

**XXXI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA - DF**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA II**

ADRIANA FASOLO PILATI

DANIELA MARQUES DE MORAES

FERNANDA MARIA AFONSO CARNEIRO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydée Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

P963

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Adriana Fasolo Pilati, Daniela Marques de Moraes, Fernanda Maria Afonso Carneiro – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-083-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: UM OLHAR A PARTIR DA INOVAÇÃO E DAS NOVAS TECNOLOGIAS

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Processo e jurisdição. 3. Efetividade da justiça. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA - DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

O Grupo de Trabalho 22, intitulado "Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II", reuniu contribuições relevantes e inovadoras no campo do Direito Processual. Coordenado pelas professoras doutoras Adriana Fasolo Pilati (PPGD/UPF), Daniela Marques de Moraes (Universidade de Brasília) e Fernanda Maria Afonso Carneiro (Faculdade Novo Tempo), este GT foi um espaço de diálogo interdisciplinar e de reflexões críticas sobre os desafios contemporâneos da jurisdição e do acesso à justiça.

Os trabalhos apresentados refletem a diversidade de temas e abordagens que permeiam o universo jurídico, abordando questões que vão desde o impacto das novas tecnologias no processo civil até a importância da mediação e conciliação para a efetivação da justiça. Os debates suscitaram discussões enriquecedoras, reforçando o papel do Direito como instrumento de transformação social e resolução de conflitos. Os textos apresentados foram os seguintes:

1. "Cartórios extrajudiciais e o acesso à justiça: uma análise sobre a importância da mediação e conciliação", de Horácio Monteschio, Lucas Leonardi Priori e Ferdinando Scremin Neto.
2. "Consequências do desequilíbrio na quantificação do dano moral com respaldo na aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no âmbito do Direito do Consumidor", de Bruna Barbosa de Góes Nascimento, Lídia Cristina Santos e André Felipe Santos de Souza.
3. "Aplicação da distinção na prática judiciária brasileira: análise a partir do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro", de Alexandre De Castro Catharina.
4. "A proteção do direito de imagem: a exposição nas redes sociais das pessoas vulnerabilizadas diante do evento climático no estado do Rio Grande do Sul", de Cristiane Feldmann Dutra, Gil Scherer e Damaris Euzébio Monteiro Ferreira Tolfo.
5. "A possibilidade de compatibilização dos negócios jurídicos processuais atípicos do Código de Processo Civil de 2015 com a sistemática processual coletiva", de Gerfison Soares Silvae Arthur Laércio Homci da Costa Silva.

6. "Controle da competência no processo civil: perspectivas e desafios", de Alexandre De Castro Catharina.
7. "A integração das redes e mídias sociais: desafios e necessidades do processo civil na era das novas tecnologias", de Ivan Martins Tristão.
8. "Os princípios do contraditório e do duplo grau de jurisdição aplicados à ação de produção antecipada de provas", de Ivan Martins Tristão e Luíza Santaella Kaster.
9. "A instrumentalização processual da proteção jurídica ao meio ambiente no Amazonas: a Vara Especializada em Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas", de Túlio Macedo Rosa e Silva e Amanda Nicole Aguiar de Oliveira.
10. "Recurso extraordinário e sua excepcionalidade diante da possibilidade de repercussão geral", de Horácio Monteschio, Matheus Henrique de Freitas Urgniani e Cezar Ferrari.
11. "A expansão do papel do judiciário e a participação social nas cortes constitucionais brasileira e colombiana por meio do amicus curiae", de Camila Salgueiro da Purificação Marques e Claudia Maria Barbosa.

Esses trabalhos representam não apenas a excelência acadêmica, mas também o compromisso dos autores em buscar soluções para os desafios enfrentados pelo sistema de justiça contemporâneo. Que as reflexões apresentadas neste GT inspirem novas pesquisas e iniciativas que promovam uma justiça mais efetiva, inclusiva e acessível.

Profa. Dra. Adriana Fasolo Pilati

Universidade de Passo Fundo

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes

Universidade de Brasília

Profa. Dra. Fernanda Maria Afonso Carneiro

Faculdade Novo Tempo

OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO APLICADOS À AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

THE PRINCIPLES OF CONTRADICTORY AND DOUBLE DEGREE OF JURISDICTION APPLIED TO THE ACTION OF EARLY PRODUCTION OF EVIDENCE

Ivan Martins Tristão ¹
Luíza Santaella Kaster ²

Resumo

A ação de produção antecipada de provas está prevista entre os arts. 381 e 383 do CPC e tem origem no direito autônomo à prova. Uma inovação em relação ao código anterior foi a ampliação das hipóteses de cabimento, o que acabou propiciando algumas práticas abusivas. O artigo aborda a construção da ideia do direito autônomo à prova e o problema do fishing expedition (busca por provas sem justificativa). Analisa a proibição de apresentação de defesa e a parcial vedação à interposição de recurso e suas consequências na ação de produção antecipada de provas, para verificar inconstitucionalidades e apresentar soluções fornecidas pela doutrina e aceitas pela jurisprudência para superá-las. Utiliza a metodologia hipotético-dedutiva, com análise crítica, baseada em doutrina, legislação brasileira e suas aplicações práticas, para demonstrar a possibilidade de apresentação de defesa processual e de interposição de recurso ou manejo de mandado de segurança para evitar violações a direitos fundamentais.

Palavras-chave: Produção antecipada de provas, Princípios, Contraditório, Duplo grau de jurisdição, Efetividade

Abstract/Resumen/Résumé

The action of early production of evidence is provided for in arts. 381 and 383 of the CPC and originates from the autonomous right to proof. An innovation in relation to the previous code was the expansion of the hypotheses of appropriateness, which led to abusive practices. This article addresses the construction of the idea of the autonomous right to evidence and the problem of fishing expedition (search for evidence without justification). Analyzes the prohibition on presenting a defense and the partial prohibition on lodging an appeal and its consequences in the action of early production of evidence, to verify unconstitutionality and present solutions provided by doctrine and accepted by jurisprudence to overcome them. It uses the hypothetical-deductive methodology, with critical analysis, based on doctrine, Brazilian legislation and its practical applications, to demonstrate the possibility of

¹ Doutorando em Direito Negocial (UEL). Mestre em Direito Processual, na área de direito processual civil (UEL). Especialista em Direito Empresarial (UEL). Membro do IBDP. Advogado e Professor da UEL

² Graduada em Direito (Universidade Estadual de Londrina). Assessora em 2º grau no TJPR.

presenting a procedural defense and filing an appeal or handling a writ of mandamus to avoid violations of fundamental rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Advance production of evidence, Principles, Contradictory. double degree of jurisdiction, Effectiveness

1. INTRODUÇÃO

A produção antecipada da prova não é novidade do Código de Processo Civil de 2015 (CPC), ela já era possível no CPC/73, por meio de um procedimento cautelar, desde que preenchido o requisito da urgência. Com o avanço no campo do processo civil, passou-se a admitir um direito autônomo à prova, o qual justificou a criação de um procedimento autônomo.

