

Enunciado 372 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Em boa hora e em correto posicionamento prático, o CPC/2015 expressamente autoriza, dentre as medidas voltadas a estimular a colaboração por terceiro, a fixação de multa, conforme parágrafo único do art. 397, revogando, portanto, o mencionado enunciado. FPPC – aprovado por unanimidade – enunciado 54: (art. 400, parágrafo único; art. 403, parágrafo único) Fica superado o enunciado 372 da súmula do STJ (“Na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória”) após a entrada em vigor do CPC/2015, pela expressa possibilidade de fixação de multa de natureza coercitiva na ação de exibição de documento. (Grupo: Direito Probatório).

Neste mesmo sentido confira-se FPPC – aprovado por unanimidade – enunciado 53: “(art. 396) Na ação de exibição não cabe a fixação, nem a manutenção de multa quando a exibição for reconhecida como impossível. (Grupo: Direito Probatório)”.

FLÁVIO LUIZ YARSHELL

Livre-Docente, Doutor e Mestre pela Faculdade de Direito da USP.
Professor Titular do Departamento de Direito Processual da Faculdade de
Direito da USP. Advogado.

CPC/1973

Seção VI Da Produção Antecipada
de Provas

Art. 846. A produção antecipada da prova pode consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial.

Art. 847. (...) 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.

Sem correspondência

CPC/2015

Seção II Da Produção Antecipada da Prova

Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

I – haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;

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

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

§ 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.

1. Antecipação da prova sem o requisito da urgência. O CPC de 2015 inova ao desvincular a antecipação da prova do requisito do perigo. Assim, na esteira de ordenamentos como o francês e o alemão (embora ainda distante dos modelos de *common law*), do que já preconizava parte expressiva da doutrina, e do que admitia parcela da jurisprudência, o novo texto passou a conceber a medida como meio para que os interessados possam melhor avaliar suas chances e riscos em disputa judicial. Daí porque, sem deixar de autorizar a medida quando houver risco de se tornar difícil ou impossível a verificação de fatos no decorrer do processo (inc. I), a lei passou a permitir a antecipação como forma de melhor conhecimento dos fatos para a propositura de demanda ou para a superação da controvérsia mediante autocomposição (incs. II e III).

2. Direito autônomo à prova: natureza e fundamento. Ao desvincular a medida do requisito do perigo, o CPC de 2015 positivou o que se pode qualificar como *direito autônomo à prova*. A rigor, o sistema precedente já conhecia medidas probatórias com tal natureza. Além da *exibição de documentos* e da *justificação*, o poder de investigação conferido ao Ministério Público, conquanto no âmbito do inquérito civil, configurava prerrogativa de investigar – e, portanto, de produzir prova – desvinculada do perigo; embora sempre sujeito ao controle jurisdicional.

A medida probatória autônoma encontra fundamento no poder ou direito de *ação* (CF, art. 5.º, XXXV), que tem amplitude suficiente para autorizar o interessado, sem propriamente invocar a declaração do direito material em

dado caso concreto, a postular atuação estatal dirigida à busca, obtenção e produção de providências de instrução. O *direito à prova* – com tal concepção – se afeiçoa não apenas ao escopo jurídico da jurisdição, mas especialmente ao escopo social, de pacificação pela superação da controvérsia: quanto melhor o interessado conhecer dados relativos à controvérsia, maior será a chance de propor uma demanda bem instruída; de deixar de fazê-lo; ou, de transigir. Nessa perspectiva, o direito à prova se afina com o componente preventivo que é inerente à inafastabilidade do controle jurisdicional e à adequada cognição. Salvo nos casos em que fundada na alegação de perigo da demora, não se trata de medida cautelar dada a autonomia que lhe conferiu o texto legal.

3. Segue: atividade tipicamente jurisdicional. A atividade desencadeada pelo exercício do direito à prova, com os contornos positivados pelo CPC de 2015, envolve a verificação e a demonstração de fatos, desenvolvida pelo juiz (ou árbitro) e pelas partes. Trata-se efetivamente de típica atividade jurisdicional e não meramente administrativa.

Assim ocorre porque ela não dispensa a atuação do direito objetivo em situação concreta mediante a edição de atos decisórios. Há resolução de questões de fato e de direito – referentes à admissibilidade e ao modo de realização da prova. A rigor, a atuação do direito objetivo não se limita ao campo processual. Basta lembrar os casos de requisição de dados protegidos pelo sigilo bancário ou fiscal, que excepcionam direitos constitucionais; ou em medidas executivas (por exemplo, busca e apreensão de documentos) ou de coação (imposição de multa diária à parte ou ao terceiro, para ilustrar). Embora não haja propriamente a declaração do direito, a atividade é marcada pela aplicação da lei diante de um caso concreto, mediante o estabelecimento de limites e com escopos determinados.

Está presente também o caráter substitutivo: não obstante as relevantes possibilidades de pré-constituição da prova pelas partes sem a intervenção estatal, isso nem sempre basta. Assim, a presença de um terceiro imparcial contribui para preservar a validade e a eficácia dos elementos colhidos, assim como para maior credibilidade do resultado.

Além disso, a antecipação da prova desvinculada do perigo é também instrumento apto à consecução do escopo social da jurisdição, na medida em que contribui para soluções de autocomposição, aptas a propiciar a eliminação da controvérsia e a consequente pacificação social. Produzida na forma estatuída pelo CPC de 2015, a prova antecipada não se dirige propriamente a formar o convencimento do juiz, mas das partes. Isso sem prejuízo de que, posteriormente, a prova seja aproveitada quando do julgamento da controvérsia.

Não se pode falar na formação de coisa julgada material – não ao menos na sua concepção clássica – porque não há declaração do direito (sequer a valoração dos fatos) e, portanto, não há eficácia substancial a se tornar imutável. Contudo, embora não seja possível invocar a objeção correspondente para evitar a produção de certa prova já produzida, é preciso considerar que não se pode submeter o demandado à repetição injustificada da mesma atividade de instrução.

4. Competência. A disciplina legal da competência foi coerente com o caráter autônomo do processo cujo objeto é a prova antecipada: ele não deve ser tido como mero acessório de outro (que seria o “principal”). Com efeito, se autonomia já se reconhecia no caso de produção antecipada cautelar, com maior razão a desvinculação deve ser feita quando se trata de direito autônomo à produção da prova. Daí, então, a regra do art. 381, § 3.º, que nega o fenômeno da prevenção para “a ação que venha a ser proposta” – lembrando-se que prevenção não é critério determinante de competência. Isso quer dizer que não há competência do juízo perante o qual tramitou o processo probatório (que seria por critério funcional), de sorte que prevalece a distribuição livre, se o foro tiver pluralidade de juízos.

