

coercitiva e a atribuição à testemunha faltante a responsabilidade pelas despesas de retardamento (CPC de 2015, art. 455, § 5.º).

**5. Repercussão penal.** Sem prejuízo das medidas previstas no item antecedente, ausente justificativa do terceiro ou não sendo ela aceita, a depender da gravidade dos fatos, o juiz pode determinar a extração de peças para que se apure na via criminal adequada a prática de crime de desobediência, previsto no art. 330 do Código Penal, que cuida dos crimes praticados por particulares contra a administração pública. O descumprimento de ordem judicial por parte dos funcionários públicos, desde que referente às suas funções, gera a instauração de processo disciplinar ou, a depender da gravidade do ato, crime de prevaricação. Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal Justiça que “somente ocorre o crime de desobediência quando o servidor público desrespeita ordem que não seja referente às suas funções” (*Habeas Corpus* 5.043/RS, 5.ª T., Rel. Min. José Dantas, j. 22.10.1996, v.u., conheceram do recurso e o deferiram para trancar a ação penal movida à paciente, *DJ* 02.12.1996, *RT* 738/574). Lembre-se que a escusa injustificada apresentada pela testemunha em depor pode gerar o crime de desobediência (CP, art. 330).

## Seção II

### Da Produção Antecipada da Prova

CPC/1973	CPC/2015
<p><b>Art. 846.</b> A produção antecipada da prova pode consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial.</p> <p><b>Art. 847.</b> Far-se-á o interrogatório da parte ou a inquirição</p>	<p><b>Art. 381.</b> A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:</p> <p>I – haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de</p>

das testemunhas antes da propositura da ação, ou na pendência desta, mas antes da audiência de instrução:

I - se tiver de ausentar-se;

II - se, por motivo de idade ou de moléstia grave, houver justo receio de que ao tempo da prova já não exista, ou esteja impossibilitada de depor.

**Art. 849.** Havendo fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação, é admissível o exame pericial.

**Art. 855.** Procede-se ao arrolamento sempre que há fundado receio de extravio ou de dissipação de bens.

**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.

certos fatos na pendência da ação;

II – a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a auto-composição ou outro meio adequado de solução de conflito;

III – o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

§ 1.º 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.

§ 2.º A produção antecipada da prova é da competência do juízo do foro onde esta deva ser produzida ou do foro de domicílio do réu.

§ 3.º A produção antecipada da prova não previne a competência do juízo para a ação que venha a ser proposta.

§ 4.º O juízo estadual tem competência para produção antecipada de prova requerida em

face da União, de entidade autárquica ou de empresa pública federal se, na localidade, não houver vara federal.

§ 5.º 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.

*Comentários de*

**EDUARDO TALAMINI**

---

**1. Natureza.** Os arts. 381 e seguintes disciplinam a produção antecipada de provas como medida autônoma. Suas hipóteses de cabimento indicam ser futuro, e até eventual, o processo em que se porá a pretensão ou defesa para a qual a prova é relevante. É ação (pedido de tutela jurisdicional) geradora de processo próprio. Não se trata de simples “jurisdição voluntária”. Insere-se no contexto de um conflito, ainda que não tenha por escopo diretamente o resolver. É medida com procedimento sumário (a ponto de excluir contestação e recursos) e cognição sumária horizontal (o juiz averigua superficialmente o pressuposto para antecipar a prova) e vertical (o juiz não se pronuncia sobre o mérito da pretensão ou defesa para a qual a prova poderá futuramente servir).

**2. A antecipação da prova no processo em curso.** Se em processo já em curso justificar-se a produção de uma prova antes da fase instrutória, aplica-se o art. 139, VI, e não a medida ora examinada.

**3. Tutela do direito processual à prova.** A ação em exame presta-se a proteger o direito processual à prova, em casos em que se põe interesse jurídico para que tal direito seja exercido autonomamente (*i.e.*, não dentro do processo em que se põe a pretensão ou defesa para a qual a prova é relevante). E tais casos não se restringem a situações de urgência (v. item, abaixo). Sobre o tema, v., por todos: YARSHELL, 2009, *passim*.

**4. Inaplicabilidade aos casos de direito *material* à informação ou acesso ou documento ou coisa.** Por outro lado, as regras em análise não se aplicam às hipóteses em que há um *direito material* de acesso a (ou ciência de) documento, coisa ou informação (exemplos: CF, art. 5.º, XXXIII, XXXIV, “b”, e LXXII, “a”; CC, art. 1.021; Lei 6.404/1976, art. 105 etc.). Esses casos são protegidos ou por mecanismos específicos (exemplo: *habeas datas* – CF, art. 5.º, LXXII) ou pelas vias gerais de tutela (inclusive tutela provisória – eventualmente até em caráter antecedente).

