

DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NO PROJETO DO NOVO CPC

Marco Aurélio Scampini Siqueira Rangel

Mestrando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Advogado.

Pedro Henrique da Silva Menezes

Mestrando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce. Advogado.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar o tratamento dado ao procedimento de produção antecipada de prova no projeto do novo CPC. Para tanto será feita uma breve abordagem sobre o sistema atual, para fins de comparação. Após, serão apreciadas individualmente as disposições do PL 8.046/2010 que tratam da produção antecipada de prova, sob a ótica dos princípios processuais e pela sistemática pelo projeto de lei em questão, buscando identificar os acertos e os equívocos da proposta a fim de fomentar a discussão sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Provas; Procedimento; Produção antecipada de provas; Novo CPC; PL 8.046/2010.

ABSTRACT: The present article aims to discuss the treatment given to the procedure of early production of evidence in the Project of the new civil procedural code. For this will be made a short review about the actual system for comparison. Then the clauses of the PL 8.046/2010 about the early production of evidence will be analyzed by the view of the procedural principles and the systematic of the bill, trying to identify the propriety and the errors of the proposal to encourage the discussion about the topic.

KEYWORDS: Evidence; Procedure; Early Production of Evidence; New Civil Procedural Code; PL 8.046/2010.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A produção antecipada de prova no sistema processual brasileiro atual; 3. A produção antecipada de prova sem o requisito da urgência; 4. O Projeto do Novo CPC; 4.1. Hipóteses de cabimento do procedimento de produção antecipada de prova; 4.2. Do arrolamento de bens; 4.3. Da Justificação; 4.4. Competência e prevenção; 4.5. Dos requisitos da inicial; 4.6. O Art. 389 e a ofensa ao contraditório; 5. Conclusão.

1. Introdução

Entre as diversas mudanças que o PL 8.046/2010 irá promover no processo civil brasileiro, caso aprovado com sua redação atual¹, está a criação de um procedimento de produção antecipada de provas que se difere, em vários aspectos, do atual procedimento cautelar de produção antecipada de provas. Entre as principais mudanças a que mais chama atenção é a autorização da antecipação da prova sem o requisito da urgência, tema abordado de maneira inaugural no Brasil pelo Prof. Flávio Yarshell – o que será objeto de análise mais aprofundada no decorrer do artigo.

A proposta aprovada pela Comissão especial da Câmara dos Deputados possui virtudes e defeitos, como qualquer texto legislativo, e o que se pretende no decorrer do presente artigo é fazer a análise pontual dos dispositivos de maior relevância para tentar esclarecer alguns pontos que podem ensejar questionamentos, bem como fazer críticas construtivas que auxiliem o desenvolvimento do novo CPC, ao menos nesse ponto – tendo em vista que o PL 8.046/2010 ainda não foi promulgado –.

Inicialmente, faremos uma análise superficial do sistema atual de produção antecipada de provas. Em seguida, iremos analisar com mais atenção a teoria que embasa a antecipação da prova sem o requisito da urgência. Para finalmente chegarmos a uma análise crítica do texto aprovado pela Comissão especial da Câmara dos Deputados.

2. A produção antecipada de prova no sistema processual brasileiro atual

¹ Texto do PL 8.046/10 aprovado na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/substitutivo_paulo_teixeira_08maio2013.pdf>, acesso em 30/10/2013.

O procedimento de produção antecipada de provas está inserido no Livro III (Do Processo Cautelar), mais especificamente no Capítulo II (Dos Procedimentos Cautelares Específicos) entre os artigos 846 e 851 do CPC. Da sua colocação topológica decorre uma conclusão lógica, mas que precisa ser pontuada para fins de construção do raciocínio: trata-se de um procedimento de natureza cautelar.

A consequência dessa afirmação, repito, óbvia é que o referido procedimento se subordina à regulamentação do Livro III do CPC – referente ao processo cautelar. Importante frisar que não é criação do legislador de 1973 a atribuição do caráter cautelar ao procedimento de produção antecipada de provas. Cassio Scarpinela Bueno² faz referência à obra *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* de Piero Calamandrei, obra datada de 1936, para demonstrar que há muito tempo é reconhecido o caráter cautelar do procedimento em questão.

O procedimento do art. 846 do CPC tem como escopo a conservação³ da prova que está sujeita ao perecimento pelo decurso do tempo. Exige-se da parte que pretender a antecipação da prova a demonstração da necessidade da antecipação e que indique com precisão os fatos sobre os quais há de recair a prova (art. 848, *caput*, CPC), que poderá consistir em interrogatório da parte, inquirição da testemunha e exame pericial. Quanto a este último, o código deixa expresso no art. 849 que somente será admissível quando houver “fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação”, o que se aplica aos demais tipos de prova em decorrência das disposições gerais do Capítulo I.

No tocante ao juízo competente para apreciação do pedido cautelar, o CPC dispõe no art. 800 que “*as medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal*” e quando já houver sido interposto recurso “*a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal*”. Contudo, tem-se admitido na doutrina⁴ e na jurisprudência⁵ a possibilidade de,

² BUENO, Cassio Scarpinela. *Curso sistematizado de direito processual civil, 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 308.

