

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL PRÉ- CONTENCIOSA

Heliane Sousa Fernandes

Dissertação no âmbito do Mestrado em Direito, Área de Especialização em Ciência Jurídico-Civilistas/Menção em Direito Processual Civil orientada pela Professora Doutora Maria José Oliveira Capelo Pinto Resende e apresentada a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Fevereiro de 2019



UNIVERSIDADE D
COIMBRA



Agradecimentos

A Deus, pela vida.

Aos meus pais Nelita e Felipe, meus modelos em tudo na vida. Obrigada pelo amor e pelo apoio de sempre.

Ao meu marido Clauzer, por sua lealdade e cumplicidade. Por me amar e por dividir sua vida comigo.

A minhas filhas Bárbara e Letícia, por terem me permitido a conclusão desse projeto e terem sido pacientes com as ausências maternas. Meu amor eterno e incondicional a vocês.

A minha família e meus amigos pelo incentivo e confiança. Especialmente, aos amigos que Coimbra me trouxe, pelo companheirismo e apoio nesta caminhada longe da pátria.

A Universidade de Coimbra, a quem agradeço em nome da minha querida professora e orientadora Dra. Maria José Capelo, pela paciência, amizade, conselhos e parceria, que me foram extremamente valiosos na construção desta dissertação.

Aos meus alunos, por serem o motor da minha busca pelo conhecimento. Que me inspiram a aprender mais e por isso, só posso retribuir com gratidão.

Resumo

Analisa-se a produção de prova pericial pré-contenciosa no âmbito dos meios alternativos de resolução de controvérsias (*Alternative Dispute Resolution – ADR*), dando especial ênfase à Mediação. Para sistematizar o estudo sobre tema, é necessário percorrer as raízes e conceituação dos principais institutos criados a partir da *ADR*. Estuda-se o princípio do acesso a Justiça como princípio-base para um alargamento da prestação jurisdicional pelo Estado, incluindo-se as soluções de conflitos extrajudiciais. Em seguida investiga-se, no contexto da prova pericial, os procedimentos judiciais e extrajudiciais pré-contenciosos já existentes nos ordenamentos jurídicos do sistema *Civil Law* e *Common Law*, por meio de estudo comparado. Por fim, reflete-se criticamente os efeitos da introdução de um sistema obrigatório de produção de prova pericial pré-contenciosa nos ordenamentos atuais, e conseqüentemente, seus impactos na modificação da cultura de judicialização de demandas.

PALAVRAS CHAVES: Prova. Perícia. Pré-contenciosa. Meios alternativos. Mediação.

Abstract

This dissertation analyzes the production of pre-litigation evidence in the scope of Alternative Dispute Resolution - ADR, with special emphasis on Mediation. To systematize the study on the subject, it is necessary to go through the roots and conceptualization of the main institutes created from the ADR. The access to Justice principle is studied as the basis for an enlargement of State Justice provision, including extrajudicial conflict solutions. Subsequently, under the framework of expert evidence, it explores the judicial and extrajudicial pre-litigation procedures already existing in the Civil Law and Common Law legal systems by means of a comparative study. Finally, the effects of an insertion of a binded pre-litigation evidence production procedure in the current legal systems, and consequently, their impact on the judicialization demands praxis are critically considered.

KEYWORDS: *Evidence. Expert. Pre-litigation. Alternative Dispute Resolution. Mediation.*

Índice

Agradecimentos	2
Resumo	3
Abstract.....	4
Índice.....	5
Introdução	6
TENDÊNCIA PARA A DESJUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS	10
As razões para a mudança de paradigma	21
Princípio do Acesso à Justiça.....	26
DA PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL PRÉ-CONTENCIOSA.....	33
Procedimentos pré-contenciosos em Portugal.....	40
Experiências do Sistema <i>Civil Law</i> e <i>Common Law</i>	42
Itália	43
Espanha.....	49
Brasil	53
Reino Unido	57
EFEITOS DA PRODUÇÃO DE PROVA PRÉ-CONTENCIOSA.....	62
Via Extrajudicial e o acesso à justiça	62
Autorregramento e Imperatividade	69
Critério de Custos.....	77
Conclusão	81
Bibliografia.....	87

Introdução

Falar em crise do Poder Judiciário não é novidade para muitos países no mundo, mormente depois da segunda metade do século XX. Embora não seja fácil indicar com precisão quais são as causas desse problema, podem-se enumerar algumas hipóteses, que vão desde a massificação¹ de conflitos até a falta de estrutura (humana e física) do Judiciário em receber e processar as demandas que lhe são apresentadas.

Não é raro encontrar situações de sobrecarga do Poder Judiciário no exercício de sua função típica. A guisa de exemplo, Portugal amarga um difícil quadro no ranking da União Europeia no que respeita a produtividade da justiça e celeridade no tratamento das ações judiciais. É diante desse cenário que os ordenamentos em todo mundo buscam por saídas menos burocráticas e mais efetivas para a prestação de tutela judicial justa e efetiva.

É uma questão complexa, mas não insuperável. Principalmente porque existem experiências exitosas quanto a adoção de medidas técnicas menos formais de resolução de conflitos. A experiência, sobretudo dos países de tradição *Common Law*, na popularização dos meios alternativos de solução de controvérsia, notadamente pelo uso da Arbitragem, Mediação e Conciliação, abriu as portas para que os principais ordenamentos da escola *Civil Law* pudessem rapidamente incorporá-los em suas legislações.

A promessa era que esses métodos adequados propiciassem uma prestação de tutela jurisdicional qualitativamente melhor, já que as partes seriam as protagonistas na tomada de decisão e, conseqüentemente, esse movimento auxiliaria na desobstrução do Poder Judiciário, com a celeridade da resposta ao conflito.

Entretanto, nem todos os países experimentaram uma benesse como resultado dessa incorporação, principalmente porque, embora tenham adotado os institutos da Mediação, Conciliação e Arbitragem, como foi o caso do Brasil, Itália, Portugal e Espanha, se olvidaram de que era também necessário implementar uma mudança cultural. E este processo é mais lento.

Daí a importância de se pensar os meios alternativos de solução de controvérsias não só com a modificação legislativa, mas principalmente, em entender que antes disso, é

¹ Almeida exemplifica os litígios de massa como aqueles oriundos das relações de consumo de bens e serviços, em razão da crescente industrialização das sociedades contemporâneas (FRANCISCO MANUEL LUCAS FERREIRA DE ALMEIDA. *Direito Processual Civil*. Vol. I. 2ª ed. Coimbra, Almedina, 2017. p. 154).

necessário implantar formas diferenciadas de acesso à justiça, alargando a rede de resolução de conflitos, focando na necessidade de modificação da cultura judiciária.

Como dito acima, o sistema *Common Law* apresenta experiências exitosas. A exemplo, no Direito Americano, a criação do *Multi Doors Courts* (sistema multiportas) a partir da segunda metade da década de 1970, que estabeleceu a possibilidade dos interessados em buscar formas não judiciais de solução de demandas. Outra experiência, foi a do Direito Inglês, que na primeira metade da década de 1990, incorporou o instituto do *pre-action protocols*, funcionando como uma espécie de filtro obrigatório para direcionamento das partes a uma composição amigável do litígio.

Nos dois casos estabeleceu-se a judicialização como o último recurso àqueles que batem as portas do Poder Judiciário. Não se pode olvidar que obviamente existem questões culturais que separam as experiências do *Civil Law* e *Common Law*. De toda forma, os jurisdicionados anseiam por mudanças, principalmente porque são eles as principais vítimas da demora na resolução de conflitos.

A busca por métodos mais céleres de satisfação de interesses das partes é patente e passou a ser a tônica das legislações processuais contemporâneas. Particularmente no que diz respeito a produção de prova, o legislador brasileiro recentemente com a promulgação do Código de Processo Civil/2015 percebeu que a obtenção antecipada da prova pode sim propiciar e fomentar uma forma alternativa de resolução de conflitos. O novo instituto, notadamente categorizado como uma ação autônoma de produção antecipada de prova, buscou inspiração no Direito Italiano, mas é possível encontrar métodos congêneres em outros ordenamentos (Reino Unido).

Pensando neste cenário é que se torna relevante o estudo da produção de prova pericial pré-contenciosa no contexto do acesso à justiça e resolução de litígios.

Considerando isto, este trabalho buscou analisar os procedimentos de produção de prova pericial já existentes nas legislações Portuguesa, Brasileira, Espanhola, Italiana e Inglesa. A partir dessas experiências é que se questiona a possibilidade das partes adquirirem, por procedimentos não-contenciosos e desjudicializados, as provas hábeis, especialmente a prova pericial, capaz de encaminhar os interessados a uma composição alternativa/adequada da controvérsia.

A escolha desse tema é sensível à pesquisadora-professora desta dissertação, pois permite fomentar o debate de certos institutos jurídicos, de forma a impactar na prática processual e contribuir no estudo do direito processual civil enquanto ferramenta de resolução de

vidas. O processo deve ser pensado como um meio em que um indivíduo busca, geralmente no desespero de sua dor, a proteção do bem da vida.

Considerando essas inquietações, é que se busca responder a seguinte problemática: à luz do princípio do acesso à justiça e dos meios adequados de solução de controvérsias, é possível às partes buscarem a produção de prova pericial fora do âmbito de uma ação, como forma de resolver ou prevenir conflitos de interesse?

A resposta a este problema deve o modelo inquisitivo de produção de prova, que prevaleceu no Direito Português exclusivamente até antes da vigência do Código de Processo Civil de 2013, no qual o contexto probatório passava sempre pela figura do juiz como destinatário final das provas. A partir desse modelo, a herança de produção probatória antecipada que nos restou está fundada basicamente no âmbito de uma ação.

Por outro lado, deve-se analisar também o modelo cooperativo de processo, já que com a nova ordem processual, as partes passaram a ocupar uma posição diferenciada, sendo protagonistas das relações processuais que atuam e que essa nova condição atinge também a produção de prova.

O objetivo geral do trabalho é analisar de que forma a produção de prova pericial pré-contenciosa pode ser capaz de modificar o acesso à justiça, incentivando formas alternativas de solução de conflitos.

Os objetivos específicos foram desenvolvidos ao longo do trabalho em três capítulos. No primeiro busca-se entender, inicialmente, o contexto histórico de surgimento dos métodos alternativos/adequados de solução de conflito, frente ao paradigma da judicialização de demandas e a releitura do acesso à justiça na processualística atual.

O segundo capítulo percorreu a definição e apresentação da prova pericial, tendo como base a legislação Portuguesa. Em seguida, passou-se a analisar como a prova pericial de caráter pré-contencioso foi contemplada nas principais legislações do Sistema Continental (Portugal, Brasil, Espanha e Itália) e também no Direito Processual Inglês (Reino Unido), pela análise dos procedimentos de *pre action protocols*. Nesse ponto foram analisados os modelos inquisitivo e cooperativo de processo, utilizando-se das técnicas de estudo comparado.

No último capítulo buscou-se responder à questão central do trabalho, através da análise dos potenciais efeitos da desjudicialização da produção de prova pericial pré-contenciosa. Foram avaliados pontos marcadamente presentes na cultura alternativa de solução de controvérsias (a via extrajudicial, o acesso a justiça, o princípio do autorregramento da vontade das partes, ausência de imperatividade do mediador e o critério de custas).

A metodologia para a pesquisa desenvolvida foi de natureza explicativa-exploratória, valeu-se de estudo crítico acerca do tema, com base na legislação e doutrina (livros, artigos e periódicos acadêmicos) e dados estatísticos, sendo essencialmente de cunho qualitativa. Por fim, a possibilidade de se discutir métodos de resolução de conflitos capazes de se coadunar com o interesse das partes e do Estado por uma prestação jurisdicional mais justa e efetiva contribui para uma verdadeira mudança da cultura de judicialização. Isto é de suma importância para as sociedades atuais e de enorme serventia para os estudos da processualística civil contemporânea.

TENDÊNCIA PARA A DESJUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS

É preocupação cada vez mais latente do Estado propiciar um atendimento de excelência aos cidadãos que o procuram para resolução dos conflitos de interesse. O desafio lançado é colocar à disposição dos jurisdicionados um sistema capaz de atender a essas demandas com qualidade, prestando uma tutela justa e célere.

Nas palavras de Dinamarco, Grinover e Cintra² necessita-se ter consciência de que o importante é pacificar, tornando-se irrelevante pensar se será por obra direta do Estado ou por outros meios, desde que seja eficiente e justo.

Nas sociedades mais primitivas, sendo assim consideradas aquelas que historicamente não havia ainda uma organização estatal sólida, é possível perceber um acentuado domínio da justiça privada, sobretudo por meio da autotutela e autocomposição (seja pela submissão, desistência ou transação) como forma principal de resolução de conflitos.

Explica-se: é que embora não se pudesse falar em ausência de normas jurídicas, havia notadamente a ausência de sistematização da figura do Estado, tal qual foi concebida para as sociedades mais modernas a partir do século XVI, como terceiro desinteressado em resolver os conflitos sociais³. Neste sentido, Maia Neto destaca:

No Estado organizado de hoje, é inconcebível a ideia de as controvérsias serem resolvidas pelo simples predomínio do mais forte. Com a evolução histórica, a sociedade entendeu que deveria outorgar aos seus agentes políticos as atividades que garantem a pacificação social. Este entendimento fez surgir a função jurisdicional, que dá ao Estado o poder de julgar pretensões apresentadas pela sociedade.⁴

Em boa verdade, muito antes disso, a história já relatava a intervenção de terceiros na resolução de conflitos sociais. Os embriões das primeiras formas de árbitros, mediadores ou conciliadores são retratados no Código de Manu (em torno do ano de 1.500 a.C)⁵

Fato é que desde os primórdios das civilizações existe uma séria preocupação social com a justiça da tutela de conflitos, com a finalidade de atender aos verdadeiros interesses das partes litigantes, seja pela homocomposição (onde as partes são responsáveis pela

² ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*, 29 ed, Malheiros, São Paulo, 2013, p. 15.

³ MARCUS VINÍCIUS RIOS GONÇALVES. *Novo Curso de Direito Processual Civil, volume 1: Teoria Geral e Processo de Conhecimento (1ª parte)*. 8 ed. Saraiva, São Paulo, 2011, p. 22

⁴ FRANCISCO MAIA NETO. *Diferentes formas de se lidar com as controvérsias*. Lisboa, 2016. p. 18 Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/tgau_MA_26310.pdf> (21.02.2017).

⁵ O Livro Oitavo do Código de Manu trazia normas de direito processual, notadamente sobre a administração da justiça. No art. 9º e 10º determinavam que o rei poderia nomear um brâmane, que seria auxiliado por 3 assessores – constituindo a corte de Brahma – os sacerdotes (que não tinham o monopólio da justiça) mas poderiam julgar. FRANCISCO MAIA NETO, ob. cit., p.20.

resolução de conflitos: autotutela e autocomposição, por exemplo), seja pela heterocomposição (onde o terceiro é o responsável pela resolução do conflito: Estado ou Árbitros, por exemplo)⁶.

Cabe destacar que essas formas de tutelar o interesse dos indivíduos para a solução de conflitos não são excludentes. Prova disso, é que nos ordenamentos mais contemporâneos ainda é possível detectar normas de flagrante homenagem às formas de homocomposição (fácil encontrar ordenamentos no mundo que tratam da autocomposição por meio mediação e conciliação, por exemplo, e até mesmo as formas de autotutela, como a legítima defesa)⁷.

Lebre de Freitas aponta no ordenamento Português:

Só excepcionalmente é consentida ao titular do direito a autotutela: a) quando, sendo-lhe impossível o recurso em tempo útil aos tribunais, o recurso à força privada aparece como o meio adequado a realizar ou assegurar o direito, de outro modo ameaçado de inutilização prática (art. 336 CC, perante o qual são especiais os preceitos dos art. 337 CC, 339 CC, 1277 CC, 1314 CC, 1315 CC e 397-2); b) nos outros casos em que, fora desse condicionalismo, a lei admite uma atividade privada dirigida à realização extraprocessual da composição do litígio⁸.

Considerando as legislações existentes, não se pode dizer que houve um processo evolutivo de resolução de conflitos processuais, que começa nas formas de autotutela, passa pela heterocomposição e finalmente termina com a formação do Poder Judiciário, abandonando-se por completo todas as outras formas de solução de controvérsias mais primitivas.

O que verdadeiramente houve foi o surgimento de um ente sistematicamente organizado envolto na figura do Estado, tal qual conhecemos hoje, que incorporou e limitou a legalidade da autotutela e heterocomposição no contexto processual a situações excepcionalíssimas.

Contudo, nas legislações atuais se solidificou a tradição de se delegar a alguém alheio ao litígio um olhar mais imparcial e equidistante das partes, fortificando-se o modelo de heterocomposição de intervenção estatal, sobretudo nos países de influência jurídica romana (ex: Itália, Portugal, Espanha e Brasil), como principal meio de solução de controvérsias.

Hodiernamente, as formas de resolução de conflitos sociais são viabilizadas através de dois grandes nortes. O primeiro como sendo formas de pacificação social onde existe a

⁶ JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA. *Teoria Geral do Processo*. 10 ed. Atlas, São Paulo, 2009, p. 13

⁷ No Brasil, por exemplo, tem-se a legítima defesa da posse e do desforço imediato, ambos abarcados pelo art. 1.210, §1º do Código Civil de 2002.

⁸ JOSÉ LEBRE DE FREITAS. *Introdução ao Processo Civil – Conceito e princípios gerais à luz do novo Código*. 4ª Ed. GestLegal, Coimbra, 2017. p. 79

participação direta do Estado, isto é, o Estado personificado na figura do juiz e procurado pelo jurisdicionado, se sub-roga na função de dizer qual “melhor” direito para o conflito, daí falar-se em judicialização do litígio.

O segundo como sendo formas de pacificação social onde não há participação do Estado diretamente, ou seja, não há judicialização, mas de alguma forma impõem-se limitações através das normas de direito a fim de que sejam aptas (válidas) a resolverem os conflitos de interesse.

Ambos os nortes são corolários do princípio do acesso ao direito e aos tribunais (art. 20 da Constituição da República Portuguesa – CRP)⁹, já que o Estado traça as regras de atuação em um ou em outro caso, com maior ou menor intensidade. Esses dois nortes podem ser aplicados em um mesmo contexto social e sistema jurídico, sem que para isso um exclua o outro.

Tradicionalmente, observou-se um crescimento e hiper-inflacionamento do primeiro norte, ou seja, o Estado acabou adotando uma posição de destaque na resolução de controvérsias sociais¹⁰. Isso resultou em consequências graves aos jurisdicionados, seja da ordem da duração razoável da demanda, celeridade, economia (emocional e financeira) e da própria consecução da justiça (aplicação da tutela jurisdicional efetiva).

Nesse sentido, Cappelletti e Garth (1988) escreveram obra clássica sobre o tema “Acesso à Justiça”, um relatório no qual apontavam os problemas do cenário mundial do Judiciário. No contexto, os autores referidos citavam as formas alternativas de resolução de conflito como uma das soluções possíveis ao drama do Judiciário e assim criticavam:

Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social.¹¹

⁹ Ou princípio do acesso à justiça como mencionado na Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigos 8º e 10º) e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 47), que pela dicção do art. 8º da CRP são parte integrante do direito português. “O Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos, de 16 de Dezembro de 1966, aprovado em Portugal pela Lei n.º 29/78, de 12 de junho, praticamente reproduz as garantias estabelecidas na Convenção Europeia dos Direitos do Homem” PAOLA COELHO GERSZTEIN. “O direito fundamental de acesso à justiça na perspectiva luso-brasileira”. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Ano 2. Nº. 9, (2013). p. 9425.

¹⁰ SCHENK destaca que desde os séculos XIX e XX excessiva duração dos processos cíveis era uma praga que assolava a Justiça em diversos países, tais como Itália, Espanha e França. LEONARDO FARIA SCHENK. “Breve relato histórico das reformas processuais na Itália. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Volume II. (2008). p. 183.

¹¹ MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Fabril, Porto Alegre, 1988, p. 12

O cenário de preponderância do primeiro norte sobre o segundo acabou denotando a este último justamente o aspecto da “alternatividade”¹². A exigência é pensar em saídas menos burocráticas, mesmo em contraponto ao meio tradicional, para uma melhor resposta aos conflitos sociais, evitando a judicialização e, de forma reflexa, desobstruindo o Poder Judiciário.

Quanto ao segundo norte, três institutos se destacaram fortemente, a saber, a conciliação, a mediação e a arbitragem. Foi no cenário dos meios alternativos de solução de conflitos extrajudiciais que os institutos se fortaleceram, ganharam autonomia e passaram a ser largamente utilizados. A ideia fundante de fortalecer-se os outros meios de solução de conflitos principalmente em razão da característica de serem pré-contenciosos é propiciar uma prestação de tutela jurisdicional de forma ágil, preventiva e em um tempo menor possível.

A expressão pré-contencioso, que será utilizada nesta dissertação, remete ao caráter de ser antecipatório ao litígio, relacionado a alguns meios de composição de litígio que visam inicialmente a reestabelecer ou facilitar (a depender da técnica utilizada) o diálogo das partes numa demanda.

Costa e Silva utiliza o termo pré-contencioso neste mesmo sentido quando destaca que “uma das atuais tendências do direito processual aponta no sentido da existência de uma relação de antecedência dos meios alternativos relativamente aos meios contenciosos”.¹³

Assim é que os métodos adequados ou alternativos precisam ser visualizados no Direito Processual Civil dos principais sistemas *Civil Law*, como um filtro capaz de direcionar o jurisdicionado para a melhor forma de satisfação do litígio, garantindo assim, acesso ao direito, mas também uma justa tutela jurisdicional.

Historicamente, não é possível precisar quando surgiram os primeiros movimentos de conciliação/mediação/arbitragem na humanidade. Como bem destaca Ulloa:

Senza addentrarsi in un percorso che, alla ricerca delle origini del fenomeno conciliativo, ci condurrebbe a ripercorrere la storia stessa della civiltà moderna, può essere sufficiente, per svolgere un discorso introduttivo sul nostro tema, concentrarsi su quella che potremmo definire la “fenomenologia” moderna della conciliazione, quella cioè che nasce negli Stati Uniti intorno agli anni '50 e da lì si propaga, nel tempo e con alterne vicende, in pressoché tutti i sistemi giuridici occidentali, compreso ovviamente anche quello italiano¹⁴.

¹² A doutrina inglesa se refere aos *Alternative Dispute Resolution – ADR* (Maia Neto, Francisco. p. 23). No Brasil, atualmente adotou-se expressamente no art. 381, II do Código de Processo Civil em vigor a ideia de “meio adequado de solução de conflitos” para se referir a outros meios que não o judicial.

¹³ PAULA COSTA E SILVA. “O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias: alternativas e complementariedade”. *Revista de Processo – RePro*. nº. 158 (2008). p. 100/101.

¹⁴ FRANCESCA CUOMO ULLOA. *La Conciliazione – Modelli di composizione del conflitti*. CEDAM, Padova. 2008, p. 20.

Para a sociedade jurídica contemporânea, a conciliação surge no contexto das *Alternative Dispute Resolution – ADR* de tradição do *common law*, inicialmente utilizado na arbitragem¹⁵. Depois, veio a desenvolver-se a partir dos anos 50 nos Estados Unidos da América nos moldes como a conhecemos, de lá se espalhou para os demais ordenamentos jurídicos.

Em boa verdade, desde 1898 os instrumentos de mediação e arbitragem são utilizados nos EUA. Em 1926 foi criado um movimento de institucionalização da *ADR*, através da Associação Americana de Arbitragem (AAA). A partir da década de 1970, o governo americano passou a utilizar os meios alternativos como forma de resolução de conflitos administrativos e em 1980 as Universidades introduziram nos currículos do curso de Direito a disciplina da *ADR*.

A arbitragem informal que era prática corriqueira desde o comércio no período colonial estadunidense somente se solidificou normativamente na Lei das Patentes de 1970¹⁶. Posteriormente, em 1976, foi criado o *Multi Doors Courts* (sistema multiportas) como proposta para melhorar a resposta do Poder Judiciário para os casos que chegavam ao seu conhecimento¹⁷. Esse sistema ganhou força e implementou um verdadeiro procedimento de filtro as demandas judiciais. Segundo Barbosa¹⁸:

Em 1990, com o Civil Justice Reform Act houve uma grande ampliação do uso do Sistema. O ato determinava que toda circunscrição federal deveria promulgar um plano de redução de despesas e morosidade da justiça e, na grande maioria dos planos apresentados pelas comarcas, houve uma proposta de ampliar do uso de métodos alternativos nas cortes. Já em 1992, estimativas apontavam que existiam 1.200 fóruns de múltiplas portas recebendo encaminhamento de cortes estaduais americanas.

