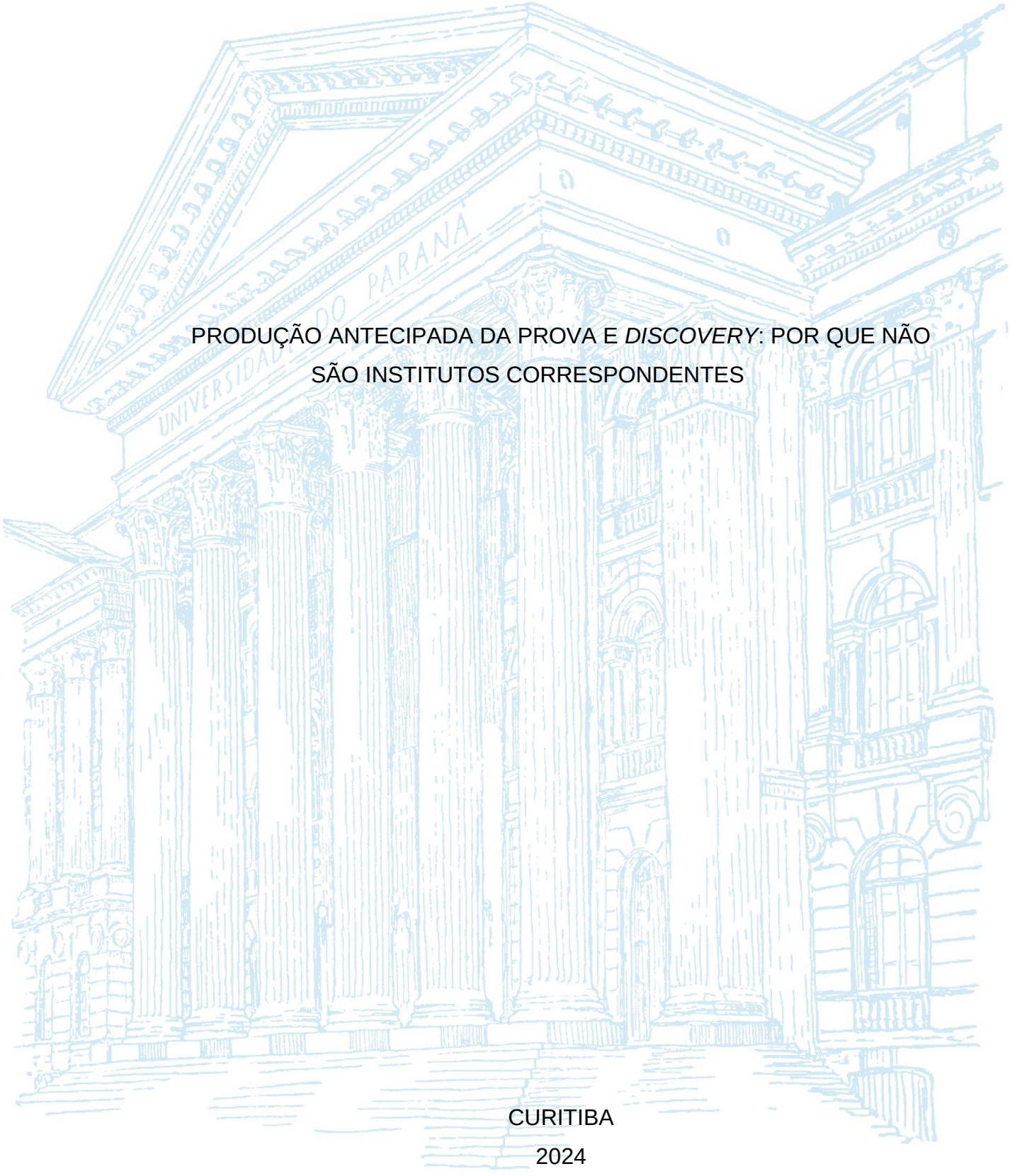
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LUIZA DE PAULO FORMAGGINE



PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA E *DISCOVERY*: POR QUE NÃO SÃO INSTITUTOS CORRESPONDENTES

CURITIBA

2024

LUIZA DE PAULO FORMAGGINE

PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA E DISCOVERY: POR QUE NÃO SÃO INSTITUTOS CORRESPONDENTES

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Tit. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

CURITIBA

2024

TERMO DE APROVAÇÃO

PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA E DISCOVERY: POR QUE NÃO SÃO INSTITUTOS CORRESPONDENTES

LUIZA DE PAULO FORMAGGINE

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Tit. Dr. Sérgio Cruz Arenhart
Orientador

Coorientador

WILLIAM SOARES PUGLIESE:05790811922 Assinado de forma digital por WILLIAM SOARES PUGLIESE:05790811922 Dados: 2024.12.10 11:47:09 -03'00'

Prof. Dr. William Soares Pugliese
1º Membro

Thaís Amoroso Paschoal Assinado de forma digital por Thaís Amoroso Paschoal Dados: 2024.12.10 15:19:33 -03'00'

Profª. Drª. Thaís Amoroso Paschoal
2º Membro

Aos membros do GEPROC – Grupo de Estudos em Processo Civil.

AGRADECIMENTOS

O que significa ser formada em Direito pela UFPR?

Para mim, significou traçar o caminho da Rua Amintas de Barros, nº 500, até a praça Santos Andrade pelo menos quatro vezes por dia, desde 2022; sobreviver a quase dois anos de pandemia e expectativas quebradas, com aulas online e conexões virtuais; significou também conhecer as dores e delícias de estar longe de casa e, por vezes, de onde meu coração se sente em paz – mas aqui conhecer realidades diferentes que ora me endureceram, ora me humanizaram. Significou ampliar horizontes e entender que grandes escolhas pressupõem difíceis renúncias.

Significou, até o terceiro ano, uma absoluta angústia com o que me era apresentado como um Direito distante da realidade e das pessoas – e que era diferente (da), ou indiferente (à) Justiça. Significou, no entanto, conhecer pessoas que salvaram essa trajetória, enchendo-a de significado e retomando o real propósito desse percurso ser feito dia após dia. E assim pude reconhecer, depois de algum tempo, que, apesar de às vezes hostil, existe amor no ambiente acadêmico.

Essas tais pessoas que fizeram da academia um espaço possível são os integrantes do Grupo de Estudos em Processo Civil (GEPROC) – todos os que por lá passaram me ensinaram algo sobre processo civil e sobre equipe. E da Procuradoria do Patrimônio (PGE/PR), que referencio em nome do Dr. Arthur Sombra, exemplo de líder que levo adiante. Esses dois “lugares” de muitas mãos e mentes me fizeram encontrar um lugar no mundo do Direito, a quem agradeço por tudo que pude colher academicamente desde 2022.

Por meio do GEPROC conheci também professores que me ajudaram a dar vida não apenas a pesquisas, mas também a uma recém iniciada (e que tem muito a aprender) pesquisadora. Professor Sérgio Cruz Arenhart, meu orientador neste trabalho; Professor William Soares Pugliese, também orientador neste e em outros trabalhos, e Professora Marília Pedroso Xavier, uma das minhas maiores incentivadoras na pesquisa – agradeço por serem exemplos na academia e na docência e por sempre me aconselharem, com paciência e persistência, nas minhas escolhas e desenvolvimento acadêmico e profissional. Agradeço também à Professora Jussara, que me deu segurança para fazer essa pesquisa sabendo que a língua não seria uma barreira intransponível.

Em nome desses Mestres, agradeço a todos os professores que foram responsáveis pela minha formação e a todos os servidores da UFPR, que são essenciais para o funcionamento de nossa Alma Mater. É um verdadeiro privilégio ter a UFPR não só no meu currículo, mas na minha história. Aqui, vivi momentos que marcaram de forma indelével a Luiza pessoa, profissional e acadêmica.

Mas a academia só é suportável quando se tem pessoas com quem se possa compartilhar vida fora dela.

Por isso, às “Advogatas”, agradeço por cada troca durante esses anos – jamais poderia imaginar como uma mudança de lugares na sala de aula fosse me trazer amizades tão profícuas. À Laura Capobiango, minha primeira amiga da faculdade, agradeço por ser meu porto seguro em momentos que não gosto de lembrar, mas também por marcar as minhas memórias mais doces desse período. À Giovanna, Roberta, AnaLu(s) e Marianna, por entenderem cada fase da minha vida na faculdade e serem companhia dentro e fora das colunas da Santos Andrade. À Carolina Filosi, Júlia Rondello e Giovanna Amadio, por darem um sentido especial às voltas para Sorocaba e por serem tão únicas na minha vida, pois me proporcionam, dia após dia, uma conexão entre almas que se querem bem.

Existem, por outro lado, pessoas que nunca cheguei a conhecer – nós sempre fomos. A minha família: Mamãe, Papai e Raquel, agradeço por cada parte do que sou; com exceção dos defeitos, tudo tem o toque de vocês, pois me ensinaram que a determinação é o caminho de todas as realizações; que ser forte às vezes é chorar; e que ser perfeito é impossível. A eles, dedico um poema de Caetano, pelo apoio essencial que foram durante esses anos e pela forma como me criaram: “*Minha mãe me deu ao mundo / de maneira singular / me dizendo uma sentença / pra eu sempre pedir licença / mas nunca deixar de entrar*”.

