



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2037088 - SP (2022/0278828-0)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
RECORRENTE : ERNST & YOUNG AUDITORES INDEPENDENTES S/S
ADVOGADOS : DIÓGENES MENDES GONÇALVES NETO - SP139120
GIANVITO ARDITO - SP305319
ISABELLA NOVAIS DIAS - SP452735
RECORRIDO : AUGE INVESTMENTS LTD
ADVOGADO : RICARDO BOTOS DA SILVA NEVES - SP143373

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS, COM FUNDAMENTO NOS INCISOS II E III DO ART. 381 DO CPC. DEFERIMENTO LIMINAR DO PEDIDO, SEM OITIVA DA PARTE ADVERSA. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO, NÃO CONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, A PRETEXTO DE APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 382 DO CPC. CONTRADITÓRIO. VULNERAÇÃO. RECONHECIMENTO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A controvérsia posta no recurso especial centra-se em saber se, no procedimento de produção antecipada de prova, a pretexto da literalidade do § 4º do art. 382 do Código de Processo Civil, não haveria, em absoluto, espaço para o exercício do contraditório, tal como compreenderam as instâncias ordinárias, a ponto de o Juízo *a quo*, liminarmente – a despeito da ausência do requisito de urgência – e sem oitiva da parte demandada, determinar-lhe, de imediato, a exibição dos documentos requeridos, advertindo-a sobre o não cabimento de nenhuma defesa; bem como de o Tribunal de origem, com base no mesmo dispositivo legal, nem sequer conhecer do agravo de instrumento contraposto a essa decisão.

2. O proceder levado a efeito pelas instâncias ordinárias aparta-se, por completo, do chamado **processo civil constitucional**, concebido como garantia individual e destinado a dar concretude às normas fundamentais estruturantes do processo civil, utilizadas, inclusive, como vetor interpretativo de todo o sistema processual civil.

3. Eventual restrição legal a respeito do exercício do direito de defesa da parte não pode, de modo algum, conduzir à interpretação que elimine, por completo, o contraditório. A vedação legal quanto ao exercício do direito de defesa somente pode ser interpretada como a proibição de veiculação de determinadas matérias que se afigurem impertinentes ao procedimento nela regulado. Logo, as questões inerentes ao objeto específico da ação em exame e do correlato procedimento estabelecido em lei poderão ser aventadas pela parte em sua defesa, devendo-se permitir, em detida observância do contraditório, sua manifestação, necessariamente, antes da prolação da correspondente decisão.

4. Reconhecida a existência de um direito material à prova, autônomo em si, rescai claro que, no âmbito da ação probatória autônoma, mostra-se de todo imprópria a veiculação de qualquer discussão acerca dos fatos que a prova se destina a demonstrar, assim como sobre as consequências jurídicas daí advindas.

5. As ações probatórias autônomas guardam, em si, efetivos conflitos de interesses **em torno da própria prova**, cujo direito à produção constitui a própria causa de pedir deduzida e,

naturalmente, passível de ser resistida pela parte adversa, por meio de todas as defesas e recursos admitidos em nosso sistema processual, na medida em que sua efetivação importa, indiscutivelmente, na restrição de direitos.

6. É de se reconhecer, portanto, que a disposição legal contida no art. 382, § 4º, do Código de Processo Civil não comporta interpretação meramente literal, como se no referido procedimento não houvesse espaço algum para o exercício do contraditório, sob pena de se incorrer em grave ofensa ao correlato princípio processual, à ampla defesa, à isonomia e ao devido processo legal.

7. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Nancy Andrighi, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 07 de março de 2023.

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2037088 - SP (2022/0278828-0)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
RECORRENTE : ERNST & YOUNG AUDITORES INDEPENDENTES S/S
ADVOGADOS : DIÓGENES MENDES GONÇALVES NETO - SP139120
GIANVITO ARDITO - SP305319
ISABELLA NOVAIS DIAS - SP452735
RECORRIDO : AUGE INVESTMENTS LTD
ADVOGADO : RICARDO BOTOS DA SILVA NEVES - SP143373

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS, COM FUNDAMENTO NOS INCISOS II E III DO ART. 381 DO CPC. DEFERIMENTO LIMINAR DO PEDIDO, SEM OITIVA DA PARTE ADVERSA. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO, NÃO CONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, A PRETEXTO DE APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 382 DO CPC. CONTRADITÓRIO. VULNERAÇÃO. RECONHECIMENTO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A controvérsia posta no recurso especial centra-se em saber se, no procedimento de produção antecipada de prova, a pretexto da literalidade do § 4º do art. 382 do Código de Processo Civil, não haveria, em absoluto, espaço para o exercício do contraditório, tal como compreenderam as instâncias ordinárias, a ponto de o Juízo *a quo*, liminarmente – a despeito da ausência do requisito de urgência – e sem oitiva da parte demandada, determinar-lhe, de imediato, a exibição dos documentos requeridos, advertindo-a sobre o não cabimento de nenhuma defesa; bem como de o Tribunal de origem, com base no mesmo dispositivo legal, nem sequer conhecer do agravo de instrumento contraposto a essa decisão.