³ Importante destacar que tal posicionamento não é uniforme na doutrina, para alguns autores, por todos Flávio Luiz Yarshell, trata-se de verdadeira produção da prova, e não simples conservação, uma vez que não é possível estabelecer diferenciação entre produção e conservação da prova. (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 35/36).

⁴ É possível citar como doutrinadores que defendem essa possibilidade: “BUENO, Cassio Scarpinela. *Curso sistematizado de direito processual civil, 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares*

excepcionalmente, o procedimento ser ajuizado no local onde a prova será produzida de maneira mais adequada, uma vez que a burocracia para a sua efetivação quando ajuizada em comarca diversa daquela em que deve ser produzida pode acarretar seu perecimento.

Outro ponto que merece destaque é a possibilidade da antecipação da tutela cautelar naqueles casos em que a urgência impede que seja oportunizado o contraditório à parte requerida, o que decorre do disposto no art. 804 do CPC. Da mesma forma que ocorre no processo de conhecimento ou no processo de execução, embora eventualmente com amplitude diversa, o contraditório somente pode ser postecipado excepcionalmente, visto que se trata de garantia constitucional que deve ser observada no exercício da atividade jurisdicional.

Feito esse breve apanhado dos pontos referentes ao procedimento do art. 846, é importante salientar que esta não é a única forma de produção antecipada de provas existente no sistema processual civil brasileiro. Conforme destaca Flávio Yarshell, também são consideradas “vias” processuais para a produção antecipada de prova a justificação (art. 860 e ss. do CPC), a ação de exibição de documentos e o arrolamento de bens⁶. Destaco que, estas “vias” serão abordadas oportunamente quando tratarmos dos dispositivos do PL 8.046/10, motivo pelo qual deixamos de analisá-las por ora.

3. A produção antecipada de prova sem o requisito da urgência

Como mencionado alhures, um dos grandes destaques do procedimento de produção antecipada de prova previsto no projeto do novo CPC é a previsão da antecipação da prova

específicos. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 312” e “CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. III. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 59”.

⁵ “AGRAVO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA. MEDIDA CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. REPARAÇÃO DE DANO. PESSOA JURÍDICA. FORO DO LOCAL DO FATO. ORDEM PRÁTICA E PROCESSUAL. REDEFINIÇÃO DO FORO COMPETENTE PARA JULGAMENTO DA AÇÃO PRINCIPAL. REVISÃO DA COMPETÊNCIA TAMBÉM NO PROCESSO CAUTELAR. NECESSIDADE. A ação de reparação de dano tem por foro o lugar onde ocorreu o ato ou o fato, nos termos do art. 100, v, 'a', do CPC, ainda que a ré seja pessoa jurídica com sede em outra localidade. Precedentes. *A competência deve prevalecer também por questões de ordem prática e processual, na medida em que a realização de perícia ou inspeção judicial no Juízo será facilitada, porquanto lá já se encontra o produto objeto da divergência entre as partes; o que, sem dúvida, contribui para a celeridade da prestação jurisdicional*. Havendo a redefinição do foro competente para julgamento do processo principal, deve ser igualmente revista a decisão oriunda do processo cautelar vinculado àquele, a teor do que estabelece o art. 800 do CPC. Negado provimento ao agravo interno. (AgRg nos EDcl no AgRg no Ag 727699/ES, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/12/2006, DJ 18/12/2006, p. 372)”.

⁶ Nesse sentido, o Prof. Flávio Yarshell aduz: “Outra via processual da qual se pode cogitar para o exercício do direito autônomo à prova consiste no arrolamento de bens. Sobre isso não parece haver dúvida, em primeiro lugar, de que referida medida se presta à função de documentar fatos, e, portanto, à tarefa de pré-constituir prova”. (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 436).

sem o requisito da urgência, uma vez que, como visto, o procedimento do art. 846 possui natureza cautelar, estando nele, ao menos a princípio, ínsito o requisito da urgência.

O Prof. Flávio Luiz Yarshell, em trabalho elaborado como tese de titulação no Departamento de direito processual da Universidade de São Paulo publicado em 2009⁷, desenvolveu uma teoria a respeito da desnecessidade do requisito da urgência para a produção antecipada da prova baseada na premissa da existência de um direito autônomo à prova.⁸

O ilustre jurista do Largo São Francisco desenvolve ao longo de sua obra a tese de que é possível extrair do direito de ação um autêntico direito à prova, que consistiria, basicamente, em um “direito autônomo à produção da prova, de forma não diretamente vinculada ao pleito de declaração do direito material e ao processo instaurado para esta finalidade”.⁹ Semelhante posicionamento é defendido por Fredie Didier – jurista membro da comissão da Câmara dos Deputados responsável pela elaboração do novo CPC – em recentíssimo artigo.¹⁰

Importante destacar que, embora se fale em um direito autônomo à prova¹¹ (sem vinculação de instrumentalidade com um processo principal) o exercício não pode ser ilimitado, sob pena de violação de outros direitos, dentre os quais o da privacidade desponta como potencial objeto das mais graves violações, tendo em vista que, mesmo que não consista em medida de caráter constritivo, a produção antecipada da prova implica “alguma forma de invasão da esfera individual – inclusive, eventualmente, de ‘terceiros’.”.¹²

Ainda, em reforço à tese ventilada, Eduardo Cambi afirma que “o direito à prova é, conforme visto, um desdobramento da garantia constitucional do devido processo legal ou

⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁸ Neste momento é importante esclarecer que a abordagem mais detida da obra do Prof. Yarshell se dá pelo fato de que o projeto do novo CPC claramente se abeberou dos ensinamentos constantes da obra do referido jurista, embora não haja qualquer referência a este fato nas razões constantes do relatório da Câmara ou do Senado.

