

ATA NOTARIAL: MEIO DE PROVA NO PROCESSO CIVIL E O “DISCLOSURE”

NOTARIAL MINUTES: MEANS OF EVIDENCE IN THE CIVIL PROCEDURE AND THE "DISCLOSURE"

Caio Peralta¹

Guilherme Amorim Campos da Silva²

RESUMO: Este artigo científico pretende refletir sobre os limites do uso da ata notarial enquanto prova no processo civil: considerando-se o dever de cooperação que rege o Código de Processo Civil de 2015 e o direito fundamental de não auto incriminação, dialogando com a perspectiva do direito anglo saxão sobre o full disclosure e privilégios probatórios. Além disso, reflete-se sobre o uso das atas notariais sob o contexto da mediação e a implementação de protocolos pré processuais no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Ata Notarial - Disclosure - Direito a Não Auto Incriminação - Dever de Cooperação - Limites.

ABSTRACT: This scientific paper aims to study about limits of notary minute use as evidence in civil procedure: considering the duty to cooperate established in the Civil Procedure Code of 2015 e and the right of protection against self incrimination, dealing with the common law perspective regarding disclosure and evidentiary privileges. Moreover, reflects about notary minute use under the mediation context and adopting pre action protocols in Brazil.

KEYWORDS: Notary Minutes - Disclosure - Right of Protection against self incrimination - Duty to cooperate - Limits

¹ Mestrando em Direito na Linha de Pesquisa “Justiça e Paradigma de Eficiência” da Universidade Nove de Julho. Procurador do Município de Carapicuíba/SP. Advogado.

² Doutor em Direito do Estado (2010) e Mestre em Direito Constitucional (2002) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, é professor permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho. Advogado.

INTRODUÇÃO

A atividade notarial no Brasil constitui importante instrumento do sistema judiciário. Não há como afastar sua indispensabilidade para a pacificação social e para assegurar a segurança jurídica dos atos jurídicos cotidianamente praticados.

A atuação imparcial³ do notário, para que a litigiosidade entre particulares possa ser atenuada, confere aos negócios jurídicos privados a necessária clareza e segurança jurídica. Em um país com intensa judicialização de conflitos, em que o Poder Judiciário se vê, cada vez mais, instado a buscar formas de dar vazão à demanda crescente, com a adoção de medidas de inteligência artificial e processo eletrônico⁴, a atuação notarial merece especial atenção.

As atas notariais, nesse sentido, enquanto atos típicos da atividade notarial são elementos indispensáveis para, inclusive, dotar de mais qualidade a construção da verdade perante qualquer poder do Estado: processo administrativo, penal ou civil. Tratam-se de fatos jurídicos que são autenticados, na forma do art. 6º, inc. III da Lei 8.935/94 e que, com isso, são dotados de eficácia probatória⁵, estando à disposição dos administrados para preservação de seus direitos.

Neste estudo reservou-se a atenção, entretanto, ao processo civil, muito pela expressa previsão na Seção III no Capítulo XII do Código de Processo Civil de 2015, a qual relacionou a ata notarial como espécie probatória. Não que, anteriormente, as atas notariais não fossem admitidas como provas, haja vista a previsão do art. 364 do Código de Processo Civil de 1973, Normas das Corregedorias dos Tribunais de Justiça do Estado e do art. 6º, inc. III da Lei 8.935/94⁶. Aliás, a localização no art. 384 do Código de Processo Civil de 2015, logo após a Seção II que trata da produção antecipada de provas, revela a importância que o legislador dotou este meio de prova como evidência produzida de forma pré-processual.

Com o crescente uso dos meios eletrônicos para realização de atos da vida privada, as atas notariais se revelaram essencial instrumento de modo a autenticar fatos neles ocorridos,

³ BRANDELLI (2011)

⁴ DEZEM (2018)

⁵ FERREIRA (2016)

⁶ BRANDELLI (2004)

preservando-se direitos e configurando meio de prova ideal, devido as características fluídas das relações mantidas no meio eletrônico

Nesse contexto, a disciplina da ata notarial como meio de prova no processo civil merece importante reflexão, principalmente, no que se refere ao dever de cooperação que rege o Código de Processo Civil e os limites impostos a dilação probatória, com a expressa previsão do direito a não auto incriminação, reproduzida no art. 379, *caput* do Código de Processo Civil de 2015.

I. DA ATA NOTARIAL: CONCEITO E PRINCÍPIOS

A ata notarial constitui um instrumento público por meio do qual o notário capta e apreende determinado ato ou fato e o translada para o documento público. Ante a fé pública que lhe é investida por Lei, o notário autentica tais fatos por meio de seus sentidos, efetuando a narração deles em documento próprio, não devendo nele contaminar de interpretações, adaptações ou valorações⁷.