**5. Nexo de referibilidade com outra pretensão.** Embora o direito à prova assumira relevância autônoma, sua proteção em processo próprio e específico justifica-se sempre sob a perspectiva de uma possível pretensão (ou defesa) relativa a outro direito. Promove-se a medida de antecipação da prova: (I) por razões urgentes, para ser usada em uma possível subsequente ação de qualquer natureza (*referente a outra pretensão*); ou (II) para auxiliar na solução extrajudicial de um conflito (*referente a outra pretensão*); ou (III) para permitir a avaliação das possibilidades de promover-se uma ação (*referente a outra pretensão*). Essa pretensão pode ser *futura e meramente eventual*, mas é indispensável sua indicação para que se ponha a proteção autônoma do direito à prova.

**6. Função cautelar (medida urgente).** Pode-se produzir-se antecipadamente a prova quando houver a perspectiva da impossibilidade ou excessiva dificuldade de sua produção no futuro processo. Não há mais a discriminação taxativa das

hipóteses de *periculum in mora* (como aparentemente há, para a prova oral, no art. 847 do CPC/1973): toda e qualquer hipótese de risco de inviabilização ou grave dificuldade da produção probatória no futuro processo justificam o emprego da medida. O requisito da urgência deve ser aferido sumariamente, à luz de indícios e máximas da experiência.

**7. Funções alheias à urgência.** No CPC/2015, consagra-se expressamente o emprego da produção antecipada em situação não cautelares (o que já era aceito por doutrina e jurisprudência – v. por exemplo, referências em THEODORO JÚNIOR, Humberto, 2009, n. 1.120, p. 595-596). São explicitadas duas outras finalidades para a prova antecipada: (a) como elemento facilitador da solução extrajudicial de um litígio e (b) como subsídio para a definição da viabilidade de uma possível ação. Essas duas hipóteses são bastante largas – e podem justificar até a concessão da medida requerida com fundamento na urgência, quando o juiz reputar que essa não se apresenta ou não é tão intensa. Há fungibilidade entre os fundamentos da produção antecipada.

**8. Hipóteses de cabimento não taxativas.** O elenco do art. 381, embora mais amplo do que o do CPC/1973, não exaure as hipóteses em que se põe autonomamente o direito à prova. Por isso, tal como o do diploma anterior, deve ser interpretado como exemplificativo. Justifica-se a produção antecipada da prova sempre que seu requerente demonstrar possuir interesse jurídico para tanto, ainda que em hipóteses não arroladas no art. 381.

**9. Pré-constituição da prova.** Um exemplo alheio ao elenco do art. 381: o requerente pode pretender produzir antecipadamente a prova para pré-constituí-la, e assim poder usá-la em futuro processo que, por razões procedimentais, só admita prova escrita. É o que se dá no mandado de segurança ou na fase inicial da ação monitória: nessas vias processuais, o legislador limita a prova à forma documental não por uma preferência axiológica, valorativa (diferentemente do que se tem, por

exemplo, no CPC/2015, art. 443, II, c/c a Lei 8.213/1991, art. 55, § 3.º); mas por simples razões estruturais, de sumariedade procedimental. Assim, em tais processos, não se pode descartar de antemão o uso da prova produzida antecipadamente como prova escrita (v. a respeito TALAMINI, 2001, n. 1.4, p. 85-86).

**10. Prova antecipada e empréstimo da prova.** Se e quando utilizada em processo subsequente, a prova antecipada lá ingressa como prova emprestada (CPC/2015, art. 372). Nesse segundo processo, a prova emprestada tem a forma documental, mas é apta a preservar o seu valor originário (de prova pericial, testemunhal etc.). Para que se admita seu empréstimo, a prova precisa ter sido produzida perante autoridade jurisdicional e a parte contra a qual se pretende utilizá-la tem de haver podido participar, em regime contraditório, de sua produção (v. TALAMINI, 1998, p. 92 e ss.). Esses aspectos devem ser considerados na aferição do interesse de agir e da legitimidade passiva na medida de produção antecipada de prova.

**11. Prova antecipada e processo arbitral.** Em regra, antes de instaurado o tribunal arbitral, compete ao juiz estatal às medidas urgentes e preparatórias relativas a conflito acobertado por convenção arbitral (STJ, REsp 1.297.974). Isso se aplica inclusive à produção antecipada de provas. Ressalvem-se os casos em que as partes convencionaram também o emprego de um procedimento urgente pré-arbitral (*i.e.*, uma arbitragem de urgência) – caso em que a produção antecipada da prova poderá eventualmente a ele ser submetida.

**12. Prova antecipada e processo administrativo.** Também não se deve descartar a produção judicial da prova para que ela possa subsidiar futuro requerimento ou defesa na esfera administrativa.

**13. Aplicação a todos os meios de prova.** Em princípio, todo meio de prova comporta produção antecipada. Os termos dos arts. 381 e seguintes são amplos o

suficiente para assegurar essa conclusão – em contraste com o CPC/1973, que fazia referência expressa apenas à antecipação de prova oral ou pericial (ainda que se acabasse por admiti-la também para outros meios de prova).