⁹ Ob. cit. p. 310.

¹⁰ Sobre o tema assim se manifestou: “A visão que parece mais apropriada, entretanto, é no sentido de que ambas as medidas – produção antecipada de provas e justificação – não são propriamente cautelares e não pressupõem, necessariamente, a demonstração do perigo da demora (urgência) para serem admissíveis. São, pois, satisfativas do chamado direito autônomo à prova, direito este que se realiza com a coleta da prova em típico procedimento de jurisdição voluntária”. (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; *Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação*. Revista de Processo, São Paulo; Vol. 218, p. 13, Abr. 2013).

¹¹ Ob. cit.

¹² Ob. cit. p. 333

um aspecto fundamental das garantias processuais da ação, da defesa e do contraditório”.¹³

O referido autor dá um caráter constitucional ao direito em comento, o que demonstra a necessidade de o legislador criar meios para o seu exercício.

Seguindo essa linha de raciocínio, Yarshell demonstra que a existência de um direito à prova desvincula o mesmo da ideia de um instrumento a serviço do magistrado, tradicionalmente visto como destinatário – quase que único – da prova produzida. Esta visão claramente estreitaria a amplitude do direito à prova nos termos desenvolvidos pelo Prof. Yarshell, o que de forma alguma infirma a existência de forte vínculo da prova com o magistrado, mas tão somente não limita a prova a este aspecto.

Demonstra, na sequência, que a utilidade da produção antecipada da prova não se limita à sua preservação – termo que, como citado alhures, não apresenta diferença substancial para a “produção” em si –. A produção da prova em momento anterior ao início do processo principal serve também para possibilitar às partes uma melhor apreciação das chances e dos riscos decorrentes do ajuizamento de uma ação, ou do oferecimento de peça de resistência.¹⁴

Importante frisar que no mesmo sentido do pensamento desenvolvido pelo referido jurista, Luigi Paolo Comoglio destaca que há tendência no processo civil italiano de se admitir a utilização do *procedimenti di istruzione preventiva* sem o fundamento da urgência, conforme é possível identificar a partir do projeto elaborado pela *Comissione Ministeriale* em 2002, que identifica, assim como faz o Prof. Yarshell, outras razões para a produção antecipada da prova, entre elas a possibilidade de fazer um estudo adequado das estratégias processuais a serem adotadas.¹⁵ No entanto, o *Codice di procedura Civile* no Art. 692 e ss. mantém a vinculação do *procedimenti di istruzione preventiva* ao requisito da urgência.

¹³ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. Coleção temas atuais de processo civil, vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 166.

¹⁴ “Contudo, em coerência com as conclusões expostas anteriormente, a prova – incluindo-se aí as regras sobre distribuição dos respectivos ônus – não desempenha no sistema apenas a função de esclarecimento do órgão julgador na missão de declarar o direito no caso concreto. Mais que isso, a prova pode e deve ser vista como elemento pelo qual os interessados avaliam suas chances, riscos e encargos em processo futuro, e pelo qual norteiam sua conduta, inclusive de sorte a evitar uma decisão imperativa”. (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 137)

¹⁵ “Si profilano comunque, *de jure condendo*, alcune interessanti novità nelle linee direttive di una prossima riforma organica del processo. Nel progetto redatto ed elaborato dalla Commissione ministeriale presieduta da Vaccarella nel 2002, la direttiva n. 52 prevede <<la possibilità di utilizzare i procedimenti di istruzione preventiva anche in assenza di periculum in mora>>, nonché <<la possibilità di generalizzare la consulenza tecnica ante causam>>. Fermo restando il chiaro intento di svincolare i presupposti di tale istruzione dalle consuete condizioni di ammissibilità della tutela cautelare in genere, si va rafforzando il parallelismo fra le

Em sede de conclusão, Flávio Yarshell faz proposições de reformas ao CPC/73 para que seja adequadamente tutelado o direito à prova, dentre as quais se pode destacar: a) “acrescer um inciso ao art. 847 do CPC, para nele constar que as providências de instrução ali mencionadas podem ter lugar sempre que houver ‘motivo legítimo ou que isso seja útil para impedir ou por fim a controvérsia ou litígio’;”;¹⁶ b) “deixar expresso que a antecipação não se limita necessariamente ao interrogatório ou à inquirição de testemunhas, podendo abranger toda e qualquer outra providência de instrução que seja ‘moralmente legítima’;”.¹⁷ Dentre outras sugestões para a preservação da harmonia e unidade do código.