Atualmente, a prova não é destinada apenas ao julgador, mas também às partes, que podem produzi-la antecipadamente (i) quando há urgência, (ii) quando esta viabilizar autocomposição ou (iii) quando justificar ou evitar uma ação futura, e, ainda, conforme os parágrafos do art. 381 do CPC, para (iv) arrolamento de bens com finalidade de documentação e (v) justificação. A ampliação das hipóteses de cabimento, contudo, propiciou a facilitação para a perpetração de algumas práticas abusivas.

O presente artigo objetiva analisar as inovações operadas pelo legislador no tocante à proibição de apresentação de defesa e de parcial proibição de interposição de recurso e as de tais vedações em relação a eventuais práticas abusivas. A metodologia aplicada será a hipotético-dedutiva, com análise crítica, mediante a pesquisa descritiva de legislações, doutrinas e artigos científicos sobre o assunto.

Será abordada a construção da ideia do direito autônomo à prova e a sua relação com a ação autônoma de produção antecipada da prova, bem como o problema do *fishing expedition*, prática de busca por provas sem justificativa, em que o requerente se vale da má-fé e pretende apenas “pescar” informações. Ainda, serão analisadas as vedações à apresentação de defesa e interposição de recurso e eventuais violações aos princípios do contraditório e do duplo grau de jurisdição, de acordo com a posição doutrinária e jurisprudencial. Por fim, em caso de violação, serão apresentadas as soluções fornecidas pela doutrina e jurisprudência para superar eventuais inconstitucionalidades.

2. DO DIREITO AUTÔNOMO À PROVA E A AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

A produção probatória, em regra, se dá na fase instrutória, após o exercício do contraditório nas fases postulatória e de saneamento, entretanto, em certas situações, admite-se a sua antecipação. Na vigência do CPC/73, esta antecipação ocorria por meio das ações cautelares de produção antecipada de provas (CPC/73, arts. 846 a 851) e de justificação (CPC/73, arts. 861 e 866). A principal característica da primeira cautelar era o requisito da

urgência, já que somente era possível o adiantamento da produção de determinada prova quando comprovado o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

Com o advento do atual CPC, objetivando a simplificação procedimental, as cautelares foram extintas, dando lugar às tutelas provisórias (evidência e urgência, subdivididas em antecipadas e cautelares), que podem ser requeridas a qualquer momento no processo e antecipadamente. As duas cautelares mencionadas foram unidas em um único procedimento e a produção antecipada de provas passou a ser realizada por meio de ação autônoma, cujas regras procedimentais foram transferidas para o capítulo reservado às provas (CPC, arts. 381 a 383). Esta alteração se origina da urgência do reconhecimento do direito à prova como um direito autônomo e da mudança de paradigma em relação ao processo.

Com o passar do tempo, a doutrina processualista compreendeu que o objetivo do processo judicial não era somente a produção de provas e a prolação de uma sentença, mas sim a resolução do conflito que se apresenta por meio dele. Segundo leciona Talamini (2016, p. 75), as provas são elemento instrumental na disputa processual relativa a um litígio, de modo que sua produção não é a razão de ser do processo. Como explica o autor, “o processo destina-se a solucionar o conflito”, de tal forma que a produção probatória “é uma importante etapa no exercício da função jurisdicional, mas é um meio, e não fim”.

Destarte, como leciona Cambi (2000, p. 148), passou-se a admitir a existência de um direito à prova com “conotação democrática”, uma vez que ele “possibilita às partes a mais ampla possibilidade de participação processual, ampliando suas condições de influir na formação do convencimento do juiz”. A mudança na perspectiva de análise do fenômeno probatório era necessária para possibilitar a concepção do processo “como um instrumento mais eficiente para a atuação do direito material e para se conseguir pacificar, com justiça os conflitos de interesses” (2000, p. 147).

Como consequência dos avanços no campo processual civil, entendeu-se relevante, também, o chamado “direito autônomo à prova”. Yarshell (2009, p. 211), precursor desta noção, propôs o conceito bipartido de prova, sugerindo que ela possui “caráter instrumental não apenas em relação ao convencimento do juiz, mas também dos interessados, na medida em que propicia elementos que autorizam o ingresso em júízo ou que podem evitá-lo”. A partir de tal conceito, admite-se que as provas não se destinam somente ao julgador da causa, mas também às partes, o que confere certa autonomia ao direito à prova, já que sua função não é só convencer o julgador, mas também possibilitar aos interessados avaliar suas chances, riscos e encargos em processo futuro (Yarshell, 2009, p. 137).

Caldas e Jobim (2015, p. 455) também endossam a ideia ao admitir que “o direito autônomo à prova garante aos interessados elementos indispensáveis e suficientes para formar convicção acerca da conveniência de ajuizar (ou evitar o ajuizamento) de uma demanda, assim como para viabilizar a autocomposição”. Lopes (2020, p. 22) assume a mesma posição ao afirmar que “não há dúvida de que as provas se destinam, também, às partes: quem for por elas beneficiado, terá interesse em invocá-las para ver acolhidas suas alegações na sentença e para sustentar sua posição em eventual recurso”.

Na lição de Bruno Fuga (2021, p. 122), o CPC de 2015 recepcionou o direito autônomo à prova, já que o diploma “deixa evidente que a prova, além de ter caráter autônomo, não é apenas do juiz, mas também das partes para que formem seu convencimento dos fatos”. Nesse ponto, vale destacar o Enunciado 50 do FPPC, que reflete a opinião desta grande parcela da doutrina: “Os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz”.

É a partir da noção de autonomia do direito à prova que se fundamenta a ação de produção antecipada de provas. Quando se considera que a parte é destinatária da prova e que, por isso, pode pleitear a sua produção para formar o seu próprio convencimento, passa-se a admitir a produção antecipada fora dos requisitos de *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

Diante disso, a atual ação de produção antecipada de provas é autônoma e não objetiva apenas assegurar o direito à prova quando há urgência em sua produção, mas também satisfazer o direito da parte quanto à produção de determinada prova. Como ensina Bonizzi (2017, p. 87-89), “a produção antecipada de prova agora passa a ser apenas mais um meio de prova, mas não necessariamente ligado a uma situação de urgência, como era no passado”.