De outro lado, considerando o cenário da Comunidade Europeia, a primeira tentativa de difusão dos meios extrajudiciais de resolução de conflitos surge nos anos de 1970 no âmbito das tutelas de direito do consumidor. Em 1993, cria-se o Livro Verde sobre o acesso

¹⁵ As early as the Norman Conquest, legal charters and documents indicate that English citizenry instituted actions concerning private wrongs, officiated by highly respected male members of a community, in informal, quasi-adjudicatory settings. In some instances, the king utilized these local forums as an extension of his own legal authority; rather than adjudicate a suit via the more formal king's court, the king would simply adopt the decision of a local, but highly respected, layperson without ever "reaching the merits" of the suit, creating one of the first forms of arbitration. In some sense, then, common law ADR has been around for centuries. (MICHAEL MCMANUS e BRIANNA SILVERSTEIN. "Brief History of Alternative Dispute Resolution in the United States". *Cadmus*. Volume 1. nº. 3. (2011). p. 100-101.

¹⁶ MICHAEL MCMANUS e BRIANNA SILVERSTEIN. ob. cit, p. 102.

¹⁷ Foi o trabalho de Frank Sanders, "Varieties of Dispute Processing" o maior divulgador do sistema no direito norte-americano no qual foram desenhadas as principais linhas do fórum de múltiplas portas. IVAN MACHADO BARBOSA. "Fórum de múltiplas portas: uma proposta de aprimoramento processual". *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Volume II. (2008). p. 4

¹⁸ IVAN MACHADO BARBOSA, ob. cit, p. 4.

dos consumidores à justiça, primeiro instrumento que trouxe a conciliação como método eficaz a tutelar as demandas de consumo¹⁹.

No decorrer da década de 90 e início dos anos 2000, inspirados pelo art. 6º da Convenção Europeia de Direitos do Homem, na tentativa de buscar formas mais céleres de resolução de conflitos, duas recomendações foram responsáveis por difundir a ideia da *ADR* entre os Estados membros da União Europeia: a Recomendação 98/257/EC de 30 de março e a Recomendação 2001/319/EC.

Ambas se referiam ao princípio de aplicabilidade dos organismos de composição extrajudiciais das controvérsias de consumo: a primeira de aspecto não conciliativo (relacionada a outras formas de resolução de conflito) e a segunda de aspecto nitidamente de utilização de meios conciliativos.²⁰

Outra importante diretiva foi a 2008/52/CE (de 21 de maio de 2008), documento que traçou a necessidade dos países membros da União Europeia de adotar meios alternativos extraprocessuais de solução de conflito, nomeadamente a utilização da mediação em matéria civil e comercial (art. 3º da Diretiva citada).

Não há dúvidas que essas diretrizes impactaram significativamente na legislação dos países de União Europeia. Em Portugal foram várias as leis influenciadas por esta “onda alternativa”, a exemplo: a) a Lei nº. 79/2001, resultante dos primeiros movimentos de *ADR* na Europa, criadora dos Julgados de Paz; b) a Lei nº. 63/2011, que estabelece os Tribunais de Arbitragem; c) a Lei nº. 29/2013, que trata dos princípios gerais aplicáveis à mediação, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública.

Além disso, a Lei nº. 144/2015 que transpôs a Diretiva 2013/11/EU sobre a resolução alternativa de litígios de consumo e estabeleceu o enquadramento jurídico dos mecanismos de resolução extrajudicial de litígios de consumo²¹. O próprio Código de Processo Civil de 2013 também contemplou no seu bojo a possibilidade do juiz a qualquer momento e estado do processo, determinar a remessa dos autos para a Mediação, como pode ser visto no art. 273 do CPC-Pt.²²

¹⁹ FRANCESCA CUOMO ULLOA, ob. cit., p. 39.

²⁰ FRANCESCA CUOMO ULLOA, ob. cit., p. 40.

²¹ PORTUGAL, *Diário da República*, 1.ª série — N.º 175 — 8 de setembro de 2015, p. 7251.

²² Artigo 273.º (art.º 279.º-A CPC 1961) - Mediação e suspensão da instância - 1 - Em qualquer estado da causa, e sempre que o entenda conveniente, o juiz pode determinar a remessa do processo para mediação, suspendendo a instância, salvo quando alguma das partes expressamente se opuser a tal remessa. 2 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, as partes podem, em conjunto, optar por resolver o litígio por mediação, acordando na suspensão da instância nos termos e pelo prazo máximo previsto no n.º 4 do

O que se pode depreender disso que é a legislação Portuguesa trata da questão dos meios alternativos de solução de conflitos tanto de forma pré-contenciosa²³, ou seja, antes do conflito ser proposto, mas também da possibilidade de o fazer no âmbito de uma ação. Ambas as hipóteses serão melhores apresentadas no decorrer do capítulo 3.

Antes de se chegar neste ponto, convém esclarecer os conceitos dos institutos da Conciliação, Mediação e Arbitragem, compreendidos na esfera dos *ADR*, ainda que sucintamente, vez que a preocupação desta tese não é exaurir o tema em questão, mas apenas explicar o porquê que se adequam a proposta de desjudicialização.

A Conciliação é um termo que encontrará metodologicamente uma acepção comum (não jurídica) e uma jurídica. Em sentido comum, conciliação é substantivo feminino, de origem do latim *concilio*, relativo ao ato ou efeito de conciliar, que quer dizer unir, cativar, pôr-se de acordo com, procurar obter ou ainda combinar ou combinarem-se elementos aparentemente divergentes, contrários ou incompatíveis²⁴.

Juridicamente, partindo dessa mesma ideia, a conciliação se materializa em uma técnica para obtenção de acordo. Ulloa, citando Resta, coloca que a conciliação “*é um procedimento mediante o qual um juiz ou um outro sujeito público ou privado qualificado, sem julgar, assiste as partes e facilita a sua comunicação, a fim de que eles atinjam um acordo em alguns ou todos os aspectos do conflito*”.²⁵

Alguns doutrinadores acreditam ainda que atuação do conciliador pode ir além que a de um mero facilitador. Campos defende que a facilitação do diálogo permite inclusive que na conciliação o conciliador proponha soluções para o litígio, que poderão ser aceitas ou não pelas partes:

A conciliação deve ser entendida como o processo em que as partes são auxiliadas por um terceiro a encontrar uma solução para o seu litígio, sempre que esse terceiro tenha posterior poder de decisão. Cabem, assim, no conceito de conciliação, não só as tentativas de resolução por acordo efectuadas pelo juiz, num tribunal judicial ou num julgado de paz, ou pelo árbitro, em sede de

artigo anterior. 3 - A suspensão da instância referida no número anterior verifica-se, automaticamente e sem necessidade de despacho judicial, com a comunicação por qualquer das partes do recurso a sistemas de mediação. 4 - Verificando-se na mediação a impossibilidade de acordo, o mediador dá conhecimento ao tribunal desse facto, preferencialmente por via eletrónica, cessando automaticamente e sem necessidade de qualquer ato do juiz ou da secretaria a suspensão da instância. 5 - Alcançando-se acordo na mediação, o mesmo é remetido a tribunal, preferencialmente por via eletrónica, seguindo os termos definidos na lei para a homologação dos acordos de mediação.

²³ A Lei de Mediação Portuguesa utiliza a expressão Mediação Pré-Judicial para significar a resolução de conflito antes da propositura da ação judicial (no mesmo sentido que pré-contencioso) – art. 13 da Lei n.º 29/2013.

²⁴ DICIONÁRIO PRIBERAM. Disponível em: <https://www.priberam.pt/dlpo/concilia%C3%A7%C3%A3o> (01.03.2017).

²⁵ FRANCESCA CUOMO ULLOA, ob. cit., p. 5.

arbitragem, mas, também, por exemplo, as levadas a cabo pelo chefe de dois empregados, se lhe couber a decisão, no caso de eles não chegarem a acordo²⁶.

Esse entendimento merece críticas, já que a conciliação é uma via de homocomposição, na qual as partes buscam a resolução do conflito. A figura do conciliador é de um terceiro (público ou não) que facilitará o diálogo, isto é, a preponderância da decisão não está no terceiro. Não há uma submissão das partes à vontade do conciliador. Essa mesma concepção é defendida por Frade:

Na conciliação, a intervenção de uma terceira parte, alheia ao conflito, ajuda os litigantes a encontrarem uma plataforma de acordo tendo em vista resolver a disputa. Na mediação, a intervenção do terceiro neutro faz-se através da apresentação às partes de uma recomendação ou proposta de acordo da sua autoria. Enquanto o conciliador se limita a pôr as partes em contacto e a facilitar a comunicação ente elas, mas sem aventar qualquer proposta de consenso, o mediador vai mais além e sugere activamente o conteúdo do acordo a celebrar pelas partes. Por isso, o controlo do processo pelas partes é maior na conciliação do que na mediação.²⁷

Conclui-se, então, que a conciliação deve ser entendida como uma forma de resolução de conflito, onde os protagonistas são as partes, mas para que não se confunda com um mero acordo ou negociação, a figura do conciliador deve estar presente e funciona como um facilitador (judicial ou não) para obtenção do consenso.

A conciliação no direito Norte-Americano surge inspirada na ideia de um terceiro-neutro que não faz uma decisão vinculativa, não adentra no mérito da disputa, servindo mais como um conselheiro das partes a fim de incentivar a discussão e diálogo²⁸. Para MCManus e Silverstein:

A conciliação é muito semelhante à mediação, mas com muito menos formalidade. Enquanto que a mediação pode implicar encontros regulares entre as partes, a conciliação pode ser informal, como uma chamada telefônica. Além disso, a conciliação normalmente pressupõe que as partes já conseguiram alguma forma de reconciliação e que a relação foi reestabelecida, mas os detalhes do assunto precisam ser resolvidos.²⁹

²⁶ FABIANA PAIXÃO CAMPOS. *A conciliação judicial*. Lisboa, 2009. p. 14. Disponível em: <http://laboratorial.fd.unl.pt/media/files/A_Concili...pdf>. (23.02.2017).

²⁷ CATARINA FRADE. “A resolução alternativa de litígios e o acesso à justiça: A mediação do sobreendividamento”. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. n.º. 65 (2003), p. 110.

²⁸ CATARINA FRADE. *ob.cit.*, p. 104.

²⁹ Trecho original: “*Conciliation is very similar to mediation, with much less formality. While mediation may entail regular meetings between the parties, conciliation may be as informal as a telephone call. Moreover, conciliation usually assumes that the parties have already achieved some form of reconciliation and that the relationship has been mended, requiring only that the details of the matter be resolved*”. MICHAEL MCMANUS e BRIANNA SILVERSTEIN. *ob. cit.*, p. 104.

É dessa forma que o conceito de Conciliação será solidificado nos países de tradição Continental³⁰, e é assim que será abordada neste trabalho. É importante destacar que, embora se utilize o termo Conciliação como extrajudicial, o instituto também fôra concebido no âmbito de uma ação, como se vê hoje em muitos ordenamentos do sistema *Civil Law*. Notadamente, ainda que pertencente ao universo judicial, a Conciliação em muitas situações processuais encarna caráter de ser pré-contenciosa, uma forma genuína de resolução de conflitos alternativa³¹.

No tocante a Mediação, do ponto de vista linguístico, é palavra de origem anglo-saxônica.³² Estabelece que a participação do terceiro na resolução do conflito é mais ativa, permitindo a ele que faça sugestões acerca da melhor forma consenso, ou como leciona Frade, apresenta uma recomendação ou proposta de acordo de sua autoria para que as partes possam avaliar.³³

Macedo e Neto explicam que:

[...] o mediador não tem nem o poder, nem o dever de resolver o conflito. Sua tarefa é aquela de auxiliar as partes a elaborar um projeto próprio de solução do conflito, ou, no máximo, ajudá-las a identificar os pontos de desacordo insuperáveis. Evidentemente que isso pressupõe que as partes estejam dispostas a encontrar uma solução para seu conflito em bases cooperativas³⁴

Igualmente ao que acontece com a Conciliação, a Mediação se apresenta nas legislações do *Civil Law*, ora de forma judicializada ou desjudicializada, mas em ambos os casos, também encarna viés pré-contencioso. Na Itália, existe inclusive uma forma de Mediação Obrigatória (em que pese haver entendimento pela (in)constitucionalidade³⁵ do Decreto-Legislativo nº. 28/2010), como um meio de combater o hiper-inflacionamento de demandas judiciais. Nas palavras de Hill³⁶:

A instituição da mediação como condição de procedibilidade teve como escopo disseminar a prática da mediação na sociedade italiana, bem como reduzir a sobrecarga de trabalho nos tribunais daquele país, prestigiando a economia processual, mesmo propósito que, antes, motivara a adoção de solução semelhante para as controvérsias trabalhistas (art. 410, do Código de Processo Civil Italiano) e agrárias (art. 46, da lei 203, de 03/05/1982)³⁷.

³⁰ Utilizará neste trabalho o termo Sistema Continental como sinônimo do Sistema Civil Law, em referência a forma como o modelo germano-românico se expandiu pela Europa Continental.

³¹ Exemplo disso é o que dispõe o art. 319 do Código de Processo Civil Brasileiro, com a figura da conciliação obrigatória.

³² CHIARA BESSO. “La mediazione italiana: definizioni e tipologie”. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume VI (2010), p. 250.

³³ CATARINA FRADE, ob.cit., p. 110.

³⁴ ELAINE HARZHEIM MACEDO e EUGÊNIO FACCHINI NETO. “Fuga da jurisdição? Reflexões sobre a busca de alternativas à jurisdição”. *Revista de Direito Brasileiro*. Ano 5. Vol.10 (2015), p. 116

³⁵ FLÁVIA PEREIRA HILL. “A nova lei de mediação italiana”. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume VI. (2010), p. 307-308

³⁶ FLÁVIA PEREIRA HILL, ob.cit., p. 307.

³⁷ FLÁVIA PEREIRA HILL, ob.cit., p. 307

Percebe-se uma participação mais efetiva do Mediador na resolução de conflitos, uma vez que tendo ouvido as partes e tendo confrontado os diferentes pontos de vista, passa com a colaboração dos interessados a elaborar uma decisão para o caso em questão³⁸, sendo uma espécie de “auto-composição assistida”³⁹. De toda sorte, apesar da participação mais ativa do Mediador, ele não terá força imperativa (como acontece na Conciliação).

Na arbitragem, existe verdadeiramente um terceiro (imparcial) que decide o conflito. É um terceiro desinteressado e escolhido pelas partes⁴⁰. É de se dizer que em certa medida, o árbitro se sub-roga do direito de dizer a melhor forma da resolução de conflito e devem as partes se submeter a regra, tal como acontece na atuação do Estado, mas com importantes diferenças:

Primeiro, o juiz é um funcionário do Estado, que para decidir utiliza o *ius imperium*, não necessitando da autorização de ambas as partes, ao contrário do que ocorre com o árbitro. Segundo, o juiz deve seguir os ritos processuais estatuídos na lei, enquanto que o árbitro seguirá o procedimento determinado ou aceito pelas partes. Terceiro, o juiz deve decidir com base na lei do Estado ao qual se vincula, enquanto que o árbitro pode decidir com base na equidade ou em lei alienígena conforme a convenção de arbitragem firmada pelas partes, que lhe outorga poderes⁴¹

A decisão do árbitro tem força de sentença, não necessita de homologação ou validação do Estado para ser executada no juízo competente⁴². Para MCMANUS e SILVERSTEIN⁴³ a arbitragem tem processos muito mais formais que as demais formas de resolução alternativa de conflitos. E é verdade. As leis que tratam da Arbitragem de modo geral traçam procedimentos arbitrais, que em regra se iniciam com a escolha dos árbitros pelas partes e terminam quando há prolação da sentença arbitral.⁴⁴

Costa e Silva destaca que a atuação da arbitragem está “confinada aos campos dos direitos disponíveis”⁴⁵, devendo-se pontuar que nem todos os conflitos podem ser trazidos à esfera da Arbitragem. Sobre esse aspecto, a Lei de Arbitragem Portuguesa prevê a possibilidade

³⁸ JOÃO PEDROSO, CATARINA TRINCÃO e JOÃO PAULO DIAS. *Percursos da Informalização e da desjudicialização – por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada)*. Coimbra, 2001, Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/171.pdf> (11.10.2018). p. 377

³⁹ Uma vez que as negociações para que se chegue ao acordo decorrem das partes auxiliadas pelo mediador. Para Frade o mediador é mais comprometido e pro-activo do que o conciliado e menos imperativo que o árbitro. CARATINA FRADE, ob. cit., p. 115

⁴⁰ Na Lei n.º. 63/2011 é que disciplina a Arbitragem em Portugal. O art. 10º, 1 dispõe que cabe as partes a escolha do árbitro. No ordenamento brasileiro segue da mesma forma (art. 13, §1º da Lei n.º. 9.307/1996).

⁴¹ IVAN MACHADO BARBOSA, ob. cit, p. 7

⁴² É o que se depreende da Lei de Arbitragem Portuguesa – art. 39 e seguintes.

⁴³ MICHAEL MCMANUS e BRIANNA SILVERSTEIN, ob.cit., p. 102/103

⁴⁴ CASSIO SCARPINELLA BUENO. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil*. 8ª ed. Saraiva, São Paulo, 2014. p. 48/49.

⁴⁵ PAULA COSTA E SILVA, ob.cit., p. 105

de as partes dirimirem conflitos relativo a direitos não patrimoniais, desde que possam ser transacionados. Podem ainda ser de caráter contencioso ou não contencioso⁴⁶, referentes a litígios atuais ou litígios eventuais.

Na esteira, pela referida lei, o Estado e outras pessoas coletivas também podem se submeter ao rito da arbitragem, desde que estejam autorizados por lei ou desde que o objeto da questão seja de órbita privada. Daí poder se afirmar que a Arbitragem tem característica de ser voluntária e de natureza jurídica notadamente contratual.

Os três importantes meios de resolução alternativa de conflito aqui tratados sucintamente, apresentam estas características gerais na maioria dos países do Sistema *Civil Law* que os adotaram. Contudo, é importante destacar que obviamente cada legislação tratará das especificidades e adequações, de forma a considerar a estrutura jurídica pertinente. É dizer, por exemplo, que a forma como a Mediação é tratada e explorada na Itália não será necessariamente a mesma de Portugal ou Brasil.

No direito Brasileiro, por exemplo, a guisa de princípios gerais, elencou que a atividade arbitral manterá dever de cooperação com a atividade jurisdicional, de forma a facilitar a comunicação e realização de atos entre o Estado e o Árbitro⁴⁷.

De qualquer forma, servem de parâmetro para entender o importante caminho que se precisa percorrer para uma desjudicialização. Pedroso, Trincão e Dias⁴⁸ propõem que a administração da justiça deve seguir uma agenda de políticas públicas voltadas não a exclusividade dos Tribunais na resolução de conflitos, mas de uma pluralidade de meios concebido de modo integrado, para que haja pelo acesso à justiça de modo democrático e eficiente.⁴⁹

Para atender a uma melhor compreensão da matéria objeto deste trabalho, se fará um recorte apenas quanto ao estudo da mediação, como ela foi tratada nas principais legislações da tradição *Civil Law* e se é de fato instrumento hábil a produção de prova pericial pré-contenciosa (como método alternativo de solução de conflitos). Certamente, é

⁴⁶ O Art. 1º da Lei de Arbitragem Portuguesa permite que as partes possam suscitar um decisor imparcial, designadamente as questões relacionadas com a necessidade de precisar, completar e adaptar contratos de prestações duradouras a novas circunstâncias.

⁴⁷ Vide Código de Processo Civil-Br, art. 237, IV que criou a chamada carta arbitral: para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela provisória

⁴⁸ JOÃO PEDROSO, CATARINA TRINCÃO e JOÃO PAULO DIAS. ob.cit., p. 377

⁴⁹ JOÃO PEDROSO, CATARINA TRINCÃO e JOÃO PAULO DIAS. ob.cit., p. 377.

esse o caminho capaz de desobstruir o número de processos judiciais, principalmente se levarmos em conta o carácter pré-contencioso de algumas demandas.

As razões para a mudança de paradigma

A necessidade da mudança jurídica e cultural de paradigma, a visar a solução adequada e célere se torna de fato relevante, principalmente se observarmos o contexto histórico de engarrafamento processual em toda a Europa.

Em boa verdade, Viana, Andrade e Novais pontuam que desde o século XX, o sistema de justiça Europeu passa por dificuldades em atender de maneira satisfatória os jurisdicionados, elencando alguns fatores: “a substituição progressiva de Estados autoritários por democracias, a explosão de direitos, liberdades e garantias que se seguiu ao advento do Estado Social de Direito, o aumento generalizado da literacia, fruto da universalização do sistema de ensino, ou ainda a melhoria significativa das condições socioeconómicas de largas parcelas da população”⁵⁰.

Não obstante, os conflitos de interesses levados ao Poder Judiciário merecem uma resposta, seja pela via judicial ou pela via extrajudicial. E não só isso. Merecem uma tutela jurisdicional efetiva em tempo razoável. Nesse propósito é que cada Estado deve lançar mãos de uma estrutura legal, assim entendidas como um conjunto de normas processuais atuais e adequadas para a devida solução dos conflitos, interpretadas segundo o ordenamento jurídico a que pertencem e conforme os princípios do acesso ao direito (justiça), do devido processo legal, contraditório, legalidade, ampla defesa, duração razoável do processo, bem como do Código de Processo Civil e outras leis adjetivas.

Além disso, deve dispor de uma estrutura física (concreta/material), já que é inegável que o Poder Judiciário precisa se organizar gerenciando material humano e organizacional, contanto para isso com os órgãos que compõe o próprio Poder, administrativamente, se organizado em instâncias, bem como determinando os espaços físicos onde devem desenvolver suas atividades habituais (típicas) judicantes.

Entender esse organismo (estrutura legal + estrutura física) é de essencial importância para se visualizar atualmente o cenário em que se encontra o Judiciário e as dificuldades do acesso à justiça e no trato da resolução de conflitos.

⁵⁰ FERNANDO VIANA, FRANCISCO ANDRADE e PAULO NOVAIS. “Resolução de conflitos de consumo em linha em Portugal e na União Europeia – A plataforma europeia de resolução de conflitos em linha (RLL)”. *Scientia Iuridica*. Tomo LXV, n.º 341 (2016), p. 208.

É que muito embora se saiba que o cidadão tem garantias asseguradas pela própria regra constitucional no tocante a efetiva prestação da tutela jurisdicional, no plano prático esse acesso pode ser obstaculizado por problemas estruturais (legal / físico), mas também pela leis que refreiam o andamento natural do processo e a má gestão de recursos humanos na satisfação e alcance do jurisdicionado.

Resultado disso é uma sobrecarga do Poder Judiciário, que não consegue mais dar vazão as demandas levadas ao seu conhecimento. Nesta altura a grande questão que se levanta é: o que deve ser considerado como célere a ponto de afirmarmos, sem sombras de dúvidas, que o panorama atual é lento e que devemos mudá-lo?

De fato é difícil medir o nível de duração razoável do processo e conseqüente, de celeridade processual, posto que cada demanda tem suas particularidades e a depender de cada situação o juiz precisa analisar o caso, as provas e a decisão que desejam as partes, para que não se furte de também prestar uma tutela justa.

Nesse sentido é a angústia compartilhada por Costa e Silva quando se questiona se o Poder Judiciário pode responder mais rapidamente do que responde considerando as contingências em que trabalham.⁵¹

Seria raso e simplório dizer que sim, sem considerar que em muito dos países onde a taxa de congestionamento processual é bastante elevada, o Poder Judiciário opera sem condições mínimas de atender ao universo de demandas que lhe são apresentadas. Quando se diz condições mínimas não quer dizer apenas da falta de estrutura básica para funcionamento, mas também de falta de mão de obra qualificada para prestar o serviço público⁵². Somam-se a isso a necessidade de adequação da mão de obra às mudanças tecnológicas que atingiram os processos judiciais a partir dos anos 2000, as altas custas processuais cobradas que não se alinham com a qualidade dos serviços prestados.

Viana, Andrade e Novais⁵³ criticam:

É uma evidência que nas sociedades atuais, altamente desenvolvidas e socialmente complexas, em permanente e vertiginosa mutação, **não se pode ter a utopia de que é possível uma reforma da justiça que responda de uma vez por todas (e para sempre) aos constrangimentos que o sistema vai apresentando.** Face à crise da justiça de que tanto se fala, várias soluções são possíveis, como refere João Pedroso e que vão desde injetar mais recursos no sistema, a uma melhor gestão dos recursos, à aposta na inovação e na tecnologia

⁵¹ PAULA COSTA E SILVA, ob.cit., p. 98.

⁵² O Conselho Nacional de Justiça do Brasil em relatório elaborado em 2012, apontou que em alguns estados brasileiros, como por exemplo no Estado do Maranhão, a falta de mão de obra para efetiva prestação jurisdicional chegava a patamares alarmantes. Em termos de material humano a proporção de magistrados é inferior a 4,4 juízes para cada 100 mil habitantes. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA DO BRASIL. *Relatório Justiça em números*. Brasília, 2013. Disponível em: www.cnj.jus.br (10.10.2018)

⁵³ FERNANDO VIANA, FRANCISCO ANDRADE e PAULO NOVAIS. ob.cit., p. 216.

ou à aposta em meios ditos alternativos à justiça convencional dos tribunais judiciais. (grifos nossos)

Assim, o que há é uma conjunção de fatores que precisam ser analisados de acordo com a realidade de cada país. Os problemas vão desde a impossibilidade em responder a demanda em tempo hábil, até a má qualidade das decisões, o que, por fim, culmina na insatisfação do cidadão que busca amparo Judicial⁵⁴.