O que se pode concluir a partir das colocações expostas neste tópico é que a existência de um direito autônomo à prova impõe a necessidade de um procedimento através do qual as partes possam garantir o exercício desse direito. O que se daria através de um processo interpretativo da legislação vigente, para ampliar a sua abrangência e relativizar os requisitos dos arts. 846 e ss., ou por meio de uma reforma na legislação, o que está sendo feito no PL 8.046/10, que será analisado nos tópicos seguintes.

4. O Projeto do Novo CPC

Dentre as diversas alterações que são objetivadas pelo legislador reformador está, como dito alhures, a previsão de um procedimento de produção antecipada de provas sem o requisito da urgência. Arruda Alvim afirma, na esteira de outros posicionamentos demonstrados acima, que houve uma mudança de paradigma no instituto da prova, pois se passou a reconhecer a função da prova na formação do convencimento das partes na avaliação de suas chances em uma eventual demanda. Afirma, ainda, que “este novo propósito da atividade probatória, que, de certa forma, situa também as partes como destinatárias da prova, tem como objetivo prevenir a propositura de ações infundadas ou fadadas ao insucesso, porque desprovidas de respaldo fático”.¹⁸

più recenti innovazioni legislative, in materia di indagini <<private>> e <<preventive>> dei difensori nel processo penale, e le *chances* di tutela anticipata, che – grazie, pure, al potenziamento dei mezzi istruttori assumibili dai difensori <<anche prima dell’inizio del giudizio>>, configurato dalla direttiva n. 22 (cfr. *supra*) – muniscono anche i difensori nel processo civile di idonee possibilità di <<precostituzione>> di fonti e di mezzi probatori, in funzioni di un giudizio ancor da promuoversi, nonché in vista di un più adeguato studio delle strategie difensive adottabili”. (COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. 2. ed. Torino: UTET, 2004. p. 142).

¹⁶ Ob. cit. p. 444.

¹⁷ Ob. cit.

¹⁸ ALVIM, Arruda. *Notas sobre o projeto de novo código de processo civil*. Revista de Processo, São Paulo; Vol. 191, p. 299, Jan. 2011.

O PL 8.046/10 inovou com a criação de uma Parte Geral, na qual foram insculpidas normas que devem reger a atividade dos atores do processo, dentre os quais merece destaque o princípio da cooperação. Além disso, a todo o tempo se buscou a simplificação dos procedimentos e do próprio código – embora não nem sempre este objetivo tenha sido alcançado – para garantir uma duração razoável do processo. Nesse contexto é que essa alteração – antecipação da prova sem o requisito da urgência – aparece como um dos meios de redução da litigiosidade e de tentativa de tornar célere a prestação jurisdicional. Bem como, tem que ser analisada sob o escopo da simplificação do procedimento e da garantia dos direitos constitucionalmente previstos. Será esse, portanto, o enfoque dado doravante, para que seja possível analisar o procedimento em questão.

4.1. Hipóteses de cabimento do procedimento de produção antecipada de prova

Dispõe o art. 388 do projeto do novo CPC ser admitida a produção antecipada de provas nos casos em que: a) haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; b) a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar tentativa de conciliação ou de outro meio adequado de solução do conflito; e c) o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

A primeira situação somente reitera hipótese de cabimento já consagrada no CPC/73, consistente na produção da prova para evitar seu perecimento. Sendo, portanto, desnecessário tecer quaisquer comentários sobre o tema, uma vez que já foi analisado alhures.

Quanto à segunda hipótese (“viabilizar tentativa de conciliação ou de outro meio adequado de solução do conflito”) temos realmente uma inovação que merece nossa atenção.

Na hipótese ora analisada o legislador admite expressamente que, conforme citado acima, a prova não se destina exclusivamente ao juiz. A prova se presta também à formação do convencimento das partes quanto às suas chances em uma eventual demanda – note, “*eventual* demanda” –. Importante perceber que não há mais disposição no sentido de estipular prazo para o ajuizamento da ação principal. Isso porque, a hipótese de cabimento em tela não está vinculada a um processo principal, é reconhecido o direito autônomo ao ajuizamento de uma demanda para fins de produção de prova como meio de facilitar a autocomposição.

Assim sendo, é possível que, ocorrendo um acidente de carro entre “A” e “B”, qualquer um dos interessados vá a juízo para que se produza a prova pericial a fim de identificar quem foi o causador do acidente. Digamos que a perícia conclua que a responsabilidade pelo acidente é de “A”. Neste caso, “A” e “B” teriam a perfeita noção de suas chances em uma eventual demanda judicial, hipótese que pode levar “A” a formular uma proposta de acordo extrajudicial para que sobre ele não recaiam os ônus decorrentes de uma demanda judicial. A terceira hipótese de cabimento se aproxima sobremaneira da que acabamos de abordar, pois também está ligada à concepção de que as partes interessadas também são destinatárias da prova. Porém, neste caso o legislador busca autorizar a produção antecipada da prova para evitar que as partes ingressem em juízo com demandas temerárias, ou o contrário, que as partes tenham elementos para ingressar em juízo com mais chances de êxito.