2. O proceder levado a efeito pelas instâncias ordinárias aparta-se, por completo, do chamado **processo civil constitucional**, concebido como garantia individual e destinado a dar concretude às normas fundamentais estruturantes do processo civil, utilizadas, inclusive, como vetor interpretativo de todo o sistema processual civil.

3. Eventual restrição legal a respeito do exercício do direito de defesa da parte não pode, de modo algum, conduzir à interpretação que elimine, por completo, o contraditório. A vedação legal quanto ao exercício do direito de defesa somente pode ser interpretada como a proibição de veiculação de determinadas matérias que se afigurem impertinentes ao procedimento nela regulado. Logo, as questões inerentes ao objeto específico da ação em exame e do correlato procedimento estabelecido em lei poderão ser aventadas pela parte em sua defesa, devendo-se permitir, em detida observância do contraditório, sua manifestação, necessariamente, antes da prolação da correspondente decisão.

4. Reconhecida a existência de um direito material à prova, autônomo em si, rescai claro que, no âmbito da ação probatória autônoma, mostra-se de todo imprópria a veiculação de qualquer discussão acerca dos fatos que a prova se destina a demonstrar, assim como sobre as consequências jurídicas daí advindas.

5. As ações probatórias autônomas guardam, em si, efetivos conflitos de interesses **em torno da própria prova**, cujo direito à produção constitui a própria causa de pedir deduzida e,

naturalmente, passível de ser resistida pela parte adversa, por meio de todas as defesas e recursos admitidos em nosso sistema processual, na medida em que sua efetivação importa, indiscutivelmente, na restrição de direitos.

6. É de se reconhecer, portanto, que a disposição legal contida no art. 382, § 4º, do Código de Processo Civil não comporta interpretação meramente literal, como se no referido procedimento não houvesse espaço algum para o exercício do contraditório, sob pena de se incorrer em grave ofensa ao correlato princípio processual, à ampla defesa, à isonomia e ao devido processo legal.

7. Recurso especial provido.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso especial interposto por interposto por **Ernst & Young Auditores Independentes S.S.**, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, em contrariedade a acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Subjaz ao presente recurso especial ação de produção antecipada de provas, com esteio nos arts. 319 e 381, II e III, do Código de Processo Civil, promovida por Auge Investments Ltd. contra Ernst & Young Auditores Independentes S.S. na qual pretende a exibição de documentos que estariam na posse da requerida, bem como a prestação de informações que seriam de seu conhecimento, em razão de sua atuação, por mais de 10 (dez) anos, como auditora fiscal e contábil das demonstrações apresentadas por Wirecard AG (empresa com sede na Alemanha e subsidiária no Brasil), de quem a demandante aderiu a uma nota estruturada, com prazo de resgate de 12 (doze) meses, pelo qual receberia um valor fixo (*coupom*) de 14,37%, o que, contudo, não veio a se concretizar em virtude da superveniente declaração de falência da Wirecard AG, em 21/8/2020, decorrente de uma série de suspeitas de prática de fraudes, manipulação de mercado, crimes financeiros e fiscais (e-STJ, fls. 71-82).

Nesse contexto, a demandante – Auge Investments Ltd. – requereu a exibição de documentos e apresentação de informações, assim especificadas (e-STJ, fls. 80-82):

- ii. i. cópia integral de atos societários da Requerida desde a sua constituição no Brasil, assim como de outras empresas que operem no Brasil sob a marca UBS controle direto ou indireto ou uso da marca Ernst & Young;
- ii. ii. cópia integral dos documentos legais da existência da Ernst & Young Global Limited e sua operação, assim como quem são seus sócio;
- ii. iii. organograma demonstrando de que forma a Ernst & Young Global Limited atua e controla a suas afiliadas no mundo, indicando quem são os representantes legais da Matriz Ernst & Young Global Limited, a Requerida e a coligada na Alemanha Ernst & Young GmbH;
- ii. iv. cópia de contratos ou acordo de operação entre a Requerida e a Matriz Ernst & Young Global Limited, e de que forma a empresa Matriz Global

recebe remuneração (distribuição de lucros, royalties, comissão ou de outra forma);

ii. v. informação de quem eram os sócios, gerentes ou funcionários da coligada Ernst & Young GmbH que atendiam a Wirecard na Alemanha;