Para esse fim, buscou-se elencar algumas estatísticas para exemplificar o quadro de crise do judiciário. Na Itália,⁵⁵ por exemplo, de 2003 a 2005 os pedidos de indenização apresentados à Corte Europeia em razão de atrasos no julgamento de processos judiciais aumentaram em 140% (cento e quarenta por cento). Só em Roma o índice quintuplicou, passando de 1.114 processos em 2003 para 6.416 em 2005.

Em 2012, a Itália foi alvo de “2,5 mil processos à espera de julgamento, dos quais 1,8 mil são reclamações contra a morosidade do Judiciário italiano — incluídos nessas 133 ações que reclamam da demora da Justiça italiana justamente para indenizar vítimas da demora da Justiça”⁵⁶. Segundo dados do *The Economist* “a Itália é o terceiro país mais lento nas resoluções processuais cíveis europeias. Leva quase 1.200 dias (mais de 3 anos) para solucionar um caso contratual”, perde apenas para Grécia e Eslovênia⁵⁷.

Em 2015, a taxa de congestionamento de processos cíveis nos tribunais Portugueses era de 214%. A Grécia neste mesmo período ocupava o segundo lugar entre os países da União Europeia com maiores índices de engarrafamento processual, ostentando uma taxa de 105%⁵⁸.

Relativamente ao tempo de tramitação dos processos cíveis na justiça pode-se ainda considerar um impacto negativo na economia dos países que apresentam um alto índice de

⁵⁴ FERNANDO VIANA, FRANCISCO ANDRADE e PAULO NOVAIS. ob.cit., p. 208/209.

⁵⁵ ROBERTO CATALDI. *La giustizia negata*. Roma, 2007. Disponível em: http://www.studiocataldi.it/news_giuridiche_asp/news_giuridica_4574.asp (03.03.2017)

⁵⁶ ALINE PINHEIRO. *Itália é campeã de lentidão judicial na Europa*. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-abr-14/italia-pais-europeu-acionado-causa-lentidao-justica>. (03.03.2017).

⁵⁷ Dados de 2016. THE ECONOMIST. *The wheels of justice grind slow*. Europa, 2016. Disponível em: <http://www.economist.com/news/europe/21693252-especially-southern-europe-not-exceedingly-fine-wheels-justice-grind-slow>. (03.03.2017)

⁵⁸ Em contrapartida, Portugal apresentava também em 2015 a maior taxa de resolução dos processos cíveis e/ou comerciais dos tribunais de primeira instância entre os países europeus em análise, com uma taxa de resolução de 124%. O OBSERVADOR. *Tribunais portugueses são os mais congestionados na Europa*. Lisboa, 2017. Disponível em: <https://observador.pt/2017/10/25/tribunais-portugueses-sao-os-mais-congestionados-da-uniao-europeia/>, (19.04.2018).

morosidade, capaz de afastar investimentos estrangeiros e diminuir a criação de empresas.

Para Wemans e Pereira⁵⁹:

A relação entre a eficiência da justiça e o crescimento económico é abordada em vários estudos que apontam para que a redução da morosidade da justiça na área económica, tipicamente associada à justiça cível e tributária, contribua para atrair investimento direto estrangeiro e para impulsionar a criação de empresas, entendidos como fatores-chave para dinamizar a economia (Lorenzano e Lucidi 2014). No caso português, inquéritos recentes como o Inquérito aos Custos de Contexto do INE, publicado em 2015, e Gouveia et al. (2012a) mostram que o sistema judicial é identificado pelas empresas como o principal entrave à sua atividade, o que sugere que uma melhoria neste setor possa ter impactos relevantes na economia.

O Sistema Judicial Português apresenta um nível de congestionamento processual muito elevado considerando os processos cíveis em tramitação, sendo que a durabilidade média de um processo cível é de 30 meses.⁶⁰

Em 2018, Portugal apresentou uma melhora de 13,8% no número de ações cíveis pendentes em relação ao ano de 2017. A duração média das ações cíveis findas nos primeiros trimestres entre 2007 e 2018, é possível verificar que o valor oscilou entre os 15 e os 30 meses.⁶¹

Este cenário não é diferente do que acontece em outras partes do mundo. No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) revelou em pesquisa realizada no ano de 2012 que dos 92,2 milhões de processos que tramitaram no Judiciário brasileiro, 82,9 milhões se encontravam no primeiro grau (de tramitação originária é a instância mais próxima do jurisdicionado), o que corresponde a 90% do total. Em razão da alta demanda, o primeiro grau registrou uma taxa de congestionamento de 72%. Em termos de Justiça Estadual são mais de 72 milhões de processos em tramitação e uma taxa de congestionamento de 75,2%.⁶²

⁵⁹ LARA WEMANS e MANUEL COUTINHO PEREIRA. *Produtividade na justiça cível em Portugal: Uma questão incontornável num sistema congestionado*. Lisboa, 2017. p. 2. Disponível em: https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/papers/ree201701_p.pdf (19.04.2018)

⁶⁰ Para Wemans e Pereira, estes dados se relacionam ao ano de 2013, considerando processos entrados e findos, sendo que a durabilidade média de resolução de processos executivos é de 40 meses e de processos declarativos é de 18 meses. Se se considerar os anos 1993 e 2013 seriam necessários 2 anos e 3 meses para debelar todas as pendências processuais até então existentes. (LARA WEMANS e MANUEL COUTINHO PEREIRA, ob.cit., p. 7).

⁶¹ PORTUGAL. Dados da Direção-Geral de Política de Justiça. *Destaque Estatístico Trimestral – 1º Trimestre de 2018*. Boletim nº. 56. Julho/2018. Disponível em: http://www.dgpj.mj.pt/sections/siej_pt/destaques4485/estatisticatrimestrais_5/downloadFile/file/Destaque56_A%C3%A7%C3%B5esC%C3%ADveis_1%C2%BATrim.2018.pdf?nocache=1534168323.51 (11.10.2018)

⁶² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA DO BRASIL. *Relatório Justiça em Números 2013, ano-base 2012*. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/relatorio-justica-em-numeros/#p=justicaemnumeros> (19.04.2018).

Em 2015, segundo o Relatório do CNJ a taxa de congestionamento ainda era alta, pontuando-se 73%. Considerando apenas Justiça Estadual de primeiro grau, essa taxa de congestionamento sobe para 80%, considerando os 70,8 milhões de processos em tramitação. Em sede de segundo grau de jurisdição (graus recursais e instâncias ordinárias de tribunais), considerando-se todo o Poder Judiciário Brasileiro o índice de congestionamento é de 48%⁶³.

Nesse cenário é importante adaptar as regras processuais de acesso à justiça e prestação da tutela jurisdicional efetiva, buscando-se métodos alternativos à judicialização.

O panorama português aponta números animadores sobre a efetividade da “extra judicialização” de conflitos. Em 2017, Portugal contava com 437 mediadores ou especialistas em resolução alternativa de conflitos, sendo 103 nos Julgados de Paz, 54 atuantes na mediação familiar, 32 atuantes na área laboral e 73 na área penal. De janeiro de 2016 a junho de 2017 o número de pedido de mediação pré-judicial foi de 848 procedimentos.⁶⁴

Nos Julgados de Paz, em 2017, dos 7667 processos findos, 1133 foram resolvidos por Mediação Pré-Judicial e 1256 por Conciliação e outros 743 por transação extraprocessual, o que corresponde a 40,85% dos processos findos resolvidos por meios de alternativos de solução da controvérsia.

Para Beneduzi, a desjudicialização dos conflitos parece uma “*solução mais eficiente do que impor a força a realização de uma audiência judicial obrigatória de conciliação*”.⁶⁵ Isto porque as saídas extrajudiciais primam para ato menos formais e que não seguem um rito específico, tendentes, dessa forma, a serem mais céleres que os procedimentos pensados no âmbito de uma ação. A necessidade da mudança de paradigma na resolução de conflitos é o ponto de partida para uma justiça mais fluida e conseqüentemente para a análise do objeto desta pesquisa.

⁶³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA DO BRASIL. *Relatório Justiça em números 2015*. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>. (19.04.2018).

⁶⁴ Dados disponibilizados pela Direção-Geral de Política de Justiça referente ao ano de 2017. PORTUGAL. *Relatório de Meios Alternativos de Resolução de Litígios – Mediação*. Lisboa, 2016. Disponível: <http://www.siej.dgpj.mj.pt/SIEJ/PDFs/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20alternativa%20de%20lit%C3%ADgios/Mediacao.pdf> (11.10.2018)

⁶⁵ Como acontece no Direito Processual Civil Brasileiro, art. 334 do CPC-Br/2015 e no Direito Processual Civil Português (art. , CPC-Pt/2013), por exemplo. RENATO RESENDE BENEDEZI. “Substantiierung, Notice-Pleading Fact -Pleading-A relação entre escopo das postulações e unção da prova nos processos alemão, americano e inglês”. *Revista de Processo*. vol. 245. ano 40 (2015), p. 469.

Princípio do Acesso à Justiça

Analisar o conteúdo principiológico é essencial para entender como a mudança do modelo de judicialização para “extra judicialização” é necessária, uma vez que se deve adequá-lo às demandas da sociedade atual. Necessário entender que quando as partes clamam pela solução de controvérsias (acesso), além da satisfação da questão, pretendem também que o façam por meios idôneos, confiáveis, céleres e poucos dispendiosos.

O art. 2º do Código de Processo Civil Português à luz do art. 20 da Constituição da República traduz o princípio como do direito de obter em prazo razoável uma decisão que aprecie a pretensão deduzida em juízo. Almeida⁶⁶ entende que é um conjunto de outros princípios que formam a garantia constitucional do acesso à justiça (princípio do juiz legal ou natural, princípio do contraditório, princípio da igualdade das partes, princípio da equidade, princípio da tutela jurisdicional efetiva, princípio da razoabilidade).

Zuckerman destaca sobre o acesso à justiça (*the right of access to justice*) que “*few rights would be of practical value in the absence of a reasonable opportunity to seek court assistance to enforce them when threatened or violated*”⁶⁷. Por isso, tão necessário analisar o princípio do acesso ao direito (à justiça) do cidadão, não necessariamente pelas mãos do Poder Judiciário, mas de um mecanismo que tenha o aval do Estado para funcionar plenamente a serviços dos interessados. É uma nova perspectiva do acesso à justiça:

O acesso à justiça, contudo, não pode mais ser visto como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário. Ao Estado incumbe proporcionar, efetivamente, outros meios de solução de conflitos, investindo em políticas públicas nesse sentido. A judicialização dos litígios pode ser vista, hodiernamente, como a causa maior da crise do Poder Judiciário. Mediação e conciliação devem ser métodos colocados efetivamente à disposição das partes, desde o momento inicial do aparecimento do litígio, como soluções qualitativas e adequadas para cada espécie de conflito e não como propostas quantitativas a serem efetivadas em “mutirões” ou “semanas de conciliação”, normalmente quando o processo já tramita há anos, consumiu recursos de toda ordem do Judiciário, bem como minou a resistência da parte mais fraca.⁶⁸

Assim, os meios alternativos de solução de controvérsias assumem essa fatia de liberalidade do Estado em delegar a terceiros a responsabilidade de atender um cidadão que deseja a prestação de justiça, seja para o caso de procedimentos meritórios, seja para o caso de procedimentos pré-contencioso.

⁶⁶ FRANCISCO MANUEL LUCAS FERREIRA DE ALMEIDA. ob.cit., p.15.

⁶⁷ ADRIAN ZUCKERMAN. *Zuckerman on Civil Procedure – principles of practice*. 3ª Ed. Sweet & Maxwell, London, 2013. p. 81.

⁶⁸ FLÁVIA DE ALMEIDA MONTIGELLI ZANTERDINI. “Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do Acesso à Justiça”. *Revista NEJ – Eletrônica*. Vol. 17 - n. 2 (2012). p. 238.

Aliás, é de bom grado referir-se aos meios alternativos como meios adequados, tal qual são tratados na legislação brasileira recentemente, após a promulgação do Código de Processo Civil/2015. Primeiramente porque comunga-se da ideia de que os meios ditos alternativos são tão confiáveis quanto o meio “tradicional” (judicial) e não devem ser empregados como uma alternativa ao fracasso da judicialização.

Como dito, não é só uma forma célere e efetiva de resolver o problema da crise do Poder Judiciário (embora também se defenda que prestem para isso). O entendimento do acesso ao direito não traduz mais um ambiente em que os cidadãos precisam escolher alternadamente entre o sistema Judiciário e o sistema Extrajudicial. A mudança da cultura de judicialização só será exitosa quando o cidadão entender que existe um meio adequado e pré-contencioso, extrajudicial, capaz (hábil) de resolver o conflito de interesse.

A demanda judicial deve ser pensada em última análise, tal como acontece no sistema multiportas da experiência Norte-Americana, no qual os conflitos que chegam ao Judiciário são encaminhados para o método de disputa mais indicado (ou adequado) para solucionar a lide, de acordo com critérios específicos da demanda em questão.⁶⁹

Como já foi dito anteriormente, o acesso à justiça é princípio norteador da atuação jurisdicional do Estado, insculpido na CRP. Capelletti e Garth⁷⁰ explicam que são duas as finalidades básicas desse princípio no sistema jurídico: a de reivindicação de direito e a de resolução de conflitos. Contudo, para os autores não basta simplesmente que o Estado normatize o acesso à justiça na lei constitucional, mas que de fato crie mecanismos que o torne factível no plano prático.

Assim é que o Estado deve criar meios de diminuir as diferenças tanto no plano normativo como no plano social e político, sendo o princípio ponto central da moderna processualística. Dessa forma, vários obstáculos precisam ser transpostos para que o acesso à justiça, como prerrogativa fundamental do cidadão, possa acontecer.

Destacam-se duas formas de transposição de obstáculos. A primeira delas é a proposta por Rocha, quando destaca que o entendimento do direito processual deve passar antes de tudo pelo entendimento enquanto matéria constitucional. Assim, as normas processuais devem ser interpretadas em função de valores e princípios constitucionais, já que a Constituição Federal não é um simples receptáculo, mas fundamento de validade de todo o direito.⁷¹ Scarpinella Bueno admite que para estudar qualquer objeto do direito processual civil é

⁶⁹ IVAN MACHADO BARBOSA, ob. cit, p. 8.

⁷⁰ MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH. ob.cit., p. 13.

⁷¹ JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA. ob.cit., p. 36

insuficiente que se analise apenas o Código, pois o processo civil está imerso em um “contexto bem mais amplo, que é o da Constituição Federal”.⁷²

A partir desse entendimento, o princípio do acesso à justiça seria o ponto norteador de outros princípios processuais: princípio da independência, imparcialidade, juiz natural, inafastabilidade do Poder Judiciário, inércia, devido processo legal, isonomia processual, contraditório, ampla defesa, liberdade das provas, tempestividade da prestação jurisdicional, publicidade, duplo grau de jurisdição, motivação, coisa julgada, presunção da inocência e justiça gratuita⁷³.

Tão importante quanto garantir as partes do processo o tratamento isonômico, não só formalmente, mas propiciando meios reais (materiais) de igualdade (como nos casos de inversão do ônus da prova), é também importante que seja cumprido o devido processo legal, com a observação de regras processuais que assegure o respeito aos direitos fundamentais. Para quê? Para que seja assegurado ao cidadão se acudir da proteção do Poder Judiciário (acesso à justiça)⁷⁴.

Corolário, se é preciso assegurar o acesso, é preciso garantir aos que não tem condições financeiras que cheguem ao Poder Judiciário a fim de que se dê vazão ao princípio da igualdade material no processo, e dessa forma, observar o princípio da gratuidade da justiça, por exemplo. Nas palavras de Cintra, Grinover, Dinamarco:

Acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera admissão ao processo, ou a possibilidade de ingresso em juízo. Como se verá no texto, para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoal seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente (inclusive em processo criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesses difusos); mas, para a integralidade do acesso, é preciso isso e muito mais.⁷⁵

As palavras acima refletem exatamente a segunda forma de transposição de obstáculos para a concretização do princípio do acesso à justiça, que é a proposta por Cappelletti e Garth: a necessidade de se repensar uma série de normas estruturais que compõe o Poder Judiciário, como por exemplo, o pagamento de custas (despesas processuais e advocatícias), do direito à informação sobre suas reivindicações, do problema especial dos interesses difusos (que não são compreendidos como interesses fragmentados ou coletivos).

⁷² CASSIO SCARPINELLA BUENO, ob.cit., p. 116

⁷³ CASSIO SCARPINELLA BUENO, ob.cit., p. 31-34

⁷⁴ CASSIO SCARPINELLA BUENO, ob.cit., p. 32

⁷⁵ ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO. ob.cit., p. 42

Daí uma das soluções pensadas é aceitar que as reformas dos tribunais sozinhas não são suficientes para se ter o acesso pleno a justiça e que por isso, as reformas envolvem a criação de alternativas, mais informais, para baratear os custos financeiros e emocionais de quem litiga⁷⁶. Cintra, Grinover e Dinamarco asseveram:

Na hodierna leitura dos meios alternativos de solução de conflitos, sua utilização também se insere no acesso à justiça, ou acesso à ordem jurídica justa (...) Assim, alarga-se o conceito de justiça, compreendendo os meios alternativos, que se inserem em um amplo quadro de política judicial.⁷⁷

Neste sentido, é importante destacar que meios alternativos seriam esses capazes de desafogar o trânsito processo no Poder Judiciário⁷⁸. Todos são uníssonos em afirmar que a retomada⁷⁹ desses modos de tratamento dos conflitos servem atualmente para reduzir o trabalho do Judiciário e suprir sua incapacidade de dirimir a litigiosidade surgida com as novas formas de vida social⁸⁰. Nas palavras de Zanferdini⁸¹:

A equivocada leitura do acesso à Justiça implica considerar o Judiciário como o natural escoadouro de qualquer controvérsia. Em decorrência disso, todo litígio tem sua entrada em juízo franqueada e facilitada, gerando e alimentando a perpétua crise numérica, tão criticada pela opinião pública. Incentivada a litigiosidade pela interpretação excessiva do que significa a garantia constitucional de acesso à justiça, grande parcela de conflitos, que deveria ser direcionada a outros órgãos, termina endereçada exclusivamente ao Judiciário.

O Código de Processo Civil Português estabelece como forma de potencializar o acesso das partes a Justiça, o dever de Cooperação, como um ato de celeridade para consecução da justa composição do litígio.

Art. 7º do CPC-Pt - 1 - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.

2 - O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.

3 - As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 417.º.

4 - Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade

⁷⁶ MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH. ob.cit..

⁷⁷ ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO. ob.cit., p. 44

⁷⁸ Cappelletti e Garth (1988) citam essencialmente dois: Juízo Arbitral e Conciliação. Cintra, Grinover e Dinamarco (2013) e Rocha (2009) citam três: conciliação, mediação e arbitragem. Nesta tese, se consideram os três institutos, conforme delineado no item 2.1.

⁷⁹ Retomada sim. Viu-se inicialmente que essas formas já eram utilizadas desde as sociedades primitivas e não são verdadeiras inovações, mas releituras.

⁸⁰ JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA. ob.cit., p. 14

⁸¹ FLÁVIA DE ALMEIDA MONTIGELLI ZANTERDINI, ob.cit., p. 242.

ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo.⁸²

A partir do mencionado artigo têm-se que as partes devem auxiliar umas as outras e ao juiz durante todo curso do processo. Os atos das partes devem guardar esse compromisso de facilitação, daí entender-se que para as disposições do Código de Processo Civil, o Dever de Cooperação deve ser entendido como verdadeiro princípio processual, como acontece também no Direito Brasileiro⁸³.

Contudo, a cooperação é um ato que também deve ser observada para além dos casos judicializados. É o que acontece no Direito Inglês com o *pre-action protocols*, já que os procedimentos extrajudiciais ali definidos tem, entre outras funções, a de guiar os interessados, de boa-fé, a algumas das formas alternativas de solução de litígios. Assim define Beneduzi:

Este dever pré-processual de cooperar serviria também para atender, mesmo antes do processo, às exigências daquilo que Daniel Mitidiero define como processo cooperativo, aquele "pautado pelo diálogo judiciário, pela colaboração e pela lealdade entre as pessoas que participam do processo" Evitar a consumação do litígio, cooperativamente, talvez possa vir a ser um dos mais frutíferos efeitos da aplicação, antes do processo, deste modelo cooperativo de processo civil.⁸⁴

Além disso, a cooperação instalada no *pre-action protocols* visa atender duas propostas básicas: a) incentivar as partes na busca de uma solução extrajudicial do conflito; b) promover uma cultura de cooperação, com uma proposta de centralizar a figura das partes na resolução de conflitos. Ou seja, os interessados estudam melhor o caso, suas alegações e, nas palavras de Gerber e Mailman, “obrigam as partes a investigar o mérito de suas alegações e defesas como condição precedente à apresentação de uma ação judicial⁸⁵”.

No caso do *pre-action protocols* as partes ganham em celeridade já que imersos na resolução do conflito buscam saídas menos burocráticas e mais econômicas quando comparado a um processo judicial comum⁸⁶.

⁸² PORTUGAL. *Código de Processo Civil Português*, 2013. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis>. (03.03.2018).

⁸³ O art. 6º do Código de Processo Civil Brasileiro pontua o dever de cooperação como um princípio basilar do modelo cooperativista de processo.

⁸⁴ RENATO RESENDE BENEDUZI. ob.cit., p. 470.

⁸⁵ AUSTRALIAN GOVERNMENT. *What are pre-action protocols?* Disponível em: <https://www.alrc.gov.au/publications/5.%20Alternatives%20to%20Discovery/what-are-pre-action-protocols>. (08.10.2018)

⁸⁶ Cabe ressaltar que a economia para as partes que lançam mão desse recurso é aquela considerada em comparação com um processo judicial ordinário. Isto porque como o procedimento de *pre-action protocols* é iniciado pela vontade das partes, em algumas situações implicam uma disponibilidade financeira imediata na elaboração de prova ou de requisito, o que demanda a necessidade de terem que lançar mão de um apo (o que inicialmente não parece tão econômico). Imagine o caso de uma demanda complexa ou no caso de

Em que pese a experiência do *pre action protocols* do sistema Inglês (*Common Law*) servir como parâmetro para entendermos essa nova concepção do acesso à justiça, há que se considerar que cada país tem uma realidade judiciária diferente e o acesso à justiça precisa também ser interpretado dentro desses sistemas. Principalmente porque as raízes do qual brotaram o Direito Inglês repousam na de um sistema adversarial, completamente distinto das raízes do Direito Português, que é de um sistema inquisitorial.

Embora não seja condição *sine qua non* para o fracasso ou sucesso do Poder Judiciário, a autonomia característica das partes no sistema adversarial permite que, com mais desenvoltura, busquem soluções adequadas de seus conflitos (sejam as partes incentivadas a isso). Enquanto que no âmbito do sistema inquisitorial, as partes estão muito mais propensas a serem guiadas pelo juiz na resolução dos litígios. É o que bem crítica Muller:

Em resumo, observa-se no modelo adversarial o protagonismo das partes na condução do processo, cabendo ao juiz o controle subsidiário e interventivo (case management powers). Boa parte do procedimento é oral, especialmente o julgamento, mas algumas etapas podem ser realizadas sem a presença do juiz (especialmente para instruir o processo na fase do pretrial discovery). Aliás, os poderes instrutórios quando existem que são pouco utilizados. A decisão judicial é significativamente dependente da produção probatória pelas partes. Observa-se, também, um ambiente favorável para os negócios processuais e atendimento da vontade das partes. Importa mais a resolução do conflito do que propriamente a tutela dos direitos. Isto somado ao, pragmatismo, criou uma cultura do acordo que leva a um número muito expressivo de casos concluídos por meio da negociação, tanto nos EUA quanto na Inglaterra.⁸⁷

Mais uma vez cabe destacar: não se quer discutir (nem é o objeto da pesquisa), qual é o melhor ou pior sistema. A compreensão de nossas origens jurídicas enquanto pertencentes ao sistema inquisitorial, nos remete a entender, de certo modo, a postura das partes nos processos judiciais. E como culturalmente, as normas dos ordenamentos do *Civil Law* indicam maior passividade das partes na condução do processo, já que é juiz o responsável por julgar o conflito.

Assim, o fator cultural também deve ser considerado uma das causas do hiperinflacionamento das demandas do Sistema *Civil Law* (expostas pelas estatísticas colacionadas no capítulo anterior), servindo para demonstrar que a cultura judiciária precisa alcançar um nova patamar.

litigantes individuais, onde nem sempre as partes terão condições financeiras de arcar com os requisitos do pre-action protocols. AUSTRALIAN GOVERNMENT. ob.cit.