Quanto à *competência de foro*, a lei contém duas alternativas: (i) aquele em que a prova deva ser produzida ou (ii) o do domicílio do réu (art. 381, § 2.º). Sobre isso, a opção da lei não foi feliz porque ela acabou por colocar em pé de igualdade regras inspiradas em critérios diversos. Na primeira parte, adotou-se critério *territorial funcional*, certamente na premissa (correta) de que a proximidade entre órgão judicial e fontes da prova é fator de racionalidade e de economia; já na segunda parte, a regra encampou critério *territorial* puro – que, aliás, inspira a regra geral de que o réu tem a prerrogativa de ser demandado em seu próprio foro. Mas, é sabido que a adoção do critério *funcional* tem em mira o interesse público; daí porque a falta de observância gera o fenômeno de incompetência absoluta, com todos os desdobramentos daí decorrentes (ausência de preclusão e possibilidade de reconhecimento de ofício, principalmente).

Diante da expressa concorrência (ou alternatividade) de foros que a lei consagrou, não há como simplesmente dizer que qualquer outro – que não o do local em que as fontes de prova se encontram – seria absolutamente incompetente; nem estabelecer um caráter subsidiário que a lei não previu. Mas, consideradas as peculiaridades do caso concreto, desde que isso não prejudique o devido processo legal e o acesso à justiça, é possível dar-se preferência ao foro em que se situam as fontes de prova; ainda que em eventual detrimento à conveniência do réu de ser demandado em seu próprio domicílio. Tal entendimento é coerente com o caráter autônomo da medida que, de qualquer modo, não gerará prevenção para o processo “principal”, para o qual deverá ser observada a regra própria de competência territorial (que, eventualmente, poderá até prestigiar o domicílio do réu).

Quanto à *Justiça competente*, a lei fez uma ressalva para a hipótese de haver conflito entre o critério objetivo (pessoa) e o critério territorial acima referido (art. 381, § 4.º). A lei optou pelo segundo, ao determinar que a competência seja do juízo estadual, ainda que a prova seja requerida no confronto da União (autarquias ou empresas públicas federais), “se, na localidade, não houver vara federal”.

Isso seria até compreensível quando se considera o critério territorial funcional (proximidade entre juízo e fontes de prova); mas é de difícil aceitação quando se pensa que o critério puramente territorial (inspirado na conveniência do réu em ser demandado em seu domicílio) prevaleceu sobre critério que considera a pessoa da União (e que usualmente dita competência da Justiça Federal). Ademais a opção legal diverge do entendimento jurisprudencial dominante, ao ensejo da inteligência da regra do art. 2.º da Lei

7.347/1985, segundo o qual o critério territorial funcional não é suficiente para afastar a competência da Justiça Federal, tanto mais quando a norma legal extrapola a exceção contida no § 3.º do art. 109 da CF.

5. Justificação e arrolamento. Considerando que o direito à antecipação da prova tem fundamento na garantia da ação, a atipicidade que caracteriza tal prerrogativa está presente aqui também, a funcionar como uma espécie de “cobertura geral”, a dispensar medidas probatórias típicas. A rigor, bastaria a disciplina de uma “ação probatória” autônoma. Isso quer dizer que as disposições legais relativas a diferentes “tipos” de ações probatórias podem e devem ser entendidas como regulamentadoras de temas como *competência*, *processo e procedimento*; inclusive de forma a adequar a atuação estatal às peculiaridades da prova a ser produzida antecipadamente e da situação de direito material ao qual está relacionada a providência de instrução. Portanto, só com esse alcance é que se pode falar em diferentes “ações probatórias” autônomas.

Portanto, nesse contexto e com tais ressalvas é que devem ser lidas as referências feitas – de forma um tanto deslocada e assistemática – ao arrolamento e à justificação (art. 381, §§ 1.º e 5.º). A essas medidas certamente se aplicam as regras “gerais” da disciplina da antecipação da prova.

A *justificação* é forma de produção antecipada de prova e a referência da lei à “documentação” que ali existiria repete imperfeição técnica do sistema anterior. A ênfase dada ao mero registro de fatos conhecidos de antemão deve ser entendida como indicativa do elemento subjetivo de quem vai a juízo, isto é, de sua *intenção* de registrar determinado fato. Contudo, não pode ser aceita a premissa de que a prova colhida necessariamente referendará o que alegou ou pretendeu o requerente. O autor certamente sabe o que quer justificar, mas não sabe qual o concreto resultado da prova em relação aos fatos que quer ver justificados.

Além disso, o emprego da justificação não pode e não deve se dar de forma incondicionada, como se não implicasse qualquer sorte de encargo para o Estado. Portanto, a medida também se sujeita à demonstração do interesse e à pertinência subjetiva. Tampouco se deve entrever na justificação um caráter neutro, como se ela fosse incapaz de afetar a esfera jurídica de outrem, por se tratar de medida administrativa, desprovida de caráter contencioso. A ausência de participação dos interessados – que a combinação dos arts. 381, § 5.º e 382, § 1.º equivocadamente limitou – faz da prova um elemento simplesmente ineficaz em relação a eles. Isso diminui ou até prejudica a utilidade da prova – quer para a finalidade de convencimento do juiz, oportunamente; quer para estímulo das partes para finalidade de autocomposição. Eventualmente, pode o interessado cogitar da produção de *ata notarial*, positivada como meio adequado às hipóteses em que necessário atestar ou documentar “a existência e o modo de existir de algum fato” (art. 384).

Já quanto ao *arrolamento*, sua função de documentar fatos e, portanto, de pré-constituir prova, já era reconhecida no sistema anterior; embora também pudesse – como ocorre no diploma atual – abranger efetiva apreensão dos bens arrolados. Mas, mesmo sem cogitar dessa última possibilidade, o

arrolamento não se limita a mera documentação. Nele reside também típica atividade de investigação e de descoberta de fatos, relativamente aos bens que se pretende arrolar. Essa era tradicionalmente a nota distintiva do arrolamento e do *sequestro*: enquanto nesse segundo, o pedido deve desde logo trazer a especificação dos bens objeto da apreensão, no outro se busca superar o estado de desconhecimento acerca dos bens que compõem determinada universalidade.

CPC/1973

Art. 848. O requerente justificará sumariamente a necessidade da antecipação e mencionará com precisão os fatos sobre que há de recair a prova.

Sem correspondência

CPC/2015

Art. 382. Na petição, o requerente apresentará as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair.

§ 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.

§ 2.º O juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoocorrência do fato, nem sobre as 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.

6. Interesse de agir: *necessidade da antecipação e da prova*. Diante da amplitude do texto legal, superada a vinculação entre prova antecipada e perigo da demora, não há maior espaço para eventual juízo negativo do órgão judicial no que diz com a necessidade da medida; salvo se eventualmente a própria intervenção estatal se afigurar dispensável para a obtenção da prova. Para dizer desnecessária a antecipação seria preciso negar a função que a prova desempenha em relação às partes, de permitir a avaliação de suas chances em juízo. Não se deve confundir a necessidade da *antecipação* com a necessidade da *prova*, isto é, com a necessidade de uma dada providência de instrução. Assim, é desnecessária a prova nas hipóteses do art. 374, assim, como é desnecessária a prova do teor e da vigência de lei, salvo nas hipóteses do art. 376.

É certo que a necessidade da prova – não apenas da antecipação – depende da exposição de um substrato fático mínimo e coerente com a medida que se quer produzir. A prova, independentemente do momento em que produzida, tem por objeto fatos. Eventual deficiência na narrativa dos fatos que se quer investigar interfere com a antecipação porque, na verdade, prejudica a admissibilidade da prova. A atividade probatória representa – com maior ou menor intensidade – forma de invasão na esfera individual, a impor restrições a direitos como o sigilo, a intimidade, a privacidade, a inviolabilidade domiciliar e até mesmo a propriedade.

