias preliminares en el proceso civil: programa de doctorado: 3024 Estudios jurídicos, ciencias políticas y criminología*. Letrame Editora, 2017.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *Las nuevas diligencias preliminares em matéria de propriedade intelectual y propiedad industrial: el denominado derecho de información y la exhibición de documentos comerciales*, en Diario de la Ley, núm. 6429, viernes, 24 de febrero de 2006.

- MANUEL HITTERS, J., *Análisis de la Prueba Anticipada en un Marco Global*, p. 1, <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:gBRHV0c20PAJ:www.sba.gov.ar/includes/descarga.asp%3Fid%3D28916%26n%3Dprueba-anticipada%5B1%5D.pdf+&cd=2&hl=pt-PT&ct=clnk&gl=pt>
- MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- \_\_\_\_\_. *Novo Curso de Processo Civil. Volume 2. Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MONTERO AROCA, J. *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- \_\_\_\_\_. *Ensayos de Derecho Procesal*, J.M. Bosch Editora, Barcelona, 1996.
- NETO, Abílio. *Novo Código de Processo Civil Anotado*, 2 Edição Revista e Ampliada, Ediforum, 2014.
- ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Procesal Civil*. 5 Edição, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Derecho Procesal Civil*. Décima Primeira Edição, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.
- \_\_\_\_\_. BELLIDO PENADÉS, R., *Derecho Procesal Civil*. (Coordenação de ORTELLS RAMOS, M.), Undécima Edición. Thomson Reuters Aranzadi, 2012.
- PIETRO-CASTRO, L. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. T-I, Aranzadi, 1985.
- PIMENTA, Paulo. *Processo Civil Declarativo*. 1 Edição, Almedina, Coimbra, 2014.
- PINTO, Rui. *Notas ao Código de Processo Civil*. Coimbra Editora, 2014.
- PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes de. *Los Procesos Declarativos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Problemas actuales, soluciones jurisprudenciales y propuestas de reforma a los diez años de su vigencia*. (Coord. BANACLOCHE PALAO, Julio e outros). Thomson Reuters, Navarra, 2012.
- SAMANES ARA, *Las partes en el proceso civil*. La Ley, Madrid, 2000.
- SILVOSA TALLÓN, J. M., *El abogado frente a las diligencias preliminares*. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. *As partes, o objeto e a prova na acção declarativa*. Lex, Lisboa, 1995.

- THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume I, 56 Edição, Editora Forense, São Paulo, Rio de Janeiro, 2015.
- VALLESPÍN PÉREZ, D. *Diligencias preliminares numerus clausus? (art. 256 LEC)*. 280208tripa\_justicia2007.indd, 28.02.2008.
- WOOLF, Lord. *Access to justice (final report)*, 1996, apud, BENEDUZI, Renato Resende, *Substantiierung, Notice-Pleading e Fact-Pleading. A relação entre escopo das potulações e função da prova nos processos alemão, americano e inglês*. Revista de Processo, Ano 40, Vol. 245, Julho 2015.

#### REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS.

*Civil Procedure Rules*.

Constituição Espanhola de 1978.

Lei 13.105/2015: Código de Processo Civil do Brasil.

Lei 41/2013 de 26 de junho: Código de Processo Civil de Portugal.

*Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855.

*Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881.

*Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000.

*Ley 11/1986: Ley de Patentes*.