**14. Antecipação da inspeção judicial.** A imediação é inerente à inspeção judicial: trata-se da verificação direta de pessoas ou coisas pelo juiz, para se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa (CPC/2015, art. 481 e ss.). Ela só terá valor específico e diferenciado do de outros meios probatórios quando realizada precisamente por aquele que julgará o feito, mas isso não obsta sua antecipação. Apenas, se for usada em processo futuro, conduzido por outro juiz, ela não terá como manter, necessária e absolutamente, o seu valor originário (o que, de todo modo, acontece sempre que o juiz que inspeciona não vem a ser o mesmo que sentencia...). Veja-se a respeito TALAMINI, 1998, n. 3.2).

**15. Antecipação de depoimento e confissão.** É cabível também a antecipação de depoimento pessoal da parte. Há quem diga que se teria antecipadamente apenas o “interrogatório livre” da parte, que em tese não pode conduzir a confissão (CPC/2015, art. 139, VIII), pois, na produção antecipada, as partes ainda não externam suas pretensões e defesas com os respectivos substratos fáticos, relativamente aos quais pode dar-se a confissão (v.g., CÂMARA, 2012a, cap. XIII, p. 194-195). Entretanto, a confissão é meio de prova, e não ato de disposição de vontade. Pode dar-se inclusive extrajudicialmente. Então, uma afirmação fática feita pela parte ao depor antecipadamente poderá ser valorada como confissão *em processo futuro* – desde que veicule a admissão de fato contrário a seu interesse nesse segundo processo.

**16. Ausência de confissão ficta – Prova atípica.** O que não há, na própria medida de produção antecipada, é confissão *ficta* – seja porque ali o juiz não valor a prova, seja porque ainda não estão postas as pretensões e defesas sobre cujo substrato fático a confissão incidiria. A parte que não comparece para depor ou

que se recusa a responder, na produção antecipada, não incide desde logo em confissão ficta, mas caberá ao juiz do futuro processo avaliar essa anterior conduta omissiva ou renitente da parte, considerando-a como meio atípico de prova (RIGHI, 1982, p. 69 e ss.).

**17. Antecipação de depoimento do próprio requerente.** A parte tem o direito de ser ouvida, em interrogatório livre, pelo juiz, que dará a tal prova o valor que ela possa merecer. Pode justificar-se a antecipação dessa prova (notadamente por razões de urgência – exemplo: o autor tem doença grave e pode não sobreviver até o ajuizamento da demanda principal).

**18. Perícias (inclusive avaliações e arbitramentos).** Qualquer modalidade pericial pode ser antecipada. No CPC/1973, pôs-se em dúvida o cabimento da antecipação de avaliação (verificação do valor de um bem) e de arbitramento (identificação do valor de uma indenização ou obrigação), argumentando-se que a simples estimativa econômica de valor não estaria sujeita a risco de dano: bastaria examinar-se ou vistoriar-se o bem, reservando-se a definição do valor, atualizado, para o processo principal (v., entre outros, OLIVEIRA, 1998, n. 79, p. 238). O cabimento da produção antecipada em casos alheios à urgência – agora explicitado no CPC/2015 – já bastaria para descartar essa concepção. No entanto, a antecipação de avaliação ou arbitramento pode justificar-se mesmo para fins acautelatórios (por exemplo, um sócio excluído tem o direito a haveres que tomem em conta a situação da sociedade na data da exclusão: uma avaliação contemporânea a tal fato será muito mais precisa do que a feita em caráter retrospectivo, vários anos depois, quando muitos fatores relevantes para estimativa econômica já terão desaparecido: a avaliação retroativa tende a ser falha e artificial).

**19. A medida antecedente de exibição de documentos.** Diferentemente do CPC/1973, o CPC/2015 não prevê medida típica de exibição de documentos em caráter preparatório. Estabelece apenas procedimento específico para a exibição de

documento ou coisa, em poder da parte adversária ou de terceiro, no curso do próprio processo principal (CPC/2015, arts. 396 e ss.). Quando houver interesse jurídico na exibição prévia de documentos, por razões de urgência ou não, caberá o emprego da medida ora em exame.

**20. Arrolamento de bens como medida probatória.** O arrolamento de bens é tratado no CPC/1973 como medida cautelar típica. Tem duas funções claramente distintas: (i) documentar, inventariar uma universalidade de bens (CC, arts. 90 e 91); (ii) eventualmente afetar, apreender essa universalidade para fins conservativos. No CPC/2015 desaparece tal ação cautelar nominada. Caso se pretenda apenas a primeira dessas duas finalidades, deve-se empregar a produção antecipada de provas (art. 381, § 1.º). Caso se vise também à medida constritiva dos bens, cabe o emprego da via geral da tutela provisória cautelar (art. 301).