⁸⁷ JULIO GUILHERME MULLER. *A produção desjudicializada da prova oral através do negócio processual: análise jurídica e econômica*. PUC-São Paulo, 2016, p. 47/48

Chiovenda⁸⁸ já alertava para a necessidade de se entender a atividade jurisdicional como secundária. Nem por isso essa secundariedade se traduz como afronta ao princípio do acesso à justiça. Pelo contrário “por acesso à justiça devemos entender o ingresso franqueado ao sistema jurídico, que deve produzir resultados individuais e socialmente justos”, com medição qualitativa, tempestiva e efetiva.⁸⁹

O entendimento dessa nova realidade de acesso à justiça permitirá que as partes possam vindicar por procedimentos mais simples, menos desgastantes (posto que pré-contencioso), inclusive no que diz respeito a produção de prova.

A produção probatória é ponto nevrálgico da direito processual e influi diretamente na solução do litígio, pois é partir dela que na tradição *Civil Law* e da *Common Law* que o juiz decide o caso concreto. A prova deve ser entendida, portanto:

(...) como tudo o que puder influenciar, de alguma maneira, na formação da convicção do magistrado para decidir de uma forma ou de outra, acolhendo, no todo ou em parte, ou rejeitando o pedido do autor e os eventuais demais pedidos de prestação da tutela jurisdicional que lhe são submetidos para julgamento.⁹⁰

Sendo assim, permitir que as partes possam previamente ter acesso aos meios de prova, mesmo que não tenham intenção de litigar e antecipadamente, pode ser um caminho interessante a prevenção litígios (a utilidade da demanda).

Conseqüentemente, propiciar um caminho pré-contencioso, preferencialmente extrajudicial (dentro de uma das formas de solução alternativa de conflitos), para que os cidadãos possam fazer isso, poderá contribuir sobremaneira para o desagravamento da crise do Poder Judiciário no mundo.

⁸⁸ GIUSEPPE CHIOVENDA. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Bookseller, São Paulo, 2000, v.II, p.17/18.

⁸⁹ FLÁVIA DE ALMEIDA MONTIGELLI ZANTERDINI, ob.cit., p. 245.

⁹⁰ CASSIO SCARPINELLA BUENO, ob.cit., p. 189.

DA PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL PRÉ-CONTENCIOSA

A partir desse capítulo começa-se a delimitar o marco teórico principal dessa pesquisa, como forma de traçar um norte sistematizado, organizado e controlado metodicamente⁹¹, com o propósito de buscar argumentos para fundamentar uma resposta a problemática proposta: é viável (factível) ostentar uma via extrajudicial de produção de prova pericial pré-contenciosa? Antes de chegarmos a essa resposta, se deve primeiro percorrer noções introdutórias do processo civil, que se relacionam diretamente com o tema aqui tratado.

No Sistema *Civil Law*, os poderes das partes na realização dos atos processual são fiscalizados pelo juiz, que ocupa notadamente um papel ativo na instrução do feito. Isso se dá porque na maioria dos países desta tradição, o Direito Processual Civil se classifica como direito público adjetivo (caráter instrumental⁹²- “por estar a serviço do direito privado material ou substantivo”⁹³). Se vê que numa relação de direito público existe pelo menos um dos sujeitos que ocupa função dominante em relação aos demais, como nas palavras de Almeida, uma relação de supremacia⁹⁴.

Isto quer dizer que é precipuamente o Estado, encarnado na figura do juiz, que deverá regular os atos do processo, como num verdadeiro nexo de subordinação⁹⁵ ou dependência. A própria ideia da produção probatória nos ordenamentos de tradição Continental passa pela noção de que o juiz é o destinatário da prova, uma vez que é ele quem ponderará o contexto apresentado, valorando a prova produzida e prolatará a sentença. Assim é que os poderes de produção de prova pelas partes (ônus probatório) estão no Direito Processual Civil Português: guiados também pelo princípio do inquisitivo.

Exemplo disso é o art. 411 do Código de Processo Civil Português, que dispõe expressamente “incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as

⁹¹ MIRACY BARBOSA DE SOUSA GUSTIN. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 4 ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2013, p. 35.

⁹² Antunes Varela destaca a diferença entre as normas de direito material daquelas do direito processual: “O direito processual civil regula apenas os meios necessários para, a partir do direito privado, se alcançar a solução concreta do conflito levantado entre as partes ou para se dar realização efectiva ao direito violado. É um instrumento ao serviço das soluções que decorrem do direito civil, sem tocas no plano em que abstracta ou genericamente se definem tais soluções. ANTUNES VARELA. *Manual de Processo Civil*. 2ª ed. Coimbra, Editora Coimbra Lda, 1985. p. 8.

⁹³ MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra, Coimbra Editora Lta, 1976, p. 11.

⁹⁴ FRANCISCO MANUEL LUCAS FERREIRA DE ALMEIDA, ob.cit, p. 22.

⁹⁵ É a expressão empregada por Antunes Varela, que para ele, explica a força vinculativa especial de que gozam as decisões judiciais, pois os juízes exercem uma função típica de soberania. ANTUNES VARELA, ob.cit. p. 9.

diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição dos litígios, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer”⁹⁶

Nuno de Lemos Jorge comentava a esse respeito sobre o CPC Português anterior, que adotou o modelo essencialmente inquisitivo de provas:

Não havendo poderes absolutamente irrestritos no processo, a noção do limite de cada um é o ponto de partida para a percepção das possibilidades de seu controlo. Particularmente no que diz respeito aos poderes instrutório do juiz, há que se reconhecer que, antes de mais, eles encontram um limite natural nas garantias das partes, assumindo particular importância, neste caso, a garantia de imparcialidade do tribunal.⁹⁷

O juiz é o orquestrador do rito procedimental velando pela regularidade da prova, tal como preconiza o princípio do inquisitivo⁹⁸. Este está ligado à relação jurídica material e processual, daí se atribuir ao magistrado o dever de velar pela regularidade dos atos.

O que isso quer dizer? Que as partes podem praticar atos probatórios (disponibilidade das provas quando aos direitos disponíveis), mas o juiz vela pela sua retidão legal (princípio da isonomia, imparcialidade e do dispositivo). Almeida resume: “o princípio do inquisitório constitui o contraposto ou o contrapolo do princípio do dispositivo, nele residindo as principais limitações ao princípio do dispositivo”⁹⁹

A relação de dependência dos juízes e partes não é absoluta, ou seja, as normas processuais têm também carácter dispositivo (derrogáveis à vontade das partes)¹⁰⁰. Numa classificação bem mais ampla, Andrade colocava o princípio do dispositivo como o direito das partes disporem do próprio processo, numa relação jurídica material, destacando que o “processo é coisa ou negócio das partes”¹⁰¹.

⁹⁶ Princípio inserido no Título da Instrução do Processo no CPC-Pt.

⁹⁷ NUNO DE LEMOS JORGE, “Os poderes instrutórios dos juízes: alguns problemas”. *Revista JULGAR*, nº. 3, 2007. p. 64.

⁹⁸ Nuno de Lemos Jorge lucidamente discute sobre os poderes instrutórios dos juízes no texto “Os poderes instrutórios dos juízes: alguns problemas”. Nesse sentido, em pese se considerar que no Sistema Continental o juiz tem um papel ativo na instrução probatória, esse poder não pode ser confundido com autoritarismo a ponto de calar ou podar as partes dentro do processo. Conclui: “Um poder em vez que irromper descontrolado contra as partes, desce pelos socos previsíveis e controláveis do processo dá-nos a imagem de fundo deste estudo, sobre a qual sobressai a função de um juiz participante, mas não parcial; inquiridor, mas não inquisitor; com autoridade, mas sem autoritarismo”. É dessa forma que vê-se o princípio do inquisitório nesta tese. NUNO DE LEMOS JORGE. *ob.cit.*, p. 84

⁹⁹ FRANCISCO MANUEL LUCAS FERREIRA DE ALMEIDA, *ob.cit.* p. 85.

¹⁰⁰ FRANCISCO MANUEL LUCAS FERREIRA DE ALMEIDA, *ob.cit.* p. 23

¹⁰¹ Para explicar que o processo só nasce se as partes assim despertarem o juízo (concepção privatística, contratualista ou quase contratualista do processo). MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE. *Ob.cit.* p. 371-372

Nesse sentido, não se pode dizer que partes não têm poder de produção da prova, pelo contrário, recebem o ônus de provar aquilo que alegam. Almeida nomeia esse poder das partes sobre os meios de prova a produzir de princípio da disponibilidade objetiva¹⁰².

O direito à prova é direito fundamental, corolário do direito ao contraditório, ampla defesa e acesso à justiça. É assim que Teixeira de Sousa ensina: “O direito à prova decorre do direito à jurisdição (art. 20º, nº. 1, CRP) e o seu exercício incumbe às partes: são elas que têm o ônus de apresentar o rol de testemunhas e de requerer quaisquer outras provas (...)”¹⁰³. Deve-se garantir ao cidadão a adequada participação no processo, em três momentos, como bem destaca Didier Jr¹⁰⁴: o direito de requerer a produção de prova, de participar e de falar sobre os resultados da prova. É o caráter instrumental da norma do direito de produção de prova que permite que as partes possam alcançar da tutela jurisdicional justa. Daí a necessidade de sempre buscar dar efetividade a este direito.

Em alguns países do Sistema *Civil Law* é possível visualizar uma maior atuação das partes dentro do processo, como se vê, por exemplo, o caso do Direito Brasileiro, que permite a realização de negócios processuais inclusive para determinação de ajustes no procedimento, a fim de atender demandas específicas¹⁰⁵. Apesar disso, a liberdade das partes para estes casos ainda se dá principalmente no âmbito de uma ação.¹⁰⁶

No Direito Português, em que pese a regra disposta no art. 411, outras tantas surgiram para mitigar o princípio do inquisitório, ou seja, outros princípios foram expressamente adotados para orientar os atos processuais das partes. É o que se pode depreender do art. 7º

¹⁰² Corolário do princípio da autorresponsabilidade das partes, já que a eventual inépcia em provar o alegado ensejará que sobre ela recaia o ônus negativo (desvantagem ou perda da vantagem de provar). FRANCISCO MANUEL LUCAS FERREIRA DE ALMEIDA, ob.cit., p. 96. Andrade complementa afirmando que a negligência das partes redundará inevitavelmente em prejuízo. MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, ob.cit., p. 376.

¹⁰³ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes o objeto e a prova na Acção Declarativa*. Lisboa, Lisboa Lex. 1995. p. 228

¹⁰⁴ MIRACY BARBOSA DE SOUSA GUSTIN, ob.cit., p. 47

¹⁰⁵ É o que dispõe o art. 190 do Código de Processo Civil Brasileiro: “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”.

¹⁰⁶ Miguel Teixeira de Sousa anota que “os negócios processuais são os negócios jurídicos que produzem diretamente efeitos processuais, isto é, são os actos processuais de carácter negocial que constituem, modificam ou extinguem uma situação processual”. Para ele o negócio processual deve visar a vontade de um resultado num processo pendente ou futuro, daí se falar que são pensados no âmbito de uma ação. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa, Lex. 1997. p. 193

do Código de Processo Civil (princípio da Cooperação), e no que tange particularmente à prova, é que se verifica no art. 417.

Muller acentua que os modelos adversarial (de tradição *Common Law*) e o inquisitorial (de tradição *Civil Law*) estão cada vez mesclados nos ordenamentos do mundo. Note-se que o artigo 7º do CPC-Pt destaca que as partes e juiz devem, concorrentemente, cooperar entre si “para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio”¹⁰⁷. Se verificam sistemas cada vez mais convergentes (ainda que considerados em suas raízes como diferentes – adversarial x inquisitorial), onde ocorre verdadeira distribuição de responsabilidades entre as partes e o magistrado na direção do processo.¹⁰⁸

De certa forma, relativizou-se a ideia de que as normas de direito processual têm caráter exclusivamente publicista, já que pelo princípio da cooperação a responsabilidade quanto ao resultado do processo é tanto do magistrado quanto dos jurisdicionados.

Assim, a produção de prova no Direito Português encontra-se notadamente judicializada e balizada pelo princípio do inquisitório, mas também apresenta tendências a uma aproximação dos modelos (adversarial), já que em razão de disposição expressa de lei as partes passam a atuar no dever de cooperação.

É dizer que a produção da prova facilitará ao juiz a convicção quanto à existência dos fatos da causa (por isso dizer é o seu principal destinatário), mas as partes são os destinatários indiretos, pois tem o direito de produção, além de que é sobre as partes que recairão os efeitos da decisão judicial tomada em razão do arcabouço jurídico considerado (direito à uma prestação jurisdicional justa).

Dito isto, precisa-se ainda entender o que se deseja com a produção de prova no processo e como isso se relaciona com o princípio da cooperação.

Existem várias teorias que tentam explicar qual é a finalidade da prova no processo civil. Todas elas buscam identificar de forma racionalizada qual é a verdade, ou melhor, que tipo de verdade deve ser considerada na resolução do conflito. Dessa forma, a doutrina processualista classifica a “verdade” sob alguns aspectos.

A primeira delas é a chamada verdade material, como nas palavras de Marinoni, aquela que “supõe a perfeita correspondência entre a realidade e a ideia que dela se faz”¹⁰⁹. Em termos práticos, nem sempre é possível chegar a verdade real (material) dos fatos relevantes

¹⁰⁷ Art. 7º. Lei nº. 41/2013. Também o art. 8º do mesmo diploma encerra a cooperação com um dever-princípio dentro do processo.

¹⁰⁸ JÚLIO GUILHERME MULLER, ob.cit., p.52

¹⁰⁹ LUIZ GUILHERME MARINONNI. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. Vol 2. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015. p. 245

do processo¹¹⁰. Se relaciona com a vertente material do princípio da cooperação, ou seja, as partes têm o dever de colaboração para a descoberta da verdade material¹¹¹, como por exemplo, a participação das partes em exame pericial¹¹².

A outra classificação é a chamada verdade formal (processual). Essa é a verdade que se relaciona com o que ficou evidentemente provado no processo. Isto é, o que as partes conseguiram provar de suas alegações a ponto de convencer o juízo. Esta classificação deve ser auxiliada pela vertente formal do princípio da cooperação, consubstanciada num dever de auxílio, como por exemplo, do juiz suprir obstáculos “surgidos às partes na obtenção”¹¹³ de uma prova ou informações.

Ocorre que, admitir irrestritamente que a verdade real é melhor que a verdade formal nem sempre é válido. Em algumas situações, poderá provocar uma interpretação injusta sobre os fatos que se desejam provar. Hazard Jr. e Taruffo¹¹⁴ exemplificam que uma testemunha poderá levar uma verdade ao tribunal, que diga respeito apenas aqueles fatos que teve oportunidade de ver. Isso não quer dizer que a testemunha mentiu ou agiu de má-fé, mas apenas que os fatos que interessam realmente ao processo podem ter ido em direção completamente diferente.

No mais das vezes acontece o que Diddier Jr pontua: “Cada uma das partes conta a sua versão sobre o que aconteceu. A versão mais bem provada, aquela que vier a convencer o julgador, tem tudo para ser a vencedora”¹¹⁵. Sem aprofundar demais sobre esse tema, posto que não é o objetivo do presente trabalho, o que se se espera da prestação jurisdicional é que o juiz considere a prova que seja a mais próxima da realidade. E a interpretação desse sentido da prova deve se dar em conjunto com outras amealhadas no processo.

Diante dessas notas preliminares, porque escolher a prova pericial para análise do tema da produção de prova de caráter pré-contencioso?

Nos parece muito pretensioso afirmar que a prova pericial ingressaria na seara das provas que levam necessariamente a uma verdade real, já que a depender do momento de

¹¹⁰ Como bem critica Marinonni, isso se dá porque muitas vezes numa situação prática a forma de obtenção dessa prova não seja lícito, ou porque ela já pereceu em razão do decurso de tempo, ou porque a obtenção dela se chocará com outros direitos fundamentais, como do direito de intimidade. Sobre o assunto: LUIZ GUILHERME MARINONNI, ob.cit., p. 246.

¹¹¹ FRANCISCO MANUEL LUCAS FERREIRA DE ALMEIDA, ob.cit., p. 120.

¹¹² FRANCISCO MANUEL LUCAS FERREIRA DE ALMEIDA, ob.cit. p. 120.

¹¹³ FRANCISCO MANUEL LUCAS FERREIRA DE ALMEIDA, ob.cit. p.123.

¹¹⁴ GEOFFREY C HAZARD JR e MICHELLE TARUFFO. *American Civil Procedure*. Yale Contemporary Law Series. 1993, p. 79.

¹¹⁵ FREDDIE DIDDIER JR, PAULA BRAGA e RAFAEL A. OLIVEIRA. *Curso de Direito Processual Civil* vol 1. 18ª Ed. Jus Podium, Salvador, 2016. p. 44.

realização da perícia, pode ser que ela já não aponte verdade alguma. Por outro, lado a prova pericial encontra-se entre as provas mais prestigiadas do Direito Processual Civil. Nas palavras de Hazard Jr e Taruffo a função da prova pericial é interpretar uma evidência “whose significance is not fully apparent to person without specialized knowledge”.¹¹⁶ Nesse sentido, é que o perito em algumas legislações processuais assume funções de auxiliar da justiça¹¹⁷ e até mesmo de conciliadores ¹¹⁸. O que não quer dizer que tenha mais peso ou deva ser maior valorada que as demais espécies de prova.

É preciso se pontuar que a processualística atual já não se baliza pelo princípio da hierarquia das provas, mas pelo princípio do livre convencimento motivado do juiz. Nesse sentido Antunes Varella ensina: “As provas são apreciadas livremente, sem nenhuma escala de hierarquização, de acordo com a convicção que geram realmente no espírito do julgador acerca da existência do facto”¹¹⁹. O magistrado, diante do arcabouço probatório, apresentado deverá fundamentar motivadamente a sentença.

Contudo, é a prova pericial, em muitos casos das demandas civis, uma prova decisiva para firmar um entendimento judicial. Lebre de Freitas acentua que muitas vezes a “manifestação da fonte real representativa ou da prova, real ou pessoal, indiciária pode carecer da intermediação dum perito”¹²⁰. Vê-se, por exemplo, nos casos de investigação de paternidade: o laudo técnico pericial que se pronuncia acerca da probabilidade genética via exame de ADN (ácido desoxirribonucleico) garante as partes uma certeza de quase 100% em relação ao vínculo paterno.

Também nas demandas onde se apura a extensão quantitativa dos danos, notadamente em razão de demandas cujo objeto seja a falha ou má execução de obrigações contratuais ou de responsabilidade civil, a realização de perícia é crucial para formar a convicção do júízo¹²¹. Por isso se justifica a escolha da prova pericial.

Atualmente, o Código de Processo Civil Português trata da Prova Pericial em dois momentos. O primeiro deles, estampado nos art. 467 a 489, traça o rito de obtenção no

¹¹⁶ FREDDIE DIDDIER JR, PAULA BRAGA e RAFAEL A. OLIVEIRA, ob.cit., p. 79

¹¹⁷ Como no caso do Direito Brasileiro (art. 156 e seguintes do CPC-Br)

¹¹⁸ Como acontece no caso do Direito Italiano (perícia técnica preventiva).

¹¹⁹ ANTUNES VARELLA, ob.cit, p. 471.

¹²⁰ JOSÉ LEBRE DE FREITAS. *A ação declarativa comum à luz do Código de Processo Civil de 2013*. 3^a ed. Coimbra, Coimbra Editora, 2013. p. 293.

¹²¹ Hazard, Jr e Taruffo alinham-se a mesma ideia da utilidade de prova pericial: “For example, in case involving personal injuries, medical expert testimony may help the court determine the extend of the victim’s injuries and the probabilities for eventual restoration to healthy”.GEOFFREY C HAZARD JR e MICHELLE TARUFFO, ob.cit., p. 79.

âmbito de uma ação. Ou seja, em sendo necessária para o deslinde do processo, as partes podem solicitar e o juiz, oficiosamente ou não, pode determinar a realização da prova.

Além disso, é previsto ainda o procedimento de produção antecipada de prova, inclusive a pericial, no art. 419 do CPC-Pt, que está fundamentado na existência de justo receio de se tornar impossível ou muito difícil de se verificar pela análise de coisas ou pessoa.

A previsão de produção antecipada nesta linha poderá ser antecipadamente ao momento processual, ou seja, o processo já é litigioso (ajuizado), mas se deseja a produção de prova para fase anterior à probatória (incidental), mas também poderá ser antecipadamente à existência de uma ação.

Importante pontuar que CPC-Pt não faz uma distinção específica se essa antecipação abarca tanto os casos de contenciosos (onde as partes já demonstram animosidade de litigar) quanto os pré-contenciosos (onde embora haja urgência, não demonstra as partes intenção pelo menos imediata de uma disputa judicial). Já foi explicado anteriormente que a expressão pré-contenciosa repousa no sentido de que no momento obtenção da prova não existe litígio entre as partes.

A delimitação que deve ser considerada, para o entendimento do objeto desta pesquisa, é quanto a produção antecipada da prova pericial que tem por intuito a resolução alternativa/adequada a do conflito (daí o carácter pré-contencioso), seja extrajudicial ou judicial.

Em boa verdade, muito mais interessante seria se a adequação do procedimento fosse nitidamente de carácter extrajudicial, em razão do debatido no capítulo anterior. Contudo, as críticas pertinentes ao modelo majoritariamente judicial adotado, sobretudo nos Sistemas Continentais (Itália e Brasil), em contraponto com apresentado pelo Reino Unido, serão de fato realizadas no último capítulo, posto que cuidará da problemática central da presente tese.

Para o momento, bastará a análise de como os países de tradição *Civil Law* (Portugal, Espanha, Brasil e Itália) e *Common Law* (Reino Unido) conseguiram contemplar a produção de prova pericial pré-contenciosa e de que forma o fizeram.

Para este mister, dividiu-se a abordagem em duas partes. Primeiramente, partiu-se para o tratamento dado pela legislação Portuguesa ao instituto, de forma mais aprofundada, posto que é o ordenamento jurídico base. E depois, seguem as análises dos ordenamentos comparados do *Civil Law* e *Common Law* e como alinharam em suas leis a utilização dessa prova.

Procedimentos pré-contenciosos em Portugal

Não é fácil encontrar, dentre as legislações do Sistema Continental, um mecanismo específico de produção de prova pericial pré-contenciosa, seja ele judicial ou extrajudicial. Para isso o ordenamento processual necessitaria de se apossar não só do princípio do acesso à justiça, mas também de uma mudança na posição que as partes ocupam no processo.

No tocante a produção de prova pericial pré-contenciosa, em que pese não existir no Código de Processo Civil Português um procedimento específico, existe um instituto que merece nosso apreço, que é a produção antecipada de prova.

Disciplinada no art. 419 do Código Processual Civil, tem duas materializações: uma, de forma incidental e outra de forma autônoma. Localiza-se na parte afeta à instrução probatória, possuindo, portanto, natureza de diligência probatória de carácter conservatório ou medida probatória preliminar¹²².

Não obstante a natureza não cautelar, tampouco de natureza de ação, a lei exige a comprovação da condição do *periculum in mora* para sustentação do pedido formulado destinado à obtenção de provas testemunhal, documental, inspeção judicial ou pericial. A exigência consta da primeira parte do texto do art. 419: “*havendo justo receio de vir a tornar-se impossível ou muito difícil*” e se consagra no art. 420: “*o requerente da prova antecipada justifica sumariamente a necessidade da antecipação*”.

Inserido enquanto procedimento processual (incidental ou autônomo), ainda que diante da justificativa da urgência, nada impede que a prova conseguida em sede de produção antecipada seja utilizada no processo com a finalidade de facilitar a conciliação/mediação ente as partes.

Daí se falar que mesmo não havendo previsão expressa do Código de Processo Civil-Pt neste sentido, uma prova obtida por meio antecipatório (art. 419) pode ser guia para um acordo entre as partes. Não é demais repetir que para as partes lançarem mãos da produção antecipada de prova precisam ingressar com demandas judiciais (incidentalmente ou autonomamente) para só depois evocar a possibilidade da conciliação.

Já no âmbito extrajudicial, duas legislações merecem cuidado. A primeira, no que respeita a Conciliação, posto que Portugal conta com a atuação dos Juízes de Paz disciplinados pela

¹²² MARIA JOSÉ CAPELO. *Principais novidades sobre provas no Novo Código de Processo Civil Português*. Lisboa, 2016. Disponível em: <[http:// infoestudante.uc.pt](http://infoestudante.uc.pt)>. (18.01.2017). p. 12

Lei nº. 78/2001, oriundos de um regimento do século XVI e obtiveram expressa guarida constitucional no art. 209/2 da CRP.¹²³

Ocorre que a referida lei não dispõe da possibilidade *ab initio* de produção antecipada de prova pericial. Ademais, traça um procedimento de enfrentamento simplificado para fins de solução de conflitos, bem aos moldes do *Civil Law*. Quanto a utilização dos meios alternativos, a Lei do Julgados de Paz propõe a intervenção do mediador, tal como já acontece na Lei de Mediação.