Para Didier Jr. (2015, p. 137), a ação de produção antecipada de provas é “a demanda pela qual se afirma o direito à produção de uma determinada prova e se pede que essa prova seja produzida antes da fase instrutória do processo para o qual ela serviria”. Segundo Medina (2015, p. 408), ela “tem por finalidade preservar os elementos de prova, a fim de que os mesmos sejam admitidos e avaliados em outro processo”. O propósito da ação, sob a perspectiva do direito autônomo à prova, consolida-se não apenas em assegurar a produção de uma prova que está sob risco, mas também em possibilitar uma avaliação das reais chances de êxito em uma ação, além de encorajar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito.

O procedimento da ação está previsto entre os arts. 381 a 383 do CPC. Enquanto o antigo diploma processual basicamente somente autorizava a antecipação de interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial, o art. 381 do atual *codex* não impõe limitação às provas que podem ser antecipadas. Além disso, ao passo que, antes, apenas se permitia a

produção em ação cautelar em razão da urgência, hoje há três hipóteses de cabimento: (i) fundado receio de que a verificação de determinados fatos venha a se tornar impossível ou muito difícil no curso da ação, (ii) prova que seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; (iii) quando o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação; mais as hipóteses dos parágrafos, envolvendo o (iv) arrolamento para documentação e a (v) justificação.

A necessidade de antecipação da prova deve ser justificada e os fatos sobre os quais a prova há de recair devem ser mencionados com precisão (CPC, art. 382). Uma vez recebida a inicial, o juiz determinará a citação de interessados na produção da prova ou no fato a ser provado, salvo se inexistente caráter contencioso (CPC, art. 382, § 1º). Não é permitido pronunciamento do juiz sobre a ocorrência ou a inoocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas, pelo que não há apreciação de mérito, apenas de questões processuais (CPC, art. 382, § 2º). Por fim, vale destacar o § 4º do art. 382, que será objeto de ponderações nos tópicos seguintes: “Neste procedimento, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário”.

3. DO ABUSO DE DIREITO E DO CONTRADITÓRIO NA AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

Com a ampliação do rol de hipóteses para o ajuizamento de ação de produção antecipada de provas, nasce um novo problema: o chamado *fishing expedition*, entendido como a prospecção investigatória e invasiva do patrimônio ou dos registros do interessado (Cambi; Pitta, 2015), o “requerimento genérico e vago de informações” (Yarshell, 2009, p. 196-197). Segundo Andrew (*apud* Alves, 2015, p. 478), é “a busca voraz do autor por provas, a fim de provocar uma ação imaginada, mas que não passa de especulação”.

A finalidade desta prática, é a descoberta de informações, por meio da coleta de dados que vão além do necessário, “se utilizando dos meios legais, como busca e apreensão, quebra de sigilo fiscal, bancário, tributário, escutas telefônicas ou até oitiva de testemunhas sem um objetivo declarado, estrito, sem um foco determinado, em algumas vezes atuando de forma aleatória e de efetiva má-fé” (Araújo, 2021, p. 496). Para exemplificar, Bonizzi (2017, p. 94) cita uma situação em que se busca a “realização de diligências nos arquivos que estão em poder do réu, mas sem precisar que arquivos são esses e quais os dados que pretende obter, quase que como numa ‘pescaria’, em que qualquer dado que for encontrado pode ser interessante”.

Uma vez que não é mais necessária a demonstração da urgência e do perigo de perda da prova pela demora, abre-se a possibilidade da proposição de demandas que visem tão somente a produção de provas aleatórias, sem a real necessidade de sua colheita. Por essa razão, quando não está presente a devida relevância da prova, os pedidos de sua antecipação não devem ser admitidos (Alves, 2015, p. 477). Por certo, o instrumento em debate não pode ser utilizado como meio de buscas ou investigação em razão de meras especulações dos jurisdicionados, de modo que a autorização da produção antecipada de provas deve se pautar na existência da necessidade e da utilidade delas.

O procedimento disciplinado pelo atual diploma processual civil não exige exposição exata do direito material ameaçado. Contudo, é necessária, ainda que sem fornecimento de informações detalhadas, a menção ao direito, pois “caso a parte esteja imbuída de má-fé, valer-se-á de um procedimento judicial para adentrar na esfera da vida alheia e violar direitos fundamentais” (Harff; Forster, 2021). Nesse viés, Bonizzi leciona que, em que pese não haja obrigação de o autor dar detalhes do litígio relacionado a essa prova, “é preciso pensar que alguma informação precisa existir, não só para orientar essa produção de prova, mas também para evitar abuso por parte do autor, de forma a proteger a intimidade do réu e também para poupar recursos públicos” (2017, p. 94-95).

A exigência imposta pelo art. 382 do CPC visa coibir as práticas de *fishing expedition*, isto é, as tentativas de produção de prova de forma indiscriminada e abusiva (Araújo, 2021, p. 500). Portanto, cabe ao magistrado, avaliar a relevância da produção antecipada das provas requeridas, bem como a sua necessidade, com o intento de evitar o desvirtuamento do instituto da ação de produção antecipada de provas. O disposto no §4º do art. 382, contudo, torna dificultosa a atuação do magistrado no controle do uso deste instrumento.

A ação autônoma de produção antecipada de provas, conforme já esclarecido, visa tão somente a produção de provas antes do ajuizamento de um processo de conhecimento. Por essa razão, não se admite que o juiz profira decisão atinente ao mérito, devendo restringir-se às questões processuais. O procedimento desta ação é, portanto, simplificado, já que não possui as diversas fases de um processo de conhecimento. Por essa razão, o legislador entendeu por bem proibir a apresentação de qualquer defesa pelo interessado (CPC, art. 382, § 4º).

Entretanto, no contexto do Estado Democrático de Direito, que tem como um de seus pilares a participação social na atuação do Estado (Reale, 2005, p. 2), a imposição de uma decisão judicial é condicionada à participação efetiva, no procedimento em que ela foi prolatada, daquele contra quem a decisão é imposta. Conforme Yarshell (2009, p. 166 e 168) “o contraditório é a expressão jurídica de uma exigência política, que é a participação” e é

justamente a participação efetiva de ambas as partes que compõem uma lide que torna as decisões proferidas pelo juiz-Estado legítimas.

