

ARTIGO: “Produção preventiva de prova, sem o requisito da urgência, no novo CPC”.¹

Autor: André Bruni Vieira Alves – Presidente da Comissão de Direito Societário

Entre as diversas inovações trazidas pelo projeto do novo CPC, destacam-se as previsões contidas nos incisos II e III do art. 388 do Código projetado que tratam da possibilidade de antecipação da produção de provas sem o requisito da urgência, em situações em que a produção da prova, por si só, se mostre “*suscetível de viabilizar a tentativa de conciliação ou de outro meio adequado de solução do conflito*” (inc. II) ou em situações em que “*o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação*” (inc. III).

Por estas duas novas previsões, aproximando-se dos sistemas de *common law*, o legislador federal pretende ampliar o mecanismo hoje existente da produção antecipada de provas, tradicionalmente ligada a uma tutela cautelar que *assegure* a produção da prova em casos em que haja *perigo da demora* que possa fazer esta (a prova) se perder no tempo.

O CPC projetado rompe, portanto, com a tradição da antecipação da prova como mero instrumento acautelatório e com o propósito de se resguardar e conservar a plena eficácia da prova a ser aproveitada e valorada em outro processo, buscando criar uma nova ação, *autônoma* em relação à ação principal – tal como ocorre com o mecanismo de prospecção de evidências denominado *pretrial discovery* dos sistemas inglês e norte-americano – com o propósito também de se *prevenir* uma ação judicial, seja por entender o legislador que uma ação probatória preventiva poderá promover a autocomposição, seja por entender que este novo instrumento poderá revelar aos interessados uma situação de fato que permita uma melhor e mais acurada reflexão a respeito das circunstâncias fáticas ligadas a um conflito.

Seria, por assim dizer, uma ação *preventiva* que serviria como uma *consulta prévia* para esclarecimento dos fatos relacionados a alguma potencial controvérsia, com a saudável função de melhor fundamentar a decisão da propositura (ou não) de uma futura ação, evitando-se, assim, a dedução em juízo de pretensões infundadas por desconhecimento apurado e maduro dos fatos.

Como é sabido, o atual CPC dispõe sobre a antecipação de provas entre os procedimentos cautelares específicos (arts. 846 a 851). Apesar da cautelar de antecipação de provas gozar de *autonomia procedimental*, esta *autonomia* não significa *independência* em relação a outra medida ou ação judicial, já que visa, apenas e tão somente, a instrução desta outra medida ou ação².

Como também é sabido, a ação cautelar de antecipação de provas no atual CPC, em suas três modalidades hoje existentes (interrogatório das partes, inquirição de testemunhas e exame pericial, conforme CPC, art. 846), pressupõe, sempre, a presença do *justo receio* ou do *fundado receio* de perda da oportunidade da produção da prova ou desta se tornar difícil ou impossível para a verificação de determinados fatos, antes ou no decorrer da ação principal, incumbindo ao autor a prova do *periculum in mora*³. Não por outro motivo, aliás, que é pacífico na doutrina e na jurisprudência o entendimento da necessidade de uma *justificação sumária* da medida cautelar de produção antecipada de provas, com olhos voltados à demonstração da pertinência com questões que possam vir a ser controvertidas num processo. Daí porque a jurisprudência é também pacífica no sentido de que a contestação na atual medida cautelar de produção antecipada de provas deve se restringir às matérias de conteúdo processual relacionadas aos pressupostos processuais e às condições da ação (entre outros, RT 495/71 e 601/82).

Ao contrário do que hoje estabelece a lei processual, em que é nítido o caráter instrumental da produção antecipada de provas, ante a vinculação *direta e imediata* da medida a um determinado (ainda que eventual e hipotético) processo, o projeto do novo CPC prevê a criação de uma nova ação, como dito, *autônoma* em relação à ação principal e sem o caráter de mero instrumento acautelatório. E assim se dá por influência da nova visão que a doutrina vem conferindo ao conceito de *direito constitucional à prova*.

Como é sabido, entre as atuais tendências do processo civil, destaca-se o movimento de revisitação dos institutos fundamentais processuais à luz da Constituição Federal. Nesse contexto, como decorrência do princípio do devido processo legal, ganha relevância o *direito constitucional à prova* como aspecto fundamental do direito de ação e da ampla defesa, consubstanciada no direito de *indicar, especificar e produzir* prova, além de obter *adequada valoração* da prova⁴.

