

DISCOVERY À BRASILEIRA: A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA COMO DIREITO AUTÔNOMO E SEM O REQUISITO DA URGÊNCIA, COMO TÉCNICA EFICIENTE À CONTENÇÃO DA LITIGIOSIDADE

Anna Luíza Sartorio Bacellar¹

Resumo: Em decorrência da redemocratização do Estado brasileiro com a Constituição de 1988, surgiu a necessidade de adequação da matéria processual, tanto por razões sociais como jurídicas. Passados 27 anos, foi aprovado um novo Código de Processo Civil – Lei Ordinária 13.105 de 2015, que dentre tantas mudanças e novidades marcantes, trouxe em seção própria, dentro do Capítulo de provas, a medida da produção antecipada de prova, com natureza jurídica de direito autônomo, e sem o requisito da urgência. A inovação jurídica no ordenamento processual é inspirada no modelo norte-americano, que recebe o nome de *Discovery*, a qual representa a fase de pré-constituição da prova, ou seja, uma fase anterior à fase de julgamento, desvinculada da obrigatória declaração de um direito pelo Estado. A novel técnica probatória é considerada pela doutrina uma notável evolução ao direito processual brasileiro e uma técnica eficiente à contenção da litigiosidade que deve ser estimulada e praticada no ambiente jurídico.

Palavras-chave: *Discovery* à brasileira; Provas; Produção Antecipada de Prova; CPC/2015; Contenção à litigiosidade.

INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe a discorrer sobre a nova técnica probatória inserida no ordenamento processual brasileiro: a produção antecipada da prova, como direito autônomo e sem o requisito da urgência, que se ousou denominar, na forma conotativa, de *Discovery* à brasileira².

Foi inspirada na *Discovery* americana, a qual importa a fase procedimental de revelação de provas, com dever de cooperação das partes, anterior à fase de julgamento, portanto,

¹ Advogada. Mestranda em Direito pelo Departamento de Pós-Graduação em Direito Processual Civil -PPG-DIR/UFES. annalusartorio@hotmail.com.

² A alcunha foi verbalizada pelo professor Leonardo Carneiro da Cunha durante o curso “TRÊS ANOS DE VIGÊNCIA DO CPC/2015: O QUE MUDOU?”, ministrada aos dias 18 de agosto de 2019, na cidade de Vitória, e os apontamentos e considerações feitos, naquela oportunidade, despertaram especial atenção e motivação para este trabalho.

desvinculada da declaração de um direito pelo Estado. A experiência estrangeira revela grande êxito na resolução de conflitos, e somente casos mais complexos ultrapassam essa fase e alcançam a fase de julgamento.

Há tempos o modelo norte-americano era observado pela doutrina, mas foi desenvolvida e moldada ao sistema processual brasileiro pelo professor Luiz Flávio Yarshell, e finalmente inserida no CPC/15, como técnica legislativa eficiente a contenção da litigiosidade para o enfrentamento à grave crise que acomete o Poder Judiciário: um Judiciário abarrotado de processos, com uma prestação jurisdicional lenta e ineficiente e com excessivo número de novas demandas, dentro de um Estado Democrático de Direito regido por diretrizes constitucionais que garantem, em tese, a prestação de uma tutela jurisdicional célere, efetiva e justa a todos que lhe socorrerem.

O objetivo específico deste estudo é apresentar o desenvolvimento da tese “antecipação da prova sem o requisito da urgência, como direito autônomo à prova”; como e por que a medida probatória foi inserida do vigente caderno processual; o novo conceito de direito à prova; a demonstração da relevância desta inovação jurídica e sua utilidade prática a ser estimulada aos operadores do direito, principalmente a advogados; e, por fim, pensar em mais utilidades a práticas, bem como mais funcionalidade à medida probatória.

Desde já, esclarece que não há qualquer pretensão em se esgotar o tema, uma vez que não há abordagem acerca de atecnias legislativas e entraves jurídicos apontadas pelos doutrinadores e juristas, o que reconhece ser interessante objeto a ser desenvolvido em outra oportunidade.

PRIMEIRAS NOTAS DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA, COMO DIREITO AUTÔNOMO E DESVINCULADO DO REQUISITO DA URGÊNCIA NO CPC/2015

Em apertada exposição, para não fugir do tema que se pretende examinar, faz-se necessário apresentar o cenário jurídico em que se desenvolveu a medida Produção Antecipada de Prova, como direito autônomo e desvinculado do requisito da urgência.

Na incessante busca por um sistema processual civil coeso e harmônico com as garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito brasileiro, e ainda com o objetivo de proporcionar satisfatoriamente à sociedade uma prestação jurisdicional efetiva, célere, segura e isonômica, foi elaborado por uma Comissão de Juristas e, por conseguinte, aprovado um Novo Código de Processo Civil – Lei Ordinária 13.105 de 2015, que passou a vigor a partir de 18 de março de 2016.