Isso explica a prudente exigência contida no *caput* do art. 382, de que o autor deve mencionar “com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair”. Mas, esse ônus de alegação deve ser interpretado em consonância com a amplitude e a finalidade que o legislador deu ao instituto, que também tem por função permitir o prévio conhecimento dos fatos (art. 381, III). Por isso, é de se admitir relativa generalidade do pedido sempre que o autor não puder determinar a extensão dos fatos que ele justamente pretende investigar. De qualquer forma, seguramente não há o ônus do autor de indicar qual será a “ação principal” a ser proposta.

7. Segue: relevância da antecipação da prova. Em termos gerais, a doutrina preconiza que a utilidade da prova manifesta-se através de sua relevância de tal sorte que, a rigor, o direito à prova deve ser entendido como um direito à *prova relevante*. Daí se poderia extrair que a utilidade da prova antecipada residiria também na relevância não apenas da prova, mas igualmente da respectiva antecipação. Mas, a relevância da antecipação reside nela própria e no papel que desempenha para consecução dos escopos da jurisdição; especialmente o de pacificação. Ademais, a relevância a que se refere a doutrina é da *prova* e não exatamente da correspondente *antecipação*; juízo que, mesmo assim, há que ser feito com amplitude compatível com a largueza que se confere ao direito de ação e a garantia de acesso ao Judiciário ou ao juízo arbitral.

Mesmo no caso de já se ter produzido prova acerca dos fatos (vide supra n. 3, sobre eventual objeção de coisa julgada) isso não afasta, por si só, a necessidade da medida: uma parte pode reputar provado certo fato, enquanto a outra não; o que também pode ocorrer entre diferentes julgadores. Portanto, melhor que o critério de “fato já comprovado” é aquele relacionado à adequação ou idoneidade de certo meio de prova à demonstração de certo fato controvertido. Não é possível descartar, em tese, quer a concorrência de diferentes meios de prova, quer a concorrência de diferentes manifestações de um mesmo meio de prova. O que não se deve tolerar é a pura e injustificada repetição de uma mesma prova acerca de um mesmo fato, dado que a litispendência probatória representa ônus para o demandado e para o Estado.

Nem mesmo a eventual existência de título executivo extrajudicial é suficiente para descartar cabalmente a produção da prova de forma antecipada. É que, como sabido, a função do título não é exatamente a de provar a existência do direito. Trata-se de ato que, ao ver do legislador, envolve elevada probabilidade de existência de um direito e que, portanto, autoriza desde logo se ingresse na esfera patrimonial daquele que, no título, é indicado como devedor ou que, segundo o ordenamento, figura como

responsável patrimonial. Mas isso não quer dizer que tanto o credor quanto o suposto devedor não possam pretender a produção de prova de forma antecipada uma vez que a simples existência do título não é garantia de existência do direito material.

8. Segue: necessidade da prova para a busca de soluções de autocomposição. A antecipação da prova não pode ser negada a pretexto de que solução de autocomposição poderia ser obtida à míngua de elementos de instrução preliminares.

Quanto maior o nível de esclarecimento das partes acerca dos fatos, tanto maior a chance de uma composição consciente. Se o Estado estimula soluções alternativas, ele próprio deve dar meios adequados para que isso ocorra; e a antecipação da prova é disso um bom exemplo. Além disso, a obtenção de solução negociada entre as partes tem sempre um custo. Se a autocomposição fosse algo fácil de atingir, seria de se presumir que determinado tema sequer chegasse ao Judiciário. Pensar diversamente seria subestimar indevidamente a capacidade de entendimento das partes e eventualmente de seus advogados acerca dos termos e implicações da controvérsia. A superação do estado de beligerância e a identificação de pontos comuns que permitam a superação do litígio envolvem empenho e, em sentido amplo, alguma forma de investimento.

Ademais, nada impede que a conciliação das partes seja tentada pelo órgão judicial perante o qual se demanda a produção antecipada da prova, antes que ela seja deferida ou ainda mesmo enquanto estão sendo efetivadas as providências de instrução. A regra do art. 3.º, § 2.º referenda a providência. Além disso, a experiência colhida na atuação do Ministério Público mostra que atos de composição podem ser celebrados ainda na fase do inquérito civil; e, portanto, quando se está em plena atividade de investigação e de pré-constituição de prova.

9. Ainda o interesse de agir: adequação da prova antecipada. A adequação da prova antecipada decorre de sua conformidade com os escopos da jurisdição: a investigação, a busca e a produção da prova permitem aos interessados uma visão mais clara acerca da controvérsia, com projeções sobre ônus, riscos e chances no âmbito judicial.

De posse de tais elementos, com objetividade e responsabilidade, as partes podem se encaminhar para soluções de autocomposição ou, não sendo esse o caso, fazer instaurar o processo declaratório – ou resistir à pretensão nele deduzida – com maior segurança. Portanto, aceita que seja essa premissa – que foi positivada na lei – não compete ao juiz dizer que a antecipação seria inadequada porque isso, como no caso da necessidade, significaria denegar a devida prestação jurisdicional, afrontando o postulado inscrito no art. 5.º, XXXV, da CF.

Como antes foi dito, não se pode confundir a adequação da *antecipação* com a adequação da *prova*. Essa última deve ser entendida como sua aptidão à captação, demonstração e registro de certo fato ou circunstância de fato. A inadequação da prova antecipada pode até ser reconhecida; não porque é antecipada, mas porque a própria prova, diante da

natureza dos fatos submetidos ao órgão judicial, não se revele apta à finalidade básica e essencial de todo meio de prova.

Salvo exceções que apenas confirmam a regra, o ordenamento brasileiro repudia a adoção da chamada *prova legal* precisamente porque consagra o princípio de persuasão racional (CPC, art. 371). Assim, mesmo quando o ordenamento parece querer excluir determinado meio de prova relativamente a certa espécie de fatos, isso deve ser visto com reserva, para que não se cerceie de forma injustificada o direito à prova; o que é particularmente certo quando a atividade probatória busca o prévio conhecimento dos fatos.

10. Interesse de agir e viabilidade do processo declaratório. Ainda que a antecipação da prova se harmonize com os escopos da jurisdição, não se tolera que ela seja empregada se sua utilidade não for compatível com o custo de sua realização. Para além do custo que a antecipação da prova acarreta para o Estado, a providência representa ônus para o demandado. Além disso, ainda que se reconheça que a prova antecipada dirige-se às partes, não há como desvincular a antecipação, de um lado, do processo declaratório, de outro; processo declaratório que, ainda que presumivelmente, poderá vir a ser instaurado (e da decisão que nele se projeta seria proferida). A avaliação das chances, a partir da prova produzida antecipadamente, dá-se em função da expectativa de decisão no processo no qual se haverá de aplicar o direito material.