Segundo argumenta Arsuffi, não se pode impedir a apresentação de defesa, sob pena de violação grave ao devido processo legal (2018, p. 193). Como lecionam Cintra, Grinover e Dinamarco (2006, p. 289), enquanto o autor tem o direito de ter sua pretensão apreciada pelo Judiciário, tem também, o réu, o direito de se defender. Este “diálogo travado entre as partes e o juiz contribui para uma decisão mais aperfeiçoada, na medida em que favorece um juízo mais aberto e ponderado” (Yarshell, 2009, p. 166).

Portanto, é de se admitir que a proibição criada pelo legislador constitui expressa violação ao texto constitucional, que protege o direito mencionado em seu art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. O direito ao contraditório também encontra guarida no art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos. Além disso, o legislador processualista, ao redigir o CPC, consagrou o princípio em comento, especialmente nos arts. 7º, 8º e 9º.

Para Yarshell (2015), a expressão “não se admitirá defesa” é infeliz, uma vez que soa infiel aos limites da antecipação da prova agora estabelecidos. Segundo argumenta, o diploma processual anterior autorizava a defesa ao demandado “quando menos para alegação de matérias como incompetência, falta de interesse ou de legitimidade”, de modo que não há razão para sua vedação no CPC atual.

Por sua vez, Didier Jr. (2015, p. 656) assevera que proibir a apresentação de defesa é “um salto que o legislador infraconstitucional não poderia dar”. Além disso, observa que o dispositivo revela incoerência com o art. 382, que determina a citação dos interessados, até mesmo de ofício. Segundo aduz, “citação para ser mero expectador do processo é inconcebível; cita-se para que o interessado participe do processo; e a participação no processo dá-se pelo exercício do contraditório”. Mendonça Neto (2018) reconhece essa incongruência e destaca que “não basta que o litigante seja mero expectador do processo (isso se for citado), mas que participe e seja ouvido em juízo ativamente, podendo influenciar a decisão jurisdicional, ou seja, nenhuma decisão pode ser processo”.

Para Cássio Scarpinella Bueno (2022, p. 829), não há atrito entre o § 4º do art. 382 e os princípios do contraditório e da ampla defesa, “porque discussões relativas à avaliação da prova serão feitas *a posteriori*”, razão pela qual é “desnecessária qualquer antecipação relativa à valoração da prova e, conseqüentemente, ao contraditório dela decorrente”.

A proibição ao exercício do contraditório macula os atos judiciais, pois constitui manifesta violação ao texto constitucional. Conforme Yarshell (2009, p. 166), “o que justifica a garantia do contraditório é a exigência de legitimação das decisões que, de alguma forma, representam o resultado do exercício de poder e que, nessa medida, impõem-se a determinadas pessoas”.

No contexto da ação de produção antecipada de provas, torna-se relevante apontar que é justamente por meio do exercício do contraditório que o magistrado pode exercer a sua função de evitar a ocorrência de abusos, inclusive da prática de *fishing expedition*. Isso porque é na defesa que o demandado pode expor as razões pelas quais não há utilidade ou necessidade da prova. É por meio da contestação que o magistrado tem contato com argumentos diversos daqueles expostos na inicial, o que possibilita a prolação de uma decisão equânime.

Diante do exposto, é possível afirmar que houve equívoco por parte do legislador ao vedar, expressamente, a apresentação de defesa na ação de produção antecipada de provas. No tópico seguinte, será abordada a vedação parcial à interposição de recurso no procedimento da produção antecipada de provas para, então, serem apresentadas algumas soluções fornecidas pela doutrina, a fim de solucionar a celeuma criada pelo legislador.

4. DA VEDAÇÃO PARCIAL À INTERPOSIÇÃO DE RECURSO NA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

O § 4º do art. 382 do CPC também veda a interposição de recurso contra decisão que defere total ou parcialmente o pedido inicial, autorizando somente contra decisão que indefere totalmente o pedido.

Para Bonizzi (2017, p. 105-106), o limite ao acesso aos tribunais é legítimo, pois não há prejuízo ao requerente quando o pedido é indeferido parcialmente, já que as provas indeferidas podem ser produzidas futuramente, em eventual processo judicial. Ainda, para o autor “teria sido melhor considerar como irrecorríveis todas as decisões proferidas nesse âmbito”. Segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2021, p. 352), não se admite recurso na produção antecipada da prova, porque não há “prejuízo que possa implicar interesse recursal”, já que, “em regra, o juiz não aprecia o valor da prova colhida e, portanto, ocorre mera documentação e arquivamento da prova para eventual futura utilização”.

Conforme Fagundes (2016, p. 641-642), a lógica do legislador ao proibir a interposição de recursos soa coerente “pelo fato de que o juiz não pode adentrar valorativamente na ocorrência ou não do fato nem mesmo atribuir consequências jurídicas à

prova produzida”. Assim, concorda que, “à exceção do indeferimento total da produção da prova requerida, as demais decisões não seriam aptas, em tese, a causar prejuízo às partes”. Talamini (2016, p. 87) esclarece que “o duplo grau de jurisdição não é, em si mesmo, garantia constitucional”, motivo pelo qual “pode não ser previsto em lei, desde que isso não implique modelo desarrazoado de processo, ofensivo à garantia do *due process* (art. 5º, LIV)”. Para o autor, pareceu ao legislador que, em razão da limitação do objeto da produção antecipada da prova, a não previsão de recurso não ocasionaria prejuízo ao devido processo legal.

No lado oposto, Theodoro Jr. (2016, p. 1222) sustenta que o duplo grau de jurisdição está presente no texto constitucional, ainda que de forma implícita, pois, “da organização que a Carta Magna prevê para o Poder Judiciário, consta a instituição obrigatória de juízos de primeiro grau e de tribunais de grau superior”, o que seria “suficiente para ter como implantado entre nós o princípio fundamental da dualidade de instâncias”. Desta forma, não poderia o legislador optar por suprimi-lo ao argumento de que ele não é previsto expressamente na CF.

O autor reconhece a existência de hipóteses em que a sentença não é reavaliada por um tribunal de segunda instância, mas assegura que, ainda nessas situações, existe um mecanismo recursal para reavaliação da decisão. Isso porque não se pode tolerar, em um processo justo, “a negativa de oportunidade à parte vencida de obter um rejuízo da causa cuja decisão lhe foi adversa”, uma vez que “nenhum processo pode ser privado do duplo grau de jurisdição” (Theodoro Jr., 2016, p. 1223).