Há também pessoas que me colocaram no eixo – seja para girar piruetas, seja para seguir meus propósitos com a mente sã: Gabe, Sophia, Kelly, Luciane e Amanda – obrigada! Às Jovens (e *oldies*) “Processualistas” agradeço por tantas vezes me ajudarem a acreditar em mim mesma. Também a Equipe de Jovens de Nossa Senhora me trouxe amigos e irmãos de fé que foram alento e esperança, a quem agradeço por participarem dessa minha travessia.

Por fim, a Deus agradeço pela infinita bondade na condução de minha vida, pois jamais estive sozinha nesses cinco anos sem que Ele me ouvisse.

“Há duas coisas que continuam sendo eternamente certas e que na minha opinião se complementam entre si: não apague sua inspiração e poder de imaginação, não se torne um escravo do modelo; e a outra, escolha um modelo e estude-o, porque do contrário sua inspiração não poderá se materializar”. (Vicent van Gogh a Theo van Gogh, Haia, 1882)

RESUMO

O presente artigo buscou analisar os institutos da produção antecipada da prova, no Brasil, e a *discovery*, nos Estados Unidos, para compreender se são semelhantes a ponto de serem considerado institutos correspondentes da *common* e *civil law*. Para tanto, foram analisadas características desses procedimentos e também das tradições sobre as quais surgiram os sistemas de justiça no Brasil e nos Estados Unidos, a fim de verificar se eles possuem semelhanças elementares e nos objetivos da sua utilização. A partir dessa investigação, foram traçados pontos que refletem a divergência desses dois institutos: o momento de produção da prova no Brasil e nos Estados Unidos; a forma de valoração da prova nos dois sistemas; a existência e o tratamento do dever geral de prova e, por fim, a contribuição da produção antecipada da prova para a autocomposição e seu distanciamento da *discovery* nesse ponto. Concluiu-se que, apesar de haver algumas aproximações possíveis entre a *discovery* e a produção antecipada da prova, esses não são procedimentos que podem ser considerados equivalentes, pois há diferenças cruciais quanto a utilização, finalidade e impactos da produção antecipada da prova e da *discovery*.

Palavras-chave: Produção antecipada da prova; discovery; common law; civil law; influência.

ABSTRACT

The current article analyzed the techniques of anticipated evidence production (name of the procedure in the Brazilian legal system) in Brazil and discovery in the United States to understand whether they are similar enough to be considered corresponding techniques in common law and in civil law. To this end, the characteristics of these procedures were analyzed, as well as the traditions upon which the justice systems in Brazil and in the United States emerged, in order to verify if they share elementary similarities and objectives in their use. From this investigation, some points were identified reflecting divergences between these two techniques: the timing of evidence production in Brazil and in the United States; the way evidence is assessed in both systems; the existence and treatment of the general duty to evidence; and, finally, the contribution of anticipated evidence production for the parties to come to an agreement and its difference from discovery in this regard. It was concluded that, although there are some similarities between discovery and anticipated evidence production, these are not procedures that can be considered equivalent, as there are crucial differences regarding their use, purpose, and impact.

Keywords: Anticipated evidence production; discovery; common law; civil law; divergence.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 10
2 O MOMENTO DE PRODUÇÃO DA PROVA 12
2.1 IMPACTO SISTEMA ADVERSARIAL NORTE AMERICANO NA PRODUÇÃO DA PROVA..... 12
2.1PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA COMO PROCEDIMENTO INDEPENDENTE 14
3 VALORAÇÃO DA PROVA 17
3.1 JULGAMENTO PELO JURI 17
3.2 ANÁLISE DE FATOS E DO DIREITO 19
4 DEVER DE PROVAR E REGRAS DE PRIVILÉGIO..... 21
5 NECESSIDADE DE CONSULTA AOS DADOS NO BRASIL 27
5.1 A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS PODE SER CONSIDERADA INSTRUMENTO DE INCENTIVO À CONSENSUALIDADE?..... 30
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS 32
REFERÊNCIAS..... 35

1 INTRODUÇÃO

Não raramente, a produção antecipada da prova, no Brasil, é relacionada aos procedimentos de *discovery*, no Direito inglês, e de *disclosure*, no Direito norte-americano. Esses se propõem a serem fases pré-processuais e extrajudiciais de apresentação de provas e delimitação do objeto do caso, nas quais um juiz com função específica interfere apenas para dirimir controvérsias acerca da apresentação das provas e que não tenham sido resolvidas por acordo.

Esse procedimento, na tradição *Common Law*: "*concomitantemente, permite que cada uma das partes conheça as provas de que dispõe a outra e obtenha-as para a prova de duas alegações*"[1]. Além disso, durante o *pretrial*, podem ser empregados outros meios de solução de conflitos, que geralmente levam as partes a realizarem um acordo. Portanto, a *discovery* tem um papel importante no reconhecimento, pelos litigantes, da possibilidade de ganho ou perda de causa, bem como dos custos para tanto.

Já a produção antecipada da prova, no Brasil, é uma ação autônoma que tem como objeto única e exclusivamente a obtenção ou produção da prova, sem que seja adentrado o mérito da controvérsia pelo juiz e sem que haja prevenção desse juízo para posterior julgamento de ação que utilize essa prova.

Ocorre que relacionar essa classe processual com o procedimento de *pretrial* é ignorar não apenas a origem do instituto brasileiro, mas também uma série de diferenciações que se fazem presentes e que serão abordadas a seguir: a formação procedimental, a forma de julgar fatos e de aplicar o direito, o impacto das características do sistema para se definir a importância da produção de provas antes do início do processo principal.

Desse modo, verificou-se que a forma como os sistemas abordados formam e tratam a prova judicial são essenciais para se analisar os dois institutos. Em primeiro lugar, o momento de produção da prova no sistema processual norte-americano é, por natureza, distinto do brasileiro. Nesse sentido, a produção antecipada da prova, ao contrário da *discovery*, é procedimento independente do ajuizamento de ação posterior que trate dos mesmos fatos.

---

[1] HAZARD JR., Geoffrey; TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. **A Justiça Civil – Dos Estados Unidos ao Brasil**. Ed. 2023, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 151

Além disso, a forma como a prova é apresentada, e, portanto, o modo como é produzida na *discovery* e na produção antecipada da prova são distintos, tendo em vista que as ações civis nos Estados Unidos também podem ser julgadas pelo júri. Destaca-se a proeminência da *cross examination* e a importância da *discovery* no desempenho do advogado nessa modalidade de prova, elemento que diferencia sobremaneira esse instituto da produção antecipada da prova.

Ainda, a comparação esbarra em uma questão cultural de tratamento da prova. Por vezes, no Brasil, não se entende existir um dever geral de prova, mas um mero ônus probatório. Essa característica também afasta semelhanças entre o objetivo da *discovery* de verificar se há elementos para a proposição da ação e a produção antecipada da prova.

Essa última diferenciação conduz também a uma análise do impacto do tratamento da prova no incentivo a autocomposição. Enquanto a *discovery* possui um importante papel nesse objetivo, a produção antecipada da prova, ao que parece, sem descarte da consulta aos dados, não o propicia.

O objetivo do presente artigo, é, portanto, verificar a existência de relação entre *discovery*/*disclosure* e a produção antecipada da prova e definir seus limites de comparação. Isso não por ignorar que a experiência da tradição *Common Law* pode nos ser válida, mas principalmente para avaliar e diferenciar o incentivo a autocomposições no direito norte americano pela utilização da *discovery* e da intenção, no CPC, de atribuir à produção antecipada da prova essa mesma responsabilidade.

2 O MOMENTO DE PRODUÇÃO DA PROVA

Apesar de o direito civil norte americano ser fundado no sistema adversarial, que tem como base uma cultura do litígio, a *discovery* auxilia também a definir o escopo da ação[2], de forma mais enfática do que a produção antecipada da prova, justamente pelo caráter, desta, de procedimento autônomo que não vincula processo posterior.

Ou seja, ainda que a produção antecipada da prova possa ser justificada pelo fato de ser necessária ou útil ao ajuizamento de uma ação futura, não há qualquer obrigação que relacione, necessariamente, o ajuizamento de uma ação à produção anterior de quaisquer provas, nem o inverso. A *discovery*, por outro lado, é procedimento indispensável ao prosseguimento de qualquer julgamento, sendo uma das primeiras providências às partes envolvidas em um litígio no sistema norte americano.

2.1 IMPACTO SISTEMA ADVERSARIAL NORTE AMERICANO NA PRODUÇÃO DA PROVA

Uma das características que mais impactam a diferenciação entre a *discovery* e a produção antecipada de prova tem fundamento no modo como os sistemas de justiça analisados se comportam em relação ao momento de produção da prova ao papel do juiz no processo civil.