O atual e vigente código processual trouxe em sua Exposição de Motivos (SENADO, 2015, p. 27) que uma das suas principais linhas de trabalho na sua elaboração foi resolver problemas para alinhar o processo como teoria comprometida com sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos e efetivação dos valores constitucionais. É o que se convencionou chamar de Constitucionalização do Processo.

Antes mesmo de começar a esboçar as primeiras linhas do projeto do CPC/15 os problemas de crescimento da litigiosidade e do congestionamento processual já eram apontados pela doutrina, e assim já assinalava Watabane “todos têm, hoje, plena consciência da grave crise que afeta a nossa Justiça, em termos principalmente de morosidade, efetividade e adequação de suas soluções” (2012, p. 87).

Em trabalho científico específico sobre meios adequados à contenção da litigiosidade e promoção de um acesso adequado à justiça Madureira afirmou que “a técnica empregada pelo Código de Processo Civil de 2015 para enfrentamento do problema relativo às dificuldades encontradas pelo Poder Judiciário para imprimir duração razoável ao processo foi fomentar a contenção da litigiosidade das partes” (2017, p. 107). Ainda, segundo Madureira (2017, p. 107) “essa opção político-legislativa é coerente com a percepção, no plano da Ciência” como tecnologia adequada no tratamento dos problemas constatados.

Sob essa nova perspectiva, técnicas político legislativas de contornos mais democráticos e menos intervencionistas ao processo para o aprimoramento pela ciência processual foram inseridas ao ordenamento com a finalidade de estimular a autocomposição, convertendo o papel das partes de destinatários passivos da prestação jurisdicional a atores principais na condução e resolução de seus próprios conflitos.

A preocupação se concentra, portanto, na celeridade processual para que se possa atender a garantia da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII) e na urgente e necessária contenção da litigiosidade. Vale acrescentar que para a aplicação dessas técnicas, novos institutos jurídicos foram introduzidos ao ordenamento, alguns inclusive importados do direito estrangeiro, e assim:

[...] criou saudável equilíbrio entre conservação e inovação, sem que tenha havido drástica ruptura com o presente e o passado. Foram criados institutos inspirados no direito estrangeiro, como se mencionou ao longo desta Exposição de Motivos, já que a época em que vivemos é de interpenetração das civilizações (SENADO, 2015, p. 39).

E é exatamente a respeito de um desses institutos introduzidos no ordenamento processual e inspirado no direito estrangeiro que doravante se pretende debruçar: A Produção Antecipada De Prova, como direito autônomo e desvinculado do requisito da urgência, colocado em seção própria, dentro do Capítulo de provas, precisamente nos artigos 381, II e III do CPC/2015.

O IDEALIZADOR E O DESENVOLVIMENTO DA TESE DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA, COMO DIREITO AUTÔNOMO E DESVINCULADO DO REQUISITO DA URGÊNCIA NO ORDENAMENTO PROCESSUAL BRASILEIRO

A inovação jurídica foi considerada por Ada Pellegrini como “uma das melhores contribuições para o desenvolvimento da ciência processual. [...] o tema apresentado não

oferece apenas interesse teórico, sendo de grande utilidade prática, por abrir novos caminhos [...] idôneos a conduzir a autocomposição das partes” (YARSHELL, 2009, p. 09).

Este tema foi idealizado e desenvolvido para o direito brasileiro na Tese de Flávio Luiz Yarshell e apresentada no concurso para o cargo de professor titular de direito processual da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco - USP.

Para o seu desenvolvimento o autor traçou diversas proximidades e distâncias entre o processo civil e o processo penal dentro da teoria geral do processo ao notar que “mesmo as diferentes perspectivas da ação no âmbito civil e no penal já não são exatamente as mesmas de outrora” (YARSHELL, 2013, p. 327). E “ainda que a teoria da prova civil se distinga, em relevantes aspectos, da penal (a começar de peculiaridades situadas no plano substancial), sempre houve – e continua a haver – um fértil campo comum” (YARSHELL, 2013, p. 326).

Sob essa narrativa de diálogo entre o processo penal e o processo civil, enxergou a prova como um dos pontos de destaque e interseção entre esses ramos do direito, dentro do qual lhe instigou o tema da pré-constituição de provas.

Segundo Yarshell (2013, p. 328) a pré-constituição da prova no processo penal nunca foi novidade porque sempre se concebeu que a colheita de elementos de instrução, em sede de inquérito policial, para que se preste, modernamente, não apenas a formar a convicção do acusador, mas também a justificar e inspirar o acusado a aceitar, ou não, eventual transação penal ou suspensão condicional do processo.