Na visão do contraditório democrático, segundo o qual deve ser assegurado aos litigantes participação ativa e efetiva na formação do provimento judicial, o diálogo processual não pode ter fim no provimento do primeiro grau de jurisdição. Por essa razão, revela-se indispensável “o acesso da parte prejudicada ao tribunal para demonstrar a ilegalidade do julgado abusivo pronunciado no primeiro grau de jurisdição”, sob pena de “a opinião isolada e autoritária do juiz [...] prevalecer imune diante do diálogo construtor do provimento” (Theodoro Jr, 2016, p. 1221-1222).

Deve-se apontar, ainda, que existe sim a possibilidade de violação a direitos fundamentais na produção antecipada da prova (Arsuffi, 2018, p. 204). E a vedação à interposição de recurso nessas situações constitui ofensa à garantia do devido processo legal. Segundo destaca Lessa Neto (2021, p. 353), “a atividade probatória pode, sim, causar danos à parte requerida, seja por acarretar custos financeiros indevidos ou por atingir outros direitos, inclusive com dignidade fundamental”.

Cita-se, a título de exemplo, decisão que autorize a realização de perícias em um computador, sem que haja a devida demonstração da necessidade e da utilidade da prova a ser

produzida. Na dita situação, a decisão não observou os requisitos estabelecidos pelo art. 382 do CPC, culminando em violação à intimidade, direito assegurado constitucionalmente (art. 5º, X). Nesse caso, haveria a possibilidade de se evitar a transgressão ao mencionado direito fundamental se houvesse oportunidade de revisão da decisão por instância superior.

Yarshell (2015, p. 991) critica, categoricamente, a postura do legislador ao vedar a possibilidade de interposição de recurso na ação em discussão e assevera que “a lei pareceu ignorar que o deferimento da antecipação pode violar direitos constitucionalmente assegurados, como sigilo, intimidade e privacidade”. Para o autor, “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”. De fato, da leitura do texto legal, infere-se que o legislador não anteviu a existência de situações em que o magistrado pudesse cometer erros ao autorizar a produção de determinada prova ou mesmo desrespeitar ditames constitucionais.

Mendonça Neto (2018, p. 228) desaprova a atitude do legislador e afirma que “uma codificação intitulada de Processo Civil Constitucionalizado sequer pensou nos direitos básicos previstos na Constituição Federal (CF) que podem ser feridos, como a intimidade, privacidade, sigilo etc”. Aqui, cabe rememorar o disposto no art. 1º do CPC: “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”.

Neves (2015, p. 245) também critica a vedação à interposição de recursos, a ponto de considerar o referido dispositivo “um dos piores do Novo Código de Processo Civil”. Para o autor, “a maior infelicidade do legislador foi ter repetido, ainda que parcialmente, o art. 865 do CPC/1973 no §4º do art. 382 do Novo CPC”. No seu ponto de vista, desde o antigo diploma processual até os dias atuais, a maior parte das ações probatórias se desenvolve pela produção antecipada da prova (natureza contenciosa), e não pela justificação (natureza voluntária), mas o legislador deixou de ter isso em conta ao elaborar o dispositivo comentado.

Na opinião de Arsuffi (2018, p. 202), a vedação parcial à interposição de recurso cria uma situação de desequilíbrio entre as partes. Em primeiro lugar porque “somente é possível recurso para aquele que vê seu pedido de produção de prova indeferido, não havendo a necessária contrapartida para aquele que se vê prejudicado pelo deferimento da produção da prova”. Em segundo lugar, porque o dispositivo “permite apenas que o indeferimento da prova requerida pelo ‘requerente originário’ seja objeto de recurso, o que não condiz com a expressa possibilidade de requerer a produção de provas”. Por essas razões, o autor afirma haver verdadeira incongruência no dispositivo. Na sua visão, ambas as partes têm evidente interesse recursal para se insurgir contra decisão prolatada na ação, pois

a decisão que defere (ou indefere) a produção da prova é aquela que terá aptidão para causar prejuízo às partes, seja acolhendo o pedido daquele que requereu a prova (o que poderá causar prejuízo à parte contrária ao violar, por exemplo, sua intimidade ou segredos industriais), seja desacolhendo-a (o que causará prejuízo à parte que requereu a prova) (2018, p. 202).

Yarshell (2015, p. 991) compartilha dessa ideia, já que, para ele “a decisão que deferir a prova também pode ensejar interesse recursal”, o que impõe a necessidade de interpretação do diploma processual à luz da CF e dos limites trazidos pelo § 4º do art. 382. Nesse sentido, “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)”.

Arsuffi (2018, p. 205) também se insurge contra o argumento de que não é cabível apresentação de recurso sob o fundamento de que, no bojo do processo de conhecimento, a decisão que defere ou indefere a produção de provas também não está sujeita à recorribilidade. Segundo ele, “o que a lei veda é a recorribilidade imediata de tal decisão por meio de agravo de instrumento, mas não sua recorribilidade, haja vista que ela poderá ser objeto de impugnação em sede preliminar de apelação (ou contrarrazões de apelação)”.

De igual modo, o autor descarta os argumentos de que, na hipótese de indeferimento da produção da prova, esta poderia ser novamente requerida no futuro processo de conhecimento e de que, caso o pedido seja deferido, sua admissibilidade poderia ser impugnada no eventual e futuro processo. Nas palavras de Arsuffi (2018, p. 206),

a produção da prova pode causar prejuízo autônomo ao violar, por exemplo, direito à intimidade ou segredos industriais, de modo que a possibilidade de impugnar a admissibilidade da prova em processo futuro se mostra insuficiente para tutelar o direito da parte. A mesma situação ocorre no caso de indeferimento da prova, pois caso isso ocorra só restará à parte a possibilidade de produzi-la no bojo do processo que verse sobre o accertamento do direito, o que retiraria da parte a oportunidade de valer-se das benesses da produção antecipada da prova, como por exemplo, apurar os riscos e o custo-benefício de ingressar com demanda futura.

Lessa Neto (2021, p. 345) concorda com Arsuffi e destaca dois motivos que tornam inusitada e anti-isonômica a situação criada pelo legislador. Primeiramente, “a produção antecipada da prova pode ser de igual interesse de todos os envolvidos, sendo inclusive admissível a produção de provas adicionais”, motivo pelo qual não haveria razão para conferir interesse recursal somente ao requerente originário e na hipótese de indeferimento total da produção da prova. Em segundo lugar, “a regra deixa sem possibilidade de recurso a parte que

entender que a outra não tem direito a produzir a prova pretendida, criando uma situação de injustificável disparidade de tratamento”.