ii. vi. informação que qual foi o valor pago à coligada na Alemanha Ernst & GmbH pelos serviços de auditoria à Wirecard AG nos anos de 2015 à 2020;

ii. vii. informar se a coligada na Alemanha Ernst & Young GmbH ou qualquer uma de suas afiliadas ou colidas, além de prestar serviços de auditoria à Wirecard AG também prestava algum tipo de consultoria; **ii. vii.** cópia dos papéis de trabalho (anotações de campo das equipes de auditores) relativo ao trabalho de auditoria na Wirecard AG nos anos de 2015 à 2020;

ii. viii. cópia dos relatórios das auditorias nos anos de 2015 à 2020 na Wirecard AG e suas afiliadas;

ii. ix. cópias de relatórios, correspondências, mensagens eletrônicas e telemáticas, atas de reuniões, memorandos ou qualquer documento emitido pela coligada da Requerida Ernst & Young GmbH ou sua Matriz Matriz Ernst & Young Global Limited onde tenham sido tratada, discutida, relatada, mencionada ou de alguma forma alertada a Wirecard AG da existência de práticas que sejam consideradas contrárias as regras do mercado financeiro, conformidades (Compliance), manipulação de mercado ou contrárias as boas práticas financeiras e contábeis;

ii. x. cópias de relatórios, correspondências, mensagens eletrônicas e telemáticas, atas de reuniões, memorandos ou qualquer documento interno da coligada da Requerida Ernst & Young GmbH ou sua Matriz Ernst & Young Global Limited onde tenham sido tratada, discutida, relatada, ou de alguma forma mencionada a existência ou a suspeita da existência na Wirecard AG da existência de práticas que sejam consideradas contrárias as regras do mercado financeiro, conformidades (Compliance), manipulação de mercado ou contrárias as boas práticas financeiras e contábeis;

ii. xii. cópias de correspondências, mensagens eletrônicas e telemáticas, atas de reuniões, memorandos ou qualquer documento originados de executivos, diretores ou acionistas das Wirecard AG e Wirecard Acquiring & Issuing GmbH onde exista a solicitação de que a coligada da Requerida Ernst & Young GmbH ou sua Matriz Ernst & Young Global Limited não divulgasse ou não fizesse ressalvas nas demonstrações da Wirecard AG, Wirecard Acquiring & Issuing GmbH ou qualquer outra empresa que fizesse parte do Grupo Wirecard;

ii. xiii. informar e apresentar os documentos que levaram a coligada da Alemanha Ernst & Young GmbH ou sua Matriz Ernst & Young Global Limited a decidirem em 18.06.2020 que não assinar o balanço da Wirecard AG; **ii.**

xiv. apresentar todas as informações e documentos que a coligada da Requerida Ernst & Young GmbH ou sua Matriz Ernst & Young Global Limited tenham produzido, estejam de posse ou tenham conhecimento que permita ser compreendida as fraudes praticadas pela Wirecard, em razão da afirmação feita à CNBC 6 do "envolvimento de agentes ao redor do mundo em diferentes instituições, com o objetivo deliberado de fraude";

ii. xiv. cópia integral de processos ou investigações civis, criminais ou disciplinares que tenham sido iniciados contra a coligada da Requerida Ernst & Young GmbH, sua Matriz Ernst & Young Global Limited e qualquer outra coligada, filial, escritório ou agência no mundo para apuração de responsabilidade ou omissões nas auditorias das empresas ou de seus

funcionários no caso da Wirecard;

ii. xv. cópia integral de procedimentos, investigações ou auditoria iniciados pela coligada da Requerida Ernst & Young GmbH ou sua Matriz Ernst & Young Global Limited para apuração de responsabilidade de seus funcionários, gerentes, diretores ou sócios em razão de ações ou omissões no caso da Wirecard AG.

ii. xvi. cópia de relatório ou conclusão dos procedimentos mencionados no item ii. xv. anterior, com a informação se algum de seus funcionários, gerentes, diretores ou sócios foi de alguma maneira penalizado em razão de ações ou omissões em razão da prestação de serviços de auditoria à Wirecard AG ou outras empresas do mesmo Grupo;

ii. xvii. cópia de documentos internos da Requerida, da sua Matriz ou afiliadas no mundo, que tenham sido emitidos após a divulgação do caso Wirecard com a indicação e orientação para adoção de novas práticas de controle ou mudanças nos procedimentos de auditoria;

Em primeira instância, o Juízo *a quo*, ao receber a inicial, deferiu, de plano, a medida postulada, a fim de que a parte demandada promovesse a exibição dos documentos indicados na inicial, no prazo de 30 (trinta) dias, oportunidade em que determinou a citação, advertindo que, "nos termos do art. 382, § 4º, do CPC, neste procedimento não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário" (e-STJ, fl. 52).