No processo civil estadunidense vigora um sistema chamado “adversarial” (*adversarial system*). Destaca-se, sobre essa forma de funcionamento, que a condução do processo é realizada em especial pelas partes, em conjunto com os seus advogados, ao contrário da tradição *civil law*. Nesta, o juiz possui um papel de condutor do processo, responsável inclusive por selecionar os fatos relevantes e fazer a aplicação do direito[3].

---

[2] “(...) information regarding the course which can or will be taken by one's adversary is an almost universal necessity if the merits of the case are to be fully presented, if preparation is to be facilitated, and if the trial is not to be confused and encumbered with useless matters” (SUNDERLAND, E. R. Scope and method of discovery before trial. **Yale Law Journal**, n. 42(6), 1993, p. 869).

[3] ARRUDA ALVIM, T. **A fundamentação das sentenças e dos acórdãos**. São Paulo: Editora Direito Contemporâneo (EDC), 2023.

Na justiça civil norte americana, por sua vez, a característica adversarial pode ser vista por excelência nos protocolos *pretrial*[4] e principalmente pela determinação de que as partes devem tornar as provas conhecidas num momento anterior ao julgamento – a *disclosure*.

Geoffrey Hazard Jr. (1998) expõe a relação entre o sistema adversarial e o papel do juiz e das partes na jurisdição norte americana:

> That is, the role of the judge is to decide between competing presentations of evidence and law that are tendered by the advocates. The corresponding role of the advocates is to develop and make those presentations. The judge is not responsible for there being an adequate development of the evidence during trial and *a fortiori* is not responsible for there being adequate pretrial discovery of evidence. Nor is the judge responsible for getting at "the truth."'8 The judge simply chooses between the contentions of law and the versions of facts laid before him by the parties[5].

O autor descreve, inclusive, que essa diferença de posição dos juízes é o que justifica a ausência de *pretrial*, como um "processo de pelo menos dois estágios"[6], nas jurisdições de *civil law*. Mais do que isso, a presença de um júri que decide primordialmente sobre os fatos, não sobre questões legais, é o que impõe que as provas sejam apresentadas de forma clara em uma única sessão de julgamento, o que será adiante tratado.

Ao fim e ao cabo, há uma função organizativa e de eficiência que justifica a existência de um procedimento bifásico na tradição *common law*, com a descoberta das provas e alegações antes do julgamento concentrado em uma sessão de júri. Nesse contexto é notável a proeminência da atividade dos advogados, que são encarregados de fornecer tanto as informações de fato quanto de direito para o julgamento.

De modo geral, fica claro que: "*American trial judges are more passive than judges in other systems, including even other common law countries, and prefer to*

---

[4] Durante a fase do *pretrial*, as partes, além de apresentarem suas alegações (*pleadings*), preparam e pedem *depositions* (oitiva de testemunhas) e a apresentação de documentos, além de poderem realizar *motions* para pedir determinado posicionamento da corte.

[5] HAZARD JR, G. Discovery and the Role of the Judge in Civil Law Jurisdictions, **Notre Dame Law Review** 73, no. 4 (May 1998), pág. 1019.

[6] Op cit., p. 1020.

see themselves as detached and somewhat removed from the fray"[7]. O júri também possui uma postura passiva, no entanto, por decidirem sobre os fatos, observa-se que há um esforço em trazer a prova para próximo dos jurados, apresentando-a de uma forma que melhor se adeque aos interesses de cada uma das partes.

Segundo Hazard Jr, Taruffo e Mitidiero, um dos pilares do *adversary system* é a noção de que só se pode chegar à verdade, a partir da prova testemunhal, com o interrogatório das testemunhas por ambas as partes. Nesse sentido, a *discovery* tem papel relevante também na preparação dos advogados das partes para o *trial*, em especial na oitiva de testemunhas, para uma boa realização da *cross-examination*. De fato, conforme é exposto pelos autores citados:

> A Discovery serve para um duplo propósito no processo: concomitantemente, permite que cada uma das partes conheça as provas de que dispõe a outra e obtenha-as para a prova de suas próprias alegações[8].

De modo diverso, nos litígios civis no Brasil, as provas são todas produzidas – e conhecidas as nuances que beneficiam uma ou a outra parte – sob a autoridade do juiz, ou apresentadas diretamente a ele. Assim, se o juiz da *civil law* deve analisar tanto os fatos quanto aplicar o direito, é racional a escolha legislativa pelo seu contato direto com a prova, bem como pelo seu comportamento mais ativo ao longo do processo, num sistema essencialmente inquisitorial, e não adversarial[9].

2.1PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA COMO PROCEDIMENTO INDEPENDENTE

A produção antecipada de prova é uma ação autônoma prevista pelo art. 381 do Código de Processo Civil. É nítida a preocupação em expressar o direito autônomo à prova por meio desse instituto, e, justamente por isso, ele não é obrigatório nem faz parte do procedimento para iniciar qualquer ação civil, como é a

---

[7] PIZZI, W. T., "The American Adversary System," **West Virginia Law Review 100**, no. 4 (Summer 1998), p. 850.

[8] HAZARD JR., Geoffrey; TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. **A Justiça Civil – Dos Estados Unidos ao Brasil**. Ed. 2023, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 151.

[9] O contato direto do juiz com a prova dá a ele melhores condições de julgar, conforme exposto por Marinoni e Arenhart (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, livro eletrônico, item 19).

discovery. Destaque-se, portanto, que a ação de produção antecipada da prova é instrumento de efetivação do direito autônomo à prova, que não se confunde com o direito de ação ou de defesa[10].

Paulo Osternack Amaral defende que esse direito decorre tanto da Constituição, pela garantia do contraditório e da ampla defesa[11], quanto da legislação infraconstitucional. Francisco Laux diferencia direito a prova do direito de provar, conceituando o primeiro como um direito à busca da informação, que não se vincula à valoração da prova e não é necessariamente jurisdicional. Justamente, a retirada do requisito de urgência da produção antecipada da prova sugere que existe, no sistema brasileiro, tanto direito de provar quanto direito à prova em si.

Não por acaso, há duas previsões que contribuem para o caráter de desvinculação da produção antecipada da prova a outro processo que se valha dessa prova: o parágrafo 3º do art. 381 e o parágrafo 2º do art. 382. No primeiro, fica estabelecido que não existe prevenção do juízo da produção antecipada da prova para posterior processo que a utilize, ou que trate da mesma situação. No segundo, é vedada a valoração da prova pelo juízo.

Desse modo, a ação objetiva única a exclusivamente a produção da prova, sem que haja análise de fato ou das suas consequências jurídicas. Assim, a decisão final nesse tipo de ação é apenas o deferimento, total ou parcial, ou indeferimento, da produção da prova. É, portanto, irrecorrível salvo nos casos de improcedência total do pedido, isto é, negativa da produção da prova (art. 382, parágrafo 4º, do CPC).

Importante dizer que a produção antecipada da prova é uma das ações probatórias previstas no nosso ordenamento jurídico, no qual constam também a ação de exibição de documento e a arguição de falsidade. De acordo com Eduardo

---

[10] Flávio Luiz Yarshell conceitua o direito autônomo à prova como algo que “pode ser entendido não exatamente como uma das posições jurídicas integrantes do feixe que o direito de ação e de defesa englobam; ou, ainda, não como um mero desdobramento do direito de invocar um provimento jurisdicional que declare o direito em dada situação concreta. O que há é um direito simplesmente à produção (obtenção e pré-constituição) de determinada prova, entendido como a prerrogativa de invocar do Estado um ato que se esgote aí” (YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 233-234).

[11] O autor define esse direito constitucional como "liberdade de acesso às fontes e meios segundo o disposto em lei e sem restrições que maculem o justo processo" (AMARAL, P.O. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade, 3ª ed**. São Paulo: Editora RT, 2023).

Talamini[12], essas ações derivam de uma mudança na concepção sobre a destinação da prova:

> Reconhece-se que as partes têm, em relação às provas, não apenas uma faculdade estritamente instrumental e interna ao processo, atinente ao exercício da ação e da defesa. Mais do que isso, as partes têm direito à produção ou à aferição da veracidade da prova, antes e independentemente do processo, por uma série de razões: avaliar suas chances efetivas numa futura e eventual disputa litigiosa, estimar os custos de tal disputa, verificar as possibilidades e termos de um possível acordo com o adversário – e assim por diante.

Assim, ainda que a prova permaneça tendo uma característica instrumental, ela vai além da sua utilidade intra-processual e se expande para um objetivo externo, que é o de orientar não apenas um juiz, mas também as partes, a tomar decisões mais esclarecidas. Para Flávio Luiz Yarshell, a produção antecipada da prova serve para formar o convencimento das partes, e não do juiz, apesar de poder ser utilizada posteriormente com esse objetivo.

Além do caráter desvinculado da produção antecipada da prova, destaca-se a sua natureza jurisdicional como uma diferença relevante em relação a *discovery*. No Brasil, um dos objetivos mais importantes da produção da prova é, inegavelmente, o convencimento do juiz. Marinoni, Arenhart e Mitidiero alertam para a concepção de prova mais relevante no direito brasileiro – a de que as regras sobre provas servem de facilitação argumentativa para o juiz.