A segunda legislação que se deve atentar é a Lei de Mediação Portuguesa, posto que possibilita a realização de Mediação Pré-Judicial como forma de resolução de litígios¹²⁴. Em que pese as diferenças já apontadas entre conciliação e mediação (o que foi devidamente explicado no capítulo 2), é a única legislação portuguesa que mergulha um pouco mais a fundo no tema da “pré-contenciosidade”.

O art. 26 da Lei de Mediação permite que o Mediador possa: “*Sugerir aos mediados a intervenção ou a consulta de técnicos especializados em determinada matéria, quando tal se revele necessário ou útil ao esclarecimento e bem-estar dos mesmos*”. Não pode se falar aqui de uma genuína produção de prova pericial pré-contenciosa, porque a lei não conferiu poderes ao mediador de elaboração da prova extraprocessual.

De toda sorte é um indicativo valioso. Primeiro porque a intervenção ou consultas de técnicos especializados se aproxima muito da ideia da prova pericial, com a diferença de que no âmbito da mediação, trata-se apenas de um esclarecimento, sem elaboração de laudo pericial. Segundo porque nota-se uma permissividade do legislador dentro dos parâmetros do Sistema Continental em reconhecer que não há prejudicialidade em sugerir ao mediador que tenha contato com um meio de prova, inclusive que esteja a facilitar a mediação entre as partes (até mesmo porque é a resolução de conflito que se almeja).

Não há afronta ao princípio da confidencialidade, na medida em que é a própria lei que no art. 5º que informa que o Mediador não poderá dissipar as informações a terceiros alheios aos interesses do litígio, com exceção dos casos de razões de ordem pública¹²⁵.

¹²³ PAULA COSTA e SILVA. *ob.cit.*, p.103.

¹²⁴ Lei nº. 29/2013, art. 13: “As partes podem, previamente à apresentação de qualquer litígio em tribunal, recorrer à mediação para a resolução desses litígios”.

¹²⁵ Artigo 5.º Princípio da confidencialidade 1 — O procedimento de mediação tem natureza confidencial, devendo o mediador de conflitos manter sob sigilo todas as informações de que tenha conhecimento no âmbito do procedimento de mediação, delas não podendo fazer uso em proveito próprio ou de outrem. 2 — As informações prestadas a título confidencial ao mediador de conflitos por uma das partes não podem ser comunicadas, sem o seu consentimento, às restantes partes envolvidas no procedimento. 3 — O dever de confidencialidade sobre a informação respeitante ao conteúdo da mediação só pode cessar por razões de ordem pública, nomeadamente para assegurar a proteção do superior interesse da criança, quando esteja em

Uma outra questão curiosa sobre esse tema é que a Lei de Mediação aponta para a permissividade de utilização dos conteúdos produzidos nas sessões de mediação em Tribunais (inclusive de arbitragem). Neste ponto, a parte final do art. 5º da Lei de Mediação dispõe que “exceto nas situações previstas no número anterior ou no que diz respeito ao acordo obtido, o conteúdo das sessões de mediação não pode ser valorado em tribunal ou em sede de arbitragem”, conferindo a natureza de carácter antecipatório do ato.

Por óbvio, a Lei de Mediação foi bastante discreta quanto ao poder de produção de prova do Mediador, deixando somente a liberdade de sugestão quanto ao comparecimento de um perito para que este possa esclarecer questões importante às partes. Contudo, mais uma vez, não se pode deixar de olhar para essa permissão e não considerar que, num contexto de excepcionalidade, o conteúdo da sessão de mediação poderá ser valorado no âmbito de uma ação.

Isto quer dizer que, em não havendo ofensa a vontade das partes e em sendo questão de ordem pública, pode ser utilizado como “meio de provas” aquilo que for produzido em sessão de mediação, muito embora o legislador não tenha empregado esse poder de forma explícita.

Se considerarmos sob a óptica da possibilidade de elaboração de prova pericial pré-contenciosa e para fins de resolução de conflito, a Lei de Mediação traçou um bom começo. Em outros ordenamentos, tanto do Sistema *Civil Law* quanto do *Common Law*, podem-se ser encontradas figuras bem interessantes no tocante a produção de prova pericial pré-contenciosa. É o que se passa a pontuar a partir do próximo item, em sede de estudo de direito comparado.

Experiências do *Sistema Civil Law* e *Common Law*

A produção de prova pericial de carácter pré-contencioso ainda é uma novidade considerando os principais ordenamentos no mundo. Para esta pesquisa, merecem destaque as legislações do Sistema Processual Civil da Itália, Espanha, Brasil e Reino Unido. Em certa medida, os países citados, com exceção do Reino Unido, apresentam alguma dificuldade legislativa quanto ao disciplinamento da questão, seja porque a lei não cuidou explicitamente da matéria (como acontece no caso da Espanha), seja porque mesmo que

causa a proteção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa, ou quando tal seja necessário para efeitos de aplicação ou execução do acordo obtido por via da mediação, na estrita medida do que, em concreto, se revelar necessário para a proteção dos referidos interesses. (Lei nº. 29/2013)

tenha tratado, deixou de empoderar expressamente o instituto como uma forma alternativa de resolução de conflito (como é o caso da Itália).

No Brasil, embora o legislador tenha tratado da produção antecipada de prova, inclusive da pericial, para fins de conciliação, como forma de se alcançar um meio adequado de solução de conflito, o fez de forma exclusivamente judicial.

Também cabe levar em consideração a legislação do Reino Unido, pois embora esteja inserida em outro sistema jurídico (*Common Law*), permite notadamente visualizar uma experiência de fato pré-contenciosa e alternativa de solução de controvérsia pela produção da prova pericial.

Itália

Merece pontuação inicial, as diretivas que incorporaram a ideia das formas alternativas de solução de conflito. As recomendações 98/257/EC e a 2001/319/EC afetaram directamente o Sistema Italiano de Resolução de conflito, tal como está estruturado atualmente:

Da qui, nasce l'esigenza di un modello omogeneo di conciliazione, potenzialmente recepibile all'interno di tutti i sistema nazionali, e la volontà di individuare una serie di principi destinati a supportare quel modello, compatibilmente con le esigenze istituzionali degli ordinamenti interni.¹²⁶

Na Itália, os primeiros estudos acerca das formas alternativas de solução de conflitos vieram como uma resposta à insatisfação crescente a respeito do sistema judicial tradicional. Na década de 1990 os estudos se intensificaram, mas somente no início dos anos 2000 é que de fato a *ADR* começou a ser digerido no contexto italiano¹²⁷.

A necessidade era pensar numa solução mais célere e adotar um meio onde as partes e o juiz pudessem agir em um verdadeiro ato de cooperação. Isto se torna de fato relevante, principalmente se observarmos o contexto histórico de engarrafamento processual da época na Itália, como debatido no item 2.1.

Dessa forma, o sistema italiano de resolução alternativa de conflitos encontra-se ancorado tanto na forma extraprocessual, como na endoprocessual, este último disciplinado essencialmente pelo *Còdice de Procedura Civile*.

Quanto aos meios de resolução de conflitos extrajudiciais, a Diretiva 2008/52/CE (de 21 de Maio de 2008) traçou a necessidade dos países membros da União Europeia, incluindo

¹²⁶ LUIGI PAOLO COMOGLIO. *Le Prove Civili*. 3ª ed. UTET Giurídica, Torino, 2010 p. 41.

¹²⁷ LUIGI PAOLO COMOGLIO. *ob.cit.*, p. 41.

a Itália, de adotar meios alternativos extraprocessuais de solução de conflito, nomeadamente a utilização da mediação em matéria civil e comercial (art. 3º).

Com escopo de cumprimento ao disposto na diretiva, o Decreto-Legislativo nº. 28, de 4 de março de 2010 (com as alterações feitas pelo Decreto-Legislativo nº. 132, de 12 de setembro de 2014, convertido com alterações na Lei 162, de 10 de novembro de 2014 e do Decreto-lei nº. 130, de 06 de agosto de 2015) traça as linhas mestras da mediação no Sistema Italiano.

Além da mediação, o art. 1.965 do Código Civil Italiano aponta a possibilidade da realização de acordos consensuais de transação com natureza de contrato civil¹²⁸. A Arbitragem vem autorizada no art. 806 do Código de Processo Civil Italiano¹²⁹.

Especificamente quanto a conciliação, esta transita no Sistema Italiano entre em dois contextos: judicial e extrajudicial (*conciliazione giudiciale e conciliazione stragiudiziale*).

No tocante às formas de conciliação extrajudiciais, destacam-se: a) Lei n.º 108, de 11 de Maio de 1990, quanto aos litígios de direito do trabalho (sindicais ou administrativos), sendo pressuposto de viabilidade recursal em matéria de dispensa laboral; b) Lei n.º 580, de 29 de Dezembro de 1993, que instituiu as comissões de arbitragem e de conciliação junto das câmaras de comércio; c) Lei n.º 192, de 18 de Junho de 1998, sobre conciliação e arbitragem em matéria de subcontratação nas atividades produtivas; e d) Lei n.º 320, de 2 de Março de 1963, relativa a tentativa obrigatória de conciliação como pressuposto para ajuizamento de ação no âmbito da agricultura¹³⁰. Todas as leis citadas são relativas a conciliação extrajudicial de caráter não contencioso.

Quanto as formas de conciliação judicial, os arts. 185¹³¹ e 185-Bis do Código de Processo Civil dispõem sobre a tentativa de conciliação durante o *iter* processual. O juiz da instrução processual cognitiva poderá designar audiência para este fim sempre que o direito em

¹²⁸ Còdici Civile. Art. 1965 Nozione: La transazione è il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro. Con le reciproche concessioni si possono creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti.

¹²⁹ Còdice de Procedura Civile. Art. 806. Controversie arbitrabili. Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge. Le controversie di cui all'articolo 409 possono essere decise da arbitri solo se previsto dalla legge o nei contratti o accordi collettivi di lavoro.

¹³⁰ EUROPA. União Europeia. *Modos Alternativos de Resolução de Litígios*. 2007. Disponível em: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ita_pt.htm (11.10.2018)

¹³¹ Texto original: Art. 185. (Tentativo di conciliazione). Se la natura della causa lo consente, il giudice istruttore, nella prima udienza o in quella successiva stabilita a norma dell'articolo 183 ultimo comma, deve cercare di conciliare le parti, disponendo, quando occorre, la loro comparizione personale. Il tentativo di conciliazione puo' essere rinnovato in qualunque momento dell'istruzione. Quando le parti si sono conciliate, si forma processo verbale della convenzione conclusa. Il processo verbale costituisce titolo esecutivo.

disputa permitir acordo entre as partes sem a limitação quanto ao número de tentativas (diferentemente do que ocorre no Código de Processo Civil Português – art. 594).

Trata-se, pela dicção dos supracitados artigos, de conciliação de caráter obrigatório¹³², no qual o papel do juiz é de alertar as partes acerca de métodos mais rápidos e fáceis de resolução do processo instaurado. Importante salientar que o texto final do art. 185-*Bis* do CPC Italiano proíbe que o juiz se manifeste sobre o mérito do processo ou que coloque qualquer obstáculo a obtenção do acordo,¹³³ atuando como facilitador da conciliação endoprocessual.

O art. 320 do CPC Italiano dispõe acerca da conciliação realizada pelo Juiz de Paz. Em boa verdade, a Lei n.º. 374 de 1991 é que estabeleceu a atuação dos Juízes de Paz na Itália, traçando um procedimento simplificado para tratamento de demandas menos complexas. Contudo, o art. 322 também regula a conciliação judicial de caráter não contencioso (pré-contencioso) de competência dos Juízos de Paz.

Ainda em sede de conciliação judicial, importante destacar os artigos 410 a 412 do CPC que trata da tentativa de conciliação nos litígios laborais. Relativamente aos conflitos relativos à separação de cônjuges, o art. 708 do CPC Italiano prevê uma tentativa obrigatória de conciliação.

Além dessas possibilidades, o Código de Processo Civil Italiano introduziu uma modalidade inusitada de conciliação em sede de Processo Cautelar, a qual se passa a analisar pormenorizadamente e é a que mais interessa a esta tese, pois propõe a produção de prova pericial pré-contenciosa com a finalidade precípua de obter a conciliação entre as partes.

Esta hipótese é disciplinada na esteira do Processo Cautelar de Produção Antecipada de Prova, como forma de munir as partes de provas suficientes para prevenção de conflitos judiciais.

Apenas a guisa de explicação, o Código de Processo Civil Italiano dispõe sobre a produção antecipada de provas nos arts. 692 a 699, e aloca tais dispositivos no Capítulo III *Dei procedimenti cautelari*, na seção específica *Dei procedimenti di istruzione preventiva*.

¹³² Obrigatório porque a ideia que se depreende do CPC Italiano é que sempre que o litígio envolver direitos disponíveis (aqueles os quais as partes tem poder de transação), o juiz deve informar da possibilidade de conciliação judicial a qualquer momento do processo.

¹³³ Còdice di Procedura Civile – Art. 185-bis. Proposta di conciliazione del giudice: Il giudice, alla prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l'istruzione, formula alle parti ove possibile, avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia è all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva o conciliativa. La proposta di conciliazione non può costituire motivo di riacusazione o astensione del giudice. (grifos nossos).

Anote que tal procedimento só guardará lugar para a antecipação das provas testemunhais (*l'audizione a futura memoria* – art. 692), e para os casos de perícia técnica e inspeção judicial (art. 696 - *Accertamento tecnico e ispezione giudiziale*).

Comoglio¹³⁴ destaca que o procedimento de instrução preventiva “*designa um conjunto de medidas cautelares, destinada a assegurar antecipadamente a eficiência e fecundidade da instrução probatória, como fase essencial da cognição*”. Daí sua natureza nitidamente de Processo Cautelar, reforçado no sistema italiano pela necessidade de demonstração do pressuposto do *periculum in mora* presente nos art. 692 e 696¹³⁵.

De outro lado, o artigo que nos interessa é 696-bis¹³⁶ do Código de Processo Civil Italiano, posto que elencou uma hipótese diferenciada de produção antecipada de prova. Diferenciada, porque dispensa a comprovação da urgência tão própria dos Processos Cautelares. Depois, porque permite um procedimento capaz de munir a parte de prova pericial, a fim de esta auxiliá-la na resolução adequada do conflito.

Cumprido ressaltar que essa nova instituição chamada de "perícia técnica preventiva para fins de conciliação do litígio"¹³⁷ é resultado de uma modificação relativamente recente ao Código de Processo Civil Italiano, pela Lei nº. 80, de 14 de maio de 2005, tendo entrado em vigor em 11 de setembro daquele mesmo ano.

Ainda nas palavras de Comoglio¹³⁸, a função cautelar desta hipótese restou meramente secundária já que verdadeiro propósito da medida é garantir a função conciliadora da produção antecipada de prova pericial, visando impedir especialmente a proposição de lide futura (embora seja proposta por um meio judicial – cautelar).

¹³⁴ LUIGI PAOLO COMOGLIO. *op.cit.*, p.45.

¹³⁵ Em sendo caso de provas testemunhais, é necessário ainda comprovar que haja fundado receio de que uma ou mais delas se ausentem e cujo depoimento possa ser necessário para o caso proposto. Quanto à perícia técnica e inspeção a urgência é de se certificar, antes do julgamento, o *status* dos lugares ou a qualidade ou condição da coisa. *Idem*.

¹³⁶ Art. 696-bis. CPC-It; Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite L'espletamento di una consulenza tecnica, in via preventiva, può essere richiesto anche al di fuori delle condizioni di cui al primo comma dell'articolo 696, ai fini dell'accertamento e della relativa determinazione dei crediti derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito. Il giudice procede a norma del terzo comma del medesimo articolo 696. Il consulente, prima di provvedere al deposito della relazione, tenta, ove possibile, la conciliazione delle parti. Se le parti si sono conciliate, si forma processo verbale della conciliazione. Il giudice attribuisce con decreto efficacia di titolo esecutivo al processo verbale, ai fini dell'espropriazione e dell'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Il processo verbale è esente dall'imposta di registro. Se la conciliazione non riesce, ciascuna parte può chiedere che la relazione depositata dal consulente sia acquisita agli atti del successivo giudizio di merito. Si applicano gli articoli da 191 a 197, in quanto compatibili.

¹³⁷ LUIGI PAOLO COMOGLIO, *ob.cit.*, p. 45.

¹³⁸ LUIGI PAOLO COMOGLIO, *ob.cit.*, p.46.

A atuação do perito neste caso é de determinar a extensão quantitativa dos danos, notadamente em razão de demandas cujo objeto seja a falha ou má execução de obrigações contratuais ou de responsabilidade civil, facilitando assim, a partir desse conhecimento do *quantum*, a resolução do litígio *ante causam*.

Para Giordano¹³⁹, a principal finalidade do instituto italiano ora colocado é de reduzir o contencioso judicial comum, o que leva a crer que de fato essa modalidade é de prevenção de conflitos. Nessa esteira, inviabiliza-se a utilização da perícia preventiva (de forma incidental) quando o processo principal já esteja ajuizado:

É evidente, sobre outro perfil, que a perícia técnica preventiva destina-se para advertir as partes para uma composição da lide antes da introdução do processo, de modo que o instituto não pode ser utilizado quando a disputa já está em progresso. Em tal perspectiva, mostrou-se que a natureza conciliativa do procedimento do art. 696-bis do CPC não determina seu limite funcional e operativo com o corolário de que, depois de iniciada a causa de mérito, a sua celebração não responde mais a nenhuma lógica: não responde a necessidade de tutelar com urgência uma prova deteriorável como acontece no procedimento do art. 966 do CPC, nem pode satisfazer nenhuma exigência cautelar e sua função deflativa é falha.¹⁴⁰

A parte deverá fundamentar o pedido justificando que supostamente existe “uma falha ou má execução das obrigações contratuais ou decorrentes de ato ilícito” (art. 696-Bis, CPC-It), e a atuação do perito para esses casos terá finalidade “*dell'accertamento e della relativa determinazione dei crediti*”, ou seja, para accertamento e determinação do crédito decorrente.

Contudo, necessário lançar um olhar crítico sobre tal procedimento, principalmente porque ele tem inspirado outras legislações similares do Sistema Continental. Se a finalidade é chegar-se uma solução adequada ou alternativa do conflito por que então judicializar?

Ainda que se alegue que a ideia inicial é de prevenção, e de fato não se nega esse caráter, se hipoteticamente o perito chegar a conclusão de que existe uma extensão quantitativa apurada a partir dos fatos que lhe foram apresentados (mesmo não possuindo conteúdo meritório), a parte requerida praticamente se verá obrigada a conciliar quando o processo assumir posteriormente caráter declarativo sucessivo.

De qualquer forma, mesmo não sendo o juiz do caso a desempenhar a função de conciliador, mas o próprio perito nomeado por ele, sua imparcialidade poderá restar comprometida. Ulloa nesse sentido:

A seguito del ricorso, il giudice (**che mi pare debba essere individuato nel giudice competente per il mérito**), provvederà, previa instaurazione del

¹³⁹ ROSÁRIA GIORDANO. *L'istruzione probatoria nel processo civile*. Giuffrè Editore, Milano, 2013, p. 326 – tradução livre

¹⁴⁰ ROSÁRIA GIORDANO. ob.cit., p. 326.

contraddittorio, ala nomina del consulente, il quale dovrà procedere alle indagini tecniche richieste e quindi – ove possibile – tentare la conciliazione delle parti, prima di provvedere al deposito della relazione. (grifos nossos)¹⁴¹

Isto é, o juiz que participa da demanda cautelar será o mesmo do processo cognitivo em sequência. Logo a proposta da desjudicialização para essa medida resolveria duas questões: primeiro, a neutralidade do perito, já que é ele quem realizará os atos de conciliação conquanto melhor que seja escolhido pelas próprias partes (como o que acontece nas vias extrajudiciais); segundo, a imparcialidade do próprio juiz, que não tomaria conhecimento do litígio, até que se instaurasse a demanda judicial (se fosse necessária).

Em boa verdade, a conciliação nos casos da perícia técnica preventiva parece muito mais facultativa que obrigatória, posto que o dispositivo legal coloca a expressão “sempre que possível – *ove possibile*” à discricionariedade do perito. Desta forma, nada impediria seu deslocamento para seara dos meios extrajudiciais¹⁴².

A extrajudicialização influiria diretamente na preventividade da demanda, já que a máquina pública somente seria ocupada para os casos de evidente litígio entre as partes. Da forma como está colocada no art. 696-Bis, a preventividade de demandas só resta configura nos casos de laudos periciais comprovativos da inexistência de crédito decorrente de ato ilícito ou obrigação contratual. Nessas situações, não fará sentido a propositura da ação principal por parte do Autor sem lastro probatório suficiente a embasar o seu pedido.

Ao final, serão retomadas maiores considerações a este instituto italiano de produção antecipada de prova pericial para fins de conciliação, principalmente à luz da Mediação Obrigatória surgida a partir do Decreto nº. 28/2010, já que o que se almeja é pensar numa saída especificamente extrajudicial de resolução de conflitos. Não obstante, o modelo italiano é sem dúvida inovador.

Espanha

O Direito Espanhol organizou um sistema de diligências preliminares e de produção antecipada de prova como atividades preparatórias, que embora não sejam propriamente instrumentos de conciliação, servem para verificar a viabilidade de ajuizamento da ação

¹⁴¹ FRANCESCA CUOMO ULLOA, ob.cit., p. 295-296

¹⁴² Não é demais lembrar que na Itália vigora o sistema de mediação obrigatória no tocante a determinadas demandas elencadas no art. 5º do Decreto-Legislativo 28/2010. COSIMO MARIA FERRI. *Manuale della nuova mediazione e conciliazione giudiziale – Obbligatoria e Facoltativa*. CEDAM, Lavis, 2014. p. 3.

pelas partes interessadas. A *Ley de Enjuiciamiento Civil* (LEC – nº. 1/2000) dispõem sobre o tema em dois momentos.

Primeiramente quando trata “*de las diligencias preliminares*” nos artigos 256¹⁴³ a 263. É certo que o legislador espanhol não trata especificamente das diligências preliminares para

¹⁴³ Destaca-se sobretudo o art. 256 da Lei nº. 1/2000, pelo que se traz a *baila ipse litteris* a fim de se demonstrar a possibilidade de elaboração de prova documental no procedimento das diligências preliminares: 1. Todo juicio podrá prepararse:

1.º Por petición de que la persona a quien se dirigirá la demanda declare, bajo juramento o promesa de decir verdad, sobre algún hecho relativo a su capacidad, representación o legitimación, cuyo conocimiento sea necesario para el pleito, o exhiba los documentos en los que conste dicha capacidad, representación o legitimación.

2.º Mediante solicitud de que la persona a la que se pretende demandar exhiba la cosa que tenga en su poder y a la que se haya de referir el juicio.

3.º Por petición del que se considere heredero, coheredero o legatario, de exhibición, por quien lo tenga en su poder, del acto de última voluntad del causante de la herencia o legado.

4.º Por petición de un socio o comunero para que se le exhiban los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, dirigida a éstas o al consocio o condueño que los tenga en su poder.

5.º Por petición del que se considere perjudicado por un hecho que pudiera estar cubierto por seguro de responsabilidad civil, de que se exhiba el contrato de seguro por quien lo tenga en su poder.

5.º bis. Por la petición de la historia clínica al centro sanitario o profesional que la custodie, en las condiciones y con el contenido que establece la ley.

6.º Por petición de quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables. A tal efecto el tribunal adoptará las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación.

7.º Mediante la solicitud, formulada por quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual cometida mediante actos que no puedan considerarse realizados por meros consumidores finales de buena fe y sin ánimo de obtención de beneficios económicos o comerciales, de diligencias de obtención de datos sobre el posible infractor, el origen y redes de distribución de las obras, mercancías o servicios que infringen un derecho de propiedad intelectual o de propiedad industrial y, en particular, los siguientes:

a) Los nombres y direcciones de los productores, fabricantes, distribuidores, suministradores y prestadores de las mercancías y servicios, así como de quienes, con fines comerciales, hubieran estado en posesión de las mercancías.

b) Los nombres y direcciones de los mayoristas y minoristas a quienes se hubieren distribuido las mercancías o servicios.

c) Las cantidades producidas, fabricadas, entregadas, recibidas o encargadas, y las cantidades satisfechas como precio por las mercancías o servicios de que se trate y los modelos y características técnicas de las mercancías.

8.º Por petición de quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual cometida mediante actos desarrollados a escala comercial, de la exhibición de los documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros, producidos en un determinado tiempo y que se presuman en poder de quien sería demandado como responsable. La solicitud deberá acompañarse de un principio de prueba de la realidad de la infracción que podrá consistir en la presentación de una muestra de los ejemplares, mercancías o productos en los que materialice aquella infracción. El solicitante podrá pedir que el Secretario extienda testimonio de los documentos exhibidos si el requerido no estuviera dispuesto a desprenderse del documento para su incorporación a la diligencia practicada. Igual solicitud podrá formular en relación con lo establecido en el último párrafo del número anterior.

A los efectos de los números 7.º y 8.º de este apartado, se entiende por actos desarrollados a escala comercial aquellos que son realizados para obtener beneficios económicos o comerciales directos o indirectos.