Irresignada, Ernst & Young Auditores Independentes S.S. interpôs agravo de instrumento, do qual o Tribunal de origem não conheceu com fundamento, justamente, no art. 382, § 4º, do CPC, nos termos da seguinte ementa (e-STJ, fl.):

Agravo de instrumento. Produção antecipada de provas. Deferimento do pedido. Interposição de recurso. Impossibilidade. Exegese do art. 382, §4º, do CPC. Recurso não conhecido.

Em seu apelo especial (e-STJ, fls. 488-505), fundado nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, Ernst & Young Auditores Independentes S.S. apontou violação dos arts. 382, § 4º, 489, § 1º, III, IV e VI, 927, 1.022, II e parágrafo único, I, 1.015, I e VI, do CPC, além de dissídio jurisprudencial.

Em resumo, sustentou que o acórdão recorrido (e-STJ, fl. 208):

(i) viola os arts. 489, § 1º, III, IV e VI, e 1.022, II e parágrafo único, I, do CPC, pois mesmo após a oposição de Embargos de Declaração, não se pronunciou acerca da aplicação do art. 1.015, I e VI, do CPC à espécie, bem como do Tema Repetitivo 988, que são temas essenciais para o deslinde da pretensão recursal de EY AUDITORES;

(ii) viola os arts. 382, § 4º, 927 e 1.015, I e VI, do CPC, uma vez que (ii. a) a r. Decisão Agravada Liminar e a pretensão de Auge Investments se referem apenas à exibição de documentos (hipótese do inciso VI), (ii. b) a r. Decisão Agravada Liminar possui natureza de tutela provisória de caráter satisfativo (hipótese do inciso I) e (ii. c) há urgência na apreciação da questão em razão da inutilidade de seu exame posterior (Tema Repetitivo nº 988, relativo à

natureza do rol do art. 1.015); e
(iii) cria dissídio jurisprudencial ao conferir interpretação diversa de outros Tribunais ao art. 382, § 4º, do CPC e ao deixar de aplicar à espécie o art. 1.015, VI, do CPC.

A parte adversa apresentou contrarrazões às fls. 290-299 (e-STJ).

O Tribunal de Justiça de São Paulo negou seguimento ao seu recurso especial por reputar que a violação dos dispositivos legais indicados não teria sido demonstrada, além de considerar incidente o enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça (e-STJ, fls. 513-516), o que ensejou a interposição de agravo, com pedido de atribuição de efeito suspensivo.

Esta relatoria, diante da relevância da argumentação expendida no recurso especial – unicamente de direito –, bem como em virtude da urgência do pedido, a considerar a natureza satisfativa da medida, cujo cumprimento teria o condão de esvaziar por completo o julgamento do presente recurso, conferiu-lhe efeito suspensivo, determinando fosse o agravo convertido em recurso especial, para oportuna submissão da questão a este colegiado (fls. 344-348).

É o relatório.

VOTO

A controvérsia posta neste recurso especial, para além da discussão acerca da ocorrência de negativa de prestação jurisdicional, centra-se em saber **se, no procedimento de produção antecipada de prova, a pretexto da literalidade do § 4º do art. 382 do Código de Processo Civil, não haveria, em absoluto, espaço para o exercício do contraditório, tal como compreenderam as instâncias ordinárias, a ponto de o Juízo a quo, liminarmente – a despeito da ausência do requisito de urgência – e sem oitiva da parte demandada, determinar-lhe, de imediato, a exibição dos documentos requeridos, advertindo-a sobre o não cabimento de nenhuma defesa, bem como de o Tribunal de origem, com base no mesmo dispositivo legal, nem sequer conhecer do agravo de instrumento contraposto a essa decisão.**

Ainda para a adequada delimitação da questão, saliente-se que a subjacente ação de produção antecipada de provas, promovida por Auge Investments Ltd. contra Ernst & Young Auditores Independentes S.S. encontra-se fundada no art. 381, II e III, do CPC, tendo por propósito, portanto, "viabilizar a autocomposição ou justificar ou evitar o ajuizamento de futura ação" (e-STJ, fl. 52).

A pretensão probatória, tal como veiculada em sua inicial, encontra-se absolutamente desvinculada da urgência, esta compreendida como o risco de perecimento do direito à prova (nos termos do inciso I do art. 381 do CPC).

O registro se afigura relevante, uma vez que, malgrado a ausência de qualquer pedido de tutela de urgência por parte da demandante – coerente com os fundamentos da ação –, o Juízo *a quo*, ao receber a inicial, deferiu a medida postulada, liminarmente e sem a oitiva da parte adversa, a fim de que esta promovesse a exibição dos documentos indicados na inicial, no prazo de 30 (trinta) dias, oportunidade em que determinou a citação, advertindo que, "nos termos do art. 382, § 4º, do CPC, neste procedimento não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário" (e-STJ, fl. 52).