Atento a evolução processual no âmbito penal, não lhe passou despercebido que “[...] não tão recentemente, a previsão de inquérito – a cargo do Ministério Público, no âmbito da ação civil pública - com igual e talvez até mais abrangente escopo (por exemplo, estimular a celebração de ajustamento de conduta), passou a vigorar em matéria civil” (2013, p. 329).

Seguindo essa linha de raciocínio, se ocupou de fixar premissas para a ampliação do direito de investigar e da colheita de provas no âmbito cível, isto é, a iniciativa probatória dentro da teoria geral do processo. Relacionou aquele direito a um direito autônomo à prova como um elemento de pretensão, “à semelhança do que um dia já se concebeu em relação ao direito de ação” (YARSHELL, 2009, p. 237), e que não caberia apenas aos agentes e órgãos públicos, como por exemplo ao Ministério Público, sob o argumento de proteção do interesse público, logo também deveria ser estendida aos acusados, no seu interesse particular.

E para corroborar com seus argumentos, asseverou que se era admitida no processo penal também deveria ser estendida à seara cível e às relações privadas, como já desenvolvido “em insuspeitos sistemas liberais, como é o caso da *discovery* americana, e da *disclosure* inglesa, além da investigação privada prevista no processo penal italiano” (YARSHELL, 2009, p. 215).

Acrescentou que não haveria porque não se estender a investigação às relações privadas sob o argumento de limitações legais ou de ordem constitucional que alcançam os órgãos públicos, porque estas limitações alcançariam a todos, uma vez que, e de qualquer modo, o poder de controle sempre é sindicado pelo Poder Judiciário (YARSHELL, 2009, p. 220).

Nesse apanhado teórico, concluiu que se o Estado permitir a pesquisa de fatos e a busca de prova pelo interessado com a finalidade de constituí-la antecipadamente, excepcionando-se os casos de urgência em que se quer apenas a conservação da prova, procederá, segundo Yarshell (2009, p. 217) “para que as partes possam avaliar suas chances, de sorte a ingressar em juízo com maior segurança e responsabilidade ou, por outra, simplesmente não ingressar (ou não resistir a dada pretensão)”.

Por conseguinte, espelhando-se no modelo norte-americano, percebeu que seria perfeitamente possível admitir no ordenamento jurídico brasileiro uma produção antecipada nesses moldes, isto é, com roupagem de direito autônomo e não cautelar, na qual as partes seriam destinatárias da prestação jurisdicional, e não haveria, obrigatoriamente, a necessidade de propositura de uma ação principal para o convencimento do juiz que resultasse em uma decisão estatal, porque, como já dito, o objetivo de dar as partes o real e verdadeiro contorno daquela situação jurídica já estaria concluído, entregando a elas a oportunidade de avaliarem a resolução da situação jurídica posta como entenderem ser mais conveniente.

Nessa esteira, “rompe-se a tradicional e limitada ligação que se faz entre prova e julgamento estatal, para se valorizar o relevante nexos que existe entre a obtenção de prova e a avaliação das partes quanto às suas chances em juízo” (YARSHELL, 2009, p. 211).

Propôs, outrossim, a alteração terminológica para o que tradicionalmente se entedia por direito à prova, para que passe a se chamar “direito de prova”, e o tema apresentado na tese de Flávio Luiz Yarshell de “direito à prova”, como o simples direito à obtenção de prova, como direito autônomo, inclusive com natureza de direito subjetivo material da parte, como elemento de pretensão, e até mesmo como um direito adquirido, “como a prerrogativa de invocar do Estado um ato que se esgote aí” (2009, p. 234).

O Autor da tese conquistou, à unanimidade, o cargo de professor e, ainda, a emplacou no Novo Código de Processo Civil, inserta em seção própria, dentro do Capítulo XII (Das Provas), na Seção II, especificamente entre os artigos 381 a 383.

Ao tempo do Projeto de Lei, pareceu-lhe relevante destacar duas observações: a primeira “que 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” porque é exercício de atividade tipicamente jurisdicional consubstanciada no exercício do direito de ação; a segunda quanto à exigência de justificativa do requerente frente à necessidade da antecipação da prova, sobre o qual assinala que “embora isso seja correto, o que mais se afigura relevante aí é o ônus de o requerente delimitar, com a precisão possível, os fatos sobre os quais há de recair a prova. Isso pode contribuir para que as medidas de instrução não enveredem para o abuso” (YARSHELL, 2011).

Ultrapassadas essas considerações, Yarshell confirma a materialização da tese, e mesmo que não seja a importação pura e simples da *Discovery* americana em seus exatos termos, afirma que já “será conveniente aproveitar a experiência do modelo de *common law* no ordenamento jurídico processual brasileiro” (2011).