9.º Por petición de las diligencias y averiguaciones que, para la protección de determinados derechos, prevean las correspondientes leyes especiales.

10.º Por petición, de quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual, para que se identifique al prestador de un servicio de la sociedad

fins exclusivos de conciliação, já que a ideia inicial seria comprovação de um facto relativo à capacidade, representação ou legitimidade, cujo conhecimento seja necessário a demanda. Mas também não proíbe que as provas ali conhecidas sejam utilizadas para fins de acordo entre as partes, ainda que extrajudicial.

A questão é que ainda que caiba a produção de prova no tocante as diligências preliminares do Direito Espanhol, não há indicação específica a realização de prova pericial, mas sim em relação as provas documentais. Sendo de fato forçoso o cabimento de alguma prova pericial de carater anticipatório, nos moldes do que foi tratado no item anterior (Direito Italiano).

Num segundo momento, trata “*de la anticipación y del aseguramiento de la prueba*” nos arts. 293 a 296¹⁴⁴ da LEC. Relativamente a produção anticipada de prova têm-se dois procedimentos: um autónomo (art. 295, 1, LEC) e outro incidental (art. 295, 2, LEC).

de la información sobre el que concurren indicios razonables de que está poniendo a disposición o difundiendo de forma directa o indirecta, contenidos, obras o prestaciones objeto de tal derecho sin que se cumplan los requisitos establecidos por la legislación de propiedad industrial o de propiedad intelectual, considerando la existencia de un nivel apreciable de audiencia en España de dicho prestador o un volumen, asimismo apreciable, de obras y prestaciones protegidas no autorizadas puestas a disposición o difundidas. La solicitud estará referida a la obtención de los datos necesarios para llevar a cabo la identificación y podrá dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, de pagos electrónicos y de publicidad que mantengan o hayan mantenido en los últimos doce meses relaciones de prestación de un servicio con el prestador de servicios de la sociedad de la información que se desee identificar. Los citados prestadores proporcionarán la información solicitada, siempre que ésta pueda extraerse de los datos de que dispongan o conserven como resultado de la relación de servicio que mantengan o hayan mantenido con el prestador de servicios objeto de identificación, salvo los datos que exclusivamente estuvieran siendo objeto de tratamiento por un proveedor de servicios de Internet en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

11.º Mediante la solicitud, formulada por el titular de un derecho de propiedad intelectual que pretenda ejercitar una acción por infracción del mismo, de que un prestador de servicios de la sociedad de la información aporte los datos necesarios para llevar a cabo la identificación de un usuario de sus servicios, con el que mantengan o hayan mantenido en los últimos doce meses relaciones de prestación de un servicio, sobre el que concurren indicios razonables de que está poniendo a disposición o difundiendo de forma directa o indirecta, contenidos, obras o prestaciones objeto de tal derecho sin que se cumplan los requisitos establecidos por la legislación de propiedad intelectual, y mediante actos que no puedan considerarse realizados por meros consumidores finales de buena fe y sin ánimo de obtención de beneficios económicos o comerciales, teniendo en cuenta el volumen apreciable de obras y prestaciones protegidas no autorizadas puestas a disposición o difundidas.

2. En la solicitud de diligencias preliminares se expresarán sus fundamentos, con referencia circunstanciada al asunto objeto del juicio que se quiera preparar.

3. Los gastos que se ocasionen a las personas que hubieren de intervenir en las diligencias serán a cargo del solicitante de las diligencias preliminares. Al pedir éstas, dicho solicitante ofrecerá caución para responder tanto de tales gastos como de los daños y perjuicios que se les pudieren irrogar. La caución se perderá, en favor de dichas personas, si, transcurrido un mes desde la terminación de las diligencias, dejare de interponerse la demanda, sin justificación suficiente, a juicio del tribunal. La caución podrá prestarse en la forma prevista en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 64 de esta Ley.

¹⁴⁴ Para conhecimento do leitor, seguem os dispositivos da Lei espanhola: 293. Casos y causas de anticipación de la prueba. Competencia. 1. Previamente a la iniciación de cualquier proceso, el que pretenda incoarlo, o cualquiera de las partes durante el curso del mismo, podrá solicitar del tribunal la práctica anticipada de algún acto de prueba, cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas,

No procedimento autónomo existe prazo para que o solicitante demande a ação principal (dois meses), sob pena de perder o valor probatório da prova antecipadamente produzida, salvo nos casos de força maior ou análogo, para o qual a parte comprove que estava impedida de ajuizar a ação referida.

Interessante ressaltar que o procedimento autónomo uma vez realizado restará de posse do Secretário Judicial para que, tão logo promovida a ação principal, a prova obtida antecipadamente possa ser juntada a este processo.

A produção antecipada de prova no ordenamento Espanhol não é procedimento de Processo Cautelar, tampouco Ação Autónoma, mas encerrando-se como uma “garantia processual de utilizar os meios de provas pertinentes”¹⁴⁵. Já como medida incidental, trata-se de um pedido cominado para que se realize a produção da prova no processo principal, mas antes da fase instrutória (art. 295, 2, LEC).

dichos actos no puedan realizarse en el momento procesal generalmente previsto. 2. La petición de actuaciones anticipadas de prueba, que se formule antes de la iniciación del proceso, se dirigirá al tribunal que se considere competente para el asunto principal. Este tribunal vigilará de oficio su jurisdicción y competencia objetiva, así como la territorial que se fundase en normas imperativas, sin que sea admisible la declinatoria. Iniciado el proceso, la petición de prueba anticipada se dirigirá al tribunal que esté conociendo del asunto. Artículo 294. Proposición de prueba anticipada, admisión, tiempo y recursos. 1. La proposición de pruebas anticipadas se realizará conforme a lo dispuesto en esta Ley para cada una de ellas, exponiendo las razones en que se apoye la petición. 2. Si el Tribunal estimare fundada la petición, accederá a ella, disponiendo, por medio de providencia, que las actuaciones se practiquen cuando se considere necesario, siempre con anterioridad a la celebración del juicio o vista, realizándose por el Letrado de la Administración de Justicia el oportuno señalamiento. Artículo 295. Práctica contradictoria de la prueba anticipada. 1. Cuando la prueba anticipada se solicite y se acuerde practicar antes del inicio del proceso, el que la haya solicitado designará la persona o personas a las que se proponga demandar en su día y serán citadas, con al menos cinco días de antelación, para que puedan tener en la práctica de la actuación probatoria la intervención que esta Ley autorice según el medio de prueba de que se trate. 2. Si estuviese ya pendiente el proceso al tiempo de practicar prueba anticipada, las partes podrán intervenir en ella según lo dispuesto en esta Ley para cada medio de prueba. 3. En los casos en que se practique prueba al amparo del apartado 1 de este artículo, no se otorgará valor probatorio a lo actuado si la demanda no se interpusiere en el plazo de dos meses desde que la prueba anticipada se practicó, salvo que se acreditare que, por fuerza mayor u otra causa de análoga entidad, no pudo iniciarse el proceso dentro de dicho plazo. 4. La prueba practicada anticipadamente podrá realizarse de nuevo si, en el momento de proposición de la prueba, fuera posible llevarla a cabo y alguna de las partes así lo solicitara. En tal caso, el tribunal admitirá que se practique la prueba de que se trate y valorará según las reglas de la sana crítica tanto la realizada anticipadamente como la efectuada con posterioridad. Artículo 296. Custodia de los materiales de las actuaciones de prueba anticipada. 1. Los documentos y demás piezas de convicción en que consistan las pruebas anticipadas o que se obtengan como consecuencia de su práctica, así como los materiales que puedan reflejar fielmente las actuaciones probatorias realizadas y sus resultados, quedarán bajo la custodia del Secretario del tribunal que hubiere acordado la prueba hasta que se interponga la demanda, a la que se unirán, o hasta que llegue el momento procesal de conocerlos y valorarlos. 2. Si de la demanda hubiese de conocer en definitiva un tribunal distinto del que acordó o practicó la prueba anticipada, reclamará de éste, a instancia de parte, la remisión, por conducto oficial, de las actas, documentos y demás materiales de las actuaciones.

¹⁴⁵ ANTONIO MARÍA LORCA NAVARRETE. *La garantía procesal del proceso declarativo civil*. Vol. 1. Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2012, p. 95

Outrossim, importante destacar que a produção antecipada de prova não se confunde com as medidas de asseguramento da prova. Este último, gizado pelo art. 297¹⁴⁶ da LEC, autoriza as partes solicitar medidas úteis para evitar que as provas (objeto materiais ou estado de coisas) possam ser destruídas ou alteradas (seja pela conduta humana ou acontecimentos naturais), mesmo antes do ajuizamento do processo ou no curso deste, mas antes da fase de produção de prova.

Guasp¹⁴⁷ assevera a diferença entre as duas medidas (produção antecipada e asseguramento de prova):

Las medidas consistirán en las disposiciones que, a juicio del tribunal, permitan conservar cosa o situaciones o hacer constar fehacientemente su realidad y características. Para los fines de aseguramiento de la prueba podrán también dirigirse mandatos de hacer o no hacer, bajo apercibimiento de proceder, en caso de infringirlos, por desobediencia a la autoridad (art. 297.2) ¹⁴⁸

A partir do entendimento do referido autor espanhol, entende-se cabível que, no âmbito das medidas de asseguramento de prova, haja determinação do juiz para realização de prova pericial, evitando-se perdimento do objeto de prova e, conseqüentemente, configurando-se aqui em uma obrigação de fazer. Nesse sentido, a prova pericial realizada em sede de medidas de asseguramento de prova terá caráter antecipatório.

Contudo, é importante não se perder de vista que não há proibitivo legal para que de posse das provas amealhadas (em sede de diligências preliminares ou em sede produção antecipada de prova ou ainda em sede de medidas de asseguramento de prova), sejam de

¹⁴⁶ Lei nº 1/2000 (LEC – Espanhol) Artículo 297. Medidas de aseguramiento de la prueba. 1. Antes de la iniciación de cualquier proceso, el que pretenda incoarlo o cualquiera de los litigantes durante el curso del mismo, podrá pedir del tribunal la adopción, mediante providencia, de medidas de aseguramiento útiles para evitar que, por conductas humanas o acontecimientos naturales, que puedan destruir o alterar objetos materiales o estados de cosas, resulte imposible en su momento practicar una prueba relevante o incluso carezca de sentido proponerla. 2. Las medidas consistirán en las disposiciones que, a juicio del tribunal, permitan conservar cosas o situaciones o hacer constar fehacientemente su realidad y características. Para los fines de aseguramiento de la prueba, podrán también dirigirse mandatos de hacer o no hacer, bajo apercibimiento de proceder, en caso de infringirlos, por desobediencia a la autoridad. En los casos de infracción de los derechos de propiedad industrial y de propiedad intelectual, una vez el solicitante de las medidas haya presentado aquellas pruebas de la infracción razonablemente disponibles, tales medidas podrán consistir en especial en la descripción detallada, con o sin toma de muestras, o la incautación efectiva de las mercancías y objetos litigiosos, así como de los materiales e instrumentos utilizados en la producción o la distribución de estas mercancías y de los documentos relacionados con ellas. 3. En cuanto a la jurisdicción y a la competencia para el aseguramiento de la prueba, se estará a lo dispuesto sobre prueba anticipada. 4. Cuando las medidas de aseguramiento de la prueba se hubiesen acordado antes del inicio del proceso, quedarán sin efecto si el solicitante no presenta su demanda en el plazo de veinte días siguientes a la fecha de la efectiva adopción de las medidas de aseguramiento *acordadas*. El tribunal, de oficio, acordará mediante auto que se alcen o revoquen los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados, condenará al solicitante en las costas y declarará que es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas.

¹⁴⁷ JAIME GUASP e PEDRO ARAGONESES. *Derecho Procesal Civil: Tomo I. Introdução y parte geral*. 7ª Ed. Civitas Colección, Madrid, 2005. P. 387.

¹⁴⁸ JAIME GUASP e PEDRO ARAGONESES. *ob.cit.*, p. 387

facto estas empregadas pelas partes para a realização de acordo, seja no âmbito do processo principal (respeitando o lapso temporal exigido por lei) ou extrajudicialmente (caso não desejem ou percam o prazo para propositura da ação).

De qualquer forma é um outro indicativo no Sistema Continental de que medidas antecipatórias vêm sendo pensadas para garantir as partes a produção de prova que desejam para suportar as alegações trazidas em processo, revelando em consequência o caráter secundário (como já dizia Chiovenda) da jurisdição, pois nesse aspecto as ações judicializadas passariam a ser tratadas em *ultima ratio* (apenas quando sejam estritamente necessárias – fundamento legal).

Brasil

O Código de Processo Civil brasileiro seguiu caminho diverso dos ordenamentos Italiano, Espanhol e Português. É de se dizer que não considerou a produção antecipada de prova nem como Processo Cautelar, tampouco como um procedimento prévio dentro do Processo Declarativo. Foi além.

Ousou dispor de um regramento *sui generis*, inclusive em alguns casos dispensando contexto da Cautela (ou da urgência) e não se limitou a exigência de proposição de uma ação principal posterior.

A nova produção antecipada de prova no direito Brasileiro ganhou uma roupagem que é própria das Ações Autônomas, a semelhança dos processos de jurisdição voluntária, onde o que há propriamente é uma administração de interesses pelo juízo. O procedimento descrito nos art. 381 a 383¹⁴⁹ corrobora essa tese.

¹⁴⁹ Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que: I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação. § 1º O arrolamento de bens observará o disposto nesta Seção quando tiver por finalidade apenas a realização de documentação e não a prática de atos de apreensão. § 2º A produção antecipada da prova é da competência do juízo do foro onde esta deva ser produzida ou do foro de domicílio do réu. § 3º A produção antecipada da prova não previne a competência do juízo para a ação que venha a ser proposta. § 4º O juízo estadual tem competência para produção antecipada de prova requerida em face da União, de entidade autárquica ou de empresa pública federal se, na localidade, não houver vara federal. § 5º Aplica-se o disposto nesta Seção àquele que pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica para simples documento e sem caráter contencioso, que exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção. Art. 382. Na petição, o requerente apresentará as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair. § 1º O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a citação de interessados na produção da prova ou no fato a ser provado, salvo se inexistente caráter contencioso. § 2º O juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas. § 3º Os interessados poderão requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato, salvo se a sua produção conjunta acarretar excessiva demora. §

Outro paradigma quebrado foi quanto aos meios de prova que podem ser objeto da produção antecipada. É que a legislação não fez nenhuma aceção diferenciadora, entendendo-se aplicável a todos os meios de prova descritos no Código de Processo Civil (ata notarial, depoimento pessoal, confissão, prova documental, prova testemunhal, prova pericial, inspeção judicial).

Nesse sentido, encontraremos algumas vozes dissidentes na doutrina processual, notadamente quanto a aplicabilidade da produção antecipada de prova documental¹⁵⁰. Isso ocorre porque o CPC dispõe sobre um procedimento chamado de Exibição de Documento ou Coisa, dos art. 396 a 404 (no revogado Código Processual Civil de 1973, a exibição era uma ação cautelar nominada, tal como ocorria com a produção antecipada de prova).

O procedimento de Exibição de Documento ou Coisa poderá adotar duas facetas: incidental, se for o caso de documento em posse da parte adversa (art. 398, CPC-Br – o que descreve a situação de já haver uma ação em curso); ou processo incidente: se for o caso de documento em posse de terceiro (art. 401, CPC-Br).

Contudo, pelo menos no que respeita ao documento em posse da parte adversária, entende-se cabível antecipar a exibição por meio da tutela autônoma da produção de prova por um motivo razoável: a parte pode pretender a exibição de documento ou coisa em posse da parte adversa (então, interessado) para verificar a viabilidade do ajuizamento da ação ou até mesmo a possibilidade de conciliação em razão do potencial adversário.

Assim, não faria qualquer sentido (já que uma das hipóteses da produção antecipada de prova é evitar o litígio) a parte ter que propor a ação, cominando pedido de exibição, para depois chegar a conclusão de que não valia a pena ter litigado.

Quanto ao documento ou coisa em posse de terceiro o indicativo é para a utilização do procedimento autônomo de Exibição. Entretanto, com alguma reticência, poderia se considerar que autonomamente a produção antecipada de prova não é apensada em quaisquer autos de processo, diferentemente do que ocorre com a Exibição de Documento ou Coisa que apesar de ter procedimento próprio, não goza de autonomia, devendo os autos serem apensados ao processo principal já em curso.

^{4º} Neste procedimento, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário. Art. 383. Os autos permanecerão em cartório durante 1 (um) mês para extração de cópias e certidões pelos interessados. Parágrafo único. Findo o prazo, os autos serão entregues ao promovente da medida.

¹⁵⁰ No sentido da impossibilidade da produção antecipada de prova documental: FREDDIE DIDDIER JR, PAULA BRAGA e RAFAEL A. OLIVEIRA. ob.cit., p. 138).

Então, seria cabível a antecipação de prova documental pela Ação Autônoma em um ou outro caso (posse da parte ou de terceiro), principalmente em razão das duas novas hipóteses estampadas no art. 381, II e III do CPC-Br para fins de conciliação ou prevenção de litígio.

O inciso II do art. 381 adotou a possibilidade da produção antecipada de prova para fins de autocomposição ou outros meios adequados de solução de conflitos, sendo uma novidade notadamente inspirada no regime processualista italiano (art. 381, II, do CPC).

Contudo, a produção de prova pericial de caráter antecipatório para fins de conciliação no direito brasileiro apresenta algumas características distintas daquelas disciplinadas pelos juristas italianos. A começar pela participação do próprio magistrado, já que no Direito Italiano, quem realiza os atos de conciliação é o próprio perito, ingressando o magistrado em um segundo momento, apenas se não houver acordo entre as partes (num desdobramento para ação pertinente). Em seguida, porque o procedimento brasileiro não tem natureza cautelar, mas de ação autônoma.

Quanto aos pontos de semelhança, a produção antecipada de prova para fins de conciliação no Direito Brasileiro também necessita de provocação de atividade jurisdicional, ou seja, a parte precisa acionar o Poder Judiciário para obter a prova. Em que pese isto, não parece que o legislador quis assim fazer para denotar um caráter necessariamente litigioso ao procedimento.

Isto porque o § 1º do art. 382 do CPC-Br revela que nem sempre o contraditório será formado no procedimento, pois poderá haver dispensa de citação dos interessados na produção da prova, se inexistir litigiosidade no pedido (caráter pré-contencioso).

Outro ponto que reforça a ausência de litigiosidade da medida é que para os fins da produção antecipada de prova não há prevenção de juízo. Ou seja, para fixação de competência do juízo, caso seja hipótese de propositura da demanda de mérito principal, não será levado em conta a existência do procedimento de produção antecipada, o que evitar contaminar o juízo de valores tomados previamente pelo ajuizamento da antecipatória.

Não há desdobramento do feito em processo declaratório sucessivo, como acontece no Direito Italiano. Ao final, o processo será entregue ao promovente para que ele tome as medidas necessárias, a fim de que se viabilize a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito.

Uma última nota sobre o instituto é que Capelo¹⁵¹, criticando o sistema brasileiro de produção antecipada de prova para fins de conciliação, expôs uma preocupação pertinente:

A utilização deste instrumento antecipatório não está imune a riscos. Embora a pretensão de tutela autônoma da prova tenha de ser fundamentada, o exercício abusivo não está totalmente acautelado. A este receio, adicionem-se as desvantagens inerentes à “judicialização” de uma mera “fase preparatória” (factor que leva BENEDUZI a apontar, como solução ideal alternativa, o regime inglês dos *Pre-action protocols*) de uma acção futura e eventual. Competirá, por isso, uma enorme responsabilidade à doutrina e à jurisprudência: concretizar os critérios de admissibilidade de produção antecipada de prova, evitando aplicações injustificadas e abusivas.¹⁵²

Afinal, nada obsta que a parte Autora tenha demandado o procedimento autónomo de produção antecipada de prova com real propósito de causar prejuízo ao Requerido, em ato de má-fé processual. O sistema italiano prevê a responsabilização da parte que demandar outra em abuso de direito ou má-fé¹⁵³, tal qual o sistema Inglês, como se verá mais a frente. Mas o ordenamento Brasileiro não o fez.

Assim, o dano ao réu chamado a participar de uma relação processual indevidamente já terá sido causado e a máquina pública do judiciário já terá sido ocupada para resolver demanda inútil.

Os mecanismos criados nos quatro ordenamentos jurídicos analisados (Portugal, Itália, Espanha e Brasil) reportam primeiramente a uma atividade judiciária primária. Percebe-se que essa herança inquisitiva dos modelos *Civil Law* coloca o juiz ainda como um protagonista na produção da prova, ainda que tenha carácter não contencioso e ainda que as partes na verdade busquem a conciliação.

Já esposamos da ideia de que a criação de instrumento de obtenção de prova pericial pré-contenciosa extrajudicial se filia ao princípio do acesso ao direito e tem como consequência celeridade, efetividade e em termos de satisfação, corrobora que as partes busquem (em homenagem ao princípio da cooperação) saída mais adequada a resolução de conflitos.

Um outro instituto ainda precisa ser examinado antes de se analisar os efeitos da produção de prova pericial pré-contenciosa extrajudicial. Dessa vez, o estudo terá como base o ordenamento jurídico do Reino Unido, que adota o sistema adversarial. Vejamos como a experiência extrajudicial dos *pre action protocols* pode ser viável e factível, mesmo para os ordenamentos de tradição inquisitiva do Sistema *Civil Law*.

¹⁵¹ MARIA JOSÉ CAPELO. ob.cit. p.15

¹⁵² MARIA JOSÉ CAPELO. ob.cit. p.15

¹⁵³ Vide art. 96 e 97 do Código de Processo Civil Italiano.

Reino Unido

No Reino Unido existem duas situações distintas que devem ser consideradas no que tange a possibilidade de produção antecipada de prova (inclusive a pericial) para fins de resolução alternativa de conflitos. A primeira dela é o chamado *pre-action protocols* e a segunda é *pre-action disclosure*.

O *Pre-action protocols* tem natureza jurídica de ser uma fase pré-processual, no qual os potenciais litigantes devem observar pelo menos três regras antes de ajuizar uma demanda, (que neste caso não tem supervisão judicial imediata): a) comunicar entre si a natureza do pedido e da defesa antes do início do processo; b) considerar oportunidades de solução e recorrer à *ADR*, especialmente (embora este último não seja obrigatório); c) fazer alterações de informações relevantes, incluindo documentos centrais relevantes para o caso¹⁵⁴.

Costa e Silva explica o procedimento como meios “padronizados e extrajudiciais de composição autônoma de conflitos”, onde a via judicial é a *ultima ratio*. Somente na impossibilidade da solução negociada é que as partes deverão buscar auxílio no Poder Judiciário¹⁵⁵.

Nesta mesma linha Beneduzi explica que “Os *pre-actions protocols*, desta maneira, servem para dar às partes, mesmo antes do processo, melhores meios de avaliar as suas chances de vencer e, por consequência, para lhes permitir tomarem uma decisão informada sobre a conveniência de uma solução consensual para o litígio”¹⁵⁶.

É diferente do *pre-action disclosure* – quando um interessado pede judicialmente para que seu oponente seja compelido a apresentar uma prova documental específica (se assemelha ao pedido de exibição de documentos no Brasil). Nas palavras de Beneduzi, esse procedimento se amolda ao dever pré-processual de revelação, já no direito brasileiro pode ser interpretado como um dever de cooperação¹⁵⁷. É um dever que deve ser considerado, mesmo se a prova que se quer não vá necessariamente beneficiar o futuro litigante que a produz.

É exatamente neste contexto que a bem sucedida experiência inglesa dos *pre-action protocols* poderia servir de exemplo para o processo brasileiro. Exigir das partes que adiantem seus argumentos, que considerem a conveniência de mediação ou mesmo de um acordo, e que troquem documentos relevantes (mesmo que favoráveis à parte contrária), tudo antes do processo, contribuiria,

¹⁵⁴ RENATO RESENDE BENEDUZI. ob.cit., p. 466

¹⁵⁵ PAULA COSTA E SILVA, ob.cit., p. 101.

¹⁵⁶ RENATO RESENDE BENEDUZI. ob.cit., p. 467

¹⁵⁷ RENATO RESENDE BENEDUZI. ob.cit., p. 467

em causas grandes ou pequenas, corriqueiras ou complexas, para estimular a solução prematura de litígios, minimizando custos; infrutífera a sua solução extrajudicial, contribuiria esta fase pré-processual ao menos para facilitar o acesso das partes às informações relevantes para a substanciação da demanda e da defesa e para uma avaliação mais precisa dos riscos envolvidos e das chances de êxito¹⁵⁸.

Para esta pesquisa, interessa o procedimento do *pre action protocols*, cuja finalidade – embora não a única – seja a possibilidade de as partes obterem antecipadamente e extrajudicialmente as provas (aqui incluídas também as periciais) a fim de que possam avaliar um meio adequado de solução de conflitos e até mesmo a viabilidade de uma eventual ação futura.

