

PROCESSO CIVIL

A produção antecipada de prova no Projeto de Código de Processo Civil (I)



Flávio Luiz Yarshell

Advogado. Professor Titular do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Dando continuidade ao exame de pontos relevantes do Projeto de lei que institui um novo CPC, ocupamos aqui da regulamentação proposta para a produção antecipada de prova, objeto dos artigos 271/273.

No sistema vigente, o entendimento que ainda se pode qualificar de majoritário é o de que a antecipação da prova somente se justifica diante do perigo da demora, isto é, do risco de perda da prova se for necessário aguardar o momento próprio para produção. De forma coerente, embora não se admita discussão sobre o mérito da causa no bojo de processos instaurados com tal finalidade, admitem doutrina e jurisprudência que ali se discuta não apenas a legitimidade das partes, mas bem assim o interesse de agir; que, de volta ao início, só se justificaria diante do “justo receio” – para empregar a dicção do inciso II do art. 847 do CPC vigente – de que ao tempo da prova seu objeto já não mais exista. De forma categórica, o art. 849 do mesmo diploma estatui

que “Havendo fundado receio de que venha a se tornar impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação, é admissível o exame pericial”.

Ainda à luz do direito positivo e de forma coerente com tais premissas, expressivas vozes entendem que a exibição de documento como objeto de demanda autônoma só cabe se a pretensão estiver fundada em direito material sobre a coisa objeto da exibição. Nesse contexto, tem pouca valia a expressão “documento comum” contida no inciso II do art. 844 do CPC vigente, porque essa comunhão ficaria restrita, como dito, à situação determinada pelo direito material. Em suma, não haveria um direito processual à obtenção de documentos em poder de terceiros ou da parte adversária, real ou potencial.

O Projeto, de forma salutar, consagra o que já era preconizado por parte da doutrina e da jurisprudência: desvincular a antecipação da prova do requisito do perigo da demora. Com efeito, embora a hipótese de perigo

seja reeditada pelo inciso I do art. 271 do Projeto, o dispositivo autoriza a antecipação em dois outros casos. O primeiro é aquele em que a prova a ser produzida “seja suscetível de viabilizar a tentativa de conciliação”; o segundo ocorre quando “o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação”.

O que parece ser relevante destacar neste momento é que o direito à prova não pode e não deve ser visto como atividade meramente administrativa, ao contrário do entendimento adotado por muitos, inclusive por parte da jurisprudência de tribunais superiores. O exercício do direito à prova – tanto mais na perspectiva autônoma consagrada pelo Projeto – corresponde ao exercício do direito de ação e, por conseguinte, se traduz no exercício de atividade tipicamente jurisdicional. Está presente o caráter substitutivo e, ainda que o escopo de atuação da vontade concreta da lei possa ter aí uma dimensão um tanto diversa, é fato que a determinação da prova envolve a aplicação do direito no caso concreto e, principalmente, significa – em maior ou menor medida – uma forma de constrição na esfera de direitos dos indivíduos. A determinação da prova é apta a afetar garantias constitucionais, tais como sigilo, intimidade e privacidade. Assim, não é possível encarar atos dessa natureza como exercício de simples jurisdição voluntária. Nem mesmo a cultura de que vivemos em clima de impunidade – do que pode resultar uma inaceitável desconsideração da presunção de inocência – justifica tratar a produção da prova como atividade administrativa.

As hipóteses vislumbradas pelo Projeto – que, de resto, estão previstas em outros ordenamentos, como o francês e o alemão – consideram não

apenas o escopo jurídico da jurisdição, mas especialmente seu escopo social; que se traduz especialmente na busca da pacificação social pela eliminação da controvérsia. A inovação, sob esse ângulo, permite que as partes possam obter elementos que norteiem uma avaliação sobre as chances de êxito em um dado processo. Assim, os elementos de prova colhidos antecipadamente podem e devem servir de ferramenta para a obtenção de soluções não adjudicadas de conflitos. Nesse particular, terão maior responsabilidade os advogados na orientação de seus constituintes. Então, é justo esperar do sistema, na medida em que se abre à antecipação da prova com maior largueza, que seja tanto mais severo no julgamento do mérito desfavorável a quem insiste em pretensão desvinculada da evidência resultante do material colhido de forma antecipada.

O art. 272 do Projeto – não obstante a largueza das hipóteses previstas pelo dispositivo precedente – continua a exigir do requerente que justifique sumariamente a necessidade da antecipação. Embora isso seja correto, o que mais se afigura relevante aí é o ônus de o requerente delimitar, com a precisão possível, os fatos sobre os quais há de recair a prova. Isso pode contribuir para que as medidas de instrução não enveredem para o abuso e se aproximem do que, em situação análoga, os operadores do direito denominam de *fish expedition*. Aliás, ainda que a inovação do Projeto não signifique a importação pura e simples do modelo de *common law*, convém estudar e aproveitar a experiência lá construída a partir dos institutos do *pretrial discovery*.

No próximo trabalho, serão examinadas as opções feitas pelo Projeto na regulamentação do instituto.

OAB-FGV 1a. e 2a. Fases
POLÍCIA FEDERAL
TRT - ANALISTA
POLÍCIA CIVIL - ES
DEFENSORIA PÚBLICA - GO
ECONOMIZE TEMPO E DINHEIRO.
ESTUDE AO VIVO PELA INTERNET!

REDE
JURIS
 A MAIOR NO ENSINO AO VIVO VIA INTERNET

www.cursojuris.com.br
(62)3942-0038