Ainda, Lessa Neto (2021, p. 345 e 352) aponta para a possibilidade de se produzir “uma prova em favor de alguém que não tinha direito à sua constituição, suprimindo o legítimo direito de defesa e contraditório do requerido”. Para o autor, “o limite para a supressão do duplo grau de jurisdição é a supressão do devido processo legal”, pelo que “não se pode admitir que, havendo legítimo interesse recursal, prevaleça o dispositivo, que deve ser objeto de interpretação conforme a Constituição”.

Conforme Neves (2015, p. 245), é “flagrantemente contrário ao princípio do contraditório impedir o exercício de defesa e a interposição de recursos”. A violação ao aludido princípio constitucional transforma o magistrado em um soberano, pois a decisão que defere o pedido não pode ser sequer questionada perante as instâncias superiores. Para o autor, é

inadmissível tornar o juiz um pequeno soberano na produção da prova sem que exageros e/ou ilegalidades possam ser revistas pelo tribunal de segundo grau. O juiz determina a oitiva de testemunha incapaz e a parte não pode recorrer? O juiz fixa os honorários periciais num valor estratosférico e ninguém poderá recorrer? Fica realmente difícil explicar a opção do legislador sem ofender frontalmente o princípio do contraditório (2015, p. 245).

Segundo Theodoro Jr. (2016, p. 1221), a sujeição da matéria decidida a dois julgamentos visa “prevenir o abuso de poder do juiz que tivesse a possibilidade de decidir sem sujeitar seu pronunciamento à revisão de qualquer outro órgão do Poder Judiciário”. Dessa forma, duplo grau é um “antídoto contra a tirania judicial”, já que, “em face da falibilidade do ser humano, não é razoável supor que o juiz seja imune de falhas no seu mister de julgar”⁷ razão pela qual direito de recorrer deve ser observado. O magistrado não pode ser concebido como infalível, sobretudo porque é ser humano e possui suas próprias convicções, que podem afetar seu convencimento a respeito da necessidade e utilidade da prova cuja produção se requer.

Tal qual o direito de apresentação de defesa, o exercício do duplo grau de jurisdição é meio hábil para a coibição de abusos na produção antecipada da prova, inclusive em relação ao *fishing expedition*. Dessa maneira, além do direito à apresentação de defesa, existindo interesse recursal, há de ser assegurado, também, o direito de recorrer de qualquer decisão proferida no âmbito da produção antecipada da prova, a fim de que o juiz da causa não se torne soberano e suas decisões sejam submetidas à avaliação de instância superior.

Ainda que se argumente que a vedação à interposição de recurso existe em razão da simplicidade do procedimento e para evitar que o interessado retarde o processo, Theodoro Jr

(2016, p. 1224) lembra que “os recursos não estão à disposição apenas do réu, mas de ambas as partes”. Além disso, como bem aponta o doutrinador, “entre a garantia do contraditório e da efetividade do processo, não há incompatibilidade”, uma vez que “ambas são indispensáveis para se ter um autêntico e justo acesso à justiça”, o que impõe “a observância harmônica de ambas, segundo os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade”.

5. AS SOLUÇÕES APRESENTADAS PELA DOUTRINA

Com o objetivo de conferir uma interpretação constitucional ao §4º do art. 382, a doutrina apresenta algumas soluções no que se refere à impossibilidade de apresentação de defesa e à vedação parcial da interposição de recurso.

Segundo advoga Talamini (2016, p. 86), o dispositivo em comento “exige interpretação que o salve da inconstitucionalidade”. Para o doutrinador, “não há dúvidas de que o juiz detém poder para, mesmo de ofício, controlar (i) defeitos processuais, (ii) a ausência dos pressupostos da antecipação probatória e (iii) a admissibilidade e validade da prova”.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2021, p. 352) também fazem menção à possibilidade de arguição de determinadas matérias de defesa, como “questões atinentes à simples segurança da prova ou ao procedimento da colheita da prova”. Na opinião dos autores, “pode o demandado arguir, por exemplo, a ausência de urgência para asseguuração da prova no caso em que a exibição se funde no art. 381, I, CPC, ou a inviabilidade da colheita antecipada da prova, quando se pretenda colher prova ilícita”.

Também Bueno (2022, p. 829) considera a possibilidade de defesa acerca das questões processuais compreendidas pela demanda, pois, havendo interessado na produção da prova, deve lhe ser oportunizada manifestação. Ainda que sustente a ausência de violação ao texto constitucional, assevera que “o contraditório relativo à colheita da prova é irrecusável”.

Igualmente, Medina (2015, p. 410) propõe uma interpretação constitucional do dispositivo, aduzindo que, caso “peça-se a produção de prova que atinja a esfera jurídica de outrem (p. ex., quebra de sigilo bancário ou fiscal), este poderá se opor a tal pedido”. Didier Jr. (2015, p. 656), sustentando a existência de um contraditório reduzido, mas não zerado, leciona que podem ser discutidas questões como o direito à produção da prova, a competência do órgão jurisdicional, a legitimidade, o interesse, o modo de produção da perícia, etc.

Também Meireles (2020, p. 288) defende a possibilidade de discussão, tanto de matérias processuais, quanto de mérito, proibindo-se apenas o debate “em torno do mérito da causa em que a prova pode ser utilizada”. Nesse contexto, sustenta que podem ser levantadas

questões como competência do juízo, ilegitimidade da parte, pertinência e utilidade da prova, suspeição e impedimento do juiz e das testemunhas, entre outras. Ainda, para a autora, seria permitido discutir o modo de produção da prova, eventuais danos que aquela prova pode causar ao requerido e, nos casos de urgência, a existência da verossimilhança e o perigo de dano.

Ao seu tempo, Lessa Neto (2021, p. 344) aponta o cabimento de defesa “sobre a questão de se há ou não direito à produção da prova, se há interesse jurídico em sua produção ou se a prova pretendida é ou não relevante para o fato descrito na causa de pedir”.

Nery e Nery Junior (2018, p. 1010) afirmam que “a parte pode alegar toda a sorte de matéria de ordem pública que obste a produção de prova contra si dirigida”. No entanto, os autores sustentam que o exercício do contraditório será realizado de forma diferida, na eventual ação principal a ser ajuizada futuramente. Em contraposição Nidahara (2021, p. 317-326) lembra que a ação pode ser proposta para viabilizar a autocomposição ou até para evitar o ajuizamento de uma ação. Destarte, a autora aponta a possibilidade de ação posterior nem ser proposta, de tal forma que “o contraditório postergado seria sepultado”.