Mais recentemente, a mais abalizada doutrina, capitaneada por **FLÁVIO LUIZ YARSHELL**⁵, vem entendendo que para além do direito de *indicar, especificar, produzir* e obter a *adequada valoração* da prova, da interpretação das normas processuais à luz da Constituição Federal deve-se extrair a conclusão de que há um direito *autônomo* de investigar e provar, denominado *direito à prova*, distinto do *direito de provar*, este entendido apenas como decorrência do direito de ação e de defesa e tendo como único destinatário o juiz.

Em suma, esta recente doutrina, defende a ideia de que seja conferida uma nova definição ao *direito à prova* que não se liga necessária e diretamente à declaração de um direito a um determinado caso concreto. Tal seria um direito *autônomo* à prova, não vinculado ao convencimento do julgador, mas destinado ao esclarecimento de fatos que possam convencer as *partes* acerca de suas eventuais chances de êxito em um processo que se possa cogitar, com propósito de incentivar uma autocomposição ou de evitar, ou confirmar, a necessidade de uma ação judicial de accertamento de direitos.

Portanto, o *direito autônomo à prova* seria, por assim dizer, algo diferente do que só um desdobramento dos direitos de ação e defesa, que se estabelece não em relação ao processo, mas aos fatos que devem ser objeto de prova. Noutras palavras, haveria nesta nova visão um *direito à prova* como *experimentação*, um direito a uma *investigação particular* em que a prova terá como principal destinatária a própria parte, objetivando soluções de autocomposição (transação, renúncia e submissão) ou de avaliação sobre a pertinência de propositura de uma ação judicial. Há, pois, uma mudança na concepção no que toca à *relevância* da prova que deixa de ter vinculação lógica direta com a seleção de fatos que necessitam ser provados em um determinado processo, passando a ter relação com o *esclarecimento* e a *investigação* de fatos que possam vir a elucidar situações que permitam uma melhor e mais acurada visão da parte sobre sua posição jurídica (se de vantagem ou de desvantagem) em relação a alguém.

Dessas ideias nascem os fundamentos do que se convencionou chamar pela doutrina de “ações probatórias autônomas”⁶, isto é, a possibilidade de serem admitidas, em uma interpretação sistemática das normas processuais, já em nosso *atual* ordenamento jurídico as ações de produção de provas *sem* o requisito da *urgência*, do *perigo* de perda da prova, ou seja, do *periculum in mora*.

E é exatamente nesta linha que vem à lume os dispositivos no projeto do novo CPC e que tratam da nova ação de produção preventiva de provas, sem o caráter cautelar, em especial, sem o requisito da urgência (*periculum in mora*).

Não resta dúvida de que a ação probatória autônoma delineada no projeto do novo CPC, com a nova possibilidade de que se abre de produção de prova em caráter não cautelar e desvinculada do requisito da possibilidade da perda da prova, trará enormes benefícios ao dia a dia forense e significativas melhoras na defesa dos interesses dos jurisdicionados. A nova ação preventiva de provas como mero instrumento de formação de provas, traz a expectativa que decorre da impressão – e, como mera impressão do que aparentemente poderá ocorrer, não passível de confirmação – de que será instrumento de grande valia e auxílio a quem se encontra em situação “preventiva de litígio”.

Tal impressão pessoal aqui externada, aliás, coincide com a opinião recentemente apresentada por **ROGÉRIO LICASTRO TORRES DE MELLO**, para quem a ação probatória “consultiva”, desprovida da finalidade cautelar, “caso vingue, decerto servirá de profilaxia do modelo vigente de fomento à litigiosidade”⁷.

É bastante provável que a desnecessidade do requisito da urgência para a produção antecipada da prova, permitirá aos jurisdicionados alcançarem o que, por vezes, lhes falta para a boa compreensão da sua posição jurídica em determinada circunstância fática. A falta de conhecimento dos jurisdicionados sobre os fatos, implica na dúvida sobre o próprio direito (material ou processual). Assim, pois, entendemos que permitir aos jurisdicionados alcançarem o efetivo e amplo conhecimento acerca dos fatos atinentes à determinada situação que possa lhe trazer consequências jurídicas, permitirá que a *instituição democrática* que é o processo, por este novo procedimento possa fazer cumprir a sua função de instrumento de garantia e efetividade dos direitos.