**21. Justificação liminar.** No CPC/1973 a justificação também é ação cautelar típica. Ela tem por objeto um “fato ou relação jurídica”, para servir depois como “documento” para fins não litigiosos ou como “prova” em juízo. A justificação não se concentra na produção de uma prova, em si, mas na reunião de um conjunto probatório que permita *justificar* dada posição jurídica, *conferindo-lhe plausibilidade*. A qualificação jurídica dos fatos não será feita dentro do processo em que se faz a justificação, pois, nele, o juiz nem sequer avalia a prova e muito menos emite juízos jurídicos. No entanto, toda a instrução probatória é desenvolvida tendo em vista essa determinada qualificação jurídica que se pretenderá sustentar depois – e que já é, de antemão, anunciada (cf. WAMBIER; TALAMINI, 2014, n. 10.1, p. 163-164). No CPC/2015, a justificação deve fazer-se pela via da produção antecipada de prova (art. 381, § 5.º).

**22. Natureza jurídica da justificação.** Tanto quanto nos demais casos de produção antecipada, a justificação tem natureza *contenciosa*, quando realizada nas hipóteses dos incisos do art. 381 ou em outras situações a essas equiparáveis.

Já quando se procede à justificação para meros fins comprobatórios não litigiosos, tem-se medida de jurisdição voluntária. Por exemplo, a justificação para a comprovação da morte de alguém que estava no local de uma catástrofe, para posterior lavratura de assento de óbito. A medida, em tal caso, é de simples documentação para fins registrais.

**23. Competência territorial.** O CPC/2015 inova quanto à competência para a produção antecipada. Deixa de vinculá-la à competência da futura e incerta ação principal – em coerência com a maior autonomia conferida à tutela do direito à prova. Sob o aspecto territorial, toma-se em conta o local em que a prova deve ser produzida – privilegiando-se a eficiência na sua produção. Alternativamente, é também competente o foro do domicílio do réu. Havendo a perspectiva de produção probatória em diferentes localidades, há concorrência de foros – podendo o autor optar por qualquer deles. Caso o autor opte pelo domicílio do réu, aplicam-se as regras dos arts. 46, §§ 1.º a 4, e 53, III, “a” a “c”, do CPC/2015. Em princípio, pode haver a incidência cláusula de eleição de foro (art. 63).

**24. Competência funcional.** Deve ser considerada a natureza das partes e da matéria relativa à pretensão ou defesa para a qual a prova será relevante. Se a produção probatória que se quer antecipar é pertinente para um atual ou potencial litígio trabalhista, a competência para a medida é da Justiça do Trabalho (CF, art. 114). Se a providência é requerida por (ou em face da) União, autarquia ou empresa pública federal, em princípio, a competência é da Justiça Federal (CF, art. 109, I). Para a justificação sem caráter contencioso, permanece aplicável a Súmula 32 do STJ.

**25. Localidade sem vara federal.** Todavia, nas produções antecipadas promovidas em face da União ou de autarquias ou empresas públicas federais, se no local em que a prova deve ser produzida não há vara federal, a ação pode ser proposta perante o órgão de primeiro grau da Justiça Estadual. A regra do art. 381, §

4.º, do CPC/2015 ampara-se na permissão dada pelo art. 109, § 3.º, parte final, da CF, mas os recursos serão de competência do TRF (CF, art. 109, § 4.º).

**26. Não prevenção de competência.** O CPC/2015 prevê expressamente que a medida de produção antecipada não previne a competência do juízo para a ação que eventualmente se venha a propor com utilização da prova antes produzida. Essa norma é compreensível em face: (a) do caráter não construtivo da medida; (b) da ausência de juízo, nem mesmo sumário, sobre o mérito da pretensão principal; (c) da eventualidade de uma ação principal. Tal diretriz, já consolidada sob a égide do CPC/1973 (TFR, Súmula 263), é ainda mais justificável diante da ênfase à autonomia da tutela à prova no CPC/2015.

CPC/1973	CPC/2015
<p><b>Art. 848.</b> O requerente justificará sumariamente a necessidade da antecipação e mencionará com precisão os fatos sobre que há de recair a prova.</p> <p><b>Parágrafo único.</b> Tratando-se de inquirição de testemunhas, serão intimados os interessados a comparecer à audiência em que prestará o depoimento.</p>	<p><b>Art. 382.</b> 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.</p> <p>§ 1.º 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.</p> <p>§ 2.º O juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoocorrência do fato, nem sobre as</p>

respectivas consequências jurídicas.

§ 3.º 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.

§ 4.º Neste procedimento, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário.

### **Outras referências legislativas**

CF, art. 5.º, LIV e LV.

### **Enunciado do FPPC**

Enunciado 52: (art. 372) Para a utilização da prova emprestada, faz-se necessária a observância do contraditório no processo de origem, assim como no processo de destino, considerando-se que, neste último, a prova mantenha a sua natureza originária.

**1. Legitimidade ativa.** Recai sobre todo aquele que justifique a utilidade da produção da prova à luz de possível e eventual pretensão ou defesa. Para legitimar-se ativamente para a produção antecipada, é irrelevante a posição que o

sujeito ocuparia no eventual e futuro processo em que usaria a prova: autor, réu, terceiro interveniente.

**2. Legitimidade passiva.** Deve ser incluído no polo passivo todo aquele contra o qual se possa pretender futuramente, de algum modo, utilizar a prova. Por mais incerto e eventual que seja o uso futuro da prova em outro processo, cabe observar esse parâmetro. A prova produzida sem a presença do adversário é despida de valor, não sendo admissível no processo subsequente (v. nota 10 ao art. 381, *supra*).