Essa hipótese de cabimento vai ao encontro da sistemática adotada pelo projeto do novo CPC, o que se pode depreender da leitura do art. 77, II do projeto, que elenca entre os deveres das partes “deixar de formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento”. E para que as partes possam adequar as suas atitudes – dentro e fora do processo – é preciso que lhes sejam disponibilizados meios para conhecerem suas verdadeiras chances e avaliar a validade dos fundamentos que pretendem expor.

4.2. Do arrolamento de bens

O §1º do art. 388 do projeto do novo CPC dispõe que “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”. Tal previsão consagra expressamente a possibilidade de utilização do arrolamento de bens sem fins constritivos.

O CPC de 1939 previa em seu art. 676, IX o arrolamento de bens para fins de descrição dos bens do casal, de forma que pudesse ser utilizado como base para um futuro processo de inventário. Assim, não havia àquela época o caráter construtivo. Este somente foi inserido no sistema com o advento do CPC atual, que, inspirado no modelo português, atribuiu caráter construtivo à medida (art. 855 e ss. do CPC/73).

A despeito dessa característica, diversas vozes se levantaram a favor da possibilidade de utilização do arrolamento de bens sem o seu caráter construtivo. Por todos, Ernane Fidélis

dos Santos, que afirma ser possível o pedido de arrolamento sem a medida constritiva, visando, única e exclusivamente o conhecimento dos bens.¹⁹

Esse viés meramente probatório do arrolamento é o que foi resgatado pelo projeto do novo CPC. Para tanto, o legislador dispôs que na hipótese de o arrolamento não possuir caráter construtivo ele será regido pela “Seção II – Da produção antecipada da prova”.

Curioso mencionar que não há a previsão da medida típica de arrolamento com caráter construtivo ao longo do projeto. Isso porque, não há mais o Livro dedicado exclusivamente às cautelares, bem como foi extinto o rol de cautelares típicas, passando o tratamento das cautelares, em caráter antecedente, a ser feito pelos arts. 307 a 312. Contudo, a inexistência da previsão expressa não implica no seu desaparecimento do sistema, uma vez que o magistrado poderá conceder tal medida cautelar por força do disposto no art. 298²⁰ do projeto.

Nesse sentido, portanto, o arrolamento de bens não estará vinculado à existência da urgência, bastando para o seu cabimento que esteja presente alguma das hipóteses previstas nos incisos do art. 388 do projeto.

De grande importância didática é o exemplo dado por Flávio Yarshell que se reporta à hipótese de um credor de dada quantia que, sem saber da solvabilidade de seu devedor, pretende o arrolamento de bens para que, sabendo da real condição patrimonial evite instaurar processo em face deste que ao final restaria frustrado, dada a inexistência de bens passíveis de expropriação²¹. Importante mencionar que tal medida se mostra tanto efetiva, sob a ótica do credor, quanto menos gravosa, sob a ótica do devedor, alcançando o escopo pretendido pelo projeto.

4.3. Da Justificação

O §5º do art. 388 do projeto dispõe que também se aplica o disposto na Seção II à justificação²². A justificação desde o código atual já é vista como procedimento que se diferenciava das demais medidas propriamente cautelares, pois era reconhecida a desnecessidade do requisito do *periculum in mora*, já que o art. 861 do CPC admitia o seu

¹⁹ DOS SANTOS, Ernane Fidélis. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. II. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 341.

²⁰ “Art. 298. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela antecipada. Parágrafo único. A efetivação da tutela antecipada observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber”.

²¹ Ob. cit. p. 439.

²² “Art. 388 – § 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”.

ajuizamento para fins de mera documentação²³. Tal característica é destacada por Humberto Theodoro Júnior ao afirmar que a justificação consiste na “colheita avulsa de prova testemunhal, que tanto pode ser utilizada em processo futuro, como em outras finalidades não contenciosas”.²⁴ Corroborando o exposto, no relatório do Deputado Paulo Teixeira ficou consignado que foi unificado “o regime da justificação com o da produção antecipada de prova, exatamente em razão da desnecessidade de demonstração da urgência para sua produção”.²⁵

Da mesma forma que o arrolamento de bens, a justificação não encontra previsão em outro ponto do projeto de novo CPC, tendo o legislador limitado seu tratamento ao §5º do art. 388. Tal fato não prejudica de forma alguma a sua utilização, até mesmo porque havia doutrinadores que levantavam a dificuldade de diferenciá-la do procedimento de produção antecipada de provas, dados os inúmeros pontos de contato²⁶.

4.4. Competência e Prevenção

Ponto que talvez seja um dos mais delicados do procedimento de produção antecipada de provas no projeto do novo CPC é o referente à competência e à prevenção. Sobre o tema o projeto prevê o seguinte nos §§ 2º a 4º do art. 388: “§ 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 juiz estadual tem competência para produção antecipada de prova requerida em face da União, entidade autárquica ou empresa pública federal se, na localidade, não houver vara federal”.

Inicialmente, o §2º estipula regra de competência específica para o procedimento da produção antecipada da prova, dispondo que o foro competente será aquele no qual a prova deve ser produzida. Trata-se de disposição que busca solucionar problema que há muito fomenta discussões na doutrina: a dificuldade de produzir a prova quando o objeto se encontra em comarca distante do foro competente para o ajuizamento da ação principal.