Então, quer porque a prova antecipada se dirige às partes na consideração do processo declaratório, quer porque, não havendo solução de autocomposição, a prova tenderá a servir ao juiz no julgamento da controvérsia propriamente dita, é imperativo verificar se, *a priori* e mesmo em tese, já não é possível detectar a inviabilidade do processo cujo objeto é a declaração. E se isso for efetivamente detectado, não há razão para fazer prova acerca de fatos que, nem mesmo em tese, podem conduzir a um resultado favorável ao demandante. E, não havendo razão para provar, naturalmente não haverá razão para antecipar uma prova que se revele, desde logo, inútil.

A rigor, trata-se de questão conceitual que está presente também no modelo no qual a prova não se produz de forma antecipada, mas sim no curso do processo cujo objeto é a declaração. Nesse segundo modelo, também não se admite a produção de prova se, desde logo, for possível antever que, mesmo que provados fossem os fatos alegados pelo demandante, ainda assim não seria possível lhe dar razão sob o prisma substancial. No CPC de 2015, para ilustrar, isso fica bem claro a partir da constatação de que o juiz não apenas pode indeferir a petição inicial sem julgar o mérito, como ainda pode desde logo rejeitar o pedido, na forma do art. 332 – análogo ao art. 285-A do diploma precedente – além de julgar a lide antecipadamente.

Mas, o indeferimento da prova antecipada sob tal fundamento deve ser feito com grande cautela, justamente para que não se impeça o autor de apurar fatos que, se e quando adequadamente revelados, poderiam superar sua suposta falta de razão no plano substancial.

11. Legitimidade. A autonomia que a lei conferiu à antecipação da prova não chega ao ponto de desligá-la da situação substancial. Pelo contrário, é no

plano material que estão os elementos indispensáveis à determinação do objeto e, especialmente, da utilidade da prova. Aliás, interesse (processual) e legitimidade aí estão intimamente relacionados: para que se possa permitir a antecipação da prova, é preciso que ela se revele útil para quem a demanda; e, embora em posição contraposta, também para aquele em face de quem se demanda.

Essa utilidade, por outro lado, só pode ser entendida no contexto da legitimidade, isto é, da titularidade de alguma posição no plano substancial. É preciso que a prova recaia sobre um fato do qual se possa extrair, de forma razoável, determinado efeito jurídico. O interesse no plano material deve se revestir necessariamente de natureza jurídica e não pode ficar no plano meramente fático ou econômico.

Embora não seja possível afirmar peremptoriamente que titulares do direito à prova são, sempre e invariavelmente, os titulares do direito de ação declaratória (em sentido lato), essa titularidade é referência para a determinação de quem pode demandar e ser demandado.

12. Litisconsórcio. A ligação do direito à prova com a situação substancial tem também projeções sobre o tema do litisconsórcio. Se a relação material apontar para eventual litisconsórcio *facultativo* (com a considerável abertura que o sistema processual continua a proporcionar nessa matéria, conforme art. 113), assim também ocorrerá em relação à ação probatória autônoma.

Convém ressaltar que a cumulação subjetiva facultativa é mecanismo cujo escopo é a racionalização da prestação jurisdicional, quer pelo aproveitamento de atos (economia processual e celeridade), quer pela preservação de decisões harmônicas. Embora na antecipação da prova não haja decisão sobre o mérito, a consideração daquela finalidade há também que presidir a admissibilidade de eventual litisconsórcio, quer ativo, quer passivo. É preciso, em suma, que a cumulação funcione como forma de racionalizar a atividade probatória e proporcionar resultados coerentes com os objetivos expressos no art. 381.

Por outro lado, uma vez que ele seja concretamente constituído, o litisconsórcio – se tomada a relação entre litisconsortes – será *unitário*. É que o resultado da prova produzida, até mesmo porque não envolve propriamente sua valoração e, portanto, não está ligado a um julgamento, apresenta-se a todos de maneira uniforme. É possível até que os litisconsortes pretendam extrair da prova consequências diversas; como é também possível que sua avaliação – para determinação de futuras chances em processo declaratório – seja não uniforme. Contudo, como resultado que objetivamente se põe às partes, a prova se apresenta como uma situação ela própria incidível, não sendo despropositado aqui invocar analogia entre esse fenômeno e aquele que se passa em relação aos provimentos de natureza declaratória ou constitutiva.

É possível também cogitar de litisconsórcio *necessário* se o direito à prova for também um dever legal. É o que pode ocorrer no âmbito de investigação a cargo de agentes públicos que tenham o dever funcional de realizá-las, como é o caso do Ministério Público ou da Secretaria de Direito Econômico, essa no

campo do controle da livre concorrência. Nesses casos, se a situação substancial envolver, por seus próprios termos e peculiaridades, uma pluralidade de sujeitos, a busca e a pré-constituição da prova há que ser dirigida, salvo exceção devidamente justificada, a todos eles. É o que resulta, nesses casos, da indisponibilidade do direito à prova – indisponibilidade fundada na premissa da existência de um dever legal – e, em alguma medida, dos princípios da igualdade e da impessoalidade, tudo, em suma, a tornar indivisível para o sujeito ativo o exercício daquele direito e a impedir desigualdades fortuitas ou injustificadas relativamente aos sujeitos eleitos para figurarem no polo passivo do processo de antecipação.

Quanto à hipótese de o litisconsórcio ser necessário pelo caráter unitário, não obstante a autonomia do direito à prova, sendo incindível uma dada relação de direito material e havendo que se antecipar prova relativamente a ela, devem ser necessariamente trazidos para o processo todos os titulares no plano substancial. Isso se justifica porque a ineficácia da prova produzida antecipadamente em relação a quem não participou do processo destinado a essa finalidade, embora não necessariamente inviabilize o resultado de posteriores atividades estatais, pode comprometê-lo de forma importante, se a prova que se antecipou não puder, por alguma razão, ser novamente produzida. Nesse caso, na medida em que o fato diga respeito monoliticamente a diversas pessoas – e aí reside o caráter unitário – não se poderá considerá-lo provado para um e não provado para outros e, principalmente, não poderá se considerar provado em relação a quem não participou da colheita da prova.

Mas, ainda que a prova possa ser repetida (devendo assim ocorrer, aliás, justamente porque não produzida no confronto de todos os titulares de dada relação de direito material), mesmo assim a perda dos atos precedentes não se afeiçoa ao interesse público. Se a prova deve ser produzida e se há iniciativa legítima de que o seja de forma antecipada, que ela se faça da forma mais completa e eficiente possível. Do contrário, seria de se duvidar que existisse *legítimo* interesse para a própria antecipação. Portanto, sob o ângulo estatal, impõe-se a presença de todos quantos estejam ligados, no plano substancial, aos fatos sobre os quais se pretende pré-constituir prova, em típica situação de litisconsórcio necessário.

Por outro lado, para a necessidade de que se cogitou acima não basta a mera comunhão de fatos entre determinadas pessoas.