**3. Legitimidade passiva e caráter intersubjetivo do direito à prova.** Mesmo quando o escopo da produção antecipada não for o de assegurar ou pré-constituir a prova, mas sim o de incentivar a autocomposição ou permitir a avaliação de chances de eventual demanda, é relevante a participação do adversário: sua presença no procedimento probatório antecipado qualifica a prova, ampliando as chances de que ela cumpra essas funções. A rigor, a *antecipação* da prova há de fazer-se no mesmo ambiente que se faria se não fosse antecipada, ou seja, sob o crivo do contraditório. Se, por um lado, se reconhece o direito autônomo à prova (essa é a base das novas hipóteses expressas de antecipação), cabe reconhecê-lo em sua plenitude, *i.e.*, em sua dimensão bilateral, intersubjetiva.

**4. A possível inexistência de réu (“interessado”).** Na hipótese de justificação para simples documentação sem caráter contencioso (art. 381, § 5.º – v. notas 21 e 22, *supra*), não haverá legitimado passivo (art. 382, § 1.º). Essa regra, que constitui exceção, merece interpretação restritiva. Basta a potencialidade de conflito para que caiba a citação de interessados na produção da prova. Reitere-se que é inócua a prova produzida sem contraditório.

**5. Determinação de citação de ofício.** Nem se diga que a falta de inclusão, no polo passivo, dos interessados na prova seria um exclusivo problema do requerente da produção antecipada, que apenas se veria privado de usá-la em processo

futuro. Interessa diretamente à própria jurisdição não desenvolver procedimentos inúteis, como tende a ser, em maior ou menor grau, a produção antecipada sem o contraditório. Até por isso, o art. 382, § 1.º, confere ao juiz o poder-dever de determinar mesmo de ofício a citação de interessados na produção da prova. Trata-se de exceção ao princípio geral segundo o qual a inclusão de alguém como réu no processo depende de ato do autor (CPC/2015, arts. 2.º, 115, parágrafo único, 338 e 339, §§ 1.º e 2.º).

**6. Ônus da identificação de interessados.** Ainda que o juiz tenha o poder de mandar citar de ofício os possíveis interessados, permanece existindo o ônus do requerente de identificá-los e cuidar para que lhes seja dada a oportunidade de contraditório – sob pena de não poder usar adequadamente a prova no futuro.

**7. Chamamento ao processo e denunciação da lide.** Não cabem essas formas de intervenção, pois não há julgamento da pretensão principal na produção antecipada. Se o requerente da medida pretende formular denunciação ou chamamento em posterior processo em que a prova vai ser usada, cabe-lhe desde logo incluir o futuro chamado ou denunciado no polo passivo. Se é o réu da produção antecipada quem pretende provocar depois tais modalidades interventivas, cumpre-lhe requerer ao juiz que desde logo cite o futuro chamado ou denunciado.

**8. Assistência.** É possível a assistência na produção antecipada. O terceiro que tem a perspectiva de assistir uma das partes, no futuro processo principal, pode igualmente assisti-la no processo de antecipação da prova.

**9. Amicus curiae.** É cabível participação de *amicus curiae* (art. 138): o terceiro pode intervir, provocada ou espontaneamente, para apresentar subsídios técnico-científicos relevantes para a produção probatória.

**10. Desconsideração de personalidade jurídica.** A produção antecipada pode servir para reunir subsídios para respaldar pleito de desconsideração de personalidade societária a realizar-se incidentalmente em futuro processo (arts. 132 e ss.). No entanto, nesse caso, o sócio e a pessoa jurídica que seriam atingidos pela desconsideração devem participar desde logo da medida de produção antecipada – sob pena de a prova não poder ser depois utilizada.

**11. Petição inicial.** A inicial de produção antecipada deve veicular causa de pedir, ainda que em termos singelos. Cabe ao autor expor as razões que justificam a necessidade de antecipação – contextualizando a relevância da prova para o possível conflito, pretensão ou defesa. O pedido deve indicar claramente o(s) meio(s) de prova pretendido(s) e o objeto sobre o qual ela recairá.

**12. Eficácia interruptiva de prescrição: limites.** Nos termos da Súmula 154 do STF, “simples vistoria (que é produção antecipada de uma modalidade de perícia) não interrompe prescrição”. No entanto, o próprio STF e o STJ atenuaram essa orientação, reconhecendo que, sempre que no requerimento de produção antecipada já se puder identificar com clareza a intenção de exercício de uma pretensão, a medida assumirá “conotações de protesto” (CC, art. 202, II), funcionando como causa interruptiva prescricional (STF, *RTJ* 114/1.228, 108/1.302 e 89/961; STJ, *RSTJ* 152/392).