Na lógica das doutrinas retro mencionadas, o Enunciado 32 da I Jornada de Direito Processual Civil: “A vedação à apresentação de defesa prevista no art. 382, § 4º, do CPC, não impede a alegação pelo réu de matérias defensivas conhecíveis de ofício”. Entende-se, portanto, que, ao interessado, é autorizada a oposição de defeitos processuais, ausência de pressupostos da antecipação probatória, inadmissibilidade e invalidade da prova, ou mesmo o não cabimento da ação pelo não preenchimento de nenhuma das hipóteses previstas no CPC.

Isso posto, à luz do texto constitucional, que consagra o exercício do contraditório como direito fundamental, torna-se necessária a interpretação mitigada do §4º do art. 382, a fim de se admitir a apresentação de defesa que indique elementos que possam obstar o deferimento do pedido inicial, sob pena de violação de cláusula pétreia.

De forma semelhante, a doutrina sugere uma interpretação constitucional à parte do dispositivo que veda parcialmente a interposição de recursos.

Para Didier Jr (2015, p. 656) e Arsuffi (2018, p. 208), da decisão que indeferir totalmente o pedido de produção de prova formulado pelo requerente originário, caberá apelação. As demais decisões, para os mesmos autores, são impugnáveis por agravo de instrumento. Para Yarshell (2015, p. 991), os atos de caráter decisório (sobre competência, composição da relação processual, de deferimento ou indeferimento de quesitos, de nomeação de perito incapaz ou suspeito) “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”.

Outra parcela da doutrina, para atender a determinação do § 4º do art. 382, mas conferir a ela um aspecto constitucional, aponta a utilização do mandado de segurança como solução ao problema, a fim de se evitar violações a direitos constitucionais.

Entre eles, e embora Talamini esteja filiado à corrente que aceita a vedação parcial de recursos na ação em debate, admite a possibilidade de manejo de “mandado de segurança contra as decisões que violem direito líquido e certo de qualquer das partes (art. 5º, LXIX; Lei 12.016/2009, art. 5º, II)” (2016, p. 89). De igual modo, Fagundes, que também acata a proibição criada pelo legislador, mas reconhece a possibilidade de prejuízos na ação em comento, mostra-se favorável ao manejo do aludido instrumento (2016, p. 641-643).

Alvim (2020, p. 382-383) aceita que o interessado, sentindo-se prejudicado, “lance mão de mandado de segurança contra ato judicial, se presentes os pressupostos”. Da mesma maneira, também ensina Yarshell: “em último caso, se não couber recurso, haverá de caber medida impugnativa autônoma” (2015, p. 991). De igual modo, Abreu aponta para o manejo de mandado de segurança em caso de violação a direitos constitucionais do requerido:

[...] quando feridos os direitos constitucionais do réu tais como, p. ex., o direito à intimidade, ao sigilo de dados, de correspondência e de comunicações telefônicas, tal demandará necessidade de uma forma de impugnação à instância superior. E, diante da ausência de recurso específico, em tese será possível ao réu, caso entenda ter tido violado direito com o deferimento da produção antecipada da prova, o manejo de mandado de segurança para atacar a decisão supostamente ilegal (*apud* HASHIMOTO, 2021, p. 372).

A jurisprudência vem aceitando a impetração de mandado de segurança contra decisões proferidas em produção antecipada da prova. Por exemplo, o TJPR já admitiu tal possibilidade, em caso envolvendo a produção antecipada de provas que poderia comprometer o sigilo comercial de uma empresa que não era parte no processo. A impetrante solicitou que as provas fossem liberadas apenas após a delimitação dos fatos a serem provados e dos documentos sujeitos à publicidade em favor da autora, mas o pedido foi inicialmente negado. O Tribunal, ao analisar o *writ*, reconheceu a possibilidade de que a produção de provas pudesse afetar os direitos de terceiros, e concedeu parcialmente a segurança, permitindo que o debate ocorresse, garantindo a ampla defesa e evitando a quebra de sigilo sem necessidade de análise do mérito das provas (BRASIL. TJPR. **Mandado de Segurança 00553996620188160000/PR**, Relator Desembargador Fabian Schweitzer, 17ª Câmara Cível, DJe 31/08/2021).

Também o STJ reconheceu essa possibilidade. Muito embora, na hipótese, não tenha ocorrido concessão de segurança, a Corte admitiu o cabimento do instrumento, desde que para conceder segurança contra decisão que seja manifestamente ilegal ou teratológica já que o § 4º

do art. 382 impossibilita a interposição de recurso. No caso, a decisão que homologou a produção da prova, embora irrecorrível, foi questionada via mandado de segurança, mas o Tribunal concluiu que não havia ilegalidade ou teratologia manifesta. A perícia foi realizada em caráter de urgência e, embora a comunicação tenha sido feita inicialmente por telefone, a citação formal ocorreu posteriormente, o que foi considerado válido. A segurança foi denegada, todavia, restou decidido que, “[...] 5. Não obstante tratar-se de decisão judicial irrecorrível, ensejando excepcional hipótese de cabimento de mandado de segurança contra ato judicial, não há, no caso, teratologia ou manifesta ilegalidade [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso em Mandado de Segurança 61128 GO 2019/0174269-5**, Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 16/10/2020)

Em outra oportunidade, a Corte Superior analisou um Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, tendo decidido que, embora o § 4º do art. 382 do CPC seja irrecorrível, pode ser desafiada pelo *writ* em casos de teratologia, manifesta ilegalidade ou abuso de poder. No caso concreto, o STJ concluiu que não houve violação de direito líquido e certo, pois a produção antecipada de provas foi justificada pelos indícios de irregularidades apontadas na petição inicial, não caracterizando quebra de sigilo ou confidencialidade (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso em Mandado de Segurança 63075 SP 2020/0052831-4**, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 01/12/2020).

Em vista do exposto, é evidente a necessidade de admissão do exercício do duplo grau de jurisdição para proteger direitos fundamentais do interessado (ou mesmo de terceiro interessado) na ação de produção antecipada de provas e para possibilitar a repressão a práticas abusivas, tal qual o *fishing expedition*. Para tanto, há que se reconhecer a possibilidade da interposição de recurso contra qualquer decisão proferidas na produção antecipada da prova ou o cabimento do mandado de segurança.

6. CONCLUSÃO

Conforme foi possível verificar, o CPC incluiu a ação de produção antecipada de provas no capítulo que trata das provas e retirou-lhe o requisito da urgência. A ação deixou de ter caráter cautelar e ganhou autonomia, tornando-se cabível, basicamente, para produzir provas que viabilizem uma autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito e justifiquem ou evitem o ajuizamento de uma ação. Estas inovações, embora muito bem-vindas,

por possibilitarem a redução de ações promovidas perante o Judiciário, oportunizaram, também, a prática de abusos no manejo do instrumento.