Com efeito, é possível que de uma mesma situação de fato tenham participado, de alguma forma, diferentes sujeitos, de tal sorte que determinados fatos lhes sejam comuns. É pensar, apenas a título de ilustração, em acidente automobilístico envolvendo vários passageiros de um mesmo transporte coletivo. Nesse caso, a pré-constituição da prova requerida em situação de litisconsórcio é claramente facultativa. Primeiro, ainda que todos os envolvidos tenham interesse em produzir prova acerca dos fatos comuns, não se pode compeli-los a assim proceder. Segundo, o interesse que se estabelece em relação à prova produzida por iniciativa de uma das vítimas – para tomar o exemplo dado – quando muito poderia justificar a intervenção de outra no processo para tanto instaurado (dada a utilidade que eventualmente se possa extrair da medida de instrução).

13. Terceiro juridicamente interessado. Suposto exista alguma forma de comunhão de fatos entre determinadas pessoas, também é possível supor que apenas uma ou algumas delas – não todas – tomem a iniciativa de produção antecipada da prova; o que faz pensar, primeiro, na natureza do interesse desse terceiro em relação à prova e, segundo, na possibilidade de intervenção desse terceiro no processo de outrem.

Com relação ao primeiro aspecto, não se pode excluir *a priori* a possibilidade de que o interesse seja jurídico, isto é, que a prova produzida em processo do qual participam outras pessoas recaia sobre um fato do qual o terceiro possa extrair determinado efeito jurídico. Por outras palavras, a prova produzida em outro processo não se apresenta – ela própria e não ao menos necessariamente – como um mero fato para o terceiro. Se o respectivo resultado pode beneficiar terceira pessoa, a produção da prova entre outrem afeta a esfera jurídica dessa última, quando menos na medida em que possa interferir com o ônus de provar de que seja, ou de que possa vir a ser, portadora. É pensar na produção de provas que, depois, possam vir a ser emprestadas.

A propósito, em doutrina é usual a assertiva de que a prova produzida em processo entre terceiros teria nenhum ou muito reduzido valor. Contudo, trata-se de afirmação que, feita justamente no contexto da prova emprestada, considera (corretamente, por sinal) que a eficácia da prova está condicionada à observância do contraditório; e que, em se tratando de processo entre terceiros, a ausência de participação das partes (conceito que aí se opõe ao de “terceiros”) explica a pouca ou nenhuma serventia dos elementos assim coligidos. Vale dizer: a restrição que tradicionalmente se faz à prova produzida entre dadas pessoas não desconsidera nem nega a utilidade que ela intrinsecamente possa ter para outrem, na medida em que diga respeito a fatos – comuns a diferentes pessoas – dos quais aqueles “terceiros” possam extrair consequências jurídicas.

Além disso, a limitação à eficácia da prova por restrição ao contraditório, de que se falou, pode até mesmo não existir. Isso ocorre quando a pessoa que pretende aproveitar a prova produzida em processo que não integrou busca fazê-lo no confronto de quem participou da relação processual; caso em que, diante do resultado eventualmente favorável da prova produzida, aquele que não integrou o contraditório aceita a prova ainda que de sua produção não tenha participado.

Portanto, havendo comunhão de fatos entre determinadas pessoas, pode o interesse do terceiro, relativamente à prova produzida em processo envolvendo outrem, vir a ser qualificado como jurídico. E, sendo jurídico o interesse, está autorizada a intervenção na forma do art. 382, § 3.º. A participação em contraditório terá a vantagem de vincular o terceiro (que, a partir da intervenção, perderá essa qualidade) ao resultado da prova, seja ela favorável ou não aos respectivos interesses. Isso é desejável para o sistema não apenas pela economia que propicia, mas também pela circunstância de que, também nesse caso, a prova cumprirá sua função de esclarecimento, a nortear a avaliação sobre as chances do interessado em outro processo.

A lei não qualificou os “interessados” como *assistentes*. Seria mesmo difícil ajustá-los à condição de assistentes simples porque, conquanto deles

se exija interesse jurídico, eles podem (em termos) ampliar o objeto do processo – o que ordinariamente não é admissível para quem intervém apenas para coadjuvar. Mas, esses terceiros podem ser considerados como assistentes litisconsorciais (art. 124); e, nessa medida, litisconsortes facultativos ulteriores. Isso é coerente com a prerrogativa que a lei lhes deu, de requerer prova no mesmo processo e, portanto, de alterar (ainda que com limites) o objeto do processo. Tal se ajusta também à ideia de que, na assistência litisconsorcial, o assistente poderia ter sido parte principal (autor ou réu). Ademais, embora no processo probatório não haja sentença a “influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido”, a prova (resultado do processo) terá essa – ou análoga – aptidão.

Sobre os limites dos “interessados” para ampliação do objeto do processo, vide infra n. 18, com uma ressalva: no caso de “terceiros” (que não os requeridos), como não há um limite temporal para sua intervenção, tal alargamento haverá que considerar as regras sobre estabilização da demanda (art. 329).

14. Outras formas de intervenção de terceiros. Não há espaço para a denunciação da lide ou para o chamamento ao processo no processo de antecipação da prova – o que, de resto, doutrina e jurisprudência já afirmavam quando a medida era concebida exclusivamente diante de situações de perigo da demora. Não há prolação de sentença a ensejar pretensão regressiva (art. 129), tampouco apta a constituir título executivo (art. 132).

O que pode ocorrer é que os potenciais denunciados ou chamados intervenham, na qualidade de “interessados”, tal como examinado no tópico precedente. Tal intervenção deve ser tida como voluntária – ainda que seja lícito determinar a intimação dos terceiros para que, se quiserem intervenham. Não se trata de litisconsórcio necessário, embora a presença de tais pessoas se afigure realmente proveitosa, pelas razões anteriormente expostas.

De outra parte, não se deve descartar o ingresso de *amicus curiae*, na forma do art. 138. A depender dos fatos que sejam objeto da antecipação; da especificidade – quiçá técnica – da prova; e de eventual repercussão social do que se pretende conhecer, pode haver espaço para pessoa com especialização e representatividade adequada.

15. Natureza dúplice da medida probatória autônoma. O objeto do processo é a pretensão à produção de determinada providência de instrução, de forma antecipada. Isso envolve essencialmente dois elementos: primeiro, a exposição dos *fatos* que constituem o objeto da prova; segundo, os *meios de prova* adequados a esse escopo. Tais elementos, num primeiro momento, são definidos pelo autor.

Contudo, a prova – consistente em atividade de verificação e de demonstração de fatos – tem para o réu, ainda que produzida por iniciativa do autor, a mesma função. Ainda que seja dado ao requerido resistir à pretensão e tentar impedir que a prova seja produzida (infra n. 20), uma vez que ela seja admitida, seu caráter instrumental opera de maneira uniforme para ambas as partes; inclusive porque nesse processo não há valoração pelo órgão judicial (que não o juízo sobre admissibilidade). Daí se falar no caráter *dúplice* da demanda.

A duplicidade, então, consiste no seguinte: as peculiaridades da atividade probatória, se não são aptas a automaticamente fazer do autor um réu (e vice-versa), tornam irrelevante a distinção entre eles: a prova requerida pelo demandante valerá e produzirá efeitos tanto para ele quanto para o demandado. A prova requerida por iniciativa do autor poderá, quanto ao respectivo conteúdo, vir a favorecer o réu sem que, para qualquer uma dessas situações, tenha sido necessário que o demandado alargasse o objeto do processo, deduzindo outro pedido.