Após a publicação do CPC/15, Yarshell reconhece (2016, p. 1150):

O CPC de 2015 inova ao desvincular a antecipação da prova do requisito do perigo [...] embora ainda distante dos modelos de *common law* [...] o novo texto passou a conceber a medida como meio para que os interessados possam melhor avaliar suas chances e riscos numa disputa judicial.

Importante lembrar que não é escopo desta pesquisa analisar ponto a ponto as atecniais legislativas e entraves jurídicos encontrados pelos doutrinadores e especialistas na modalidade de produção antecipada de prova analisada neste artigo, pois - um estudo com este objeto renderia um trabalho tão e somente a esta finalidade.

A real intenção é outra: serve a presente análise para apresentar o quão grande é a sua funcionalidade dando mais razões à sua utilização para que operadores do direito sejam estimulados a lançarem mão desta nova medida como meio de produção de prova, razão pela qual, por ora, é suficiente a afirmação do autor ao considerar que sua tese foi inserida, e portanto, está emplacada no CPC/15.

A DISCOVERY À BRASILEIRA E SUA UTILIDADE PRÁTICA

Em busca do aprimoramento do processo volta-se a falar na necessidade de eficiência e de celeridade, ainda não alcançadas no procedimento brasileiro, fazendo a doutrina volver os olhos à experiência estrangeira e se valerem da importação de institutos jurídicos. Tudo isso graças à "globalização da ciência processual" (DINAMARCO, 2000, p. 131), como canal de comunicação pela qual uma regra de direito de um país pode ser guindada a outro, e assim, transpor fronteiras.

Há muito tempo a doutrina se manifesta sobre necessários avanços às normas jurídicas relativas à produção das provas, oportunidade em que o modelo norte-americano era estudado e citado por renomados juristas, como assentou Greco (2009, p. 04) "para que a celeridade não constitua um obstáculo, certamente o processo deverá ser aperfeiçoado, através de técnicas mais apropriadas de antecipação da atividade probatória, como a *disclosure* e a *discovery* do direito anglo-americano".

De fato, nunca se colocou em dúvida a necessidade de evolução das normas jurídicas inerentes às provas porque, apesar de ser essencial ao resultado do processo, é realidade apontada por Marinoni e Arenhart (2005, p. 248) que "a investigação dos fatos, no processo de conhecimento, ocupe quase a totalidade do procedimento e das regras que disciplinam o tema nos diversos códigos processuais que se aplicam no direito brasileiro".

A respeito do instrumento preliminar de produção de prova característico do ordenamento processual anglo-saxônico, leciona Barbisa Moreira (2007, p. 78):

É o mecanismo tradicionalmente conhecido por *discovery*, mediante o qual cada uma das partes pode munir-se de provas a que o ordinário não teria acesso, principalmente documentos do adversário. Tal possibilidade abre perspectiva de êxito, por exemplo, a quem litigue contra grandes empresas e necessite inteirar-se de suas atividades; por outro lado, favorece a solução consensual do

litígio, na medida em que permite os litigantes avaliar com realismo a solidez de sua posição.

Em estudo específico sobre o mecanismo de antecipação de prova no modelo norte americano, Eduardo Cambi discorre sobre a *Discovery Stage*, o qual se mostra imprescindível melhor conhecer:

O processo civil norte-americano divide-se em duas fases: o momento anterior ao julgamento (*pretrial*) e a fase de julgamento (*trial*), que pode ocorrer pelo júri. A fase *pretrial* contempla o *Discovery*, que é a revelação de provas e dados que possam colaborar com a elucidação do caso. Esse momento processual não abrange a participação e a ingerência direta do magistrado. São os advogados que realizam a maior parte dos procedimentos de produção de provas, acompanhados de um oficial de cartório que representa o juízo e confere oficialidade aos atos. Isso não significa que o magistrado não participa dessa fase, mas que suas intervenções são excepcionais, justificadas por falhas no andamento processual ou quando uma parte requer a participação do magistrado por sentir-se prejudicada. Os juízes devem apenas coibir eventuais abusos das partes e advogados, não interferindo diretamente na colheita das provas (CAMBI, 2015, p. 05).

Não se pode olvidar em mencionar uma crucial diferença entre o processo civil americano e o processo civil brasileiro: a faculdade de se utilizar do procedimento de produção antecipada de prova.

Enquanto no modelo americano as provas são obrigatoriamente constituídas em fase antecedente, ou seja, na *pretrial*, e somente após essa fase de constituição, se não houver transação e houver provas consideradas robustas, as partes poderão instruir e dar seguimento à demanda que, então, passará à fase de julgamento, isto é, ao *trial*, no qual haverá valoração das provas pelo juiz e, conseqüentemente, à declaração do direito pelo Estado.