Num primeiro momento, pode ser objeto de ata notarial aquilo que não for objeto de escritura pública, instrumento no qual haverá manifestação de vontade recebida pelo notário. Isto é, pode o tabelião constatar um fato em que há manifestação de vontade entre as partes, mas ele não é o receptor dessa declaração. Trata-se por, por exemplo, de uma conversa por meio de aplicativo de mensagens instantâneas por meio do qual uma forma de pagamento foi entabulada entre as partes. No instrumento lavrado constará uma manifestação de vontade, típico da comunicação humana, que, entretanto, terá se dado entre o emissor e receptor sem a intervenção do notariado.

BRANDELLI⁸ ressalva que a ata notarial não pode cuidar daqueles negócios jurídicos que exigem a forma pública para se aperfeiçoar e produzir os efeitos que deles se esperam, como a compra e venda de bens imóveis acima de 30 salários mínimos, prevista no art. 108 do Código Civil.

É preciso lembrar que a atividade notarial é norteada por princípios jurídicos previstos no ordenamento jurídico nacional, sendo de rigor partir da análise do texto constitucional.

⁷ *Op. Cit.*

⁸ *Op. Cit.*

Primeiramente, é de sobrelevar o teor do art. 19 da Constituição da República que veda aos entes federativos recusar fé aos documentos públicos. Há que se lembrar que a fé pública é um dos principais pilares de atuação dos serviços notariais. Além disso, o art. 236 também da Constituição é importante por prever a delegação do Poder Público para sua prestação em caráter privado. Com isso, o teor do art. 37, *caput* da Constituição também regerá a atuação notarial:

- a) princípio da legalidade: o notário deve atuar conforme a Lei, praticando os atos de acordo com a formalidade exigida, sob pena sua responsabilidade civil e criminal. Entretanto, se presenciado um fato ilícito a ata notarial poderá ser lavrada. O item 141.1 do Capítulo XVI das Normas de Serviços dos Cartórios Extrajudiciais - Tomo II do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo prevê expressamente tal possibilidade⁹. Aliás, trata-se de importante instrumento a permitir a prova do fato constatado para fins de responsabilização.
- b) princípio da impessoalidade: o notário deve atuar de forma neutra, não podendo contaminar a ata notarial de juízo de valor ou de interpretação do fato, como antevisto. Entretanto, enquanto profissionais de Direito, os notários devem assessorar as partes que os provocam quanto ao melhor ato notarial e advertir sobre as consequências legais dos atos.
- c) princípio da moralidade: os notários estão vinculados aos padrões morais exigidos nas condutas dos agentes públicos. Não por outro motivo são dele exigidos um comportamento profissional e privado compatível com a delegação, na forma do art. 30, inc. V da Lei 8.935/94, além de fiscalização de tributos incidentes dos atos por eles praticados (art. 30, inc. XI da Lei 8.935/94) e a observância dos emolumentos dos atos praticados (art. 30, inc. VIII da Lei 8.935/94). Há outros comportamentos, mas estes apenas exemplificam a carga moral e ética exigida da prática dos atos notariais;
- d) princípio da publicidade: os atos notariais serão em regra públicos, na forma do art. 17 da Lei 6.015/73, cuja interpretação é conjugada com o art. 5º, inc. XXXIII e art. 37, § 3º, II, ambos da Constituição da República. No entanto, conforme lembra FERREIRA¹⁰,

⁹ BRANDELLI (2004) e FERREIRA (2016).

¹⁰ FERREIRA (2016)

a publicidade dos atos notariais não é irrestrita, pois o direito à intimidade e a vida privada devem ser preservados pelo notário (art. 30, inc. VI da Lei 8.935/94). O item 2.1 do Capítulo XVI das Normas de Serviços dos Cartórios Extrajudiciais - Tomo II do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo é clara nesse diapasão. Há que se ter, nesse sentido, atenção ao tratamento dessas informações pelo Tabelionato de Notas, para fins da Lei 13.709/18 e Provimento 74/18 do Conselho Nacional de Justiça.

- e) princípio da eficácia: por decorrência lógica o ato notarial a ser praticado deve ser aquele mais adequado e econômico à situação fática, cabendo ao notário zelar para que se ultime esta situação.