**13. Ausência de interrupção de decadência.** O prazo decadencial não será interrompido pela produção antecipada, pois em regra não se aplicam à decadência as causas interruptivas prescricionais (CC, art. 207). Por exemplo, se a medida é preparatória de futura ação de anulação (que se submete a prazo decadencial), o prazo de decadência fluirá mesmo enquanto tramitar o procedimento antecipatório da prova.

**14. Possibilidade de antecipação liminar da prova.** Em casos de extrema urgência, é possível antecipação da prova antes mesmo de citar-se o requerido. Uma vez citado o réu, se o risco de perecimento da prova não se tiver concretizado, caberá repeti-la ou completá-la já agora com sua participação. Se ficar evidenciado que o pedido de produção antecipada *inaudita altera parte* foi abusivo, o juiz pode até não homologar a prova assim produzida (SILVA, 1993, § 56. IV, p. 230).

**15. Ausência de defesa: limites.** O CPC/1973 silencia sobre o cabimento de contestação na produção antecipada, mas nem por isso doutrina e jurisprudência, em interpretação conforme à Constituição, deixaram de reconhecer o direito de o réu contestar, ainda que nos estritos limites do objeto de cognição judicial da medida (v. panorama doutrinário em DIDIER JR.; BRAGA, 2013, n. 5.2.3). O CPC/2015 vai mais longe e afirma que “não se admitirá defesa”. Tal dispositivo exige interpretação que o salve da inconstitucionalidade (CF, art. 5.º, XXXVI, LIV e LV). Não há dúvidas de que o juiz detém poder para, mesmo de ofício, controlar (i) defeitos processuais, (ii) a ausência dos pressupostos da antecipação probatória e (iii) a admissibilidade e validade da prova. Logo, *o requerido tem o direito de provocar decisão do juiz a respeito desses temas*. A suposta proibição de defesa deve ser compreendida apenas como: (a) ausência de um convite e de um momento específicos para formulação de contestação e (b) não cabimento de discussão sobre o mérito da pretensão (ou defesa) para a qual a prova pode servir no futuro.

**16. Arguição de incompetência.** Entre as questões processuais que, como referido acima, o juiz tem o dever de controlar de ofício, está a incompetência absoluta (CPC/2015, art. 64, § 1.º) – cabendo provocação de exame do tema pela parte interessada. O réu, porém, tem também o direito de arguir a incompetência relativa, a despeito de não haver formalmente contestação no procedimento de produção antecipada. A existência de específica regra definidora da competência territorial (art. 381, § 2.º) implica necessariamente o direito de fazer com que essa

competência seja observada. Na falta de estipulação específica, o réu terá o prazo geral de cinco dias para arguir a incompetência relativa (art. 218, § 3.º), sob pena de prorrogação de competência (art. 65).

**17. Aplicabilidade dos arts. 338 e 339.** A legitimidade para a causa é questão cognoscível até de ofício. O réu da produção antecipada tem o direito de arguir sua ilegitimidade passiva. Nessa hipótese, mesmo não existindo formalmente contestação, aplicam-se os arts. 338 (possibilidade de substituição do réu) e 339 (dever de o réu, sempre que possível, indicar o correto legitimado passivo).

**18. Procedimento probatório e contraditório.** O requerido tem direito de participar de todo o procedimento probatório, desde a proposição da prova. Por exemplo, na prova pericial, tem o direito de formular quesitos, indicar assistentes técnicos, impugnar quesitos do autor, pedir esclarecimentos do perito etc. Na prova testemunhal, tem o direito de apontar a incapacidade, impedimento ou suspeição da testemunha (ressalvando-se que, por não haver valoração da prova, será limitadíssimo o poder do juiz de deixar de tomar o depoimento testemunhal – cabendo-lhe, sempre que possível, ouvir a testemunha e deixar a questão do valor dessa prova ao juiz do futuro e eventual processo em que ela será usada), acompanhar o depoimento, formular perguntas e reperguntas, impugnar perguntas do adversário etc. Vale o mesmo para os demais meios probatórios.

**19. Iniciativa probatória do requerido.** O réu (“interessado”) tem o direito de aproveitar o procedimento instaurado para também requerer a produção de provas. Não se trata de apenas controlar ou completar a produção probatória pleiteada pelo autor. Confere-se ao réu poder autônomo de iniciativa probatória: ele pode “requerer a produção de qualquer prova”. Contudo, há limites: (i) a prova deve versar sobre o mesmo fato que é objeto da prova do autor; (ii) a produção conjunta não pode implicar excessiva demora. Se houver excessiva complicação procedimental, o réu deverá promover uma medida própria de antecipação da

prova. Além disso, cabe ao réu, tanto quanto se impõe ao autor, justificar a necessidade de antecipação da prova. Eventualmente, o fundamento será exatamente o mesmo já apresentado pelo autor, mas isso nem sempre ocorrerá: a urgência na realização de uma prova pleiteada pelo autor pode não se pôr relativamente a outra pretendida pelo réu. Caber-lhe-á, então, expor um fundamento próprio para a antecipação.