Existem características que de imediato ressaltam aos olhos quando do estudo do *pre action protocols*. Uma delas é sem dúvida o fato do pedido ser realizado de forma extrajudicial. Os *pre action protocols* surgiram no Reino Unido depois da grande reforma processual de 1999, causando uma verdadeira transformação do Direito Inglês, com o intuito expresso de compelir as partes a tentar acordo antes da judicialização da demanda¹⁵⁹. Atualmente, existem quinze regras de *pre action protocols* em vigor no Reino Unido.¹⁶⁰ Este trabalho não se ocupará do estudo de todas as espécies de *pre action protocols*, mas apenas de analisar em linhas gerais qual é o espírito das regras insculpidas e que moldaram a cultura judiciária do Reino Unido.

Nas regras gerais (*Practice Direction – Pre-action conduct and protocols*) são explicadas às partes que tipo de condutas se esperam delas antes de procurarem o Poder Judiciário para ajuizamento de ações. Dessa forma, a leitura que se faz dos *pre action protocols* é de verdadeiro filtro a litigância inútil nas esferas jurisdicionais. As partes são desde logo advertidas que o protocolo não deve ser usado para fins de adquirir uma vantagem injusta sobre a outra parte (princípio da utilidade da demanda)¹⁶¹

A Regra 3 dispõe que antes de iniciar o processo as partes tenham trocado informações suficientes para compreender os papéis que cada um desenvolverá no processo caso a lide

¹⁵⁸ RENATO RESENDE BENEDEZI. ob.cit., p. 469

¹⁵⁹ ELAINE HARZHEIM MACEDO e EUGÊNIO FACCHINI NETO, ob.cit., p. 116.

¹⁶⁰ São eles os protocolos: a) de pré-ação para resolução de reclamações de viagens, b) disputas de construção e engenharia, c) reivindicação de dívida, d) difamação, e) reclamações de danos pessoais, f) resolução de conflito de clínicas, g) negligência profissional, h) revisão judicial, i) reivindicações de doença, j) desastres habitacionais, k) para litígios envolvendo pagamentos de hipoteca, crédito, plano de compra de casa em respeito a Propriedade residencial, l) relativos a reivindicações de reintegração de sócios, m) danos pessoais de baixo valor em acidentes de trânsito, n) indenização por dano em relação ao estado físico da propriedade comercial na cessação de um contrato de locação (protocolo de dilapidações), o) Reivindicações de Danos Pessoais de Baixo Valor (Responsabilidade do Empregador e Responsabilidade Pública).

¹⁶¹ Depreende-se da leitura do CPR n.º. 4.

seja proposta. Nesse sentido devem as partes: tomar decisões sobre como proceder no litígio, tentar resolver as questões sem a necessidade precípua de se buscar a judicialização dos conflitos, inclusive considerando as formas alternativas de resolução de controvérsias. Percebe-se claramente que o escopo da *pre action protocols* foi de desenvolver na sociedade a cultura de apoio a gestão eficiente dos processos judiciais, fazendo com que sejam pensados como a última alternativa e, conseqüentemente, também de reduzir os custos de resolução do litígio pelas vias tradicionais.

O critério de determinação quanto ao seguimento das regras do protocolo não parece ser mera deliberalidade das partes ou de faculdade. Nas palavras de Costa e Silva¹⁶² existe uma característica de obrigatoriedade ou pelo menos de ônus que recaem sobre as partes que ignoram o procedimento:

Se a parte recorre directamente ao tribunal, a acção não é julgada inadmissível, mas ser-lhe-ão impostas penas civis que o tribunal atender adequadas. A pena mais frequente traduz-se na imposição de elevadas multas e custas. Por outro lado, tem o Tribunal o poder de remeter as partes para o procedimento extrajudicial de composição, suspendendo, entretanto, a instância¹⁶³.

Mesmo porque a Regra 6 utiliza a expressão de que as partes devem cumprir (*should comply*) o protocolo antes de iniciar o processo, o que fica reforçado na Regra 8 (*Litigation should be a last resort*).

No que diz respeito a produção de prova pericial pelo procedimento, cabem fazer as seguintes considerações. A Regra 7 recomenda que a participação de perito primeiramente seja autorizada pelo Tribunal, considerando que em muitos casos os conflitos podem ser resolvidos sem a presença do expert. Contudo, a referida Regra não descarta que em se fazendo necessário a perícia poderá ser utilizada e nessa situação as partes compartilharão os honorários periciais.

Nestes casos, se vê claramente uma hipótese de produção de prova pericial pré-contenciosa, para fins específicos de conduzir as partes a uma resolução alternativa de conflitos. O mesmo se vê no *pre action protocols for personal injury claims*. A regra em questão está insculpida no número 7.3 do referido protocolo, que se colaciona a seguir:

Save for cases likely to be allocated to the multi-track, the Protocol encourages joint selection of, and access to, quantum experts, and, on occasion liability experts e.g. engineers. The expert report produced is not a joint report for the purposes of CPR Part 35. The Protocol promotes the practice of the claimant obtaining a medical report, disclosing it to the defendant who then asks questions

¹⁶² PAULA COSTA E SILVA, ob.cit., p. 101.

¹⁶³ UK. *Pre action protocols*. Disponível em: https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/protocol/prot_pic#7.2.

and/or agrees it and does not obtain their own report. The Protocol provides for nomination of the expert by the claimant in personal injury claims.¹⁶⁴

Assim, pelo menos nestes casos de reclamação por danos pessoais, a presença do perito é essencial para o alcance do consenso. A regra inclusive traz uma série de procedimentos que devem ser realizados extrajudicialmente. Traduz-se numa hipótese de produção antecipada de prova pericial.

Para Zuckerman a necessidade de se evocar a participação do perito nestes casos dá-se para evitar o risco de perder-se a prova em face da demora usual que ocorre nos procedimentos tradicionais.¹⁶⁵ Outrossim, uma nota importante desse procedimento para Zuckerman¹⁶⁶ é que ele força a mútua confiança entre as partes, sendo uma forma legítima de co-participação dos indivíduos para formação de prova.

Muito embora os *pre actions protocols* não tenham sido pensados inicialmente como métodos de obtenção de prova pelas partes, é inegável que através deles pode-se obtê-las de forma pré-contenciosa. Notadamente em relação a prova pericial, desde que haja autorização do Judiciário, ela poderá ser produzida normalmente, com o fito máximo de se buscar o diálogo entre as partes e a resolução do conflito.

Diferentemente dos institutos similares dispostos no Sistema *Civil Law* e tratados nos subcapítulos antecedentes, o Direito Processual Civil Inglês elencou procedimentos formais de filtragem de demandas judiciais. Em que pese as diferenças existentes entre o sistema a que pertence o Reino Unido (*Common Law* – em seu carácter adversarial, onde as partes historicamente tem mais liberdade de agir dentro do processo) e o que pertence Portugal, Brasil, Espanha e Itália (como já se explicou, de carácter inquisitorial), pode-se perceber que o facto da produção da prova ser realizada fora do ambiente de uma ação, não a desnatura, nem a deslegitima.

Deve existir verdadeiramente uma propensão do Estado (essencialmente no que respeita o Sistema *Civil Law*) em investir em um aparato capaz de canalizar o ajuizamento de demandas para um lugar mais distante dos Tribunais.

¹⁶⁴ UK. *Pre action protocols*. Disponível em: https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/protocol/prot_pic#7.2.

¹⁶⁵ ADRIAN ZUCKERMAN. ob.cit., p. 1000.

¹⁶⁶ ADRIAN ZUCKERMAN. ob.cit., p. 1001

EFEITOS DA PRODUÇÃO DE PROVA PRÉ-CONTENCIOSA

A construção da resposta à pergunta principal dessa pesquisa (se é factível estabelecer via extrajudicial de produção de prova pericial pré-contenciosa) será delineada neste último capítulo, considerando os potenciais impactos que essa medida poderá trazer aos ordenamentos *Civil Law*. Sem embargo, é necessário visualizar que estes efeitos podem ser positivos ou negativos, já que a cultura de judicialização ainda é muito imperativa.

A fim de organizar o debate que aqui se inicia, necessário estabelecer qual é a estrutura judiciária e legislativa já existente nos ordenamentos do Sistema Continental e a partir daí destacar que pontos podem ser levantados, a partir de uma aplicação prática da produção de prova pericial pré-contenciosa desjudicializada.

Serão analisados três fatores que podem impactar quanto a factibilidade do procedimento pensado à luz dos meios alternativos de solução de conflitos: a) via extrajudicial e o acesso à justiça, de forma a verificar se a desjudicialização influenciaria numa afronta aos princípios processuais e constitucionais vigentes; b) a voluntariedade das partes e ausência de imperatividade do mediador no meio alternativo de solução de controvérsias, e c) o critério das custas, onde se avaliará que tipo de custas se relacionam com os procedimentos judicializados e como isso impacta na desjudicialização dos conflitos

Via extrajudicial e o acesso à justiça

A ideia de um procedimento judicial de produção de prova para fins de conciliação é valiosa e não se quer aqui desconsiderar os seus méritos, posto que presentes de forma expressa em pelo menos dois ordenamentos jurídicos importantes (Itália e Brasil).

No Código de Processo Civil Italiano, a Perícia Técnica Preventiva, embora seja judicializada, uma vez que nasce como processo cautelar, tem nitidamente caráter pré-contencioso e de função conciliativa. Mesmo não se tratando da lide principal, já que a natureza jurídica da produção antecipada de prova italiana é de processo cautelar, a parte requerente solicita a participação do perito para determinar a extensão quantitativa de um dano causado em razão do descumprimento de uma obrigação contratual ou de responsabilidade aquiliana (derivada de ato ilícito).

Não obstante a hipótese prescindir de comprovação do *periculum in mora*, o juiz do feito já toma conhecimento de um potencial litígio, conhecendo inclusive da provável determinação do pedido a ser pleiteado na demanda principal. A respeito da análise de mérito, sabe-se que nas demandas cautelares a parte requerente não expõe os fatos e

fundamentos de um processo principal, mas expõe uma preocupação do seu direito não ser alcançado caso a tutela cautelar não seja conseguida.

A mesma situação acontece no Brasil com a figura da Produção Antecipada de Prova para fins de Conciliação. O Sistema Brasileiro, instituído pelo Código de Processo Civil-Br de 2015, é o único dos sistemas analisados que guarda maior identificação com o Sistema Italiano. É que a norma brasileira também previu a possibilidade da utilização da produção antecipada de prova para fins exclusivos de prevenção e composição do conflito (art. 381, II do CPC-Br).

A diferença é que no Direito Brasileiro o procedimento é de ação autônoma e não cautelar. Contudo, igualmente judicializada. Quer dizer que a parte que desejar antecipar a produção de prova para fins de conciliação terá que movimentar a máquina pública, contratar advogado para desenvolvimento do pedido, pagar custas judiciais, pagar pela realização da prova (que a depender da natureza pode importar em valores significantes) e aguardar a realização da prova, para só depois decidir sobre o meio adequado de resolução do conflito. Não terá garantia sequer de realizar a conciliação no próprio juízo. Terá que necessariamente buscar ou outro meio judicial (propositura de uma nova ação, ainda que com fito de conciliar) ou outro meio extrajudicial (meios alternativos).

No Sistema Espanhol grave é a falta de uma norma a disciplinar a utilização da produção antecipada de prova para fins de conciliação. Contudo, a solução de se utilizar as diligências preliminares ou a própria produção antecipada de prova autônoma para se chegar a uma possível conciliação também enfrenta os mesmos problemas do Sistema Italiano e Brasileiro quanto a judicialização.

Por outro lado, no que tange a extrajudicialidade, na exposição de motivos da Lei de Mediação Espanhola existe uma real preocupação em implementar medidas que garantam a prestação jurisdicional e acesso à justiça em três eixos: a) delegação ou perda de papel do Estado em resolver conflitos em *“beneficio de un principio dispositivo que rige también en las relaciones que son objeto del conflicto”*; b) desjudicialização de determinados assuntos que *“pueden tener una solución más adaptada a las necesidades e intereses de las partes en conflicto”* e c) a regulamentação do acordo baseado no princípio da confidencialidade, *“consistente en no determinar de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatório”*¹⁶⁷.

¹⁶⁷ ESPANHA, Ley nº. 5/2012 (Lei de Mediação). Disponível em <https://www.boe.es/buscar/pdf/2012/BOE-A-2012-9112-consolidado.pdf>

No quesito produção de prova, a Lei de Mediação Espanhola não trata especificamente sobre o assunto, mas não proíbe que as partes possam se valer desse procedimento para produção de prova, desde que haja comum acordo entre as partes e voluntariedade, principalmente no que tange a prova documental (vide o exposto no art. 22 da Lei nº. 5/2012).

Em Portugal, apesar de não existir uma norma específica para tratar da matéria, o CPC-Pt prevê o procedimento de produção antecipada de prova pericial. Contudo, o procedimento está sujeito a comprovação do *periculum in mora*. Desta forma, emprestar isso a demandas não-contenciosas seria praticamente será inviável, mesmo para fins de conciliação.

Então pergunta-se: por que judicializar? Porque ocupar a máquina judiciária para produção de uma prova pericial dentro de um contexto nitidamente pré-contencioso? A judicialização dessas medidas, embora válidas, não contribuem para desobstrução do Poder Judiciário, igualmente não incentiva uma mudança de mentalidade jurídico-cultural.

A priori, o critério de desjudicialização da produção de prova pericial pré-contenciosa dentro do Sistema *Civil Law* não parece absurda e tampouco parece afrontar o princípio do acesso à justiça. Em boa verdade, o legislador já indicou em algumas legislações uma tendência a apoiar a possibilidade de produção de prova pericial pré-contenciosa, embora que timidamente. Obviamente que não na mesma técnica afeta ao Sistema *Common Law*, mas numa perspectiva interessante.

É o caso da Lei de Mediação Portuguesa que sinaliza uma boa saída para que se permita às partes a produção de prova pericial pré-contenciosa¹⁶⁸. O art. 26 autoriza que o mediador possa “sugerir aos mediados a intervenção ou a consulta de técnicos especializados em determinada matéria, quando tal se revele necessário ou útil ao esclarecimento e bem-estar dos mesmos”¹⁶⁹.

É bom ressaltar que, como tratado no capítulo 3, a sugestão não chega a ser uma produção de prova propriamente dita, pois não há formação de laudo pericial. Contudo, note que à guisa de sugestão, o legislador reconhece que é possível a participação do perito para esclarecimentos técnicos sobre a controvérsia, o que pode ser determinante para a resolução do conflito que se apresenta por meio alternativo.

¹⁶⁸ Em boa verdade, o art. 13 da Lei de Mediação alcança proporções bem maiores do que a possibilidade da produção de prova antecipada. Ele permite que a controvérsia passe por um órgão prévio de mediação extrajudicial.

¹⁶⁹ Lei de Mediação nº.29/2013.

É bem verdade que no Brasil também existe uma lei que trata da Mediação Extrajudicial (Lei nº. 13.140/2015). A lei não dispõe expressamente da possibilidade de obtenção de prova pericial pré-contenciosa, mas o capítulo que disciplina sobre a confidencialidade e suas exceções pontua no art. 30, §2º que “a prova apresentada em desacordo com o disposto neste artigo não será admitida em processo arbitral ou judicial”.

Este dispositivo legal nos leva a crer que a) é possível a produção de qualquer prova em sede de Mediação Extrajudicial, desde que as partes tenham consentido e tenha sido respeitado o dever de confidencialidade e b) que não obstante a confidencialidade, a prova obtida pode ser utilizada em processos judiciais ou arbitral.

De qualquer forma, em que pese não haver expressa previsão de figura como a produção de prova pericial pré-contenciosa, também não há proibição quanto a realização dela nos meios alternativos de solução de conflitos brasileiros, desde que respeitadas as regras já expostas. Tal como acontece na legislação portuguesa e espanhola, a participação em procedimentos alternativos de resolução de controvérsias no Brasil também se rege pelo princípio da voluntariedade.

Já a Mediação Obrigatória do Direito Italiano disciplinada no Decreto nº. 28/2010, aparece como um instrumento bem ao estilo do *pre action protocols* do Reino Unido, pois é uma ferramenta que deve ser acessada pelas partes antes da propositura da ação judicial (isso se ela for necessária, já que o que se almeja é composição).

E nesse sentido, é considerada no Direito Italiano como de natureza de condição (de procedibilidade) da ação. Ou seja, para os casos disciplinados em lei, é imperioso primeiro que a parte ingresse com a mediação para só depois mover a ação principal. Muito se questionou acerca a inconstitucionalidade do dispositivo 5º-1Bis da Lei de Mediação Italiana, posto que no contexto do Sistema *Civil Law* por muito tempo, e ainda hoje, prevalece a ideia de que isso fere o princípio do acesso à justiça. Nesse sentido, Hill¹⁷⁰ entende que o argumento da inconstitucionalidade não merece guarida:

A doutrina italiana chega ao ponto de lhe atribuir a pecha de inconstitucionalidade, em razão de a Corte Constitucional Italiana entender que somente seria inconstitucional a imposição de um procedimento prévio como condição de procedibilidade, caso viesse a retardar injustificadamente a submissão da questão ao Judiciário, ocasionando prejuízo para as partes, o que, a princípio, não ocorreria com a mediação obrigatória, pelas seguintes razões: i) a mediação possui duração máxima de quatro meses (art. 6º); ii) não obsta a concessão de medidas urgentes (art. 5º, §3º); iii) obsta que se operem a preclusão e a decadência (art. 5º, §6º). No entanto, ressalvada a questão da constitucionalidade, verifica-se que diversos juristas fazem coro ao afirmar que, nessa parte, o Governo, ao menos, transbordou a delegação legislativa da Lei no

¹⁷⁰ FLÁVIA PEREIRA HILL, ob.cit., p.307.

69/2009, em razão de a lei não ter previsto expressamente a possibilidade de condicionamento do ajuizamento da ação à previa tentativa de mediação.¹⁷¹

O acesso à justiça não significa a exclusividade do Poder Judiciário em dirimir conflitos. Significa que o Estado precisa alargar os meios de acesso a uma prestação jurisdicional efetiva.

A leitura que se fez no capítulo 2 sobre acesso à justiça deve ser a mesma que ocorre no sistema multiportas (Direito Americano) e no sistema do *pre action protocols* (Direito Inglês): não é que o cidadão não deva ter acesso às formas de solução de conflito judicializadas, mas é que esta deve ser sempre o último recurso.

Nesse sentido, Cambi e Pitta pontuam que “não haveria prejuízo ao acesso à Justiça, mas a racionalização do procedimento probatório evitaria demandas infundadas ou a prática de atos processuais inúteis, o que permitiria que o Judiciário se concentrasse na análise das provas e na qualidade da prestação jurisdicional”¹⁷².

Ademais, não são todas as demandas que devem obrigatoriamente passar pelo crivo da condição da Mediação Obrigatória (como também acontece no Direito Inglês), mas apenas as situações em que controvérsia pairar sobre condomínio, direitos reais, divisão, heranças patrimoniais, pactos familiares, arrendamento, empréstimo, aluguel de empresas, indenização por danos decorrentes de responsabilidade médica e sanitária e difamação com os meios de imprensa ou outros meios de publicidade, seguros, contratos bancários e financeiros.

Sobre a produção de prova pericial no âmbito da Mediação Italiana, o legislador também prevê expressamente a possibilidade do mediador recorrer a peritos inscritos no registro de consultores nos tribunais¹⁷³.

Diante desse panorama, resta analisar se no contexto dos meios alternativos de controvérsia, a ausência de um rito formal poderia trazer alguma dificuldade na elaboração da prova pericial pré-contenciosa pelo perito. Isto porque, a maior parte das leis que tratam da resolução de conflitos por meio da Mediação nos países de tradição *Civil Law* não enfrentaram diretamente a produção de prova pericial. Em contrapartida, também não proibiram.

¹⁷¹ FLÁVIA PEREIRA HILL, ob.cit., p. 307-308.

¹⁷² EDUARDO CAMBI E RAFAEL GOMIERO PITTA. “Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira”. *Revista de Processo – RePro*, vol. 245, (2015). p. 11

¹⁷³ Art. 8º-4 da Lei de Mediação Italiana (Decreto nº. 28/2010). Quando non può procedere ai sensi del comma 1, ultimo periodo, il mediatore può avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali. Il regolamento di procedura dell’organismo deve prevedere le modalità di calcolo e liquidazione dei compensi spettanti agli esperti.

É errado pensar que os meios alternativos de solução de controvérsia prescindem de técnica. Com bem assevera Diddier Jr, a autocomposição não é uma panaceia.¹⁷⁴ Extrajudicialmente, não necessita obedecer a uma instrumentalidade de ritos, ou seja, um rigor excessivo, daí dizer que são um meio mais informal. Contudo, a desnecessidade de um rigor específico para realizar atos na esfera dos meios alternativos não se traduz numa falta de procedimento. Prova disso é que no art. 8º-4 da Lei de Mediação Italiana, o legislador esclarece que a obtenção da prova pericial está sujeita a regulamento.

Existe na legislação brasileira também uma técnica procedimental que deve ser obedecida. O art. 166, §4º do Código de Processo Civil Brasileiro estabelece que “a mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais”.

Não é demais lembrar que, obviamente, todos os institutos aqui tratados guardam diferenças legais e influências culturais também diversas. Contudo, todos eles permitem: a) a produção de prova pericial pré-contenciosa pelas mãos das vias alternativas e b) a consecução do princípio do acesso à justiça nos moldes da releitura proposta no capítulo 2 desta tese.

Nesse aspecto existem dois caminhos a percorrer pelos ordenamentos do *Civil Law*. O primeiro é adotar a produção de prova pericial pré-contenciosa, como forma a facilitar a resolução de conflito pelas vias alternativas, sem, contudo, obrigar as partes a assim fazerem, antes de buscar amparo da via judicializado (como é o que já existe na maioria das legislações Portugal, Brasil e Espanha).

A outra é criar o sistema de filtro obrigatório ao ajuizamento de demandas, igual ao que acontece na Itália e no Sistema *Common Law* (entende-se que essa forma impacta mais profundamente na mudança da cultura de litígios). A dúvida é saber se na prática haverá de fato alguma mudança significativa na prestação da tutela pelo Poder Judiciário.

A considerar as experiências do *pre action protocols* do Direito Inglês e *multi doors courts* do Direito Americano, sem dúvida há um impacto na mudança de comportamento do jurisdicionado. Tanto é assim, que os Estados Unidos e o Reino Unido tem um dos sistemas de justiça mais fluidos do mundo¹⁷⁵.

¹⁷⁴ FREDDIE DIDDIER JR, PAULA BRAGA e RAFAEL A. OLIVEIRA. ob.cit., p.280.

¹⁷⁵ Para Cambi e Pitta, o sistema americano é fluido em razão da cultura de judicialização em última análise e em razão dos altos custos para acesso à justiça. Assim ponderam: Além disso, no sistema norte-americano, o acesso aos Tribunais é mais reduzido, o que retrata nos números de processos pendentes. (EDUARDO CAMBI E RAFAEL GOMIERO PITTA, ob.cit., p.10). Por exemplo, conforme estatísticas produzidas pelo United States Courts, aguardavam julgamento nas U.S. Courts of Appeals, 41.670 casos, número 18,7% menor do que o estoque de processos existentes em 2004. Nas U.S. District Courts, existia 300.485 processos

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.¹⁷⁶

A esse respeito, Cambi e Pitta, analisando a realidade brasileira, esposam da ideia de que é válido a tentativa de adotar procedimentos, inclusive de natureza obrigatória que sejam freios às demandas judiciais exacerbadas, nas palavras deles: “a utilização de um sistema que permita a revelação prévia de fatos e de provas pode possibilitar uma mudança não apenas no quadro de sobrecarga de processos que se encontra o Judiciário brasileiro”¹⁷⁷, mas na cultura judicial.

Nesse ponto, entende-se que andou mal o legislador português, o brasileiro e o espanhol, quando nas respectivas leis de Mediação, notadamente no que diz respeito à mediação pré-judicial, em não conferiram obrigatoriedade das partes em percorrer o órgão alternativo. Perderam a oportunidade de inserir na cultura jurídica *Civil Law* um sistema de contenção de demandas, baseado na autonomia das partes e na desnecessidade de judicialização de conflitos.

Por outro lado, os meios alternativos não podem ser encarados com um simples método de desobstrução de justiça. Diddier Jr em crítica sobre a questão pontuou:

São outros os valores subjacentes à política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos: o incentivo à participação do indivíduo na elaboração da norma jurídica que regulará o seu caso e o respeito a sua liberdade, concretizada no direito ao autorregramento.