Já no processo civil brasileiro a produção de prova como direito autônomo e não cautelar pode ocorrer em dois momentos a requerimento das partes: na medida da *Discovery* à brasileira, que é de uso facultativo, e também na fase instrutória dentro do processo de conhecimento, momento em que pode se dar início a investigação e produção de prova, dentro de um procedimento que, desde o início, está sob análise valorativa do magistrado, o que não é acontece no processo civil norte-americano.

Por conseguinte, observou Yarshell (2009, p. 78), que “a experiência dos países que conhecem tais mecanismos de produção preliminar da prova parece comprovar que o número de casos que finalmente chegam ao *trial* – do qual resultará o julgamento imperativo – é reduzido”. Além disso, constata ser inegável atribuir a essa redução de número de casos que chegam à julgamento a “avaliação de chances feitas pelos interessados a partir dos elementos de prova que, de alguma forma pré-constituídos, se apresentam àqueles” (2009, p. 78).

E Cambi (2015, p. 03) confirma:

Nos EUA, a maioria dos casos é resolvida em acordos celebrados ainda no momento anterior à fase de julgamento, incentivados pelo próprio sistema judicial, que concede aos celebrantes uma solução mais rápida e sem os riscos

da imprevisibilidade do julgador. As partes devem encerrar o litígio na fase pré-julgamento sempre que possível, restando aos juízes os casos mais complexos ou de difícil elucidação.

O êxito deste interessante instrumento que tem como escopo “evitar a instauração do processo cujo objeto seja a declaração do direito e, portanto, de evitar uma decisão estatal acerca da relação material controvertida” (YARSHELL, 2009, p. 72), despertou em doutrinadores brasileiros um estudo mais preciso, de modo a desenvolver um modelo próprio adaptado ao procedimento brasileiro que, mesmo não sendo a importação pura e simples da *Discovery* americana, teria sua essência porque é a pré-constituição da prova, desvinculada da declaração do direito, portanto vindo a servir como instrumento útil à contenção da litigiosidade, possibilitando às partes a avaliação dos reais contornos da situação jurídica posta.

Por conseguinte, a produção antecipada de prova como direito autônomo sem o requisito da urgência é medida que foi inserida no novo Código de Processo Civil como uma evolução esperada pela doutrina quanto à normatização jurídica relativa à prova, que vem a atender os anseios a que o novo ordenamento se propõe, na mira da contenção da litigiosidade por meio de mecanismos que promovam solução alternativa de conflitos e no alcance de uma menor intervenção estatal e racionalização do processo para a construção da justiça entre as partes.

Talamini (2016, p. 02) em artigo específico sobre o tema produção antecipada de prova, nesse sentido ressalta:

Supera-se a noção de que as provas têm por destinatário único o juiz, não dizendo respeito às partes. 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. Como se vê, esses objetivos guardam relação instrumental com uma possível disputa litigiosa, em que aquela prova poderia vir a ser usada. Mas essa disputa litigiosa não é apenas futura, e sim também eventual. Pode vir a não existir. Mais do que isso, o resultado da ação probatória pode ser decisivo para que ela não ocorra. Evidencia-se assim que a prova, ainda que não perdendo seu caráter de instrumentalidade, não se destina apenas à demonstração de fatos dentro de um específico processo. Tem um papel que vai muito além disso, ao fornecer previamente balizas para as partes, como acima destacado.

Enfim, o Estado percebeu que é ilusão difundir na sociedade “que todo aquele que tiver um direito lesado ou ameaçado vai receber do Estado a mais ampla e eficaz tutela jurisdicional, que lhe assegurará o pleno gozo desse direito” (GRECO, 2009, p. 01).

Sem adentrar em linhas sociológicas - para não se perder a hipótese de trabalho inicialmente traçada, pois seria necessário falar em *habitus* no campo jurídico como uma “espécie de senso prático do que se deve fazer em dada situação” (BOURDIEU, 1996, p. 42) – é

importante destacar que o Brasil é um Estado de cultura litigante, onde a cada ano há enorme quantitativo de novos casos ajuizados no Poder Judiciário.

Nas três últimas pesquisas publicadas pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, nas obras *Justiça em números 2017*, *Justiça em números 2018* e *Justiça em números 2019*, os quais se utilizaram como ano-base, respectivamente 2016, 2017 e 2018, isto é, após início da vigência do novo CPC - foram registrados na esferas estadual, federal e trabalhista no ano de 2016, 27.871.359 novos casos (2017, p. 38), no ano de 2017, 28.394.608 novos casos (2018, p. 32) e no ano de 2019, 27.243.993 novos casos (2019, p. 36).

Os números são elevadíssimos, mas já é possível perceber o acerto na inserção das novas técnicas legislativas para o aprimoramento do ordenamento processual brasileiro.