Isso é o que, claramente, se constata de seu teor:

Vistos.

A produção antecipada da prova só pode ser admitida nos casos em que houver fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; que a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; ou, ainda, que o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação, tudo nos termos do art. 381 do CPC.

No caso dos autos, a exibição da documentação requerida pode viabilizar a autocomposição ou mesmo evitar o ajuizamento de futura ação, razão pela qual defiro a medida, determinando sejam exibidos pela ré os seguintes documentos, no prazo de 30 (trinta) dias úteis:

[...]

Cite(m)-se os interessados, os quais deverão ser cientificados de que, nos termos do art. 382, § 4º do CPC, neste procedimento não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário.

Contraposto o agravo de instrumento, o Tribunal estadual, sob o mesmo fundamento, não conheceu do recurso (e-STJ, fl. 165).

Cuidam os autos de ação de produção antecipada de provas. Deferido o pedido de apresentação de documentos, foi interposto o presente recurso. Contudo, nos termos do art. 382, §4º, do CPC, "Neste procedimento, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário". Nessa medida, ainda que suscitadas matérias de ordem pública, fato é que a recorrente não possui interesse recursal, por força de expressa disposição legal, o que obsta o conhecimento do recurso.

O entendimento adotado pelo TJSP, suficientemente fundamentado, não encerra, em si, nenhum vício de julgamento.

Não obstante, no mérito, não se pode deixar de reconhecer que o proceder levado a efeito pelas instâncias ordinárias, *permissa venia*, aparta-se, por completo, do

chamado **processo civil constitucional**, concebido como garantia individual e destinado a dar concretude às normas fundamentais estruturantes do processo civil, utilizadas, inclusive, como verdadeiro vetor interpretativo de todo o sistema processual civil.

Os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição Federal consistem no fundamento de validade – e mesmo de legitimidade – de todo e qualquer regramento processual. Com o propósito de reforçar essa concepção jurídico-positiva, há muito internalizada na doutrina e na jurisprudência processualista nacional, o Código de Processo Civil, em seu art. 1º, estabeleceu que: "o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código".

Logo, as normas fundamentais de conteúdo principiológico – estruturantes e, portanto, superiores aos demais regramentos –, que traduzem e asseguram o tratamento isonômico das partes no processo, o direito de defesa, bem com o contraditório, hão de ser necessariamente observadas na aplicação e na interpretação de todos os dispositivos legais previstos no Código de Processo Civil.

Em face da relevância dessa diretriz, o Código de Processo Civil, com vistas a dar plena consecução ao princípio do contraditório, além de assegurar às partes os meios de defesa necessários à tutela de seus interesses e direitos, confere-lhes, entre outras prerrogativas, a indispensável oportunidade de se manifestarem **antes** da vindoura decisão, a fim de que as correlatas alegações possam ser sopesadas e influir na convicção fundamentada do Juízo.

Essa é a conclusão que, nitidamente, se denota dos seguintes dispositivos legais, insertos na parte geral, em destaque:

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no [art. 311, incisos II e III](#);

III - à decisão prevista no [art. 701](#).

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base e fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público.

Por evidente, é possível que as normas processuais estipulem o modo como o contraditório deva ser exercido, diferindo-o eventualmente; **ou mesmo, em função das especificidades de determinado procedimento, possam restringir as matérias passíveis de serem nele arguidas.** A restrição do direito de defesa, estabelecida em lei, encontra justificativa, portanto, nas particularidades e, principalmente, na finalidade do procedimento por ela regulado.

Não há, obviamente, nenhuma vulneração ao princípio do contraditório em tais disposições legais.

Todavia, **eventual restrição legal a respeito do exercício do direito de defesa da parte não pode, de maneira alguma, conduzir à interpretação que elimine, por completo, o contraditório, como se deu na hipótese dos autos.**

A vedação legal quanto ao exercício do direito de defesa somente pode ser interpretada como a proibição de veiculação de determinadas matérias que se afigurem impertinentes ao procedimento nela regulado. **Logo, as questões inerentes ao objeto específico da ação em exame e do correlato procedimento estabelecido em lei poderão ser aventadas pela parte em sua defesa, devendo-se permitir, em detida observância do contraditório, sua manifestação, necessariamente, antes da prolação da correspondente decisão.**

Por conseguinte, o § 4º do art. 382 do CPC – ao estabelecer que, no procedimento de antecipação de provas, "não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário" – não pode ser interpretado em sua acepção literal.