Mesmo a prova cujo conteúdo seja reputado desfavorável ao réu atende, em certa medida, aos interesses da parte desfavorecida, na medida em que lhe serve de advertência, evitando os encargos ainda piores que possam decorrer de um resultado adverso no processo cujo objeto seja a declaração do direito. Pior do que uma prova desfavorável é uma sentença desfavorável.

16. Segue: desistência e ampliação do objeto processo. Pelo exposto no tópico precedente, aplica-se a regra inserta no art. 485, § 4.º, que condiciona a desistência do processo à concordância do demandado, desde que oferecida contestação. No caso da prova, o réu pode manifestar interesse na continuidade das atividades tendentes à descoberta e ao registro de fatos. Portanto, em processo cujo objeto é a antecipação da prova, requerimento de desistência não pode ser atendido sem a concordância prévia do réu, nem mesmo a pretexto de que a defesa nesse processo seria limitada. O que se pode exigir do requerido é apenas que demonstre o interesse na antecipação e, portanto, no prosseguimento do processo.

Mais do que impedir a extinção do processo, o requerido pode alargar o objeto do processo. Aqui é preciso lembrar a distinção entre a exposição dos *fatos* e o pedido quanto aos *meios* de prova aptos à desejada instrução preliminar. A regra inserta no § 3.º do art. 382 admitiu expressamente apenas a ampliação dos *meios*, ao falar ser lícito o pleito da “produção de qualquer prova” pelos interessados (dentre os quais, o réu). Mas, a lei não consentiu na ampliação dos *fatos*, na medida em que relacionou a prova “ao mesmo fato”.

Contudo, a regra precisa ser interpretada de forma teleológica e sistemática, sem que isso represente desconsiderar a opção legislativa – se não exatamente quando se pensa nos eventuais “interessados”, ao menos quando se pensa no requerido. Primeiro, é preciso considerar que, no contexto de prova antecipada, há relativa indeterminação nos fatos relevantes pela simples razão de que a medida se destina exatamente a isso: investigar e revelar fatos. Embora seja certo que o autor tenha o ônus de delimitar fatos, é preciso considerar que ele pode ainda não ter pleno conhecimento de todo quadro fático; do contrário, seria de se duvidar que ele tivesse interesse para a medida – notadamente na hipótese do inc. III do art. 381. Portanto, se a medida é destinada a esclarecer fatos, é preciso não interpretar a restrição legal de forma incompatível com o escopo do instituto, quando considerado em sua unidade. Isso quer dizer que algum alargamento dos fatos pelo requerido, desde que isso gravite em torno dos fatos postos pelo autor, afigura-se medida não só possível, mas desejável, sem que se contrarie a literalidade do texto.

Pensar de forma diversa seria dar azo a resultado ilógico: vedada de forma absoluta a ampliação dos fatos no mesmo processo, a solução seria a

remessa do réu para outra demanda probatória autônoma, em vias próprias. Mas, a simples *conexão* entre os fatos objeto da prova já seria suficiente para recomendar a reunião dos processos, conforme regra geral do art. 55, § 1.º, que continua a ser norma de direção processual, fundada em racionalidade e em economia. Assim, a ampliação acabaria por vir de qualquer forma, de modo até mais tortuoso. Portanto, quando o juiz tiver que decidir sobre eventual ampliação dos fatos, deve fazê-lo com ponderação, para que o indeferimento não seja mais prejudicial do que a admissibilidade.

Quanto à ampliação dos meios de prova, a lei também trouxe restrição: ela deve ser admitida desde que a produção não acarrete “excessiva demora”. Embora compreensível e louvável, a limitação, mais uma vez, deve ser interpretada de forma sistemática e teleológica. Delimitados os fatos, se a providência requerida for idônea ao esclarecimento pretendido, é irrelevante o tempo necessário para tanto. Então, a verdadeira questão não está no tempo, mas na adequação do meio de prova ao fato relevante.

Se a justificativa do instituto é o de esclarecer, para que as partes avaliem suas chances e riscos, então não se pode tratar a prova requerida – e o processo correspondente – como se eles fossem “do autor”. A prova, pelas razões já indicadas, é de interesse comum das partes e, mediatamente, afeta o interesse público. Mas, a limitação – a exemplo do que acima já foi dito – levaria à remessa do réu para uma demanda probatória separada. Contudo, a identidade de objeto (fatos) para os mesmos meios de prova acabaria por justificar a reunião. Na pior das hipóteses, uma prova recusada (no momento da antecipação) poderia ser requerida no bojo do processo declaratório e lá, seguramente, o argumento do tempo seria, no direito positivo brasileiro, totalmente irrelevante.

A rigor, o simples exercício do contraditório por parte do demandado tende a ampliar a atividade probatória a ser realizada. É pensar, no caso de prova oral, nas reperguntas que ao demandado será dado fazer às testemunhas; ou, no caso de prova pericial, na indicação de assistente técnico e especialmente na formulação de quesitos que, em última análise, estão diretamente ligados ao próprio objeto da prova.

Em suma: embora o juiz deva considerar o tempo necessário para a prova requerida pelo réu e por eventuais interessados, deve também atentar para a adequação da prova aos fatos objeto da instrução preliminar. E, como critério objetivo para aferir o possível excesso da delonga, recomenda-se que o juiz recorra à proporcionalidade entre o tempo necessário para a providência requerida pelo autor, de um lado, e aquela que o requerido pretende incluir, de outro. Diante de relevante desproporção, então a limitação – sem embargo da advertência feita anteriormente – pode ser ordenada.

Não há exigência legal – e nem haveria sentido que houvesse – para que a ampliação permitida pela lei venha sob a forma *dereconvenção*; nem para ampliação dos meios de prova, nem mesmo para eventual ampliação dos fatos (nos limites acima preconizados, diante da restrição legal). Admitir a reconvenção seria criar uma faculdade e um ônus não previstos pela lei.

17. Antecipação e poderes de instrução do juiz. As regras trazidas pelo CPC de 2015 abrem campo para uma nova concepção da instrução de ofício

pelo juiz: tal iniciativa – tradicionalmente concebida como instrumento a serviço da solução estatal a ser adjudicada às partes – passa a ter também o objetivo de fornecer aos interessados elementos que permitam avaliação de chances e de riscos em futuro processo. Naquela primeira e tradicional concepção, o juiz é o destinatário da prova; na segunda, destinatárias são as partes.

Mas, é preciso diferenciar essas duas vertentes. O poder de instrução dirigido ao julgamento estatal se dá no contexto de um processo já instaurado por iniciativa de um dos interessados e cujo objeto não é exatamente a produção da prova. Portanto, o exercício desse poder pode se dar fora dos limites dos requerimentos das partes; aliás, é justamente nisso que consiste a iniciativa oficial e é aí que residem a relevância e as dificuldades que permeiam o tema. Contudo, o mesmo não ocorre na antecipação da prova, em relação à qual o juiz não dispõe sequer de elementos para determinar quais os fatos relevantes e potencialmente controvertidos entre as partes (objeto da prova a ser produzida); e, mesmo que tivesse condições de sabê-lo, incidiria aí a vedação ao exercício espontâneo da jurisdição. Portanto, a antecipação da prova depende de iniciativa do interessado.