Segundo Cambi (2015, p. 05):

O Poder Judiciário, na maior parte dos países ocidentais, é o grande solucionador de conflitos humanos da atualidade. Todavia, os órgãos judiciais realizam essa tarefa de forma nem sempre adequada ao conjunto dos problemas sociais. Uma das constatações mais comuns a respeito do Poder Judiciário Brasileiro, por exemplo, é a lentidão do trâmite processual e de como essa morosidade gera a inefetividade da justiça, o que causa prejuízos ao exercício da cidadania e interfere diretamente no cotidiano das pessoas.

E complementa Cambi (2015, p. 08):

Devido ao número excessivo e crescente de processos que chegam ao Poder Judiciário brasileiro, é necessário pensar em formas mais efetivas de aperfeiçoar a prestação jurisdicional. Nesse contexto, a *Discovery* deve ser concebida como técnica processual de solução de conflitos capaz de resolver litígios sem onerar demasiadamente o Poder Judiciário. A compreensão de que todas as causas devem ser resolvidas pelo Poder Judiciário (exegese do art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal) é responsável pelo abarrotamento de processos e pela ineficácia da prestação jurisdicional no Brasil. A mudança dessa cultura do litígio depende, pois, do aperfeiçoamento das técnicas processuais.

Mudar uma cultura litigante certamente não é tarefa fácil, mas os primeiros passos já começaram a ser dados quando implementadas as técnicas que promovem e efetivam a prestação jurisdicional com a finalidade de construção de soluções jurídicas mais justas a serem resolvidas entre as próprias partes.

Nesse sentido também se posicionou Madureira (2017, p. 108):

Estou convencido de que uma melhor compreensão das partes sobre os reais contornos do objeto litigioso, no que se refere a caracterização dos fatos constituídos na lide [...] conduz, potencialmente, a um desfecho mais célere para a contenda, que pode nem vir a ser judicializada.

Entretanto, é importante revelar que a utilização da inovadora técnica aqui estudada, e que chamamos de *Discovery* à brasileira, ainda não tem sido muito praticada. E não foi preciso ir longe para obter essa confirmação.

Em 02.08.2019, o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo – TJES, através do Núcleo de Processamento de Estatística, respondeu ao Requerimento Administrativo protocolado sob o nº 2019.00.898.596, em que foi solicitado o levantamento de dados sobre a quantidade de Ação de Produção Antecipada de Prova, como direito autônomo, ajuizadas a partir da vigência do novo CPC, isto é, a partir de 18 de março de 2016, trouxe o seguinte resultado:

Em consulta as bases de dados do Poder Judiciário Capixaba foram encontrados 328 processos ajuizados com a Classe (Tabela Processual Unificada CNJ) 193 – Produção Antecipada da Prova desde a data de 18 de março de 2016 (início da vigência do novo CPC – Lei Ordinária 13.105 de 2015).

Diante dos dados obtidos, constata-se que em quase 3 anos e meio de vigência do Novo CPC, apenas 328 Ações de Produção Antecipada de provas foram ajuizadas no Poder Judiciário capixaba. Para ser mais precisa quanto à ínfima quantidade de ações dessa classe que foram propostas, basta comparar com os dados apresentados pelo CNJ em relação aos novos casos ajuizados na Justiça Estadual do Estado do Espírito Santo: no ano-base 2017 foram registrados 320.743 novos casos (2018, p. 27) e no ano-base 2018 foram 303.719 novos casos (2019, p. 30).

Nota-se, também, que neste Estado mudanças na redução da litigiosidade estão ocorrendo, mesmo que lentamente, mas é preciso que os operadores do direito, principalmente advogados, se atentem para a relevância desses sofisticados mecanismos e, ao mesmo tempo, sejam estimulados e convencidos a lançar mão, especialmente, da medida probatória aqui estudada pois tamanha é sua utilidade prática em alcançar, com êxito, soluções alternativas de conflitos, e ainda atingir o seu escopo principal, a contenção da litigiosidade.

Honestamente, já no final deste estudo acabou-se por pensar em: como dar mais funcionalidade à *Discovery* à brasileira? A resposta estará de forma sucinta no tópico seguinte, mas já registrado que será objeto explorado em outro estudo.

OUTRAS UTILIDADES PRÁTICAS À PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA, COMO APERFEIÇOAMENTO DESSA TÉCNICA PROCESSUAL

Inserida no ordenamento processual brasileiro pelo CPC/15, no artigo 381, incisos II e III, a inovação jurídica do autêntico direito à prova, é considerada pela doutrina como técnica legislativa eficiente na contenção da litigiosidade.

Entretanto, percebeu-se que inserir no ordenamento uma técnica de tamanho valor e não estimular sua utilidade, acabará por torná-la letra morta no caderno processual e no âmbito jurídico, vindo a ser imprescindível pensar em mais porquês para se lançar mão da *Discovery* à brasileira.