Isso se coloca na análise comparativa entre a produção antecipada da prova e a Discovery na medida em que nessa última a atividade é conduzida em grande parte pelos advogados das partes de forma extrajudicial[13]. Nesse sentido, a produção da prova é feita sem a autoridade judicial, diferentemente do que ocorre no Brasil.

Além disso, o nível de interferência do juiz, na *discovery* e no *trial*, é determinada com certa discricionariedade, portanto, muda de acordo com o juiz do caso[14]. Em especial, nas ações civis julgadas pelo júri, a atuação do juiz durante a *discovery* é dirimir certas desavenças entre as partes que, por ventura, não tenham

---

[12] TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no código de processo civil de 2015. **Revista de Processo**, v. 260, out/2016, p. 76.
[13] ROQUE, A.V.; VIOLIN, J.; DELLORE, L. **O processo civil nos Estados Unidos: visão geral à luz do processo civil brasileiro**. Londrina: Editora Toth, 2024, p. 153
[14] HAZARD JR., Geoffrey; TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. **A Justiça Civil – Dos Estados Unidos ao Brasil**. Ed. 2023, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 117

sido solucionadas por acordo. Já durante o julgamento, ao juiz apenas compete presidir e instruir os jurados sobre as questões de direito envolvidas. Portanto, é relevante analisar o *trial by jury* também como um elemento que interfere na formação da prova e na importância da *discovery*, já que as provas são analisadas por leigos, diferentemente do que ocorre no Brasil.

3 VALORAÇÃO DA PROVA

3.1 JULGAMENTO PELO JURI

O *trial by jury* faz parte da concepção de justiça incorporada nos Estados Unidos e vigora desde que existiam dois sistemas jurisdicionais distintos, o de "*suits at common law*" e a *equity*. De modo geral, as cortes de *common law*, originalmente, julgavam litígios envolvendo reparação de danos, ações nas quais, até hoje, utiliza-se o julgamento por júri. De acordo com Hazard Jr., Taruffo e Mitidiero (2023), a interpretação atual do direito ao julgamento pelo júri é interpretada de maneira abrangente, entendimento fixado no *leading case Beacon Theater, Inc v. Westover*[15].

A seleção de jurados é feita aleatoriamente dentre as pessoas com idade eleitoral[16] e a escolha daqueles que efetivamente julgarão a causa depende do desempenho do jurado no interrogatório *voir dire* e da superação do *peremptory challenge*. O primeiro diz respeito à averiguação da imparcialidade do jurado e o segundo é um direito assegurado às partes (na figura de seus advogados), que podem recusar uma quantidade de jurados por convicção própria.

Deve-se dizer que esse procedimento guarda diversas semelhanças com que acontece no Brasil nos julgamentos de crimes dolosos contra a vida pelo tribunal do júri. Porém, a particularidade do julgamento de causas civis pelo júri nos Estados Unidos impacta na forma como a prova é valorada e em várias concepções e regras sobre a produção probatória e, desse modo, contribui na diferenciação entre a *discovery* e a produção antecipada da prova que acontece no Brasil.

---

[15] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, U.S. Supreme Court. **Beacon Theatres, Inc. v. Westover**, 359 U.S. 500, 25. Mai. 1959, p. 510-511.

[16] Nesse momento, cumpre destacar que podem haver diferenças entre as cortes estaduais no procedimento de seleção e escolha dos jurados e mesmo nas disposições estaduais sobre causas que são de competência do júri. A descrição feita, portanto, baseou-se naquela feita por Hazard Jr., Taruffo e Mitidiero em "A Justiça Civil – dos Estados Unidos ao Brasil", pois busca-se trazer aspectos gerais do modelo de trial by jury, com o objetivo principal de comparação dos institutos de produção antecipada da prova – e não uma análise detalhada acerca do tópico.

Uma das peculiaridades dessa forma de julgamento é justamente a admissão do testemunho das partes. Esse aspecto se faz possível diante da proeminência da técnica de *cross examination*, pois a partir dela os jurados podem tirar suas próprias conclusões a respeito de quanto o interesse das partes impacta na idoneidade do seu testemunho, de modo que essa técnica representa um instrumento fundamental para garantir a integridade da prova[17].

A prova testemunhal é colhida na *discovery* geralmente por meio de interrogatório realizado pelos advogados da parte interessada, no próprio escritório. Esse momento é detalhadamente registrado para que as perguntas do *trial* sejam realizadas da forma que melhor interessar às partes. Um dado importante é que as testemunhas irrelevantes para o caso acabam sendo dispensadas nessa fase anterior ao julgamento, de modo a torna-lo mais efetivo[18].

A dinâmica que envolve um júri é complexa e, nesse sentido, a *discovery* tem um papel fundamental em ajudar a melhorar a performance dos advogados perante os jurados[19], uma vez que já conhecem as provas e podem ser mais assertivos durante os depoimentos.

Não só em razão do júri, mas também por isso, a *discovery* se mostra muito mais abrangente do que a instrução probatória brasileira e que a própria produção antecipada da prova, em que, geralmente, é solicitada a produção de uma prova, ou de um tipo de prova, apenas. Entretanto, algo que ocorre tanto na *discovery* quanto na produção antecipada da prova é que raramente há o indeferimento da produção da prova. Na *discovery*, pois isso sequer é analisado caso a caso pelo juízo; no Brasil, pela concepção de que existe um direito autônomo à prova.

Ocorre que, mesmo com essa aproximação, tratando-se de prova inadmissível, há significativa diferença entre os dois institutos. Na *discovery*, há pouca limitação no geral com relação às provas que serão feitas pelos advogados. Haverá, sim, um crivo posterior, por um juiz, antes do julgamento, para verificar a possibilidade de a prova ser apresentada ao júri. É nesse momento em que se verificará possível inadmissão da prova.

---

[17] LANDSMAN, S., "A Brief Survey on the Development of the Adversary System," **Ohio State Law Journal 44**, no. 3 (1983), p. 734.
[18] ROQUE, A.V.; VIOLIN, J.; DELLORE, L. **O processo civil nos Estados Unidos: visão geral à luz do processo civil brasileiro**. Londrina: Editora Toth, 2024, p. 154
[19] Op cit, p. 156.

Esse aspecto amplo revela duas faces da mesma moeda em relação à *discovery*: por um lado, serve para determinar com maior careza o escopo da ação, os fatos e provas relevantes, contribuindo para a efetividade processual. Por outro lado, pode dificultar a análise das informações relevantes, por estarem imiscuídas em outros tantos documentos irrelevantes ao caso, bem como aumentar vigorosamente os custos do processo[20].

De fato, "*a Justiça Civil reflete a cultura sócio-política em que inserida*"[21] e, portanto, muitos elementos do sistema de justiça estadunidense impactam na diferenciação ora proposta. E, ainda que, num breve contato, a *discovery* e a produção antecipada da prova possam apresentar semelhanças, a cultura jurídica e a própria formação do Direito Processual Civil impactam na diferenciação dessas.

Assim, na sequência, passar-se-á a diferenciar os institutos quanto a forma de julgamento das demandas judiciais quanto a análise dos fatos e do direito realizadas de maneiras distintas na tradição *common law* e *civil law*.

3.2 ANÁLISE DE FATOS E DO DIREITO

Conforme já destacado, há uma escolha sistemática e cultural pelo julgamento de determinadas ações civis pelo júri. A tradição romano-canônica atribui importância semelhante em haver rigor técnico tanto no exame de fatos quanto na aplicação do direito. Por isso, ambos devem ser realizados por um *expert* em valoração e raciocínio lógico-dedutivo aplicado ao contexto jurídico: o juiz. Já nos Estados Unidos, entende-se que a "*valoração probatória como uma atividade que não necessita de uma preparação técnica*"[22].

Nesse sentido, o protagonismo dos advogados fica muito mais evidente, tendo em vista que (i) o júri, que será encarregado da análise dos fatos, não possui, em regra, conhecimentos jurídicos; e (ii) mesmo quando há julgamento por um único juiz, ele aplicará o direito com base numa escolha entre teses que lhe foram apresentadas, diferente do Brasil, em que a decisão está mais próxima de criar teses, combinando o raciocínio lógico e a exposição argumentativa.

---

[20] Op cit., p. 145.
[21] HAZARD JR., Geoffrey; TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. **A Justiça Civil – Dos Estados Unidos ao Brasil**. Ed. 2023, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 94
[22] Op cit, p. 103.

Quanto a (i), os jurados, após analisarem as provas apresentadas durante o *trial*, formarão um veredicto sobre o caso que lhes foi apresentado. Isso é, decidirão, a partir das provas, se deve prevalecer o direito do demandante ou do demandado. As questões de direito, como questões processuais de *standard* probatório, são anteriormente definidas pelo juiz que acompanha o caso e são repassadas aos jurados em forma de instruções.