Além destes princípios, há os princípios típicos do direito notarial que regem a lavratura das atas notariais e cuja análise se revelam imprescindíveis para entendimento do papel das atas notariais para fins de prova no processo civil:

- a. princípio da segurança jurídica: este princípio tem seu fundamento no próprio Estado Democrático de Direito, consoante os arts. 1º, *caput* e 5º, *caput*, ambos da Constituição da República e garante que o notário ao autenticar determinado fato este goza de certeza. Com isso, a Constituição ao delegar tal função garante ao tabelião um instrumento hábil a gerar pacificação na sociedade, dotando-se o instrumento de uma presunção de validade do seu teor. É relevante notar que a segurança se presta tanto ao Estado que confere a fé pública ao ato quanto aos particulares que tem a expectativa de que com a constatação de determinado ato ou fato, desfrutem de maior relevância se necessárias para resolução de eventual conflito. Para tanto, o ato notarial será lavrado de acordo com determinada solenidade a fim de que justamente a segurança jurídica dele esperada possa se concretizar.
- b. princípio da forma: trata-se de consequência da segurança jurídica que é dotada a atividade notarial. Assim, sobre a ata notarial há uma presunção de veracidade e de existência dos fatos nela descritos, na forma dos arts. 215 do Código Civil, e 374, inc. IV e 405, ambos do Código de Processo Civil. Trata-se de presunção relativa, mas cujo efeito prático será, como veremos a seguir, de inversão do ônus da prova.
- c. princípio da imediação: o tabelião deve estar próximo às partes e aos fatos e tal contato pode se dar por prepostos (art. 20, Lei 8.935/94), não carecendo, inclusive, do contato

- físico. A Resolução 100/20 do Conselho Nacional de Justiça estabeleceu a possibilidade de lavratura de atos notariais eletrônicos, mediante contato por videoconferência com as partes, utilizando-se de assinaturas digitais por meio dos certificados digitais.
- d. princípio da rogação: o tabelião não age de ofício. Isto é, este deve aguardar a provocação das partes, delas se aproximar para que possa entender a situação fática e pretensão. Este requerimento pode ser verbal, mas haverá situações em que o Tabelião poderá exigir que este seja formalizado. Trata-se de importante princípio quando se reflete que o fato constatado pode ter diversas implicações jurídicas, inclusive, ao requerente.
 - e. princípio do consentimento: a parte deve consentir com o ato notarial. Ainda na ata notarial o requerimento para lavratura da ata pode ser interpretado como consentimento para sua realização, mas, ainda assim, deve ser lido com consenso, vez que a despeito da fé pública, não há como o tabelião agir de ofício ou expondo ato de que deva guardar sigilo.
 - f. princípio da unidade formal do ato: a lavratura da ata notarial não há que se dar de forma encadeada por um rito pré-estabelecido. Pode ser que haja sucessivos atos que nela sejam necessários constar, ou que haja solicitação para que se aguarde sua lavratura. Bastará ao notário que tudo documente no ato a fim de preservar a autenticidade dos fatos.
 - g. princípio da notoriedade: as atas notariais irão constar fatos que de forma direta ou indireta chegaram ao conhecimento do notário que a eles conferirá veracidade e exatidão.
 - h. princípio da matricidade: de acordo com este princípio, os atos notariais são registrados em determinados livros, de modo que haja sua preservação e garanta-se a sua publicidade.

O quadro principiológico e sua reflexão sobre a ata notarial se revela essencial para que possa depreender de qual meio de prova está a se tratar no processo civil. Não se pretendeu esgotá-los, mas indicar os mais importantes a fim de compreensão do instituto e o tratamento que merece receber no processo civil.

II. ATA NOTARIAL: MEIO DE PROVA NO PROCESSO CIVIL

A ata notarial, por definição, é um documento testemunhal por meio do qual o notário infere determinados fatos e os narra em seus livros de notas ou outro documento a inaugurar uma prova pré-constituída. Nesse sentido, o Código de Processo Civil, em seu artigo 384, esclarecendo a finalidade da ata notarial, previu que a existência ou o modo de existir de um determinado fato podem ser documentados, **mediante requerimento do interessado**, em ata lavrada por tabelião.

Com a devida vênia, a previsão do ordenamento processual não implica em inovação do conceito de ata notarial. No entanto, a despeito da vigência do princípio da rogação, há que se questionar se a ata notarial poderá ser empregada por terceiro interessado. Este questionamento será adiante tratado, mas será que uma ata notarial a requerimento de uma parte poderia ser trazida aos autos por terceiro contra esse interessado, que requereu sua lavratura?

O Código de Processo Civil traz, como um dos principais motes do diploma, o dever de cooperação estabelecido no art. 6º. Este dever informa inclusive a instrução probatória, com o intuito de garantir a paridade de armas, estimulando o diálogo entre as partes e Estado-Juiz¹¹. De acordo com MARINONI¹², as partes tem o dever de colaborar com o Poder Judiciário para que a verdade no processo civil seja construída. Não há propriamente um direito de esconder determinada evidência porque lhe é prejudicial¹³.