²³ “Art. 861. Quem pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica, seja para simples documento e sem caráter contencioso, seja para servir de prova em processo regular, exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção”.

²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. II. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 513.

²⁵ Texto do PL 8.046/10 aprovado na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/substitutivo_paulo_teixeira_08maio2013.pdf>, acesso em 30/10/2013.

²⁶ Ob. cit. p. 422/423.

Atualmente, o CPC prevê no art. 800 que o juízo competente para a ação principal será o competente para as medidas cautelares preparatórias. Contudo, o CPC atual parte de uma premissa que foi afastada pelo projeto, a de que a produção antecipada de prova consiste necessariamente em medida cautelar preparatória. Esta mudança de paradigma, como referido alhures, traz inúmeras consequências para o sistema e uma delas é a solução da questão referente ao juízo competente. Explico.

Se considerarmos, como demonstrado no tópico “3”, que existe um direito autônomo à produção da prova e que a produção antecipada da prova não se destina unicamente à preservação da prova – portanto, não está necessariamente vinculada a um processo principal – não persiste razão para atribuímos competência ao juízo onde tramitaria a demanda principal, já que essa não existirá obrigatoriamente.

Dito isso, deve-se buscar qual o critério mais adequado para a fixação da competência. A conclusão que se chega não pode ser outra senão o local onde a prova deve ser produzida.

Contudo, a redação do projeto prevê ainda que, alternativamente, a prova poderá ser produzida no domicílio do réu. Quanto a esta disposição parece que o legislador deveria ter sido mais claro quanto à sua intenção. Isso porque, se o escopo da norma é facilitar a produção da prova não parece razoável admitir que, v.g., um fazendeiro que pretenda fazer prova quanto a um rebanho de gados negociado, que se encontra em uma fazenda no Mato Grosso, possa ajuizar a demanda no Estado de São Paulo onde é domiciliado o Réu. Admitir tal situação seria ir contra toda a ideia de duração razoável do processo e simplificação do procedimento preconizada pelos idealizadores do projeto.

Assim, solução que parece mais razoável seria a de que o juízo competente é o do local onde deve ser produzida a prova. Contudo, em situações nas quais não seja possível identificar um local para a produção da prova – por exemplo, caso de prova pericial em um caminhão que não possui pouso determinado, mudando de localização constantemente – ou se trate de prova que possa ser produzida em qualquer lugar – caso de uma perícia em um sistema de proteção de um determinado site de comércio virtual –, será competente a comarca de domicílio do réu.

O §3º por sua vez trata da prevenção, dispondo que a produção antecipada da prova não torna prevento o juízo para o ajuizamento da demanda principal. Novamente é importante se atentar para a mudança de paradigma que o projeto propõe. A ação de produção antecipada de prova é o meio processual para o exercício de um direito autônomo à prova.

Nesse procedimento não há juízo de valor quanto ao conteúdo da prova, mas tão somente se verifica se os requisitos legais estão preenchidos para a produção da prova, que poderá ou não ser utilizada em uma futura demanda judicial.

Assim sendo, não há qualquer razão para que tal juízo se torne preventivo. Previsão nesse sentido somente serviria para dificultar o exercício do direito de ação da demanda em que se pretenderia utilizar a prova.

É curial notar que a prevenção, especificamente em relação à *projeção expansiva* dos seus efeitos, consiste “*no surgimento de um dever de atribuição de todas as demandas conexas (i.e., todas que pertencem a um mesmo conjunto de conexas) ao juízo preventivo*”.²⁷ Nesse sentido, é importante tentar identificar se haveria conexão entre a demanda de produção antecipada de provas e uma eventual ação principal. Vejamos.

Bruno Silveira fixa como critério para identificação da conexidade – para utilizar o termo adotado pelo referido doutrinador – entre demandas “saber se, julgadas em separado duas ou mais demandas, poderia advir algum tipo de incompatibilidade lógica ou prática entre os respectivos julgados”.²⁸ Utilizando este critério é forçoso admitir que não haveria conexidade entre a ação probatória autônoma e uma eventual ação a ser ajuizada para tutela do direito material relativo à prova. Isso porque, não havendo juízo de valor quanto ao conteúdo da prova, não seria possível se falar em incompatibilidade entre os julgados. Bem como, independentemente da prova produzida por meio do procedimento do art. 388 do projeto, tanto as partes podem deixar de utilizá-la quanto o juiz pode determinar que seja produzida nova prova.

Desta forma, agiu bem o legislador projetista ao dispor expressamente que não há prevenção.

Por fim, o §4º que dispõe quanto à competência do juiz estadual para produção antecipada de prova requerida em face da União, em comarca onde não houver Vara Federal em nada altera a regulamentação atual, uma vez que o art. 15 da Lei 5.010/1966²⁹ possui previsão idêntica, havendo pequena diferença na redação dos artigos, o que não afeta na norma que se pode extrair a partir do texto legal.

²⁷ OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 200.

²⁸ Idem. p. 135.