Nesse cenário, portanto, ainda que o júri realize aplicação do direito ao decidir qual das partes sairá vitoriosa do litígio, ele o faz com base, primordialmente, nas questões de fato de que tratam as provas apresentadas. Desse modo – e o que interessa à análise da *discovery* neste ponto, é que a maneira como a prova chega aos jurados é relevante.

Ou seja, dada a proximidade entre a prova e o júri, o manejo e o conhecimento anterior das provas são decisivos para o bom uso dessas informações perante os jurados. Isso principalmente considerando a disputa de narrativas que se dá de forma oral durante o julgamento, com a oitiva de testemunhas e *experts*.

Tanto é relevante o contato entre jurados e prova que uma das motivações recursais para se impugnar uma decisão do júri é, justamente, a insuficiência de provas (que enseja a *motion for new trial*). Não obstante, o próprio juiz pode determinar novo julgamento caso a decisão do júri seja manifestamente contrária a alguma prova dos autos, ainda que o juiz geralmente não tenha predominância durante o julgamento, nem poder para interferir, de ofício, na produção das provas.

Perceba-se que, de modo contrário, não há possibilidade de recurso contra o veredicto do júri por pura irresignação da parte. Essa característica revela uma forte confiança na valoração das provas pelo júri, o que é legitimado por todo o procedimento que envolve a realização do *trial*, incluindo a *discovery.*

A partir disso, resta claro que as diferenças no tratamento da prova autorizam o afastamento epistemológico entre a produção antecipada da prova e a *discovery*, uma vez que o procedimento, o destinatário e o objetivo da produção probatória no Brasil e nos Estados Unidos é diverso, dadas as características de cada sistema, conforme demonstrado.

Adiante, serão apresentadas outras concepções sobre a prova que se distinguem e que revelam não serem correspondentes a *discovery* e a produção antecipada da prova. São eles: o dever de provar e o incentivo a autocomposição.

4 DEVER DE PROVAR E REGRAS DE PRIVILÉGIO

No direito norte americano, o dever de provar está evidentemente previsto na Rule 26 das Federal Rules of Civil Procedure, que descreve o procedimento da *disclosure*: (i) o nome e demais informações pessoais daqueles que obtenham informações relevantes à causa; (ii) cópia, ou descrição detalhada de documentos que tenha a parte sob seu controle e que poderão ser utilizadas para sua atuação no processo; no caso de lesões que incluam debate de quantum indenizatório, (iii) documentos que revelem os cálculos realizados a esse propósito.

Ademais, o sistema CPR (*Civil Procedure Rules*) também integra protocolos que: "*prescrevem 'obrigações' que as partes, em potencial, e seus representantes legais devem cumprir antes de iniciar os procedimentos formais*"[23]. Veja-se que a produção de provas que serão utilizadas num possível e futuro litígio impõe, desde logo, um dever de boa-fé das partes em compartilhar informações, tendo em vista que o julgamento é, em grande medida, feito de forma oral perante o júri, conforme destacado anteriormente.

Andrews traz, inclusive, que a esse dever corresponde sanção pelo não cumprimento, quando o procedimento do *pretrial* não é respeitado, na Inglaterra:

> Se a controvérsia realmente culminar em ação judicial, o tribunal tem o poder de punir a parte que não tiver cumprido um protocolo qualquer. A sanção será a elevação de custas[24]

Já *Rule* 34 das *Federal Rules of Civil Procedure*[25] define a forma como esses documentos deverão ser apresentados. Há, portanto, um dever de apresentar provas consolidado pelos dispositivos e também pela tradição norte americana.

No Brasil, por outro lado, a produção antecipada da prova não é uma regra, mas sim uma – recentemente mais abrangente – possibilidade, sendo prevista (i) em caso de urgência, com fundado receio de que venha a se tornar impossível a

---

[23] ALVIM, T. A; ANDREWS, N. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 218.
[24] Op cit., p. 219.
[25] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Rules of Civil Procedure**. Washington, DC: 2014. Disponível em: https://www.uscourts.gov/sites/default/files/Rules%20of%20Civil%20Procedure.

produção da prova; (ii) quando a prova possa viabilizar autocomposição; ou (iii) para justificar, ou evitar, o ajuizamento de outra ação (art. 381, incisos I, II e III, do CPC).

O procedimento, no entanto, é detalhado muito mais em relação a regras de competência (art. 381, parágrafos 2º, 3º e 4º, do CPC) e a não prevenção do juízo para julgar posterior litígio que envolva a prova (art. 382, parágrafo 2º, do CPC). Não transparece, pelo texto da lei, um dever de provar, ainda que essa seja a exata intenção da ação de produção antecipada de provas, vez que se destina única e exclusivamente a obtenção ou produção de uma prova, principalmente quando há caráter litigioso.

Fato é que, no âmbito do processo civil brasileiro, criou-se o costume de chamar o dever de prova, previsto nos arts. 378, 379 e 380 do CPC, de "ônus de provar". Essa ideia sugere que as partes não possuem obrigação de apresentar provas das suas alegações, isto é, um dever, mas tão somente um ônus – um possível resultado negativo a nível de interesse processual, uma decisão que penda mais para o lado contrário diante falta de provas para corroborar as alegações daquele que desrespeitou o "ônus" de provar.

De acordo com Marinoni, Arenhart e Mitidiero[26], a correspondência, prevista pelo CPC, de sanções para o descumprimento dessa faceta da cooperação processual (a apresentação de provas), é um dos aspectos que a define como dever de provar, e não mero ônus. Afinal, não poderia existir um dever sem uma sanção que corresponda ao seu não exercício, do mesmo modo que não há que se prever uma sanção para o desrespeito de uma mera faculdade da parte. Equivocadamente, muito se mistura o dever de provar com o ônus da prova.

E isso se dá por conta da redação dada ao art. 373 do CPC: "O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor". A partir dessa definição, pode-se extrair que o art. 373 do CPC é útil em especial no contexto em que há ausência de provas.

Isso porque esse dispositivo serve para (i) orientar o juiz sobre como julgar em caso de ausência de provas (ônus da prova como regra de julgamento) e, por isso, (ii) instiga as partes a serem mais participativas na produção probatória. Ou

---

[26] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**, v. 2, 9 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, livro eletrônico.

seja, é correto dizer que coexistem, no processo civil brasileiro, ônus e dever de provar. Segundo Vitor de Paula Ramos, o ônus da prova:

> (…) tem importância destacada sob o prisma do direito fundamental à prova; a uma, a fim de orientar o comportamento das partes (inclusive, se for o caso, de sujeição), no sentido de que saibam o que devem levar de material probatório ao processo (sempre com o intuito de que o processo seja truth-oriented); a duas, a fim de que os riscos pelo não atingimento dos graus suficientes de corroboração ("está provado") sejam adequadamente distribuídos às partes pelo legislador[27]

Ocorre que a produção antecipada da prova, de forma diferente da *discovery*, não é procedimento obrigatório em razão de um dever de "cooperação"[28] com a outra parte e com a própria jurisdição. Pelo contrário, a produção antecipada de provas, da forma como se apresenta hoje no ordenamento brasileiro, advém de um entendimento de que a produção a prova é um direito da parte – não propriamente um dever, considerando que precisa dar efetividade ao sistema de justiça apresentando argumentos embasados.

Em verdade, a produção antecipada da prova se encontra num campo distinto da *disclosure* também em razão da concepção brasileira de que existe apenas um ônus probatório – a parte que não apresentar provas pode ter seus pedidos rejeitados – e não um dever, propriamente dito, ao que corresponderia uma sanção específica pela não apresentação de provas[29].

Essas características fundam também outras diferenças significantes no que se refere à possibilidade de a parte não apresentar certas provas – são as chamadas regras de privilégio. Essas, originadas nas tradições do direito inglês e estadunidense e incorporadas ao direito brasileiro pelo CPC, de maneira geral pelo art. 379 e de forma mais específica nos arts. 388, inciso I e 403, inciso III.

O primeiro prevê um direito genérico da parte a "não produzir prova contra si própria". De acordo com Marinoni, Arenhart e Mitidiero, essa previsão abstrata:

---

[27] RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento de produção "antecipada" de provas sem requisito de urgência no novo CPC: a teoria dos jogos e a impossibilidade de acordos se calculabilidade de riscos. **Revista de Processo**, v. 263, jan./2017, p. 7.

[28] Andrews chama de "responsabilidade compartilhada entre o juiz e as partes" para a garantia de justiça dos procedimentos (ALVIM, T. A; ANDREWS, N. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 68).

[29] YARSHELL, F. L. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova.** São Paulo: Malheiros, 2009, p. 161.

> (…) cria um direito “fundamental” à não colaboração e, assim, um direito também “fundamental” a esconder a verdade no processo civil. Em última análise, a interpretação literal desse preceito (em sua parte inicial) institui e legitima a chicana processual e autoriza a litigância abertamente de má-fé, o que não se pode aceitar[30]

Tal visão se reafirma na medida em que sempre seria possível criar novas regras de privilégio que não estão previstas na legislação e que impactaria no dever – esse sim previsto – geral de prova. Essa dinâmica, ao fim, chancela comportamentos de extrema má-fé dos litigantes, como a restrição da outra parte do acesso à prova e o uso abusivo do poder judiciário, já que ajuda a tornar o processo em um jogo de “soma zero”[31].