É bem certo que é preciso refletir qual a verdade é buscada no seio do processo civil. De acordo com MARINONI¹⁴, não há uma distinção entre a verdade aferida no processo civil, penal ou administrativo. Ocorre que a construção dela dificilmente reproduzirá aquilo que de fato ocorreu, vez que será obtida a partir de documentos, testemunhos e prova pericial e demandará a interpretação do Juiz. Este, por sua vez, além das provas nos autos produzidas, por vezes, a partir de impressões de terceiros, também contará com o contexto social, político e histórico do julgador.

¹¹ MITIDIERO (2015)

¹² MARINONI (2017)

¹³ *Op. Cit.*

¹⁴ *Op. Cit.*

FOUCAULT¹⁵ recupera que um dos primeiros instrumentos para construção da verdade utilizados na história foi o inquérito, no transcorrer da idade média. O conhecimento nela produzida, conforme este filósofo, também decorre de relações de poder e de violência e, com isso, é parcial e parte de uma perspectiva. Um testemunho poderia ser obtido mediante uma ameaça de tortura.

Além disso, lembra FOUCAULT¹⁶ que, durante o período feudal, pouco importaria a verdade, mas o peso e a importância dada ao que era dito. Para apenas se ter uma ideia, é lembrado que para se aferir se era verdadeiro o que havia sido dito, a pessoa deveria repetir o testemunho sem erros. Haveria, ainda, o sistema de duelos e batalhas que definiria quem diria a verdade. Com o passar do tempo, aparece a figura do procurador que era colocado pelo soberano ao lado da vítima, apropriando-se do procedimento judiciário. Ato contínuo, por meio do confisco de bens da parte apontada como responsável pelo soberano, procedia-se à reparação.

Nesse sentido, o art. 378 do Código de Processo Civil reforça o teor do art. 6º do diploma adjetivo e estabelece que ninguém exime de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade. A ata notarial, enquanto meio de produção antecipado de prova, se revela importante ferramenta para emprego no processo civil, em vista a possibilidade de perecimento de alguns fatos até a ocasião do saneamento do processo e dilação probatória.

Ao mesmo tempo, há que se considerar que a ata notarial é prova unilateral¹⁷ que irá submeter-se ao crivo do contraditório no bojo da relação processual. Os fatos nela contidos poderão ser contrapostos por meio de outras provas visto que possuem presunção relativa de veracidade, sendo admissível, portanto, prova em sentido contrário, eis que *iuris tantum*. De igual modo, a sua força probante é inegável, conferindo-na uma forte carga valorativa ao magistrado¹⁸.

Contudo, tornar-se a questionar: considerando os princípios da rogação e da unidade formal do ato que regem a lavratura da ata notarial, o emprego dela por terceiro contra aquele que a requereu, no processo civil é possível?

¹⁵ FOUCAULT (2003)

¹⁶ *Op. Cit.*

¹⁷ DIDIER JR. (2015)

¹⁸ BONIZZI (2017)

Para responder essa formulação é de rigor também considerar o teor do art. 379, *caput* do Código de Processo Civil que ressaltou a garantia fundamental a não auto incriminação do art. 5º, inc. XLIII da Constituição da República ao prever o quanto a seguir transcrito: “Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte:”. Trata-se do princípio “*nemo tenetur se detegere*”, objeto de profunda análise no processo penal¹⁹.

Aliás, o direito a não auto incriminação está também previsto no art. 8º, § 2º, letra “g” da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Direito esse também compreendido no próprio direito à defesa e ao devido processo legal²⁰.

Parte da Doutrina²¹²² sustenta que a redação do *caput* não pode implicar num “direito ‘fundamental’ à não colaboração”, estimulando-se a chicana processual e permitindo-se a litigância de má-fé. MARINONI²³ ressalva que este direito não autoriza o direito à mentira pela parte. Há, no entanto, corrente doutrinária que entende que o princípio do “*nemo tenetur se detegere*” está restrito a provas que tenham reflexos criminais²⁴. Por outro lado, há entendimento²⁵ de que a postura ativa da parte no transcorrer da instrução criminal não pode implicar na necessidade de produção de provas contra si²⁶.

Ao analisar o dispositivo processual, MARINONI²⁷ menciona a inspiração no direito anglo saxão e o conceito de “*evidentiary privileges*”, aduzindo que naquele sistema seria admitido a ausência de colaboração com o Poder Judiciário. Mas teria o sistema processual brasileiro incorporado tal instituto do direito anglo saxão? Aliás, com a adoção do dever de colaboração estabelecido no art. 6º e reforçado pelo art. 378, ambos do Código de Processo

¹⁹STF, Pleno, RE 971.959/RS, Rel. Min. Luiz Fux, v.p.m., d.j. 14.11.2018. O pleno do Supremo Tribunal Federal ao enfrentar a constitucionalidade do art. 305 da Lei 9.503/97, discutiu, “*obiter dictum*” o direito a não produzir provas contra si, sendo que o voto do Min. Celso de Mello dispõe que o art. 5º, inc. LXIII da Constituição produz seus efeitos a toda atividade estatal.