Importa, nesse passo, bem identificar o objeto específico da ação de produção antecipada de provas, bem como o conflito de interesses nela inserto, a fim de delimitar em que extensão o contraditório pode ser nela exercido.

Como é de sabença, o Código de Processo Civil de 2015 buscou reproduzir, em seus termos, compreensão há muito difundida entre os processualistas de que a prova, na verdade, tem como destinatário imediato não apenas o juiz, mas também,

diretamente, as partes envolvidas no litígio.

Reconhece-se, assim, à parte o direito material à prova, cuja tutela pode se referir tanto ao modo de produção de determinada prova (produção antecipada de prova, prova emprestada e a prova "fora da terra"), como ao meio de prova propriamente concebido (ata notarial, depoimento pessoal, confissão, exibição de documentos ou coisa, documentos, testemunhas, perícia e inspeção judicial).

Nesse contexto, **reconhecida a existência de um direito material à prova, autônomo em si – que não se confunde com os fatos que ela se destina a demonstrar (objeto da prova), tampouco com as consequências jurídicas daí advindas, podendo (ou não) subsidiar outra pretensão –**, a lei adjetiva civil estabelece instrumentos processuais para o seu exercício, que pode se dar incidentalmente, no bojo de um processo já instaurado entre as partes, ou por meio de uma ação autônoma (ação probatória *lato sensu*).

No último caso, além das situações que revelem urgência e risco à prova, a pretensão posta na ação probatória autônoma pode, eventualmente, se exaurir na produção antecipada de determinada prova (meio de produção de prova) ou na apresentação/exibição de determinado documento ou coisa (meio de prova ou meio de obtenção de prova – caráter híbrido), a permitir que a parte demandante, diante da prova produzida ou do documento ou coisa apresentada, avalie sobre a existência de um direito passível de tutela e, segundo um juízo de conveniência, promova ou não a correlata ação.

De tais considerações já se pode antever que, no âmbito da ação probatória autônoma, mostra-se de todo imprópria a veiculação de discussão acerca dos fatos que a prova se destina a demonstrar ou sobre as consequências jurídicas daí advindas.

A vedação contida no dispositivo legal em comento (§ 4º do art. 382 do CPC), por evidente, refere-se a essas matérias, absolutamente impertinentes ao objeto tratado na ação de produção antecipada de provas.

Não se pode olvidar, por outro lado, de que as ações probatórias autônomas não consubstanciam um procedimento simplificado e meramente administrativo presidido pelo Poder Judiciário, em jurisdição voluntária, como se poderia cogitar. Em verdade, guardam, em si, efetivos conflitos de interesses **em torno da própria prova**, cujo direito à produção constitui a própria causa de pedir deduzida e, naturalmente, passível de ser resistida pela parte adversa, na medida em que sua efetivação importa, indiscutivelmente, na restrição de direitos.

Nesse sentido, oportuna a transcrição do escólio de Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setogui Pereira em artigo que, embora voltado a definir a competência, se arbitral ou estatal, para conhecimento e julgamento de ação de produção antecipada de provas, bem identifica o conflito de interesses nela instaurado, nos seguintes termos, no que interessa à questão posta:

[...]

De todo modo, sendo a jurisdição atividade vocacionada à solução imperativa de conflitos, **cumprir [...] destacar especificamente onde está o conflito no procedimento da produção antecipada da prova.**

Sobre o tema, recorde-se que a natureza autônoma do direito à prova, naturalmente, não o torna absoluto. Ao contrário: se a produção de determinadas provas pode acarretar relevante restrição a valores tutelados pelo ordenamento jurídico como o sigilo, a privacidade e outros, é natural que o exercício de tal direito deva ser compreendido dentro de certos limites. E esses limites deverão ser determinados a partir da ligação que a prova cuja produção se requereu possui com a situação de direito material subjacente.

As discussões, pois, que gravitam em torno do direito (ou não) à produção de tal ou qual prova, conduzem à conclusão de que as ações probatórias autônomas tratam de efetivos conflitos estabelecidos em torno da própria prova, cujo direito à produção é o que constitui a própria causa de pedir deduzida; e que, portanto, materializam real ou potencial oneração ou restrição à esfera jurídica do demandado (tal como acima se exemplificou com o sigilo e a privacidade). Dado que o exercício do direito à prova, autônomo que é, onera as partes e gera efeitos substanciais (e que atuam, inclusive, sobre mora, interrupção da prescrição etc.), forçoso é concluir pela fragilidade do argumento que ora rebatemos; ressalvado, naturalmente, respeito à convicção diversa.