Não fosse a regra geral prevista pelo art. 379, seria possível e lógico dizer que existem mais regras de privilégios no direito anglo-estadunidense do que no direito brasileiro, afinal, as provas são produzidas e entregues antes do julgamento na tradição *common law*.

Segundo Andrews, os privilégios presentes no direito inglês atingem tanto os julgamentos quanto o *pretrial* – fase que ocorre antes do ajuizamento da ação, e são eles: orientação jurídica, de litígio, de mediação e acordos conduzidos em segredo, contra autoincriminação e por interesse público[32].

Ainda assim, o CPC prevê, além da regra geral, regras específicas quanto a autoincriminação e quanto a conhecimentos específicos em razão de profissão (o que inclui o privilégio advogado-cliente, por exemplo, que se assemelha ao privilégio da orientação jurídica anteriormente citada).

Mesmo em relação ao privilégio da orientação jurídica, entretanto, Andrews ressalta que ele é limitado no direito inglês por uma série de fatores. Dentre eles, a natureza da atividade, que deve ser estritamente jurídica. Segundo o autor, há advogados que aconselham clientes em outras áreas, tornando-se “*o homem de*

---

[30] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil, v. 2, 9 ed.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, livro eletrônico, item 9.3.2.

[31] OSNA, Gustavo. Três notas sobre a litigância predatória (ou, o abuso do direito de ação). **Revista de Processo**, v. 342, p. 55-70, ago./2023.

[32] ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

negócios"[33] do cliente. Essas orientações que estão fora da área jurídica não podem ser abarcadas pela regra.

Isso fez com que advogados e clientes tivessem negociações extremamente burocráticas quanto a atividade de orientação jurídica, tendo em vista a possibilidade de punição dos profissionais mediante processos por negligência encabeçados pelos próprios clientes[34]. Diante disso, é possível destacar que o tema possui diversos desdobramentos e, em razão da tradição *common law*, as questões são decididas com base em casos concretos, o que possibilita vedações e previsões de privilégios também mais concretas.

De outro modo, no Brasil, a codificação abstrativista em relação às regras de privilégio pode ser muito prejudicial, na medida em que essas se tornam muito abrangentes e demasiadamente flexíveis, a ponto de prejudicar a cognição do juiz e o direito das partes à produção da prova:

> Seja como for, o certo é que as regras de exclusão são geradoras de déficit epistêmico. Provocam lacunas no contexto probatório, o que pode comprometer a correção da decisão sobre os fatos. Por essa razão, a aplicação de tais regras fragiliza em maior ou menor medida a eficiência processual[35].

Por outro lado, existe maior flexibilidade no sistema brasileiro, justamente em razão das previsões mais genéricas – mesmo aquelas que o CPC intenta serem específicas – em comparação à construção jurisprudencial das regras no direito inglês, conforme destacado.

De fato, não existe um modelo perfeito, no entanto, é necessário destacar que, no Brasil, a importação do conceito dos *evidentiary privileges* parece ser atingida de forma negativa também pela concepção de ônus e dever de provar.

As regras de privilégio são, como visto exceções ao dever de provar[36]. Porém, essas exceções podem ser prejudiciais à devida instrução processual, principalmente na medida em que possuem previsões abrangentes. Assim, em

---

[33] ALVIM, T. A; ANDREWS, N. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 229

[34] ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

[35] CARPES, A. **O que provar? Admissibilidade e eficiência da justiça civil**. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2023, livro eletrônico, item 2.2.3.

[36] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**, v. 2, 9 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, livro eletrônico.

relação ao prejuízo da busca da verdade pela limitação imposta pelos privilégios, Nardelli afirma que:

> Qualquer privilégio de reter informação, quase inevitavelmente, prejudicará a efetiva descoberta dos fatos, principalmente quando o seu titular está em melhores condições de saber a verdade sobre os fatos em apuração[37]

É necessário, portanto, diante da problemática estabelecida, principalmente considerando a forma generalista como o Código de Processo Civil trata o assunto, que a análise seja feita caso a caso por meio da ponderação entre direitos fundamentais protegidos pela regra de privilégio e o direito fundamental a que se busca (se houver) com a produção da prova[38].

Nesse sentido, parece possível dizer que apenas a previsão do privilégio contra a autoincriminação seria mais raramente afetada (mas nunca absoluta), em comparação às outras presentes na legislação processual. No entanto, a aplicabilidade das regras de privilégio a partir da ótica dos direitos fundamentais depende da quebra de uma primeira barreira: a confusão entre ônus da prova e dever de provar.

Isso porque, ainda que haja a aplicação correta e sem abusos das regras de privilégio para a produção probatória, enquanto se entender o dever de prova como mero ônus da parte em comprovar suas alegações, o processo civil brasileiro ainda sofrerá com uma litigância de má-fé chancelada pelos seus próprios institutos. Ou seja: ainda que seja aplicada regra de privilégio pela ponderação dos direitos envolvidos, ainda assim a parte, muitas vezes, poderá deixar de apresentar determinada prova, se entenderem os atores do processo que ela está sujeita apenas ao ônus de provar.

É por isso que as regras de privilégio, não por acaso, surgiram em meio a uma tradição que evidencia o dever das partes de apresentar todas as provas que possuem, mesmo aquelas que lhes são desfavoráveis, em momento anterior ao julgamento.

---

[37] NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. O direito à prova e à não autoincriminação em uma perspectiva comparada entre os processos civil e penal. **Revista de Processo, vol. 246**, p. 171-198, ago./2015, P. 9

[38] Marinoni, Arenhart e Mitidiero explicitam o raciocínio da ponderação de direitos fundamentais na análise de admissibilidade da prova ilícita, o que pode igualmente ser aplicado às regras de privilégio (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**, v. 2, 9 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, livro eletrônico, item 9.12.11.

Esse procedimento possui suas peculiaridades no direito inglês e estadunidense, mas parte de culturas nas quais[39] (i) não se vê a necessidade de limitar o poder do juiz por medo de que haja abuso, isto é, há maior confiança na "capacidade de seu julgadores de encontrar a verdade"[40]; e (ii) o processo possui desvantagens econômicas (altos custos) que limitam a sua utilização e privilegia as autocomposições, para as quais as partes também precisam estar instruídas da maior quantidade de informações possível a fim de definir uma estratégia para a resolução da controvérsia.

Ao contrário, no Brasil, temos uma cultura de alta judicialização e também de necessidade de limitação dos poderes do juiz. As regras de privilégio farão tanto mais sentido quanto maior for o entendimento jurisprudencial e doutrinário, a partir da interpretação do próprio CPC, de que existe no Brasil um dever de provar.

Seja pela cultura do dever de provar, seja pela forma aplicável à produção antecipada de provas, destaca-se mais uma diferenciação dessa classe processual (como é tratada no Brasil) em relação à *discovery*. Não apenas o seu caráter voluntário, mas a maneira como a própria lei se refere ao instituto demonstram que ela não se presta à imposição do dever de provar, como faz a *discovery*. Muito mais pretende evidenciar a existência de um direito autônomo à prova no sistema brasileiro.

5 NECESSIDADE DE CONSULTA AOS DADOS NO BRASIL

No Código de Processo Civil de 1973, a produção antecipada da prova tinha como fundamento o perigo na demora na produção da prova. Ou seja, dependia de demonstração de urgência que motivasse o deslocamento do momento de produção da prova para um anterior à audiência de instrução e julgamento (no caso da oitiva de testemunhas, por exemplo), ou de outros atos da instrução, como nas hipóteses em que era admitida a realização antecipada da perícia (art. 849 do CPC de 1973).

Além disso, o CPC de 1973 previa produção antecipada apenas de determinados meios de provas: o interrogatório da parte, a inquirição de

---

[39] YARSHELL, F. L. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova.** São Paulo: Malheiros, 2009, p. 165.
[40] HAZARD JR., Geoffrey; TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. **A Justiça Civil – Dos Estados Unidos ao Brasil**. Ed. 2023, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 105.

testemunhas e o exame pericial (art. 846 do CPC de 1973), raciocínio fortemente limitado pelo receio de a prova tornar-se impossível caso não fosse antecipada a produção.

O Código também dispunha da justificação, procedimento de jurisdição voluntária e não cautelar. Para Fredie Didier Jr. e Paula Sarno Braga, a existência da justificação já comprovava a possibilidade de antecipação da prova sem a demonstração de *periculum in mora*, pois o seu objetivo era de "constituir e documentar a prova testemunhal"[41]. Assim, parte da doutrina já defendia a existência de um direito autônomo à prova[42] antes mesmo de entrar em vigor o CPC de 2015.