²⁰ QUEIJO (2012)

²¹ MARINONI (2017)

²² NERY JUNIOR (2020)

²³ *Op. Cit.*

²⁴ MEDINA (2021). Nesse sentido, são os enunciados 31 da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal (A compatibilização do disposto nos arts. 378 e 379 do CPC com o art. 5º, LXIII, da CF/1988, assegura à parte, exclusivamente, o direito de não produzir prova contra si quando houver reflexos no ambiente penal.) e 51 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (A compatibilização do disposto nestes dispositivos com o art. 5º, LXIII, da CF/1988, assegura à parte, exclusivamente, o direito de não produzir prova contra si em razão de reflexos no ambiente penal.).

²⁵ AMARAL (2015)

²⁶ STJ, 5ª Turma, AgRg no RHC 100332/PR, Rel. Min. Felix Fischer, v.u., d.j. 30.05.2019.

²⁷ MARINONI (2017)

Civil, teria o sistema processual adotado o “full disclosure” também do direito anglo saxão? Haveria, então, algum limite ao uso da ata notarial contra a parte que a requereu?

III. EVIDENTIARY PRIVILEGES E FULL DISCLOSURE: REFLEXÕES

Primeiramente, para que se possa compreender do que se tratam o “evidentiary privileges” e “full disclosure” adotou-se, nessa senda, a análise do processo civil inglês, sob a interpretação de Neil Andrews²⁸. Trata-se de ressalva importante a fim de delimitar o recorte a seguir realizado.

Além disso, há que se refletir sobre as peculiaridades dos institutos antes de imaginar sua aplicação na sistema brasileiro, conforme os alertas que LIMA²⁹ faz ao comparar o sistema acusatório nacional e americano.

Desse modo, NEIL³⁰ conceitua os “evidentiary privileges” ou privilégios probatórios, no direito inglês, como uma imunidade à obrigatoriedade a fornecer informações pelas partes durante a audiência de instrução e julgamento ou no transcorrer do processo legal. O processo legal contempla algumas etapas protocolares pré-processuais. Nessas etapas, as partes se comprometem a promover o “full disclosure”, isto é, o compromisso das partes em exibirem, reciprocamente, as provas e informações que seriam utilizadas em eventual litígio judicial.

Este sistema pré-judicialização pretende evidenciar às partes as probabilidades de êxito e, com isso, estimular a pactuação de acordos e evitar os julgamentos “emboscada”, em que a parte é surpreendida em juízo com provas e, por vezes, não há tempo hábil para se defender. Além disso, pretende-se garantir a paridade de informações, bem como instruir o processo com o máximo de informações para que, se necessário, o mérito possa ser enfrentado de forma célere e com ampla cognição.

Os protocolos previstos no direito inglês antes da judicialização do litígio estabelecem obrigações que sejam cumpridas pelas partes. Os documentos e informações somente podem ser utilizados no processo a menos que: o documento ou informação for lido em uma audiência pública; haja permissão do Tribunal; ou a parte que exibiu o documento ou aquela que pertencer

²⁸ NEIL (2019)

²⁹ LIMA (1999)

³⁰ NEIL (2019)

dê o seu consentimento. Portanto, o “disclosure” apenas se aplicará àquele processo, a menos que algumas das hipóteses de ressalva ocorram. Esse ambiente “pre action” pretende criar a confiança necessária para que haja a solução do conflito.

Há também audiências “pre action” em que depoimentos são colhidos na forma de declarações jurídicas. Medidas cautelares como a indisponibilidade de bens, arresto de bens e preservação de provas (mandados de busca e apreensão) também são possíveis na fase de prejudicialização. Além disso, a “English High Court” também pode expedir ordens de indisponibilidade de bens e de medidas de “disclosure” para serem cumpridas em outras jurisdições, que não necessariamente tenham admitido os protocolos ingleses.

Há também, no transcorrer da fase “pre action”, a possibilidade de ser expedida ordem para que terceiros cooperem e deem informações e documentos, elucidando os fatos. Por outro lado, há uma preocupação com eventuais relações de confidencialidade mantidas entre as partes e terceiros, tais como o sigilo empresarial ou relações profissionais tais como médicos e pacientes. Nesses casos, uma ordem especial pode ser dada, contanto que não haja outra alternativa para obtenção da informação, esta corra o risco de perecer e a quebra do sigilo seja de fato necessária, tendo em vista a classe dos destinatários.