As novas hipóteses de cabimento facilitaram a prática do *fishing expedition*, isto é, a colheita de provas de forma indiscriminada. Com efeito, pode o requerente, se utilizando de má-fé, ajuizar uma ação apenas para “pescar” provas contra o interessado, alegando somente a intenção de justificar ou evitar uma ação futura. Por essa razão, foi constatada a importância da postura do julgador, que tem a responsabilidade de averiguar o preenchimento dos requisitos de necessidade e utilidade da prova a ser produzida, para coibir o uso abusivo da ação em debate e evitar a invasão desnecessária de direitos assegurados constitucionalmente, a exemplo da intimidade, privacidade e sigilo.

Verificou-se que grande parcela da doutrina compreende que o §4º, do art. 382, no que se refere à proibição de defesa, viola o princípio constitucional do contraditório. Ainda, compreendeu-se que o exercício do contraditório legitima as decisões judiciais, de maneira que a sua privação na produção antecipada da prova autoriza a prolação de decisões ilegítimas, pautadas apenas nas alegações do requerente. Não é possível reconhecer, seguramente, o preenchimento dos requisitos da necessidade e utilidade sem possibilitar que a parte interessada apresente sua defesa.

Outrossim, para conferir uma interpretação constitucional ao dispositivo, a doutrina aponta para a possibilidade de o interessado se defender de questões processuais, como legitimidade, interesse processual, utilidade, necessidade da prova ou cabimento da ação. Foi constatado, inclusive, que a possibilidade de arguição de matérias processuais é sedimentada na jurisprudência, em vista da necessidade de se garantir a proteção do direito ao contraditório.

Quanto à impossibilidade de interposição de recurso, salvo quando o pedido for totalmente indeferido, uma parte da doutrina considera adequado o dispositivo, ao argumento de não há interesse recursal na produção antecipada da prova, já que não existe prejuízo em caso de deferimento total ou parcial do pedido inicial.

Em lado oposto, doutrinadores como Theodoro Junior, Yarshell, Neves, Arsuffi e Lessa Neto se posicionam contrários ao disposto no texto legal, por entender que deve haver um mecanismo de avaliação das decisões judiciais, já que o julgador não pode ser considerado soberano e infalível. Os autores ainda sustentam que ser possível que decisões de primeiro grau violem direitos fundamentais e causem prejuízo ao interessado, o que lhe conferiria interesse recursal. Segundo este posicionamento, se o direito de recorrer de decisão prejudicial for assegurado somente ao autor, há desequilíbrio na relação processual.

Visando solucionar a celeuma criada pelo legislador, a maioria dos autores propõem a possibilidade de impetração de mandado de segurança nas hipóteses em que o interessado se sentir lesado em razão de violação a direito fundamental. Vale destacar, contudo, que, conforme se verifica dos julgados apresentados, há decisões em agravos de instrumentos e apelações. Dessa forma, não obstante a determinação legal, infere-se que os tribunais vêm conhecendo dos recursos, de modo a garantir o respeito ao princípio do duplo grau de jurisdição, que encontra especial relevância no ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, foi possível constatar a violação aos princípios do contraditório e do duplo grau de jurisdição pelo conteúdo do art. 382, § 4º do CPC. Também foi possível apurar as soluções apresentadas pela doutrina e jurisprudência, que admitem a apresentação de defesa meramente processual e o manejo do mandado de segurança, a fim de conferir uma interpretação constitucional ao dispositivo legal em debate.

REFERÊNCIAS

ALVES, André Bruni Vieira. Da admissibilidade da produção antecipada da prova sem o requisito da urgência (ações probatórias autônomas). In: JOBIM, Marcos Félix; FERREIRA, William Santos. **Direito probatório**. Salvador: Juspodivm, 2015.

ALVIM, Teresa Arruda. *et al.* **Primeiros comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ARAÚJO, Romulo de Aguiar. *Fishing expedition* e a produção antecipada da prova no Código de Processo Civil. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (Org.). **Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos**. Londrina: Thoth, 2021, p. 493-506.

ARSUFFI, Arthur Ferrari. **Produção antecipada da prova: eficiência e organização do processo**. 2018. 233 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022.

CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix. A produção antecipada da prova e o novo CPC. In: JOBIM, Marcos Félix; FERREIRA, William Santos. **Direito probatório**. Salvador: Juspodivm, 2015.

CAMBI, Eduardo. O direito à prova no Processo Civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 34, p. 143-159, 2000.

CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. **Revista de Processo**, v. 245, jul. 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). **Novo CPC doutrina selecionada: provas** [livro eletrônico]. Salvador: Juspodivm, 2015.

FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. Breves reflexões sobre a produção antecipada da prova. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Novo CPC doutrina selecionada: provas**. Salvador: Juspodivm, 2016

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. A produção antecipada de prova: aspectos gerais e natureza da sentença. In: _____; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (Org.). **Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos**. Londrina: Thoth, 2021.

HARFF, Graziela; FORSTER, João Paulo. Cláusulas escalonadas e produção antecipada da prova: análise de sua licitude em matéria probatória. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 22, p. 364-391, maio-ago. 2021.

HASHIMOTO, Marcos Noboru. Inadmissibilidade de oferecimento de defesa ou recurso na produção antecipada da prova (CPC/2015, art. 382, parágrafo 4º). In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (Org.). **Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos**. Londrina: Thoth, 2021.

LESSA NETO, João Luiz. **Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra**. Londrina: Thoth, 2021.

LOPES, João Batista. Direito à prova à luz do modelo constitucional de processo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 300, p. 17-29, fev. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIÉRO, Daniel. **Código de processo civil comentado** [livro eletrônico]. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado** [livro eletrônico]. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

MEIRELES, Carolina Costa. Reflexões sobre produção antecipada da prova. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1015, p. 277-311, maio. 2020.

MENDONÇA NETO, Delosmar Domingos de. O instituto da produção antecipada de provas e o contraditório moderno à luz da nova sistemática processual civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 286, p. 223-236, 2018.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado** [livro eletrônico]. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

NIDAHARA, Karla Saory Moriya. A defesa do réu na ação probatória. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (Org.). **Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos**. Londrina: Thoth, 2021, p. 317-326.

REALE, Miguel. **O Estado democrático de direito e o conflito de ideologias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

TALAMINI, Eduardo. **Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015**. Revista de Processo, São Paulo, v. 260, p. 75-101, out. 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. vol. 3. [livro eletrônico]. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

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

_____; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Breves comentários do código de processo civil** [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.