[...] (*Produção Antecipada de Prova Desvinculada da Urgência na Arbitragem: Réquiem?* YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti (Coordenadores). *in* Processo Societário IV. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 455-472)

Devidamente caracterizado, então, o conflito de interesses em torno da prova, cujo direito à produção é que constitui a própria causa de pedir deduzida e, naturalmente, passível de ser resistida pela partes adversa por meio de todas as defesas e recursos admitidas em nosso sistema processual.

Afinal, se a pretendida produção da prova pode acarretar restrição a direito da parte demandada – o que, seguramente, há de ser sopesado pelo Juízo, a partir da existência de um liame entre a prova cuja produção se requereu e a situação de direito material subjacente existente entre as partes, que a legitima, em conjunto com todas as condições da ação e pressupostos processuais –, dúvidas não podem subsistir em relação à possibilidade do exercício do direito de defesa.

Há de se reconhecer, portanto, que a disposição legal contida no art. 382, §

4º, do Código de Processo Civil não comporta interpretação meramente literal, como se no referido procedimento não houvesse espaço algum para o exercício do contraditório, sob pena de se incorrer em grave ofensa ao correlato princípio processual (e até de inconstitucionalidade – *ut* art. 5º, XXXVI, LIV e LV), sobretudo como se dá na hipótese dos autos, em que a determinação judicial de exibição dos documentos, com indiscutível natureza satisfativa, deu-se liminarmente, sem a oitiva da parte adversa, a fustigar, por completo, o contraditório, nos termos acima propugnados.

Nessa linha de entendimento, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini bem obtemperam que a suposta proibição de defesa deve ser compreendida como a impossibilidade de discussão quanto ao mérito da pretensão para a qual a prova possa servir no futuro, não se exigindo via específica para a formalização da contestação.

Por oportuno, transcreve-se o escólio dos insignes processualistas:

O art. 382, § 4º, estabelece que "não se admitirá defesa" no processo de produção de provas. **Tal dispositivo exige interpretação que salve da inconstitucionalidade (CF/1988), art. 5º, XXXVI, LIV e LV).**

Não há dúvidas de que o juiz detém poder para, mesmo de ofício, controlar (i) defeitos processuais (ii) ausência dos pressupostos da antecipação probatória e (iii) a admissibilidade e validade da prova.

Logo, o requerido tem o direito de provocar decisão do juiz a respeito desses temas.

A suposta proibição de defesa deve ser compreendida apenas como (a) ausência de uma via específica para formulação de contestação e (b) não cabimento de discussão sobre o mérito da pretensão (ou defesa) para a qual a prova pode servir no futuro (*in* Curso Avançado de Processo Civil. Volume 2: *Cognição Jurisdicional (Processo Comum de Conhecimento e Tutela Provisória)*. 20ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 390).

No mesmo sentido, em comentário ao § 4º do art. 382 do CPC, destaca-se doutrina processualista de igual quilate:

[...] É certo que o processo de produção antecipada de prova, por restringir-se à produção de prova, é bem simples e, em razão dessa simplicidade, o o contraditório realmente não poderia ter a extensão que costuma ter no procedimento comum.

Mas daí a dizer, como o faz o § 4º do art. 382, que neste procedimento não haverá defesa nem recurso é um salto que o legislador infraconstitucional não poderia dar - além de revelar incoerência; afinal, no mesmo art. 382 há determinação de citação de todos os interessados, até mesmo de ofício. 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, como se sabe.

Parece mais razoável compreender o dispositivo de modo não literal.

Há, sim, contraditório reduzido, mas não zerado: discute-se o direito à produção da prova, a competência do órgão jurisdicional (se há regras

de competência, há possibilidade de o réu discutir a aplicação delas, obviamente; a alegação de incompetência é matéria de defesa), a legitimidade (com a consequente possibilidade de aplicação dos arts. 368 e 339 do CPC), o interesse, o modo de produção da perícia (nomeação de assistente técnico, possibilidade de impugnação do perito, etc) etc. Não se admite discussão em torno da valoração da prova e dos efeitos jurídicos dos fatos probandos - isso será objeto de contraditório em outro processo. Por essa razão, o Enunciado n. 32 das Jornadas de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal ao menos estabelece que a vedação contida no dispositivo em questão não impede a alegação pelo réu de matérias cognoscíveis de ofício (Didier Jr., Fredie; Braga, Paula Sarno; de Oliveira, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada, Processo Estrutural e Tutela Provisória*. Volume 2. 17ª Edição. São Paulo: Ed. Juspodivm, 2022. p. 186)

[...] **O dispositivo, para não atritar com os princípios do contraditório e da ampla defesa, componentes do modelo constitucional do direito processual civil, deve ser interpretado no sentido de que o que está proscrito do procedimento são as discussões relativas à avaliação da prova, que serão feitas a posteriori. Do mesmo modo que não há como subtrair do magistrado o dever de agir, ainda que oficiosamente, quanto à regularidade do processo e da colheita da prova, não é dado impedir que o réu se manifeste em idêntico sentido** (Bueno, Cássio Scarpinella Bueno. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos*. Volume 2. 9ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2020. p. 237)