Uma importante consequência para as partes que descumprem as regras protocolares é a elevação dos custos do litígio. NEIL³¹ ressalva que os custos para litigar na Inglaterra são altos, tornando essa sanção eficaz.

Embora a cooperação entre as partes seja um dever, há uma preocupação das cortes inglesas em coibir o denominado “fishing”, principalmente, nos litígios empresariais com o escopo de conter as especulações e ameaças no curso do “disclosure”.

NEIL³² aponta que a “disclosure” no Poder Judiciário encarece a sua execução, pois tudo que deveria ter sido feito no “pre action” ocorre de uma só vez, gerando sobrecarga. Com os protocolos, a “disclosure” ocorreria de forma automática, diminuindo-se os custos.

Advém do direito inglês a previsão de determinadas situações em que as partes poderão se recusar a cumprir com o dever de cooperação. Estes privilégios probatórios compreendem: privilégio de orientação jurídica (relações entre cliente e advogado); privilégios de litígio

³¹ *Op. Cit.*

³² *Op Cit.*

(documentos elaborados para integrar um processo civil ou criminal pendente); privilégio de comunicação (documentos que compõe a negociação de acordos com sigilo); privilégios de mediação (documentos que compuseram as tratativas de mediação e conciliação); privilégios contra a autoincriminação; e a imunidade contra interesse público (questões de sigilo de Estado, por exemplo).

Será que é possível harmonizar estes institutos típicos do sistema “common law” com o sistema processual brasileiro? Com esse intuito, é que foi celebrada a Convenção sobre a obtenção de provas no estrangeiro em matéria civil ou comercial, em Haia, no ano de 1970. De lá para os dias de hoje é impossível ignorar os inúmeros avanços tecnológicos e intensa internacionalização que o mundo viveu.

O Brasil incorporou este tratado ao ordenamento interno por meio do Decreto nº 9.039/17, tendo optado por fazer a declaração de que trata o art. 23³³, ou seja, de que cartas rogatórias expedidas para fins de “pre-trial discovery of documents” não seriam aqui cumpridas. No exercício de sua competência para processar a concessão de “exequatur” às cartas rogatórias³⁴, o Superior Tribunal de Justiça³⁵ vem admitindo que a produção de provas no Brasil em face de particular não seja indiscriminada, em que pese o dever de cooperação que rege o Código de Processo Civil. Nesse sentido, a própria Corte superior também aponta como limite probatório o direito a não autoincriminação previsto no art. 379 do Código de Processo Civil.

Por esse ângulo, CURY³⁶ defende que o “disclosure” estaria previsto no art. 381 do Código de Processo Civil ao permitir que provas produzidas de forma antecipada sejam produzidas e utilizadas nos centros judiciários de solução consensual de conflitos (CEJUSC)³⁷. De acordo com ele, as provas antecipadas induziriam as partes ao acordo.

³³ Os Estados Contratantes podem, no momento da assinatura, ratificação ou adesão, declarar que não cumprirão as Cartas Rogatórias que tenham sido emitidas com o propósito de obterem o que é conhecido, nos países de **Common Law**, pela designação de “**pre-trial discovery of documents**”.

³⁴ Arts. 105, inc. I, alínea “i” da Constituição da República e 26 e ss. do Código de Processo Civil.

³⁵ AgInt na Carta Rogatória nº 14.548-EX, Corte Especial, Rel. MIn. João Otávio de Noronha, v.u., d.j. 07.04.2020. AgInt na Carta Rogatória nº 13.193-EX, Corte Especial, Rel. MIn. João Otávio de Noronha, v.u., d.j. 26.11.2019. AgInt na Carta Rogatória nº 13.192-EX, Corte Especial, Rel. MIn. João Otávio de Noronha, v.u., d.j. 13.08.2019.

³⁶ CURY (2017)

³⁷ Art. 165 e ss. do Código de Processo Civil.

A partir dessa perspectiva, há de se destacar que vigora em nosso ordenamento jurídico também um “privilégio de mediação” para as provas produzidas no transcorrer do procedimento de mediação, na forma do art. 30, § 2º da Lei 13.140/15. Entretanto, este privilégio não afasta o dever de informações à Administração Tributária e nas hipóteses de ocorrência de crimes de ação penal pública.

CURY³⁸ defende, ainda, a necessidade de edição de lei federal, ante a competência³⁹ para tratar de direito de processo civil para que se possa tratar do estabelecimento dos protocolos “pré-processuais”⁴⁰.