²⁹ “Art. 15. Nas Comarcas do interior onde não funcionar Vara da Justiça Federal (artigo 12), os Juízes Estaduais são competentes para processar e julgar: (...) II - as vistorias e justificações destinadas a fazer prova perante a administração federal, centralizada ou autárquica, quando o requerente fôr domiciliado na Comarca;”

4.5. Dos requisitos da inicial

Prevê o art. 389, *caput*, do projeto que “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”, devendo ainda ser observados os requisitos previstos nos arts. 320 e 321 do projeto do novo CPC.

A exigência prevista no *caput* do art. 389 deve ser vista à luz das premissas aqui fixadas. Ou seja, não é possível entender como “necessidade de antecipação da prova” a possibilidade de seu perecimento ou a dificuldade da sua produção no bojo de uma eventual demanda judicial. Isso seria limitar a produção antecipada de prova às hipóteses de urgência. Como vimos ao longo do presente artigo, o projeto do novo CPC não admite tal limitação.

Assim sendo, sob a ótica do projeto devemos entender por “necessidade de antecipação da prova” a presença de alguma das situações dos incisos do art. 388 do CPC. O que força a conclusão de que a referida exigência pode vir a se tornar inócua, uma vez que é difícil imaginar uma situação em que não seja possível vislumbrar a prova como meio de viabilizar um acordo extrajudicial, evitar que a parte ingresse em juízo ou justificar o ajuizamento de uma futura ação.

Pior que isso é a possibilidade de essa exigência se tornar uma forma de os juízes – em busca de cumprir as “metas do CNJ” – indeferirem as iniciais de produção antecipada de prova pelo não preenchimento da citada exigência. O que iria de encontro a tudo que foi exposto até o presente momento. Assim, melhor seria que o legislador deixasse a cargo do art. 320 do projeto a previsão dos elementos que devem constar da petição inicial, uma vez que a “necessidade de antecipação da prova” já estaria abarcada pelo art. 320, III do projeto e evitaria a situação vislumbrada acima.

Quanto aos “fatos sobre os quais a prova há de recair”, também estaria abarcado pelo art. 320, IV do projeto, o que tornaria mera repetição a sua previsão no art. 389.

4.6. O Art. 389 e a ofensa ao contraditório

De todas as disposições pertinentes ao tratamento da produção antecipada de provas, aquelas que mais causam preocupação são as inseridas nos §§ 1º e 4º do art. 389. Dada a sua peculiaridade faço transcrevê-las integralmente: “§ 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; (...) § 4º Neste procedimento, não se

admitirá defesa ou recurso, salvo contra a decisão que indeferir, total ou parcialmente, a produção da prova pleiteada pelo requerente originário”.

Os parágrafos acima colacionados destoam sobremaneira de tudo o que se busca com o projeto do novo CPC. Primeiramente, o legislador projetista estipula que as partes interessadas serão citadas a requerimento da parte ou de ofício pelo magistrado. Até este ponto andou bem. Contudo, na sequência prevê exceção para aqueles casos em que inexistir o caráter contencioso. Como assim? De que forma o magistrado poderá saber se a produção de determinada prova pode ou não gerar interferência na esfera individual de outra pessoa, que ficando alheia ao processo não teria como exercer o contraditório? A norma é de patente inconstitucionalidade, ferindo de morte o princípio do contraditório e da ampla defesa ao criar a possibilidade de intervenção na intimidade de outrem sem o respeito ao devido processo legal e ao contraditório.

Não bastasse a existência de tal previsão, o legislador vai além, veda a defesa ou o recurso no procedimento de produção antecipada de prova. Repito, o legislador criou uma hipótese de processo judicial em que o réu não poderá apresentar defesa ou recurso. Sendo assim, o que faz o réu no referido procedimento? Mero expectador?

Ao que parece o legislador deixou de considerar, o que já foi ponderado acima, que a produção antecipada de provas, embora não tenha caráter constritivo, pode gerar interferência na esfera privada – e normalmente essa interferência está presente – de terceiros, que deverão ser citados para participarem do referido procedimento e poder interferirem na decisão judicial que irá lhes imputar limitações ao direito de privacidade por meio do exercício do contraditório.

Curioso notar que o próprio legislador só admite a participação do réu quando houver o aspecto *contencioso*, mas impede que este ofereça defesa ou recursos. A incongruência entre normas inseridas no mesmo artigo é gritante.

Quanto à vedação ao recurso, está já nasce eivada de grave inconstitucionalidade, uma vez que fecha totalmente as portas do réu à via recursal, e conforme aduzido pelo Prof. Bruno Silveira, com a clareza que é característica, é “*inconstitucional uma lei que revogasse por completo os recursos que propiciam o duplo grau de jurisdição: porque há outros meios – igualmente capazes de fomentar a celeridade processual – que, todavia, não afrontam o*

conteúdo de direitos fundamentais, como o direito ao amplo acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF/88)”.³⁰

Além de limitar totalmente os recursos para o réu, restam também limitadas as hipóteses de recurso do autor para aqueles casos em que tenha havido o indeferimento total ou parcial, aparentemente eliminando a possibilidade até mesmo de embargos de declaração.