De todo modo, tal como se dá hoje com a medida cautelar de produção antecipada de provas, entendemos que o autor de uma ação preventiva de prova deverá demonstrar a *relevância* da prova a ser produzida, indicando com clareza os motivos pelos quais deva ser processado seu pedido de produção de provas em juízo, a sua situação de potencial autor de alguma possível ação judicial e a razão pela qual a prova poderia prevenir, evitar ou ainda servir para confirmar necessidade da propositura da ação. Assim, pois, em que pese a expressa menção no Código projetado (§4º do art. 388) de que neste procedimento

“*não se admitirá defesa ou recurso*”, entendemos que a defesa é, sim, possível de ser apresentada nesta ação, tal como ocorre atualmente com a medida cautelar de produção antecipada de provas, devendo, entretanto, se restringir às questões atinentes aos pressupostos processuais e às condições da ação, estas últimas obviamente ligadas à legitimidade “ad causam”, à *relevância* da prova (critérios de utilidade e necessidade da ação probatória), além é claro da licitude ou ilicitude do meio de prova requerido (se é ou não um meio de prova admitido em direito).

A nosso sentir, a justificação da *relevância* neste novo procedimento, além de abarcar a utilidade e a necessidade de se proceder uma *investigação particular* de fatos em juízo, deve ser tal que deva *justificar* a possibilidade de um acordo, evitar ou justificar uma demanda futura. De modo que *devem* ser impedidos os processamentos de ações preventivas de prova em que não se mostre presente a devida *relevância* da prova, assim como também serem prontamente repelidas quaisquer tentativas de utilização do instrumento para intimidação da (ainda potencial) parte contrária.

Neste ponto, interessante mencionar aqui o alerta do professor **NEIL ANDREWS** ao tratar do processo civil inglês, especialmente sobre as normas de *disclosure* na fase pré-litígio. Diz o eminente professor que os tribunais ingleses dão prioridade na utilização da *disclosure* pré-litígio nas ações relacionadas à reponsabilidade civil por danos pessoais ou físicos, mostrando-se bastante esclarecedora – servindo de verdadeira advertência ao possível abuso do uso indiscriminado da ação probatória tal como projetada – a lição de que em casos de perdas comerciais ou empresariais (especialmente em casos de direito eminentemente societários), em que as relações jurídicas mostram-se, quase sempre, mais complexas, evita-se a admissão do mencionado procedimento, aplicando-se o tradicional princípio de que o autor não pode pretender utilizar deste procedimento da *disclosure* como se estivesse querendo “pescar” informações na busca de uma situação jurídica mais favorável, impedindo-se “a busca ‘voraz’ do autor por provas, a fim de provocar uma ação imaginada, mas que não passa de especulação”⁸.

Não é difícil imaginar os grandes problemas que podem ocorrer em terras brasileiras assim que entrar em vigor o novo CPC. Em virtude desse potencial risco de lesão de direitos, decorrente do possível uso abusivo da ação probatória tal como projetada, seria interessante que houvesse uma norma específica no novo CPC, ao lado

das novas disposições aqui comentadas, em que ficasse prevista uma específica multa por litigância de má-fé para casos em que se utilize da demanda probatória para se especular, intimidar ou provocar uma ação judicial infundada, o que fica aqui registrado à título de mera sugestão.

¹ O PL nº 8.046/10 (novo CPC) encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados. No último dia 26/11/2013 foi aprovado em sessão extraordinária o texto base pelo Plenário, com adiamento da votação dos destaques.

² LACERDA, Galeno, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Comentários ao código de processo civil*. vol. III, t.I, 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1987, p.7.

³ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2ª ed., rev., at. e amp. São Paulo: RT, 2002, p. 61.

⁴ Idem, p. 164.

⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁶ DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paulo Sarno. *Ações probatórias autônomas – produção antecipada de provas e justificação*. RePro 218/12. Ver também, por outros argumentos, mas com conclusões muito próximas em relação à possibilidade de ações probatórias autônomas no atual ordenamento: NEVES, Daniel Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁷ TORRES DE MELLO, Rogério Licastro. *Ação probatória: um redutor de litigiosidade. A prova no direito processual civil. Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Editora Verbatim, 2013, p. 579.

⁸ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil – formas alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. 2ª ed. rev., at. e amp. São Paulo: RT, 2009, p. 216.