De outra parte, tanto que requerida em juízo a antecipação da prova, há margem para que o juiz eventualmente alargue o rol de medidas de instrução, desde que mantidos os limites fáticos estabelecidos pelas partes, para melhor investigá-los e registrá-los. Com efeito, seria incoerente aceitar que, no curso de processo instaurado para a declaração do direito, o juiz tem liberdade para determinar providências de instrução não requeridas pelas partes e que, no entanto, não poderia fazê-lo quando a prova é feita antecipadamente. Ainda que, pela circunstância da antecipação, admita-se ser mais difícil o exercício de tal iniciativa (quicá pela falta ou escassez de elementos para tanto), não parece haver razão relevante que estabeleça uma estrita e rigorosa observância, nesse caso, da regra de adstrição; salvo se a prova, em si mesma, puser em risco outros valores juridicamente protegidos.

Mas, a atuação oficial deve ser feita com cautela e apenas de forma subsidiária. No contexto de prova antecipada, há relativa indeterminação nos fatos relevantes; por isso é que a medida se destina a investigar e a revelá-los. Se o juiz ampliar os meios de instrução, há o risco de que acabe ampliando reflexamente o contexto fático; o que deve ser evitado, porque isso é ônus (de limitada possibilidade) dos interessados (infra n. 18). Além disso, a lei determina que a ampliação dos meios não acarrete “excessiva demora”. Ainda que essa regra deva ser interpretada com um grão de sal, é preferível deixar essa eventual dilatação ao réu e aos eventuais interessados.

Daí porque a intervenção deve ser subsidiária e limitada aos fatos postos pelas partes, inclusive para que sejam preservadas a isonomia e a imparcialidade. Quanto a esses dois aspectos, é irrelevante o fato de o juiz que preside a antecipação da prova não ser, eventualmente, o mesmo juiz a valorá-la no processo declaratório. É que a própria produção da prova exige imparcialidade do julgador e comprometê-la seria comprometer a própria eficácia e utilidade das medidas de instrução levadas a termo. O campo propício para a atuação oficial é a dos direitos indisponíveis e onde vigora desigualdade substancial entre as partes. Fora daí, é mais prudente atribuir aos interessados o ônus de alegar e de requerer.

18. Amplitude da defesa do demandado. O CPC de 2015 foi infeliz ao pretender restringir de forma supostamente absoluta a possibilidade de reação por parte do demandado (“não se admitirá defesa”), num dispositivo que soa incoerente e até infiel com os limites da antecipação da prova agora estabelecidos (art. 382, § 3.º). Mesmo na perspectiva do diploma legal anterior – que trata a medida como cautelar – a jurisprudência já reconhecia que ao demandado era facultada defesa, quando menos para alegação de matérias como incompetência, falta de interesse ou de legitimidade.

O dispositivo soa imperfeito desde logo, ao falar em “procedimento”; terminologia limitada e que não corresponde ao que está disciplinado na lei, abrangente de posições jurídicas que têm relevantes repercussões sobre prerrogativas situadas no plano material (intimidade, privacidade, sigilo, dentre outros). A lei parece sugerir que se trataria de “mero” procedimento de jurisdição voluntária, quando é fora de dúvida que a atividade realizada é tipicamente jurisdicional. Assim, a interpretação conforme a Constituição (art. 5.º, LIV e LV) autoriza dizer que a limitação ali estabelecida se justifica apenas no limite do que constou do § 2.º do art. 382 e considerando a circunstância de que no processo da antecipação não são valorados fatos e menos ainda resolvidas questões de mérito; exceto se para justificar a inadmissibilidade da prova ou de sua antecipação. Fora daí, a possibilidade de defesa e de exercício do contraditório pelo demandado deve ser ampla, como é a correspondente norma constitucional.

19. Possibilidade de recurso. Também foi infeliz a disposição que pretendeu restringir o cabimento de recurso, limitada que foi à hipótese da decisão que indeferir totalmente a produção antecipada da prova. De forma semelhante ao que foi dito sobre a defesa do réu, aqui a lei pareceu ignorar que o deferimento da antecipação pode violar direitos constitucionalmente assegurados, como sigilo, intimidade e privacidade. Ou seja: a lei parece ter partido da falsa premissa de que o deferimento da prova jamais poderia acarretar prejuízo para o demandado; o que é clamoroso equívoco.

Portanto, na premissa de que a decisão que deferir a prova também pode ensejar interesse recursal, a supressão legal – tanto mais porque gera injustificado desequilíbrio entre os litigantes – deve, mais uma vez, ser interpretada à luz da Constituição Federal e dos limites trazidos pelo § 2.º do art. 382: só não há interesse recursal para tratar de aspectos relativos à valoração da prova ou ao mérito da decisão (salvo, de novo, se isso levar à inadmissibilidade da prova ou de sua antecipação). Em último caso, se não couber recurso, haverá de caber medida impugnativa autônoma.

Além disso, no curso do processo é possível, em tese, que haja atos de caráter decisório – sobre competência, composição da relação processual, de deferimento ou indeferimento de quesitos, de nomeação de perito incapaz ou suspeito, apenas para ilustrar – a gerar prejuízo imediato e não apenas potencial. Eles ensejarão recurso de agravo na forma de instrumento, pela simples razão de que, como a sentença nada resolverá sobre o mérito, isso tende a tornar realmente desnecessário eventual recurso de apelação; donde não haver como concentrar a impugnação para o final. Nem seria sustentável – porque irracional – que o autor tivesse a faculdade e ônus de apelar exclusivamente para suscitar as irregularidades cometidas ao longo do processo.

CPC/1973

Art. 851. Tomado o depoimento ou feito exame pericial, os autos permanecerão em cartório, sendo lícito aos interessados solicitar as certidões que quiserem.

Sem correspondência

CPC/2015

Art. 383. Os autos permanecerão em cartório durante um mês para extração de cópias e certidões pelos interessados.

Parágrafo único. Findo o prazo, os autos serão entregues ao promovente da medida.

20. Encerramento da prova e sentença homologatória. Finda a atividade probatória preliminar, o processo se extingue, com a prolação de sentença. Embora a lei não empregue a terminologia, é possível continuar a dizer, como no sistema precedente, que o juiz se limita a “homologar” a prova produzida. Como a lei estabeleceu, não haverá pronunciamento sobre a ocorrência, ou não, de fatos; menos ainda sobre suas projeções jurídicas – salvo se isso for fundamento para se reputar a prova inadmissível.

Embora a lei tenha limitado o cabimento de recurso, ao menos em tese a sentença comporta apelação, desde que observados os limites do § 2.º do art. 382 e até mesmo para fazer valer a regra: basta figurar a hipótese em que o juiz, incorretamente, tenha avançado sobre o mérito ou sobre o conteúdo da prova. Apenas é preciso reiterar que as decisões interlocutórias proferidas no curso do processo são impugnáveis de imediato, quer por agravo de instrumento, quer eventualmente por ação autônoma de impugnação. Seria irracional restringir os recursos incidentais e admitir a apelação apenas para discutir questões enfrentadas ao longo do processo (infra n. 21).