Quanto às aberrantes limitações ora tratadas o único caminho para evitar que sejam futuramente declaradas inconstitucionais é retirá-las do código, passando a reputar obrigatória a participação daquele sobre quem pode recair eventuais ônus da produção da prova, ao invés de deixar a cargo do arbítrio do magistrado verificar a existência ou não do caráter contencioso.

Da mesma forma, quanto ao §4º seria admissível – caso o legislador repute indispensável – limitações parciais à recorribilidade, mas nunca o total cerceamento ao recurso. Tal medida além de limitar, como dito, o amplo acesso à justiça vai no caminho contrário do escopo do procedimento ora estudado, que é o de evitar que uma futura demanda seja ajuizada, ou que demandas temerárias sejam ajuizadas sem elementos robustos, o que só irá abarrotar ainda mais as prateleiras dos cartórios judiciais.

Por fim, é importante ter em mente que não é a vedação do recurso ou do contraditório nessa esfera que irá tornar mais célere a prestação jurisdicional, uma vez que eventuais questionamentos reprimidos irão refletir em uma futura demanda judicial ainda mais conturbada, na qual todos esses pontos – que caso resolvidos poderiam, inclusive, evitar o seu ajuizamento – serão levantados.

5. Conclusão

À guisa de conclusão, é de se notar que o procedimento, na forma que lhe foi atribuída pelo projeto, põe fim a algumas discussões que somente se prestavam a tumultuar a prestação jurisdicional. Além disso, adota a premissa da existência do direito autônomo à prova, o que a nosso ver parece acertado.

Importante destacar que o próprio projeto passou a prever hipóteses em que o procedimento será meio de alcançar vias mais céleres da prestação jurisdicional, como se pode vislumbrar na previsão do art. 715, §2º do projeto que admite como prova

³⁰ OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Duplo grau de jurisdição: princípio constitucional?* Revista de Processo, São Paulo; Vol. 162, Ago. 2008. p. 378.

documental, para instruir a Ação Monitória, a prova oral colhida em procedimento de produção antecipada de prova.

Ademais, a unificação das diversas “vias” de produção antecipada de prova seguiu a linha adotada pelo projeto ao buscar a simplificação do procedimento. Contudo, agiu mal ao prever hipóteses de limitação do contraditório e da ampla defesa, o que não se prestará a garantir uma tutela mais célere, consistindo tão somente uma limitação inconstitucional que deve ser extirpada do projeto.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. *Notas sobre o projeto de novo código de processo civil*. Revista de Processo, São Paulo; Vol. 191, p. 299, Jan. 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Aspectos polêmicos da produção antecipada de prova*. Revista de Processo, São Paulo; Vol. 91, p. 320, Jul. 1998.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil, 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. III. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. Coleção temas atuais de processo civil, vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1979.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. 2. ed. Torino: UTET, 2004.

CONTE, Mario. *Le prove civili*. Milano: Giuffrè Editore, 2005.

DA SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Teoria da Ação Cautelar*. Revista de Processo, São Paulo; Vol. 59, p. 187, Jul. 1990.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; *Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação*. Revista de Processo, São Paulo; Vol. 218, p. 13, Abr. 2013.

_____; ARAÚJO, José Henrique Mouta; KLIPPEL, Rodrigo. (Coord.) *O projeto do novo código de processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2011.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

DOS SANTOS, Ernane Fidélis. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. II. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FUX, Luiz. (Coord.) *O novo processo civil brasileiro – direito em expectativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRAU, Eros Roberto. *Notas sobre conceitos jurídicos*. Doutrinas Essenciais de Direito Civil, São Paulo; Vol. 1, p. 259, Out. 2010.

JORGE, Flávio Cheim. *O processo cautelar e o poder geral de cautela do juiz*. Revista de Processo, São Paulo; Vol. 87, p. 186, Jul. 1997.

LAGIER, Daniel González; BELTRÁN, Jordi Ferrer; ABELLÁN, Marina Gascón; TARUFFO, Michele. *Estudios sobre la prueba*. Ciudad de México: UNAM, 2006.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MACHADO, Marcelo Pacheco. *Simplificação, autonomia e estabilização das tutelas de urgência*. Revista de Processo, São Paulo; Ano 36, vol. 202, Dez. 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O juiz e a prova*. Revista de Processo, São Paulo; Ano 9, Vol. 35, p. 178, Jul./Set. 1984.

NERY JUNIOR, Nelson. *Do processo cautelar*. Revista de Processo, São Paulo; Vol. 39, p. 178, Jul. 1985.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Duplo grau de jurisdição: princípio constitucional?* Revista de Processo, São Paulo; Vol. 162, p. 362, Ago. 2008.

PODETTI, J. Ramiro. *Tratado de las medidas cautelares*. 2. ed. Buenos Aires: EDIAR, 1969.

ROCHA, José de Moura. *Produção antecipada de provas*. Revista de Processo, São Paulo; Vol. 20, p. 56, Out. 1980.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. II. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantia constitucional do contraditório no projeto do CPC. (análise e proposta)*. Disponível em: < <http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-3545.pdf>>. Acesso em: 26/07/2013 às 00:04.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. *La prueba civil (reflexiones críticas sobre la confirmación procesal)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

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