[...] E, como o objeto desse processo ou incidente é apenas a pretensão ao *conhecimento* dos fatos a serem revelados pelo exame das fontes de prova, a lei estabelece também que o "juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoccorrência do fato nem sobre as respectivas consequências jurídicas" (art. 382, § 2º). Ele decidirá somente sobre a existência ou inexistência do direito à antecipação, jamais sobre eventuais direitos emergentes dessas provas ou por elas demonstrados. **Nesse processo ou incidente não se admite qualquer defesa ou discussão envolvendo o direito a ser eventualmente amparado pela prova postulada, o qual é estranho ao seu objeto (CPC, art. 382, § 4º). Tal exclusão não pode porém ser interpretada como abrangente do direito de defesa também quanto ao próprio direito do autor ao conhecimento da prova, pois uma vedação como essa colidiria com as garantias constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.** (Dinamarco, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Volume III. 8ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2019. p. 118

De todo o exposto ressaltamos evidenciado que o proceder adotado pelas instâncias ordinárias desbordou por completo do **processo civil constitucional**, com expressiva (e inadmissível) vulneração aos princípios do contraditório, da ampla

defesa, da isonomia e do devido processo legal.

Sobre o desfecho deste recurso especial, que se encaminha pelo provimento, é importante fazer um esclarecimento.

No caso dos autos, conforme demonstrado, o Juízo *a quo*, liminarmente e sem oitiva da parte adversa, determinou a citação da demandada para apresentar os documentos indicados na inicial no prazo de 30 (trinta) dias, advertindo-a sobre não ser possível a apresentação de nenhuma defesa, nos termos do § 4º do art. 384 do CPC. Interposto agravo de instrumento, o Tribunal de Justiça de São Paulo, **pelo mesmo fundamento (qual seja, a dicção do referido dispositivo legal)**, não conheceu do agravo de instrumento

Em se reconhecendo a afronta ao princípio do contraditório – do que se me afigura inescapável, conforme se demonstrou pontualmente –, tem-se que o provimento do presente recurso não poderia ensejar, simplesmente, o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que este conheça do agravo de instrumento.

A ora recorrente, de modo preciso, também trouxe em suas razões recursais fundamentação idônea quanto ao cabimento do agravo de instrumento, com base no art. 1.015, I e VI, do Código de Processo Civil, e, em atenção à tese fixada no Tema repetitivo n. 988 (a violar também o art. 927 do CPC), no que lhe assiste razão, indubitavelmente. O cabimento do agravo de instrumento contra a decisão liminar que determinou a exibição de documentos, pela dicção do art. 1.015, I e VI, afigura-se, pois, indiscutível.

Esse, todavia, não foi o fundamento adotado pelo Tribunal de origem para não conhecer do agravo de instrumento. Compreendeu-se, como visto, pelo absoluto descabimento do exercício do contraditório (no caso, inclusive, por meio de recurso), **nos exatos termos decididos pelo Juízo *a quo*.**

Por se tratar de mesmo fundamento, o provimento deste recurso especial, transcende, na verdade, a própria decisão de primeira instância, tornando-a insubsistente.

Em arremate, na esteira dos fundamentos acima delineados, dou provimento ao recurso especial, para tonar sem efeito a decisão de primeira instância que determinou a citação da parte demandada para apresentar a documentação no prazo de 30 (trinta) dias, a fim de que lhe seja concedida a oportunidade de apresentar a defesa que reputar conveniente, pertinente com o objeto do procedimento em exame, nos termos da presente fundamentação, observando-se, a partir de então, o devido processo legal.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2022/0278828-0

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 2.037.088 / SP

Números Origem: 10212243620218260100 102122436202182601003502021 20220000004777
20220000116818 21118716920218260000 2111871692021826000050000
3502021

PAUTA: 07/03/2023

JULGADO: 07/03/2023

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ONOFRE DE FARIA MARTINS

Secretária

Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ERNST & YOUNG AUDITORES INDEPENDENTES S/S
ADVOGADOS : DIÓGENES MENDES GONÇALVES NETO - SP139120
GIANVITO ARDITO - SP305319
ISABELLA NOVAIS DIAS - SP452735
RECORRIDO : AUGE INVESTMENTS LTD
ADVOGADO : RICARDO BOTOS DA SILVA NEVES - SP143373

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil - Indenização por Dano Material

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr. GIANVITO ARDITO, pela parte RECORRENTE: ERNST & YOUNG AUDITORES INDEPENDENTES S/S

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Nancy Andrichi, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.