No Código de Processo Civil de 2015, a ação de produção antecipada de provas ganhou novos contornos e diferentes fundamentos em relação às previsões existentes no Código de Processo Civil de 1973. Se antes o requisito da urgência era indispensável (art. 847, incisos I e II e art. 849, do CPC de 1973), após a vigência do CPC de 2015, a produção antecipada da prova passou a ser também instrumento para estimular a solução consensual dos litígios[43]. Tal mudança passa pelo reconhecimento de que a prova pode, em determinadas hipóteses, assumir o "papel principal"[44] e ser, em si, o objeto do processo.

Nesse sentido, o anteprojeto para o CPC de 2015 já propunha a possibilidade de se requerer a produção antecipada da prova para promover a autocomposição, ou para justificar ou evitar outro processo judicial. Dentro desse contexto, e principalmente a partir da vigência do CPC de 2015, parte da doutrina passa a reconhecer as partes também como destinatárias da prova, para além do juiz[45], e, assim, também a existência de um direito autônomo à prova.

Destaque-se, entretanto, que a prova não passou a possuir um fim em si mesma em razão do reconhecimento do direito autônomo pelo CPC. De fato, a

---

[41] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. **Revista de Processo**, v. 218, abr./2013, p. 15.
[42] Sobre o assunto: Huberto Theodoro Jr. (JUNIOR, Humberto Teodoro. **Do Processo Cautelar**. São Paulo: LEUD); Daniel Amorim Assumpção Neves (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. São Paulo, Saraiva, 2008) e Flavio Luiz Yarshell (op. Cit.).
[43] RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento de produção "antecipada" de provas sem requisito de urgência no novo CPC: a teoria dos jogos e a impossibilidade de acordos se calculabilidade de riscos. **Revista de Processo**, v. 263, jan./2017, p. 315.
[44] TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no código de processo civil de 2015. **Revista de Processo**, v. 260, out/2016, p. 76.
[45] FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **Produção antecipada da prova: procedimento adequado para a máxima eficácia e estabilidade**. Londrina: Editora Toth, 2023, p. 14.

prova continua sendo parte do importante do procedimento que legitima as decisões do Estado-jurisdição, prestando-se a justificar e a embasar o convencimento do juiz[46]. Por outro lado, a prova não se propõe a reconstruir os fatos em busca da verdade, o que sequer é o objetivo do processo[47], mas sim a promover um diálogo entre os atores do processo que, por fim, o legitima.

Assim, restou clara a intenção do legislador, muito influenciado pela doutrina pungente, no sentido de aproximar a produção antecipada da prova ao instituto anglo-americano da *discovery*. No entanto, quase dez anos após a vigência do Código de Processo de 2015[48], pouco se sabe sobre a efetividade do instituto em relação ao objetivo de incentivar a utilização dos meios adequados de resolução de conflitos, em especial da conciliação e da mediação (art. 3º par. 3º, do CPC).

Os dados fornecidos pelo CNJ por meio do Relatório Justiça em Números, apesar de representarem grande contribuição para a transparência do funcionamento do Poder Judiciário, são inconclusivos para a análise da utilização da produção antecipada da prova pelos litigantes. É necessário, portanto, a realização de um diagnóstico da eficiência da referida técnica processual, anos após a sua instituição nos moldes do art. 381 do CPC, a fim de que seja possível averiguar a concretização, ou não, da intenção legislativa ao alargar as hipóteses de cabimento da produção antecipada de provas.

Apenas a partir de uma investigação da realidade do instituto é razoável a conclusão sobre a sua atual funcionalidade, numa perspectiva estatística. Ainda que se possa verificar caso a caso se a produção antecipada da prova contribui para a calculabilidade das decisões judiciais, uma análise mais ampla por meio de dados é capaz de identificar gargalos comuns a esse procedimento. Nesse sentido, o estudo é relevante para que sejam propostas resoluções e melhorias focadas nas dificuldades enfrentadas na prática pelo Poder Judiciário e pelas partes inseridas nesse contexto.

---

[46] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, livro eletrônico, item 3.1.
[47] GRECO, Leonardo. A verdade no estado democrático de direito. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 15, jan.-jun. 2005, p. 340-346.
[48] Em 18 de março de 2026, o CPC completará dez anos de vigência.

5.1 A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS PODE SER CONSIDERADA INSTRUMENTO DE INCENTIVO À CONSENSUALIDADE?

O procedimento da produção antecipada da prova no Brasil não está inserido no mesmo contexto apresentado pela *discovery* e pela *disclosure* e sequer se propõe às mesmas finalidades dessas. Inversamente, a cultura jurídica brasileira em relação às provas, muitas vezes, é contrária aos deveres de boa-fé e cooperação processual, na medida em que busca efetivar uma estratégia litigiosa a qualquer custo, inclusive pela ocultação de provas[49].

Exemplo disso é a utilização indevida das regras de privilégio, originadas nos países de tradição *common law*, com aplicabilidade na *disclosure*, e incorporadas ao direito brasileiro pelo CPC (art. 379, art. 388, inciso I e art. 403, inciso III).

Diante desse cenário, e justamente por poder afetar a consolidação dos princípios processuais de boa-fé, efetividade e cooperação, a produção antecipada de provas foi palco de alterações significativas pelo CPC de 2015. Sobretudo, esperava-se um desincentivo à proposição de novas ações judiciais a partir da expansão das suas hipóteses de cabimento[50].

Sobre a ampliação da técnica a fim de incentivar a utilização de métodos adequados para a solução de litígios, ou, ainda, apenas desincentivar o ajuizamento de novas ações, Thaís Paschoal[51] corrobora para a defesa de que essa foi a motivação do legislador para as mudanças trazidas no CPC de 2015. À época da publicação da obra “Coletivização da Prova”, em 2021, a autora salientou a perspectiva de que as novas previsões do art. 381 em seus incisos I e II gerassem impacto significante no sistema de justiça e no comportamento das partes nos anos seguintes.

No contexto das referidas mudanças, Flavio Luiz Yarshell defendeu que a

---

[49] ARAUJO, José Aurélio de. Capítulo VI – Procedimento Probatório Extrajudicial. In: GRECO, Leonardo. A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro- anteprojeto do grupo de pesquisa “observatório das reformas processuais” da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, *[S. l.]*, v. 13, n. 13, 2014. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/11923. Acesso em: 30 jul. 2024.

[50] ALVIM, Arruda. Notas sobre o projeto de novo código de processo civil. **Revista de Processo**, v. 191, jan./2011, p. 299-318.

[51] PASCHOAL, Thaís Amoroso. **Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, livro eletrônico, item 2.2.4.2.

produção antecipada possui dupla função. Por um lado, essas provas produzidas de forma antecipada fazem parte da instrução do processo, visando ao julgamento esclarecido pelo juiz. Por outro, possibilitam a avaliação, pelas partes, da margem de riscos e das despesas de um futuro processo envolvendo os fatos que foram objeto das provas produzidas antecipadamente[52].

Desse modo, o professor defendeu que a produção antecipada da prova fosse desvinculada do perigo na demora, de forma a garantir um direito autônomo à prova por meio do novo tratamento da matéria no CPC de 2015:

> (...) o direito à prova não pode e não deve ser visto como atividade meramente administrativa, ao contrário do entendimento adotado por muitos, inclusive por parte da jurisprudência de tribunais superiores. O exercício do direito à prova – tanto mais na perspectiva autônoma consagrada pelo Projeto – corresponde ao exercício do direito de ação e, por conseguinte, se traduz no exercício de atividade tipicamente jurisdicional[53]

Isso, no entanto, não garante à produção antecipada da prova, no Brasil, um aspecto de incentivo à autocomposição. Segundo Yarshell, há um dever de análise das provas que cabe às partes e aos seus procuradores e que vai além do dever de cooperação e de veracidade[54]. Ou seja, um dever de verificar o resultado da produção probatória antes de prosseguir com os passos processuais seguintes, o que deve ocorrer tanto após finda a instrução quanto na produção antecipada da prova.

Tanto que o CPC prevê a possibilidade de se realizar autocomposição a qualquer tempo, ainda que já esteja iniciado o processo. Essa concepção é importante na medida em que tanto o juízo quanto as partes estão mais esclarecidas sobre os fatos que envolvem a causa após conhecerem as provas de todas as alegações envolvidas (e não apenas de um dos lados).

---

[52] YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 137.

[53] YARSHELL, Flávio Luiz. A produção antecipada de prova no Projeto de Código de Processo Civil. **Jornal Carta Forense**. São Paulo, 02 de fevereiro, 2010. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7592840/mod_resource/content/1/Aula%20PAP%20-%20YARSHELL%2C%20Fl%C3%A1vio%20Luiz.%20A%20produ%C3%A7%C3%A3o%20antecipada%20de%20prova%20no%20Projeto%20de%20C%C3%B3digo%20de%20Processo..pdf. Acesso em 30 jul. 2024.