IV. ATA NOTARIAL: “DISCLOSURE”

A ata notarial constitui inequívoco instrumento de produção de prova antecipada extrajudicial. Como tal, exerce a função de permitir que as informações sejam apuradas de forma ampla, com os atributos inerentes da atividade notarial, quais sejam: segurança jurídica, imparcialidade, rogação e imediação. Com a inerente fé pública dos fatos e atos autenticados no documento, a presunção de veracidade afastar estéreis discussões para fins de construção da verdade nos processos.

Como antevisto, os notários, assim como os magistrados⁴¹, também estão sujeitos a interpretação dos fatos, devido a influências de seu contexto político, social e de valores. Entretanto, a ata notarial pode ser considerada como importante ferramenta a ser utilizada para indução a acordos, redução da judicialização e de custos para pacificação social.

Os direitos a não auto incriminação ou de sigilo na mediação⁴² também devem ser preservados pelo notário na lavratura da ata notarial. Isto é, a ata notarial não pode implicar na produção de provas contra o requerente, sendo de rigor que o requerente do ato seja devidamente advertido de suas consequências pelo tabelião ou seu substituto.

³⁸ *Op. Cit.*

³⁹ Art.22, inc. I da Constituição da República.

⁴⁰ Expressão utilizada por CURY (2017)

⁴¹ RIGAUX (2000)

⁴² Aqui pode-se considerar como privilégios probatórios, vez que limitam a atividade probatória.

No entanto, por diversos motivos, pode ser que a ata notarial venha a autenticar fato jurídico que atente ao patrimônio daquele que a pleiteou. Nesse caso, a produção de prova contra o requerente da ata deve ser afastada pelo Poder Judiciário. Ainda que possa ser fundamental a elucidação dos fatos, o direito a não auto incriminação deve ser preservado, à medida que sua produção antecipada se deu a rogo da parte prejudicada.

Dessa forma, o dever do Tabelião em constar os fatos tais como verificados, por força dos princípios da segurança jurídica e da notoriedade, não pode se sobrepor à garantia fundamental de não autoincriminação na peça de evidência lavrada. Trata-se de eficácia dos direitos fundamentais⁴³ que irradia os seus efeitos no exercício da atividade notarial e vincula o delegatário da função pública. Nesse sentido, de modo a preservar a eficácia da ata notarial, pode⁴⁴ o notário constar a advertência com relação ao “*nemo tenetur se detegere*” para que o requerente do ato possa manifestar seu inequívoco consentimento.

De igual modo, não há como afastar a vedação de que a ata notarial lavrada durante processo de mediação seja utilizada em processo judicial ou arbitral posterior, na forma do art. 30, § 2º da Lei 13.140/15. E, inclusive, pode ser que a lavratura da ata notarial tenha sido feita no bojo de processo de mediação conduzido pelo Cartório de Notas e de Registro, consoante a autorização do art. 42 da Lei 13.140/15, regulamentada na Resolução nº 67/2018 do Conselho Nacional de Justiça.

Aliás, conforme o quanto disposto no art. 34 da Resolução nº 67/2018 do Conselho Nacional de Justiça os documentos que instruem a mediação devem ser arquivados, quando considerados “pertinentes”. Ocorre que por força do art. 30 da Lei 13.140/15 não há que se cogitar em juízo discricionário, vez que o arquivo em cartório dos documentos que instruíram o processo de mediação apenas conferirá segurança jurídica às partes que dele participaram para que não sejam depois produzidos em procedimento judicial ou arbitral. E, com isso, as atas notariais que constarem deste arquivo também estarão sob o manto deste privilégio.

⁴³ SARLET (2012)

⁴⁴ Tratando-se de direito fundamental há um poder-dever de advertir o administrado dos riscos de produção de provas contra si.

V. CONCLUSÃO

Como exposto, as atas notariais cumprem, no sistema processual nacional, importante ferramenta de produção de evidências de forma antecipada. Trata-se, aliás, de verdadeiro ato de “disclosure” que confere aos fatos autenticados presunção de veracidade cujo ônus probatório no processo civil exigirá da parte que se contrapuser, esforços para afastá-la.

Contudo, o seu emprego não pode apenas ser considerado como artifício de estratégia de contencioso. O uso e a propagação das atas notariais também deve ser estimulado para fins de solução de conflitos de forma alternativa, impulsionando-se a celebração de instrumentos de transação.

Ainda que se possa cogitar em eventual incompatibilidade do protocolo pré processual de “disclosure” no ordenamento processual nacional, o dever de cooperação estabelecido pelo Código de Processo Civil em vigor estabelece um dever da parte não alterar a verdade dos fatos. O direito a não auto incriminação à parte litigante, estampado no art. 379 do Código de Processo Civil, revela-se reflexo do direito fundamental garantido nos arts. 5º, inc. XLIII da Constituição da República e 8º, § 2º, letra “g” da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Assim, afeta-se a possibilidade do emprego da ata notarial, enquanto prova, em face daquele que a requereu no processo civil.