**20. Comunhão da prova e desistência da medida.** Mesmo quando o requerido não tiver pleiteado provas, uma vez iniciado o procedimento probatório, não é possível a pura e simples desistência do autor. Vigora o princípio da comunhão da prova: a prova não interessa apenas a quem a requereu, mas também ao adversário – que pode opor-se à desistência (pense-se na hipótese em que o autor pretende desistir quando percebe que a prova tende a resultado que lhe será desfavorável...).

**21. Regras do procedimento probatório.** Aplicam-se no que couber as regras do procedimento comum do processo de conhecimento, relativas ao meio de prova cuja antecipação requer-se. Os limites a essa aplicação subsidiária derivam: (i) da sumariedade procedimental da medida de antecipação; (ii) da ausência de valoração da prova. Por exemplo, por conta da sumariedade de rito, ao citar o requerido, o juiz deve já determinar a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico para a perícia objeto da antecipação.

**22. Regras de admissibilidade probatória.** Em princípio, aplicam-se as regras gerais sobre a admissão da prova (não se admite antecipação de prova ilícita, por exemplo) – mas com a ressalva de não se poder avançar na valoração probatória (v. a seguir).

**23. Inaplicabilidade das regras de valoração.** As regras relativas à valoração da prova não são aplicáveis. Caberá ao juiz de eventual processo em que a prova

seja usada valorá-la, mas pode haver dificuldades na precisa definição daquilo que concerne à admissibilidade (ou regularidade) e o que se refere à avaliação da prova. Tome-se por exemplo o art. 447, § 4.º: o juiz apenas admitirá a ouvida da testemunha menor, impedida ou suspeita, se “necessário”. Tal necessidade é definida pela possível relevância da prova para uma mais clara reconstrução dos fatos. Ou seja, para admitir tal prova, o juiz precisa avaliar o resto do material probatório já existente. Isso é inviável na produção antecipada. Em casos como esse, o juiz da antecipação deve privilegiar a ampla admissibilidade da prova – cabendo ao juiz do processo em que se venha a pretender usá-la desconsiderá-la, se for o caso. Exemplo similar tem-se no art. 464, § 1.º, II – para o qual valem esses mesmos parâmetros. Outra regra limítrofe entre admissibilidade/regularidade e valoração da prova é a do art. 480 (repetição da perícia “quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida”). Em princípio, não cabe ao juiz da produção antecipada um juízo sobre a suficiência da prova, mas pode ser tal a incompletude e deficiência da perícia que o juiz da antecipação desde logo a constata. Então, tem o dever de mandar completá-la ou repeti-la, sob pena de não propiciar a devida tutela ao direito da parte à prova.

**24. Sentença formal.** A sentença que encerra o procedimento *declara* a regularidade da prova produzida e *constitui* (pré-constitui) a prova para eventual uso subsequente (PONTES DE MIRANDA, 2003, p. 188). Não se valora a prova produzida nem se emite nenhum juízo sobre o mérito do litígio para cuja composição a prova poderá ser depois utilizada. No eventual processo subsequente, o juiz dará à prova o seu valor. Sempre mediante decisão fundamentada, poderá até determinar seu complemento, esclarecimento ou, quando possível e estritamente necessário, sua repetição.

**25. Não incidência do art. 310, parte final.** Na tutela de urgência antecedente, se o juiz desde logo constata prescrição ou decadência da pretensão ou direito que seria objeto do pedido principal, a sentença então proferida obsta a

formulação de tal pedido (art. 310). A medida de produção antecipada, mesmo quando fundada em urgência (com natureza cautelar), recebe disciplina própria, inconfundível com a da tutela provisória. A regra do art. 310 tem caráter excepcional, e não pode ser aplicada extensivamente. No entanto, a constatação de plano da decadência ou da prescrição pode implicar a falta de interesse processual para a produção antecipada, a depender das circunstâncias concretas. Em suma: a decadência ou prescrição do direito ou pretensão principal pode obstar a produção antecipada, mas a sentença então proferida não impede a formulação de demanda relativa àquele direito ou pretensão.

**26. Verbas de sucumbência.** Se o réu resiste à antecipação da prova, sustentando seu descabimento, e é derrotado, deve responder pelas despesas relativas à desnecessária extensão do procedimento por força dessa alegação infundada, inclusive honorários advocatícios. Se for vitorioso, cabe ao autor responder pela sucumbência. Já as despesas da produção probatória, nos termos do art. 82, devem ser arcadas por quem requer a prova (normalmente o autor; excepcionalmente, na hipótese do art. 382, § 3.º, o réu). A parte que arcar com as despesas da produção probatória antecipada pode ser delas ressarcida se depois for vitoriosa no processo relativo à pretensão principal (art. 82, § 2.º). Por outro lado, incide a garantia da assistência jurídica (CF, art. 5.º, LXXIV; CPC/2015, arts. 98 e ss.).