[54] No âmbito do processo civil estadunidense, esse dever está positivado na Rule 11 das Federal Rules of Civil Procedure, que prevê que o advogado deve fazer uma análise criteriosa acerca da viabilidade da ação e da existência de argumentos concretos. Esse dispositivo prevê, inclusive, sanção pelo seu descumprimento, que é a restituição dos valores gastos pelo demandado na sua defesa.

Considerando essa premissa, o incentivo à resolução de conflitos pela autocomposição seria maior por meio da produção antecipada da prova, pois produzida a prova durante a instrução, as partes já se encontram mais condicionadas ao convencimento do julgador. Quando a prova é produzida de forma antecipada, ao contrário, não há qualquer compromisso com a prova de determinadas alegações – o que se pretende é tão somente obter a prova.

Entretanto, mesmo a mudança do CPC de 2015 para aumentar as hipóteses do instituto não foi responsável por uma mudança significativa na realização de autocomposições. Isso pode se dar, inclusive, porque ainda há mais processos iniciados sem produção antecipada de provas do que a partir dela. Para Vitor de Paula Ramos, é possível verificar se a produção antecipada da prova serve para incentivar as soluções consensuais com a aplicação da teoria dos jogos.

O autor defende que a produção antecipada da prova concretiza esse objetivo se trouxer informações de como a demanda envolvendo tais provas será julgada. Caso contrário, se as partes não puderem calcular como o juiz tratará a questão por meio desse procedimento, então a produção antecipada de provas não é instrumento idôneo para promover a autocomposição.

Isso porque, segundo Ramos[55], não é possível a realização de acordo sem a alocação dos riscos do julgamento de um eventual e futuro processo. De fato, essa é uma razão fundante pela qual a produção antecipada da prova não gera o mesmo engajamento a autocomposição, tal como ocorre com a *discovery* e do próprio sistema de precedentes que envolve a jurisdição norte americana, que, ao contrário, privilegia a dimensão da previsibilidade do comportamento do juízo diante de determinada causa.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a presente pesquisa, foi possível concluir que a produção antecipada da prova e a *discovery* não podem ser tratadas como procedimentos de natureza e objetivo equivalentes, uma vez que estão inseridas em culturas jurídicas distintas, o

---

[55] RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento de produção “antecipada” de provas sem requisito de urgência no novo CPC: a teoria dos jogos e a impossibilidade de acordos se calculabilidade de riscos. **Revista de Processo**, v. 263, jan./2017, p. 323.

que impacta sobremaneira nos aspectos do tratamento e valoração da prova, o que, por sua vez, determina o alcance e o modo como funciona a produção da prova.

Em primeiro lugar, destaca-se que os dois institutos possuem naturezas jurídicas completamente diferentes. Enquanto a *discovery* é uma fase do procedimento de apresentação e uma demanda à autoridade jurisdicional nos Estados Unidos e tem natureza extrajudicial, a produção antecipada da prova tem natureza judicial. Assim, no Brasil, a produção da prova está intrinsicamente ligada à presença do juiz e a sua autoridade. Já no momento da *discovery* o juiz sequer está presente no primeiro momento de produção da prova (durante o *pretrial*).

Além disso, a semelhança em relação à antecipação da prova para um momento anterior à instrução ou à audiência não é tudo. Enquanto, na *discovery*, há uma generalidade de provas produzidas, e também outras informações que sequer figurarão como provas no processo, na ação de produção antecipada da prova geralmente se busca a produção de uma ou algumas provas específicas e determinadas. Ou seja, enquanto o primeiro procedimento é também responsável pela definição do escopo da ação, o segundo está desvinculado da proposição, de fato, de um processo.

Esse apontamento leva a outra conclusão substancial relacionada ao incentivo a autocomposição. A *discovery* tem como um dos seus resultados comuns o fomento à celebração de acordos a partir da análise das provas que a parte contrária pretende utilizar, bem como pelo alto custo desse procedimento. Já a produção antecipada de prova utiliza-se do “incentivo à autocomposição” muito mais como uma justificativa para o seu ajuizamento, sendo uma das hipóteses previstas para sua utilização.

Conclui-se que tal fato se dá em razão da característica menos geral desse procedimento, bem como da inexistência, em geral, de altos custos para a produção da prova, pois os valores das custas processuais que envolvem essa ação são os valores módicos utilizados pela jurisdição comum.

Essas são as diferenciações que, embora não esgotem as possíveis análises desses institutos de forma comparativa, são capazes de responder à pergunta inicial da pesquisa, qual seja, se a *discovery* e a produção antecipada da prova possuem substanciais semelhanças que autorizem dizer que são institutos correspondentes.

A partir dessas diferenciações, é mais razoável buscar afastar os dois institutos, e realizar aproximações apenas pontuais e eventuais, do que fazer uma

aproximação pelo argumento de que a produção antecipada da prova foi inspirada na *discovery*, recusando-se a ideia de que a produção antecipada da prova é uma espécie de “*discovery* brasileira”.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. Notas sobre o projeto de novo código de processo civil. **Revista de Processo**, v. 191, jan./2011, p. 299-318.

ARRUDA ALVIM, T. **A fundamentação das sentenças e dos acórdãos**. São Paulo: Editora Direito Contemporâneo (EDC), 2023.

AMARAL, P.O. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade, 3ª ed**. São Paulo: Editora RT, 2023

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ARAUJO, José Aurélio de. Capítulo VI – Procedimento Probatório Extrajudicial. In: GRECO, Leonardo. A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro-anteprojeto do grupo de pesquisa "observatório das reformas processuais" da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, *[S. l.]*, v. 13, n. 13, 2014. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/11923. Acesso em: 30 jul. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 13.105/2015. de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Diário da União, 2015.

CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Giomiero. Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. **Revista de Processo**, v. 425, jul./2015, p. 430

Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Justiça em números 2024**. Brasília: CNJ, 2024. Disponível em: https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-estatisticas/. Acesso em 30 jul. 2024.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. **Revista de Processo**, v. 218, abr./2013, p. 15.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Rules of Civil Procedure**. Washington, DC: 2014. Disponível em: https://www.uscourts.gov/sites/default/files/Rules%20of%20Civil%20Procedure.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **Produção antecipada da prova: procedimento adequado para a máxima eficácia e estabilidade**. Londrina: Editora Toth, 2023.

GRECO, Leonardo. A verdade no estado democrático de direito. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 15, jan.-jun. 2005, p. 340-346.

HAZARD JR, G. Discovery and the Role of the Judge in Civil Law Jurisdictions, **Notre Dame Law Review** 73, no. 4 (May 1998), pág. 1019.

HAZARD JR., Geoffrey; TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. **A Justiça Civil – Dos Estados Unidos ao Brasil**. Ed. 2023, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 151

LANDSMAN, S., "A Brief Survey on the Development of the Adversary System," **Ohio State Law Journal 44**, no. 3 (1983), p. 734.

LEE, Epstein. **Pesquisa empírica em direito [livro eletrônico]: as regras de inferência.** São Paulo: Direito GV, 2013, Coleção acadêmica livre. Título original: The rules of inference. - Vários tradutores. Disponível em: https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/963518b6-c0ab-4cf7-acc1-a5aa2b2f84ea/content. Acesso em 01 ago. 2024)

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, livro eletrônico, item 3.1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**, v. 2, 9 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, livro eletrônico.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. O direito à prova e à não autoincriminação em uma perspectiva comparada entre os processos civil e penal. Revista de Processo, vol. 246, p. 171-198, ago./2015.

OSNA, Gustavo. Três notas sobre a litigância predatória (ou, o abuso do direito de ação). Revista de Processo, v. 342, p. 55-70, ago./2023.

PASCHOAL, Thaís Amoroso. **Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, livro eletrônico, item 2.2.4.2.

PIZZI, W. T., "The American Adversary System," **West Virginia Law Review 100**, no. 4 (Summer 1998), p. 850.

RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento de produção “antecipada” de provas sem requisito de urgência no novo CPC: a teoria dos jogos e a impossibilidade de acordos se calculabilidade de riscos. **Revista de Processo**, v. 263, jan./2017, p. 323.

_____. Direito Fundamental à Prova. **Revista de Processo**, v. 224, p. 41-61, out/2013.

ROQUE, A.V.; VIOLIN, J.; DELLORE, L. **O processo civil nos Estados Unidos: visão geral à luz do processo civil brasileiro**. Londrina: Editora Toth, 2024, p. 153.

SUNDERLAND, E. R. Scope and method of discovery before trial. **Yale Law Journal**, n. 42(6), 1993, p. 869).

TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no código de processo civil de 2015. **Revista de Processo**, v. 260, out/2016, p. 76.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 137.

_____. A produção antecipada de prova no Projeto de Código de Processo Civil. **Jornal Carta Forense**. São Paulo, 02 de fevereiro, 2010. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7592840/mod_resource/content/1/Aula%20PAP%20-%20YARSHELL%2C%20Fl%C3%A1vio%20Luiz.%20A%20produ%C3%A7%C3%A3o%20antecipada%20de%20prova%20no%20Projeto%20de%20C%C3%B3digo%20de%20Processo..pdf. Acesso em 30 jul. 2024.