O primeiro está associado a mais um dos objetivos a que o CPC/15 se propõe: perceber que a inovação jurídica é técnica eficiente também a imprimir celeridade e duração razoável ao processo, pois iniciar um procedimento com objetivo exclusivo de produção de prova, em

que não há contestação, tampouco recurso, é fácil perceber a considerável redução do tempo morto do processo, que ocupa grande parte procedimento no rito ordinário.

Ao analisar o tempo morto do processo e a *Discovery* à brasileira, despertou-se para a implementação de varas especializadas e exclusivas para a modalidade de produção de prova, com a finalidade de dar mais funcionalidade e mais utilidade prática ao procedimento, uma vez que a produção de prova estaria sistematizada em ambiente organizado, com servidores especializados e por profissionais cadastrados dedicados unicamente ao procedimento de produzir provas.

Pode até parecer utópico, mas se o critério for eficiência, organizar a produção de prova em varas especializadas seria um estímulo por meio de política pública a alcançar o objetivo de contenção da litigiosidade, e assim permitir que “os interessados possam melhor avaliar suas chances e riscos em disputa judicial” (YARSHELL, 2016, p. 1150), sendo viável, inclusive, já realizar o encaminhamento do resultado da produção da prova às varas especializadas em mediação.

A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA COMO DIREITO AUTÔNOMO E SEM O REQUISITO DA URGÊNCIA E A TUTELA DE EVIDÊNCIA

Como mais uma razão em se lançar mão da *Discovery* à brasileira, é necessário responder a seguinte questão: É possível utilizar a prova obtida no procedimento de produção antecipada de prova, com ou sem urgência no procedimento de tutela de evidência?

Passa-se então a análise de compatibilidade dos referidos institutos jurídicos. Em um plano, a *Discovery* à brasileira - e até mesmo nas hipóteses de perigo de demora - garante a possibilidade de participação das partes, em respeito ao princípio do contraditório, conduzido em um provimento jurisdicional que confere a certeza e a segurança da chancela jurídica do Estado.

Em outro, a tutela fundada na evidência pura, que pode também ser concedida antecipadamente, requer prova pré-constituída hábil a demonstrar a evidência que instruirá o procedimento.

Em breve análise, afirma-se que é perfeitamente possível compatibilizar os institutos porque eles se comunicam, e não colocam em xeque a coerência do sistema, pois a prova obtida na fase da *Discovery* à brasileira é prova obtida em procedimento jurisdicional, revestida com a segurança e a certeza de que a chancela do Estado lhe garante, e que servirá como documento hábil a demonstrar a evidência que instruirá o procedimento seguinte, qual seja, o provimento da Tutela de Evidência, sem que se possa falar em inversão da ordem procedimental.

A análise é instigante e por ora se mostra até insuficiente, despertando que sejam tecidos maiores e melhores comentários em estudo específico, e que por ora, vale parafrasear Batista Cintra (2016, p. 80) ambos são institutos que complementam o sistema processual no

sentido de permitir uma melhor distribuição do tempo do processo, então ulteriores estudos mais aprofundados a respeito, bem como sua aplicação prática, certamente promoverão seu amadurecimento para que sirva aos propósitos para os quais foram concebidos.

CONCLUSÃO

Não coube a este estudo tratar dos defeitos do que se convencionou chamar de *Discovery* à brasileira, nos exatos termos em que foi instituída no Código de Processo Civil de 2015, porque o escopo do presente artigo foi ressaltar a real finalidade para o qual o instituto foi idealizado e quão grande representa sua contribuição na evolução da ciência processual.

A atenção foi voltada para o raciocínio do estudioso que passeou por diferentes áreas recolhendo elementos próprios de cada uma, sistematizando e desenvolvendo teses com a finalidade de aprimoramento do processo. Ao trilhar a esteira do seu pensamento notou-se que não foi fácil falar da prova como um direito em si, como um direito autônomo, e nos contornos em que foram propostos: alcançar o esclarecimento e convencimento das partes, mirando o interesse privado, com a finalidade de estímulo de solução das controvérsias por formas de autocomposição, mesmo sem negar uma futura projeção de convencimento do juiz, e ainda servir de técnica eficiente à contenção da litigiosidade.

Observou-se, outrossim, que ao inserir a nova medida probatória no ordenamento processual, o legislador conseguiu andar na contramão da expansão da estatalidade, alinhando-se ao atual e novo momento jurídico que vive o Brasil: a busca de um Estado mais democrático e menos intervencionista, em que os indivíduos deixam de ser meramente destinatários passivos da prestação jurisdicional, e passam a figurar o papel de protagonista do processo decisório. É o próprio Estado dando sinais de mudança, e percebendo que não está a serviço de si próprio, mas sim a serviço da sociedade.