**27. Irrecorribilidade das decisões.** Proíbe-se recurso contra qualquer decisão no processo de produção antecipada, seja interlocutória, seja a própria sentença – exceção feita à decisão que indefere integralmente a antecipação probatória. O duplo grau de jurisdição não é, em si mesmo, garantia constitucional (STF, HC 79.785). Pode não ser previsto em lei, desde que isso não implique modelo desarrazoado de processo, ofensivo à garantia do *due process* (CF, art. 5.º, LIV). Pareceu ao legislador do CPC/2015 ser esse o caso da medida de antecipação de prova, dada a limitação de seu objeto. Todavia, caberá mandado de segurança contra as

decisões que violem direito líquido e certo de qualquer das partes (CF, art. 5.º, LXIX; Lei 12.016/2009, art. 5.º, II).

**28. Estabilidade da sentença da produção antecipada.** Não há coisa julgada quanto ao mérito da (possível) pretensão principal, pois nem cabe pronunciamento sobre ela, mas a própria regularidade da prova, atestada na sentença, é passível de revisão em futuro processo em que aquela venha a ser usada. A prova antecipada não é meramente provisória, mas é incompleta: a aferição definitiva de sua validade e sua valoração apenas poderão ocorrer no concreto contexto do processo em que ela venha a ser utilizada. Por outro lado, quem pediu e obteve a antecipação da prova não pode repetir a medida de produção antecipada, senão para outro objeto probatório ou para o desenvolvimento de outros meios probatórios. Falta interesse processual para o *bis in idem*. Já se a medida de antecipação foi indeferida, não há o que impeça nova demanda, dada a sumariedade da cognição que ampara a decisão denegatória.

CPC/1973	CPC/2015
<p><b>Art. 851.</b> Tomado o depoimento ou feito exame pericial, os autos permanecerão em cartório, sendo lícito aos interessados solicitar as certidões que quiserem.</p>	<p><b>Art. 383.</b> Os autos permanecerão em cartório durante 1 (um) mês para extração de cópias e certidões pelos interessados.</p> <p><b>Parágrafo único.</b> Findo o prazo, os autos serão entregues ao promovente da medida.</p>

**1. Destino dos autos e comunhão da prova.** A prova produzida antecipadamente não é do exclusivo interesse do autor da medida. O requerido também tem o direito de utilizá-la – e não apenas quando tiver exercido a faculdade do § 3.º do art. 382. Vigora o princípio da comunhão da prova. Encerrado o processo de

antecipação, os autos são entregues ao autor, mas apenas depois de permanecerem em cartório por pelo menos um mês, para extração de cópias e certidões por interessados (réus ou terceiros).

**2. Cômputo do prazo.** As partes do processo de antecipação devem ser intimadas de seu final – que se dá com a sentença que certifica a regularidade da produção probatória. A intimação pode ser feita na pessoa dos advogados. O prazo de trinta dias para entrega dos autos é contado a partir da última intimação.

**3. Mitigação da publicidade ampla.** O CPC/1939 previa a entrega dos autos ao autor em 48 horas – o que era pouco para garantir acesso aos demais interessados. No CPC/1973, prevê-se que os autos permanecem definitivamente em cartório. O CPC/2015, em certa medida, retoma o modelo de 1939, ainda que outorgando um prazo maior para que interessados obtenham cópias e certidões.

**4. Uso da prova contra por terceiro – Exibição dos autos.** É possível que alguém que não participou do processo de produção antecipada use a prova ali obtida contra alguma ou ambas as partes de tal processo. Isso é possível porque aquele contra quem a prova vai ser utilizada participou da produção probatória em regime de contraditório. No entanto, o terceiro eventualmente pode não ter acesso aos autos da produção antecipada nos trinta dias que antecedem sua entrega ao autor. Se já tiver havido a entrega dos autos, o terceiro poderá requerer que eles sejam exibidos pelo autor da antecipação, que só se eximirá de exibi-los nas hipóteses do art. 404. Aliás, o mesmo direito à exibição tem o requerido da produção antecipada, se por qualquer razão deixar de obter cópias e certidões no prazo de trinta dias.

**5. Processo eletrônico.** Diante das dificuldades acima apontadas, vê-se que a única razão para a entrega dos autos ao autor da medida é de ordem prática: diminuir o volume de arquivo no ofício judiciário. Logo, se o processo de

antecipação da prova seguir a forma eletrônica, não há razão para não se manter no ofício judicial o arquivo eletrônico dos autos – sem prejuízo de o autor receber cópia eletrônica ou impressa dos autos.

**6. Inaplicabilidade dos arts. 308 e 309, I.** O requerente da medida de produção antecipada da prova não se submete ao ônus de promover em trinta dias pedido principal. Essa diretriz – já assente sob a égide do CPC/1973, dado o caráter não constrictivo de direitos da medida (STF, *RTJ* 113/365) – é reforçada no CPC/2015, em face da não inserção da disciplina da antecipação da prova no livro da tutela provisória.

### Seção III

#### Da Ata Notarial

CPC/1973	CPC/2015
	<p><b>Art. 384.</b> A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.</p> <p><b>Parágrafo único.</b> Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.</p>

**1. A natureza da atuação do tabelião.** O tabelião (ou notário) desempenha, em caráter privado, atividade delegada pelo Poder Público (CF, art. 236). É