Mas a validade e a eficácia da prova (como já se entendia na vigência do diploma anterior) não dependem da homologação. Pode inclusive ocorrer que uma das partes pretenda se valer dos elementos colhidos – mas ainda não “homologados” – para determinado fim (por exemplo, pleitear antecipação de prova em outro processo).

A eficácia da prova perdura por tempo indefinido, respeitados os prazos extintivos do direito material aplicáveis aos fatos objeto da atividade de instrução realizada. Não há o ônus de propositura de “ação principal”.

21. Despesas e honorários. À míngua de regra específica, a atribuição de custas e honorários às partes deve inicialmente ser buscada na regra geral, segundo a qual o “vencido” deve pagar ao vencedor as despesas que adiantou (art. 82, § 2.º) e honorários advocatícios (art. 85, *caput*). É preciso, contudo, partir das premissas de que a demanda probatória (i) goza de autonomia, não estando necessariamente condicionada a uma demanda “principal” – ainda quando deferida com base no perigo da demora; e (ii) tem caráter dúplice (supra n. 17); (iii) não consiste em “mero” procedimento de jurisdição voluntária.

Na produção antecipada de prova, a qualidade de “vencido” não pode ser relacionada ao julgamento do mérito, porque ele não ocorre nesse processo.

Por outro lado, sob a ótica da causalidade (e na premissa de que a medida tenha sido admitida), tampouco se pode dizer que a simples iniciativa do autor, de requerer a antecipação da prova, transfira para o réu a responsabilidade pelos encargos. Nem mesmo o inverso é correto: a iniciativa da antecipação não faz do autor o único interessado na prova. Por isso, não é correto atribuir-lhe o ônus de antecipação das despesas (art. 82, *caput*), pura e simplesmente, porque isso seria negar o caráter autônomo do direito à prova e a circunstância de que a vantagem sobre “o prévio conhecimento dos fatos” é bilateral.

Em qualquer caso, a solução será, então, (i) repartir as despesas e (ii) atribuir a cada parte o ônus de suportar a verba honorária de seu advogado (não se trata de compensação, que a lei vedou).

Quanto às *despesas*, se houver concordância do réu com a antecipação da prova, não há dúvida quanto ao rateio. Aplica-se aí raciocínio semelhante ao que parte da jurisprudência adotou para o processo de apuração de haveres, pelo reconhecimento do interesse recíproco das partes (tratar-se-ia de “mero acerto”). Mas, mesmo que o requerido se oponha à antecipação da prova, não é correto transferir o encargo integralmente para o réu porque, ainda que resistência não houvesse, o autor teria que se valer do processo para produzir a instrução preliminar de todo modo. Quando muito, se ficar demonstrado que a resistência do réu gerou despesa adicional, talvez ela possa, em cada caso concreto, ser exclusivamente atribuída ao demandado, pela regra de causalidade.

Quanto aos honorários, o raciocínio é o mesmo: eventual aquiescência ou resistência do demandado são irrelevantes porque a prova terá que ser produzida de todo modo. De qualquer forma, se a resistência gerar trabalho expressivamente superior, sem prejuízo de eventual sanção por litigância de má-fé, poderá então haver condenação ao pagamento de honorários, que deverão ser arbitrados com ponderação, atentando-se apenas para o acréscimo que a resistência do réu teria acarretado.

22. Sanções e responsabilidade civil. A aceitação de que a atividade probatória – especialmente quando objeto principal do processo – tem natureza jurisdicional e de que representa um ônus não apenas para o Estado, mas para as partes, leva à conclusão de que ela não é neutra e, pelo contrário, pode gerar prejuízos pelos quais a parte causadora deve responder. Trata-se de responsabilidade objetiva, que dispensa a alegação e prova de culpa; bastam o nexo e o prejuízo. Para tanto, não é preciso invocar a responsabilidade civil estabelecida para os casos de tutela de urgência (art. 300 do CPC/2015), porque a antecipação da prova não tem tal natureza. Por outro lado, como se trata de ação dúplice, a potencialidade para gerar dano é tanto do autor, quanto do requerido.

O maior problema parece estar em como e em que sede apurar e mensurar eventual dano; com a quantificação da correspondente indenização. É que, no processo em questão – tanto que admitida a prova – não há propriamente vencedor e vencido, conforme considerações feitas acerca de despesas e honorários (*supra* n. 21). É mais provável que eventual dano venha a emergir em processo declaratório (em sentido amplo), no qual a prova venha a ser empregada. Mas, não se descarta que no próprio processo

de produção antecipada de prova tal constatação seja feita. É pensar em casos em que a parte, uma vez autorizada a examinar documentos, extrapole os limites da decisão. Nessa segunda eventualidade, o abuso deve ser reconhecido na sentença, para que se proceda a subsequente liquidação, para apuração da correspondente indenização.

WILLIAM SANTOS FERREIRA

Doutor e Mestre pela PUC-SP. Professor de Direito Processual Civil na Graduação, Mestrado e Doutorado da PUC-SP. Coordenador de contencioso judicial e arbitral da Pós-graduação *lato sensu* de Direito Imobiliário da PUC/SP-COGAE. Membro Efetivo do IBDP. Diretor de Relações Institucionais do CEAPRO. Sócio Benemérito da Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC). Advogado.

CPC/1973

Sem correspondência

CPC/2015

Seção III Da Ata Notarial

Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.

Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.

1. Ata notarial – antecedentes históricos e surgimento no Brasil. O art. 364 do CPC/1973 estabelecia que o documento público faz prova do ato que constitui e também dos fatos que o tabelião declarar que ocorreram em sua presença. Diante da denominada *fé pública* os atos descritos pelo tabelião detém *presunção relativa* de autenticidade, admitindo prova em contrário. Conforme Paulo R. Gaiger Ferreira e Felipe Leonardo Rodrigues, a Corregedoria Geral da Justiça do RS conceituou pela primeira vez ata notarial, declarando-a extraprotocolar e que deveria “conter: local, data e hora de sua lavratura, nome e qualificação do solicitante, narração circunstanciada dos fatos, declaração de leitura ao solicitante e testemunhas eventualmente presentes, assinatura do solicitante e do tabelião, com seu sinal público” (*Ata Notarial – doutrina, prática e meio de prova*, p. 70). E seguem explicitando que a Lei 8.935, regulamentando o art. 236 da CF/1988 regulando os serviços notariais e de registro, no art. 7.º dispôs que é da competência dos tabeliões de notas lavrar atas notariais e a partir daí obteve esparsas previsões em normas administrativas, mas é pouco utilizada e tem raro apreço dos tabeliões brasileiros. A redação originária do Projeto do Senado, continha um equívoco grave que era admitir ata notarial para “fato considerado controvertido e que apresente relevância para alguém” o que poderia trazer uma série de problemas práticos graves, pois não cabe ao Tabelião formular juízo de valor sobre relevância ou não, ou se o fato é controvertido ou não. Do mesmo modo não havia nenhuma previsão admitindo que fizesse parte da ata notarial dados de som e imagem mantidos por meio eletrônico, pelo que sugerimos na