E em última análise foi constatado que apenas inserir um autêntico direito à prova no vigente caderno processual não prova sua solidez, tampouco sua eficácia, se sua utilidade prática não for devidamente estimulada e incentivada, tanto pelo Estado, quanto pelos operadores do direito, e principalmente por advogados. E enquanto estes não despertarem para o quão sofisticado é o novo sistema de produção de provas que está disposto no CPC/2015 e passarem a lançar mão desta inovação jurídica que possui grande potencial de solucionar alternativamente os conflitos, e portanto, conter a litigiosidade, como já comprovado pela experiência estrangeira, a *Discovery* à brasileira não terá provado a que veio.

Após toda essa exposição, ainda restou a seguinte dúvida: há, na realidade, falta de interesse na sua utilização do direito autônomo à prova, em razão da cultura jurídica brasileira litigante, ou seria o caso de falta de atualização jurídica dos profissionais do direito? Uma interessante questão posta para reflexão e que poderá subsidiar um novo trabalho.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual (Nona Série)*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BATISTA CINTRA, Lia Carolina. "Tutela antecipada fundada na evidência no novo Código de Processo Civil". In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coord.: Grupo de pesquisa sobre Cultura José Roberto dos Santos Bedaque et al. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 41-83.
- BOURDIEU, Pierre. *Razões Práticas: sobre a teoria da ação*. São Paulo: Papius, 1996.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 jan. 2019.
- BRASIL. Tribunal De Justiça Do Estado Do Espírito Santo. Despacho 20/2019. Demanda da Cidadã Protocolo Ref. 2019.00.898.596. Anna Luíza Sartorio Bacellar e Núcleo de Processamento de Estatística. Analista Judiciário: Magno dos Santos Neto. Vitória, 02 ago. 2019.
- _____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 jan. 2019.
- CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.
- CAMBI, E.; PITTA, R. G. Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. *Revista de Processo*. v. 245, julho de 2015, Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.245.16.PDF> Acesso em: 15 jan. 2019.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2017: Ano – base 2016*. Brasília, 2017. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>> Acesso em: 15 jan. 2019.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2018: Ano – base 2017*. Brasília, 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee-7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>> Acesso em: 15 jan. 2019.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2019: Ano – base 2018*. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf> Acesso em: 15 jan. 2019.
- DIDIER, Jr.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA Rafael. *Curso De Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podium, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil III*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- GRECO, Leonardo. Limitações Probatórias no Processo Civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, v.4, n.4, 28p, 2009. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21605/15632>> Acesso em: 15 jan. 2019.

- MADUREIRA, Claudio. Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- SENADO FEDERAL. Código de Processo Civil e Normas Correlatas. Brasília. 2015. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>> Acesso em: 15 jan. 2019.
- SENADO FEDERAL. Quadro comparativo do Código de Processo Civil: Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010. Brasília. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/mudancas-cpc-integral.pdf>> Acesso em: 15 jan. 2019.
- TALAMINI, Eduardo. Produção Antecipada De Prova No Código De Processo Civil De 2015. Revista de Processo. v.260, p. 75-101, outubro 2016. Disponível em: <https://edisiplinas.usp.br/pluginfile.php/4374558/mod_folder/content/0/TALAMINI%2C%20Eduardo.%20Produ%C3%A7%C3%A3o%20antecipada%20de%20prova%20no%20C%C3%B3digo%20de%20Processo%20Civil%20de%202015.pdf?forcedownload=1> Acesso em: 15 jan. 2019.
- WATANABE, Kazuo. "Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos". In: Tribunal Multiportas: Investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Org.: Rafael Alves de Almeida et al. Rio de Janeiro: FGV, 2012. p. 87-94.
- YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. A produção antecipada de prova no Projeto de Código de Processo Civil. Jornal Carta Forense. São Paulo, 02 de fevereiro, 2010. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-producao-antecipada-de-prova-no-projeto-de-codigo-de-processo-civil-i/6330>>. Acesso em: 15 jan. 2019.
- _____. E se em 2011 o Projeto de novo CPC se converter em lei?. 2011. Jornal Carta Forense. São Paulo, 04 de janeiro, 2011. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/e-se-em-2011-o-projeto-de-novo-cpc-se-converter-em-lei/6448>>. Acesso em: 15 jan. 2019.
- _____. "Investigação e autonomia do direito à prova: um avanço necessário para a teoria geral do processo". In: 40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro. Org.: Camilo Zufelato et al. São Paulo: Malheiros, 2013.p. 326-333.
- _____. "Da produção antecipada da prova: art. 381 ao art. 383". In: Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. Coord.: Teresa Arruda Alvim Wambier et al São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 1149-1168.