Nessa senda, não há como imaginar restrição apenas às provas que possam ensejar repercussão na responsabilidade criminal. O direito fundamental garantido pelo “nemo tenetur se detegere” não é restrito a aplicação apenas na relação de processo entre o Estado e o indivíduo, típico dos processos criminais, também se aplica aos processos civis. Por corolário lógico, uma ordem judicial de exibição de documentos em face da parte tem que ser cumprida, por exemplo, não havendo prejuízo, para tanto.

O dever de cooperação que emana seus efeitos pelo Código de Processo Civil, durante a instrução probatória, ao mesmo tempo que pretende a ampla revelação dos fatos para que verdade processual possa evidenciar-se não pode afastar o princípio do “nemo tenetur se detegere”.

Os cartórios extrajudiciais já são hoje importante meio de solução alternativo de controvérsias. Procedimentos de mediação e de conciliação, conduzidos pelos cartórios, podem

ser popularizados, tais como os procedimentos de divórcio e inventário extrajudiciais. E, mais uma vez, as atas notariais podem ser empregadas de modo que haja estímulos à transação, evidenciando às partes as probabilidades de êxito e riscos de apreciação pelo Poder Judiciário dos fatos.

Assim, a adoção de protocolos pré-processuais no Brasil, utilizando-se as estruturas dos cartórios extrajudiciais, de modo a conferir segurança jurídica a sua execução, pode ser um importante alternativa para pacificação social. Etapas probatórias podem ser antecipadas, utilizando-se das atas notariais para perícias, declarações e depoimentos e constatação de fatos, por exemplo.

De forma prática, o “disclosure” implementado pelo Código de Processo Civil, ao estabelecer o dever de cooperação, o próprio diploma fez questão de ressaltar um direito fundamental para que não houvesse verdadeiras devassas em face daqueles que provocam o Poder Judiciário. Certamente, considerando-se as barreiras ao acesso à justiça, as partes litigantes mais vulneráveis ficariam sujeitas a constrangimentos em depoimentos, perícias e atas notariais que revelassem alguma fragilidade de seu patrimônio jurídico.

Nesse contexto, as atas notariais têm um papel de protagonismo reservado, devendo os direitos fundamentais serem os norteadores da atuação notarial a fim de contribuir à pacificação da sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. Comentários às alterações do novo CPC [livro eletrônico]. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. Fundamentos da prova civil. 1ª ed. em ebook baseada na 1ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BRANDELLI, Leonardo. Ata Notarial. In: BRANDELLI, Leonardo (coord). Ata Notarial. Porto Alegre: IRIB: S.A. Fabris, 2004. p. 36-73.

BRANDELLI, Leonardo. Teoria Geral de Direito Notarial. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CURY, Cesar Felipe. Produção Antecipada de Prova e o Disclosure no Direito Brasileiro. Revista do Fórum Nacional de Mediação e Conflitos - v. I., Rio de Janeiro, EMERJ, 2017.

DEZEM, Renata Mota Maciel. O Poder Judiciário E A Sociedade Da Comunicação: Do Processo Eletrônico à Inteligência Artificial. Direito, Tecnologia e Inovação – v. I. Belo Horizonte, UFMG, 2018?

DIDIER, JR., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela/Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; Rodrigues, Felipe Leonardo. Tabelionato de Notas I: teoria geral do direito notarial e minutas. São Paulo: Saraiva, 2016. Saraiva digital, acesso: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:604590>

FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3 ed. Rio de Janeiro: NAU, 2003.

LIMA, Roberto Kant de. Política, Justiça e Sociedade no Brasil: uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público. Revista de Sociologia e Política, [S.L] n. 13, nov. 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. Arenhart, Sergio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil. Volume VI (arts. 369 a 380). 1ª ed em ebook baseada na 1ª ed. impressa. São Paulo: RT, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. Arenhart, Sergio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil. Volume VII (arts. 381 a 484). 1ª ed em ebook baseada na 1ª ed. impressa. São Paulo: RT, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia. Código de processo civil comentado [livro eletrônico]. 5ª ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. [livro eletrônico]: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEIL, Andrews. O moderno processo civil [livro eletrônico] : formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra / Neil Andrews ; orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. -- 2. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019. 6 Mb ; ePub. Edição Kindle

NERY JUNIOR, Nelson. Código de processo civil comentado. [livro eletrônico]. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIGAUX, François. A Lei dos Juízes. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.