Yarshell sinaliza uma preocupação emergente na popularização dos meios alternativos de solução de controvérsia sem o devido entendimento do que são de fato eles. Não é buscar conciliar/mediar a todo custo, mas entender que as partes têm autonomia para buscar soluções justas e de que são capazes de resolver seus próprios conflitos: “O desafogo vem como consequência, e não como a meta principal”¹⁷⁸.

cíveis pendentes de julgamento, número 5,5% maior que em 2004. Além disso, nas U.S. Bankruptcy Courts, 1.534.652 ainda precisavam ser julgados, em 2013, quantidade 7,4% menor que a existente em 2004. Dados do Judiciário Americano mostram que em relação aos Tribunais Federais a média de durabilidade de um processo (do pedido até seu arquivamento, contando apenas demandas cíveis) para o ano de 2017 foi de 7,7 meses. (EUA. *Federal Court Management Statistics–Profiles*. 2018. Disponível em: http://www.uscourts.gov/sites/default/files/data_tables/fcms_na_distprofile0630.2018.pdf)

¹⁷⁶ EDUARDO CAMBI E RAFAEL GOMIERO PITTA, ob.cit., p. 3

¹⁷⁷ EDUARDO CAMBI E RAFAEL GOMIERO PITTA, ob.cit., p. 11

¹⁷⁸ FLÁVIO LUIZ YARSELL. *Para pensar a semana nacional de conciliação*. Folha de São Paulo. 2009. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0812200909.htm>. (09.10.2018)

Costa e Silva em brilhante crítica acrescenta que só haverá sucesso das medidas, se os meios colocados à disposição das partes para resolução de litígio (judicial ou extrajudicial) forem “funcionalmente equivalente”.¹⁷⁹ Assim, é importante que, independente da realidade dos ordenamentos jurídicos, se obrigatória ou voluntária, haja um comprometimento das partes e do mediador/conciliador com a tutela justa, capaz de satisfazer os interesses conflitantes e que possam, como disciplinam os objetivos gerais da *pre action protocols*¹⁸⁰, compreender o papel do outro para que a qualidade da tomada de decisão não seja prejudicada.

Autorregramento e Imperatividade

O princípio do autorregramento da vontade é derivado do direito fundamental a liberdade e este deve ser respeitado pelo terceiro (mediador/conciliador), que conseqüentemente, não pode forçar as partes a realizarem o acordo. Conforme visto no item anterior, necessário pensar que mesmo estando diante de modelos inquisitoriais, como aqueles próprio do Sistema *Civil Law*, as partes devem ter maior autonomia e protagonismo na tomada de decisão, inclusive no que diz respeito a produção de provas, seja num processo ou fora dele. Aliás é nesse sentido que as provas também são tratadas como objeto de direito material.¹⁸¹

É importante entender como esse princípio do autorregramento da vontade vai se delinear nas soluções próprias dos meios alternativos de solução de controvérsias, notadamente nos ordenamentos de tradição *Civil Law*. Se por um lado o terceiro (mediador e conciliador) não tem poderes para impor às partes a produção de prova num procedimento extrajudicial, de outro as partes precisam compreender que a produção de prova pré-contenciosa, em muitos casos, pode auxiliar na tomada de decisão e influenciar na qualidade desta.

Ou seja, a falta de imperatividade para os atos do mediador/conciliador esbarra na ideia da voluntariedade das partes e na falta de protagonismo delas, dentro de um sistema processual

¹⁷⁹ PAULA COSTA E SILVA, ob.cit., p. 95

¹⁸⁰ UK, *Practice Direction. Pre-action conduct and protocols*. nº. 3. Disponível em: https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/pd_pre-action_conduct (05.10.2018)

¹⁸¹ Antunes Varela sobre o assunto destacou: “Tem sido e continua a ser, no entanto, bastante controvertido entre os autores a questão da natureza – substantiva ou adjetiva – do direito probatório. E por esta razão tem variado também, de país para país, a implantação legislativa da matéria”. ANTUNES VARELA, ob.cit., p. 443. Prova disso é o que acontece no Direito Brasileiro, que elenca a prova também como um direito substancial de comprovação de fatos jurídicos. Art. 212. Código Civil Brasileiro: Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: I - confissão; II - documento; III - testemunha; IV - presunção; V - perícia.

marcado pelo princípio do inquisitório. Costa e Silva acrescenta que a falta de imperatividade nos atos do mediador pode levar a total falência do procedimento, se as partes não cooperarem para o consenso umas com as outras¹⁸².

Assim, como obrigar a parte inerte a se sujeitar a realização de prova pericial (seja ela incidente sobre coisa ou pessoa)? Que imperatividade existe na atuação do terceiro que age como mediador/conciliador/árbitro? É sem dúvida um dos questionamentos mais importantes para o sucesso ou insucesso da implantação dos meios alternativos da resolução de conflitos nos países de tradição *Civil Law*. Como resolver essa questão?

Na seara das vontades, não é defeso às partes pedir pela realização da prova pericial para comprovação de uma situação importante para resolução da demanda. Contudo, essa situação, na maioria dos ordenamentos jurídicos do mundo, vem delineada como derivada do direito de prova (de participar, pedir e de se manifestar sobre a prova).

Não quer dizer que não possam fazer em outros juízos. Lebre de Freitas pontua que no campo do disponível, essa voluntariedade é quem institui e destitui o terceiro árbitro/mediador/conciliador para resolução do conflito e tem fundamento similar ao negócio jurídico (daí falar de autorregramento da vontade).¹⁸³

A disponibilidade, na seara dos meios alternativos, deve ser pensado nos moldes do art. 11 da Lei de Mediação Portuguesa para a qual podem ser objeto de mediação de litígios em matéria civil e comercial, direitos que respeitem a interesses de natureza patrimonial, como também aqueles direitos que, mesmo não envolvendo interesses de natureza patrimonial, possam as partes celebrar transação sobre ele.

No caso da mediação, por exemplo, as partes dirigem sua vontade para que também haja um procedimento próprio, estando assim concretizado o princípio do autorregramento processual¹⁸⁴, traduzindo-se na possibilidade de adequar a forma ou meio de resolução de conflitos a vontade dos litigantes.

Consequência concreta do princípio do autorregramento (da vontade e processual) é a formação de um negócio jurídico processual. Nas palavras de Diddier Jr é o “fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se reconhece ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento”¹⁸⁵.

¹⁸² PAULA COSTA E SILVA, ob.cit., p. 104.

¹⁸³ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, ob.cit., p. 84/85

¹⁸⁴ O que Diddier Jr determina como adaptabilidade, flexibilidade ou elasticidade do processo. FREDDIE DIDDIER JR, PAULA BRAGA e RAFAEL A. OLIVEIRA. ob.cit., p. 116.

¹⁸⁵ FREDDIE DIDDIER JR, PAULA BRAGA e RAFAEL A. OLIVEIRA. ob.cit., p. 380.

Contudo, precisa-se entender que o princípio do autorregramento encontra limites legais. As partes não podem a seu bel prazer dispor de determinados atos processuais, sem que para eles não sofra ônus. É dizer que: ainda que a parte não seja obrigada a realizar determinada conduta processual, tem que respeitar deveres de boa-fé e cooperação.

Quanto ao princípio da cooperação, há que se dizer que ele moldou profundamente a estrutura das legislações processuais de países de tradição notadamente *Civil Law*. O Código de Processo Civil Português deu particular atenção ao princípio em questão no art. 7º, assim, também o fez o legislador brasileiro (art. 6º do CPC-Br).

Diddier Jr. destaca que por causa dessa modificação é que não podemos falar hoje em escolas puramente *Civil Law* ou puramente *Common Law*, porque todas elas acabaram por incorporar características uma das outras, principalmente no tocante ao dever de cooperação, muito embora ainda seja possível perceber traços marcantes de um sistema e outro. Pontua o autor que:

A doutrina costuma identificar dois modelos de estruturação do processo: o modelo adversarial e o modelo inquisitorial. Não obstante haja muita discussão em torno da caracterização de tais modelos, bem como seja criticável a terminologia, a dicotomia ainda continua sendo bastante utilizada e serve, assim, como uma apresentação, ao menos para fins didáticos, do tema.

[...]

Também há quem relacione o processo adversarial ao common law e o processo inquisitivo ao civil law. Como primeiro passo, a relação é correta, mas não devem

ser ignoradas as profundas influências recíprocas que esses sistemas vêm causando

um no outro, a ponto de a diferenciação entre eles ficar cada vez mais difícil¹⁸⁶

Lebre de Freitas assevera que “esta nova concepção do processo civil, bem afastada da velha ideia liberal duma luta arbitrada pelo juiz, revela a importância do princípio da cooperação”¹⁸⁷. Concretamente, o princípio (dever) da cooperação deve ser preponderante em qualquer situação em que as partes desejem ver seus conflitos tutelados. Por isso que não é difícil apontar legislações para quais, mesmo no procedimento extrajudicial, as partes precisam guardar obediência a este dever.

Nos países onde o uso dos meios alternativos de resolução de controvérsia foram contemplados como um filtro a judicialização dos conflitos, não existem grandes dificuldades em captar a produção de prova pericial pré-contenciosa já que as partes, por serem obrigadas a passar por essa etapa, estariam mais pré-dispostas a cooperar (a questão da cultura judiciária).

¹⁸⁶ FREDDIE DIDDIER JR, PAULA BRAGA e RAFAEL A. OLIVEIRA. ob.cit., p. 122/123.

¹⁸⁷ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, ob.cit., p. 193

Entretanto, cabe-se destacar que tradicionalmente, em razão da cultura do sistema adversarial (como acontece no Reino Unido), há uma verdadeira identificação das partes com a leitura de seus papéis na lide. O que facilita o empoderamento delas no sentido de cooperar com a tutela jurisdicional.

Nos sistemas *Civil Law*, é preciso que essa construção de empoderamento da vontade (autorregulamentação) seja inserido na legislação de forma contundente, para que tenha algum impacto na concretização dos meios alternativos da solução de controvérsia. Isto porque, somos facilmente seduzidos pelo “mito” de que a parte deve (obrigatoriamente) ser conduzida pelo juiz do processo que fiscaliza a regularidade dos atos processuais. De certa forma, o “mito” funciona quando existe um processo. E quando não existe? Como dar independência às partes em buscar inclusive uma tutela extrajudicial de seu direito?

A legislação italiana buscou saída, como já se viu anteriormente, em adotar medidas contentivas à judicialização. A Lei de Mediação Italiana criou a figura da mediação obrigatória. Alias, a falta de dever de cooperação na Lei de Mediação Italiana, como por exemplo, a ausência injustificada nos atos de mediação tem como consequência a aplicação de multa¹⁸⁸. Tal como acontece no procedimento do *pre action protocols* do Sistema Inglês:

If proceedings are issued, the parties may be required by the court to provide evidence that ADR has been considered. A party's silence in response to an invitation to participate or a refusal to participate in ADR might be considered unreasonable by the court and could lead to the court ordering that party to pay additional court costs.¹⁸⁹

Ocorre que em Portugal, Brasil e Espanha, como não há obrigatoriedade em se submeter à Mediação antes de ajuizar a demanda, fica difícil mensurar até que ponto às partes estariam pré-dispostas a colaborar com o Mediador, no caso em que ele sugerisse a convocação do perito para esclarecimentos técnicos quanto à determinada matéria, quando tal se revele necessário ou útil à demanda.

Alguns problemas:

- a) O art. 4º da Lei de Mediação Portuguesa ainda assevera que “durante o procedimento de mediação, as partes podem, em qualquer momento, conjunta ou unilateralmente, **revogar** o seu consentimento para a participação no referido procedimento”.

¹⁸⁸ ITÁLIA. Lei de Mediação, Decreto n.º 28/2010. Art. 8º-4Bis,

¹⁸⁹ É a regra número 11 do PRACTICE DIRECTION – PRE-ACTION CONDUCT AND PROTOCOLS, disponível em https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/pd_pre-action_conduct.

- b) No Brasil, desde 2010, por meio da Resolução nº. 125 foi determinado pelo Conselho Nacional de Justiça Brasileiro a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCS). O Código de Processo Civil-Br (arts. 165 e seguintes) adotou a recomendação do CNJ, e tratou da figura do CEJUSCS como entidade capaz de estimular a conciliação e mediação como forma alternativa de solução de conflitos. São “responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição”¹⁹⁰. Além dos Centros, as Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação atuam na mesma linha. Extrajudicialmente, seriam os órgãos responsáveis por abarcar essas demandas não contenciosas¹⁹¹. Mas também na realidade brasileira, a participação das partes é **voluntária**¹⁹².

Dessa forma, qualquer proposta que se alie a ideia de conferir mais poderes probatórios ao mediador/conciliador esbarrará no princípio da voluntariedade de partes. Com exceção do Direito Italiano, para qual a mediação em determinados casos é obrigatória, em Portugal, Brasil e Espanha são procedimentos facultativos, ou seja, ninguém estaria obrigado a participar, quanto ainda em produzir prova, a seu favor ou não.

No cenário atual, o mediador possui poderes que o vinculam muito mais a restauração do diálogo que propriamente a instrução do procedimento. Tão verdade que na maioria das legislações aqui estudadas há apenas um indicativo muito leve, a guisa de sugestão, quanto a atividade probatória.

A solução para o problema apresentado, particularmente no Brasil, Portugal e Espanha é orquestrar uma mudança legislativa em duas frentes: primeiro, no sentido de conferir competências específicas (poderes) ao mediador na produção da prova pericial, corrigindo a omissão; e segundo, conferindo maior poder as partes na realização dos atos probatórios.

¹⁹⁰ Art. 24 da Lei de Mediação Brasileira.

¹⁹¹ Ainda existe um outro órgão criado pela Lei nº. 9.099/95 que são os Juizados Especiais Cíveis e das Relações de Consumo que possuem conciliadores e mediares para resolução de conflito. Contudo, para que as partes cheguem até eles precisam antes judicializar a demanda. Ou seja, primeiro um processo se forma e como procedimento deste, as partes são chamadas a conciliar/mediar, mas dentro da estrutura judiciária. Lê-se da mesma forma a audiência de Conciliação e Mediação obrigatória do procedimento comum (art. 319 do CPC-Br)

¹⁹² Art. 2º, §2º da Lei de Mediação Brasileira: Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação

Quanto à primeira frente, a legislação buscaria primeiro definir quais são as matérias para o qual as partes deveriam buscar a mediação obrigatória, tal como acontece no Direito Italiano. A partir disso, disciplinar a necessidade da participação do perito, juntamente com o mediador/conciliador, para os casos em que a prova pericial pré-contenciosa seja essencial para a tomada de decisão pelas partes na autocomposição de seus interesses.

Além disso, a produção probatória pré-contenciosa poderá servir para que as partes visualizem a viabilidade de uma eventual e futura ação judicial, caso a autocomposição não seja alcançada. Assim, mais que ser uma simples produção de prova para obtenção do acordo, a estruturação da prova pericial pré-contenciosa nestes termos torna-se instituto de prevenção de litígios.

Contudo, para que a ideia proposta cause um impacto prático, o procedimento alternativo de resolução de conflitos também deveria sofrer alteração legal para passar a se assemelhar ao instituto do *pre action protocols*, por exemplo. Ou seja, a utilização dos procedimentos alternativos, notadamente de mediação e conciliação, para as demandas especificadas, deixaria de ser facultativa para ser obrigatória, propiciando um ambiente de degraus para judicialização.

Quanto à segunda frente, a obrigatoriedade em se sujeitar a um procedimento alternativo, no que respeita à produção de prova, hábil a municiar a parte de elementos fundamentais a verificação da viabilidade da ação e/ou auxiliar na tomada da melhor decisão para controvérsia, operaria numa maior autonomia das partes em realizar atos de cooperação com a justiça e impactaria na esfera da mudança da cultura judicial. Isto é, ensejaria a formação de um modelo de processo cooperativo também na esfera extrajudicial.

Isso não parece contraditório, já que não se pode falar propriamente em processo inquisitorial quanto à mediação e a conciliação, já que o mediador/conciliador e as partes não estão em posição hierarquicamente superior um relativamente ao outro.

Nesse modelo, as partes ocupam posições em que a colaboração é quem ditará o resultado efetivo do procedimento. Por sua vez, somente ingressariam com a ação judicial após estarem aprovisionadas das provas suficientes para fundamentar uma discussão útil do direito em questão (futura e eventual).

Não se quer dizer que todo o trabalho probatório deva ficar a cargo das partes, nem que os juízes devam receber sempre os processos com todo o conteúdo probatório desenvolvido pelos litigantes, até porque em razão do princípio do inquisitivo, o juiz também poderá requerer provas.

Busca-se, pelo menos no que respeita a desjudicialização do conflito, por meios alternativos, haja uma redistribuição equitativa de poderes entre as partes e o mediador/conciliador, para correção das desigualdades perpetradas culturalmente pelo modelo inquisitivo de processo, que cria uma falsa noção de que as partes não podem ocupar novos espaços de protagonismo.

Como nas palavras de Muller, o que se deseja é criar uma “autêntica plataforma processual para construção de procedimentos diferenciados”¹⁹³:

É que diferente de outros avanços, a ampliação do protagonismo das partes no processo, conferindo-lhes o direito de modificar o procedimento ou regular de forma diferente da lei situações processuais que envolvem seus ônus, deveres, faculdades e poderes, e o dever de, em conjunto com o juiz e entre elas, cooperarem para melhor administração da justiça, leva a um novo modo de pensar o processo e de operar diversas categorias e conceitos – até então intocáveis – como a ordem pública processual e o caráter cogente de suas normas; o próprio modo como as partes se relacionam entre si e como elas se relacionam com o juiz. Desloca-se o processo, quando as partes assim o desejarem, do perfil marcado pelo publicismo para uma posição mais centralizada, que não chega a ser marcadamente privatista.¹⁹⁴

Na hipótese da produção de prova pericial pré-contenciosa extrajudicial, a anuência quanto ao ato se dá como resultado da voluntariedade de quem participa dos procedimentos alternativos, em ato de cooperação com a própria justiça. Consequentemente, o valor da prova pericial obtida seria ponderado pelas partes na autocomposição do litígio, já que o mediador ou conciliador não emitem juízo de valor e nem poderia assim o ser, pois desenvolvem funções precipuamente de restauração do diálogo, inserindo-se na controvérsia em maior ou menor escala.

Em não sendo possível a obtenção do acordo, já que as provas foram obtidas dentro do procedimento obrigatório, mas consensual, as partes se dirigiriam a uma contenda judicial (em última análise). A prova pericial desenvolvida no âmbito dos meios extrajudiciais de resolução de conflito, respeitando o princípio da confidencialidade e suas exceções legais, auxiliaria as partes na autocomposição (desjudicializada) e, caso esta não fosse alcançada, excepcionalmente¹⁹⁵, serviria para fundamentar processos judiciais eventuais e futuros.

¹⁹³ JÚLIO GUILHERME MULLER, ob.cit., p. 56

¹⁹⁴ JÚLIO GUILHERME MULLER, ob.cit., p. 57/58.

¹⁹⁵ Mais uma vez se pontua que não é qualquer ato que poderá ser compartilhado pelo mediador ou pelas partes no procedimento de mediação. Em regra, vige o princípio da confidencialidade. No entanto, para esta regra cabem exceções. Vide: art. 9 da Lei de Mediação Espanhola (Lei nº. 5/2012): Artículo 9. Confidencialidad. 1. El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento. 2. La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación

E a questão da imperatividade quanto aos atos do mediador/conciliador?

No procedimento do *pre action protocols*, em que pese não haver regra que trace as competências de mediador/conciliador, existe norma que penaliza a parte que não age com dever de colaboração. Assim, não seria necessário alterar as competências do mediador, mas, em se tornando um sistema de degraus (filtros), possa se pensar em atribuir ônus ou penalidades a parte que sem justo motivo se recusa a cooperar na mediação.

De qualquer forma, há um indicativo no Brasil de que a cultura da resolução alternativa do conflito vem sendo implantada com bons resultados, mesmo sem ser obrigatória. Prova disso foi que o Tribunal de Justiça de São Paulo realizou pesquisa intitulada de “Movimento Judiciário de Primeira instância” no qual constatou que durante o mês de maio de 2018, dos 10.811 acordos realizados nos Juizados Especiais Cíveis, 5.051 foram acordos extrajudiciais comunicados ao juízo (de partes que buscaram espontaneamente as formas alternativas de solução de conflitos). Quanto aos processos em tramitação do CEJUSC da Comarca de São Paulo foram obtidos 10.075 acordos na fase pré-processual (aqueles de caráter pré-contencioso).¹⁹⁶

Não se pode dizer ao certo se a medida resultará em impactos práticos de esvaziamento de demanda no Poder Judiciário nos países onde essa providência pode ser adaptada (Brasil, Portugal e Espanha). Mas no tocante a realidade do Reino Unido, desde a implantação do sistema da *pre action protocols*, houve uma redução significativa de judicialização de conflitos.

Macedo e Neto apontam que a experiência inglesa de implantação das *pre action protocols*, a partir da últimos anos da década de 1990 até 2010, resultou numa maior utilização das

estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto: **a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad. b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.** 3. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico. Também: art. 5º da Lei de Mediação Portuguesa (Lei nº. 29/2013): O dever de confidencialidade sobre a informação respeitante ao conteúdo da mediação só pode cessar por razões de ordem pública, nomeadamente para assegurar a proteção do superior interesse da criança, quando esteja em causa a proteção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa, ou quando tal seja necessário para efeitos de aplicação ou execução do acordo obtido por via da mediação, na estrita medida do que, em concreto, se revelar necessário para a proteção dos referidos interesses. Ainda: art. 30 da Lei de Mediação Brasileira (Lei nº. 13.140/2015) Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial **salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação. (grifos nossos)**

¹⁹⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO – BRASIL. *Movimento Judiciário de Primeira Instância*. São Paulo. 2018. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=101858> (12.10.2018)

formas alternativas de resolução de conflitos, impactando em uma diminuição de 21% do volume de demandas judicializadas¹⁹⁷.

Sem embargo, é de se reconhecer dificuldades para produção de prova pericial pré-contenciosa neste contexto, pois mesmo que a lei seja modificada para alterar o regime de tratamento dado aos meios alternativos, este ato ainda dependeria de uma mudança da cultura de judicialização.

Critério de Custos

Quando se fala do critério de custos, dois pontos de partidas precisam ser mensurados. O primeiro deles é o ponto de partida do Poder Judiciário, ou seja, a adoção de medidas de produção de prova pericial pré-contenciosa via extrajudicial impactaria no orçamento público da justiça? O outro ponto tem como partida o jurisdicionado propriamente, ou seja, é mais barato ao cidadão resolver seus conflitos pelas vias alternativas?

Essas questões são mais complexas do que parecem. É que na análise de gastos e custas processuais precisam ser analisados alguns fatores. Do lado do Estado: o tempo gasto com o processo, o número de funcionários que atuam nos tribunais, os gastos físicos de instalação dos tribunais, etc. Do lado do cidadão é necessário mensurar: a despesa com contratação de advogados, o pagamento de custas processuais, o pagamento pela realização de provas no processo (principalmente a pericial) e outros.

Além disso, para as partes, estes custos implicam o desgaste emocional de participar de um processo, já que terá que ser ouvido em contraditório, terá seu nome ligado a uma lide processual, terá uma série de responsabilidades e deveres processuais de boa-fé e colaboração.

Por outro lado, nos meios alternativos de solução de controvérsia (arbitragem, mediação e conciliação) as partes também não estão isentas do pagamento de custas. As legislações que tratam da matéria de resolução de conflitos extrajudiciais dispõem sobre a remuneração do mediador/conciliador, pagamento de despesas para o caso de realização da prova, pagamento de despesas com o procedimento extrajudicial adotado e assim por diante.

As custas e despesas ligadas um processo judicial são variáveis a depender do país que se encontra. No Brasil, por exemplo, em razão de sua continentalidade e da diversidade de distribuição de renda entre regiões, as custas variam vertiginosamente. Em 2010, o

¹⁹⁷ ELAINE HARZHEIM MACEDO e EUGÊNIO FACCHINI NETO, ob.cit., p. 129.

Conselho Nacional de Justiça do Brasil constatou que a Região Sul do País era a que cobrava menores valores médios, enquanto os valores médios mais altos eram encontrados na Região Nordeste¹⁹⁸. Na Espanha, as taxas para o exercício do Poder Jurisdicional cresceram 67,60% em comparativo dos anos de 2016/2017 para processo de perspectiva de primeiro grau.¹⁹⁹

Do ponto de vista do Poder Judiciário, essas custas servem para cobrir os gastos com estrutura e pessoal (pagamento de salários, por exemplo), além de outras despesas operacionais dos Tribunais. A Comissão Europeia em relatório realizado em 2012, estimou que o Estado Português gasta em média de 300 a 500 euros na manutenção de um processo, tendo investido 24,9% com a Justiça. Apesar disso, a duração média do processo em Portugal ainda é muito baixa (conforme debatido no capítulo 2)²⁰⁰

A adoção de métodos alternativos para solução de conflitos, para além da informalização e rapidez na justa composição do litígio, implica menos gastos aos cofres públicos, posto que o Estado transfere a outras entidades privadas a realização de todos os atos em prol da solução amigável do conflito.

No que tange ao procedimento, as custas médias em Portugal para as demandas simples em um processo de mediação giram em torno de 70 euros²⁰¹. Assim, considerando-se que o procedimento é de fato mais informal que o procedimento judicializado, entende-se que essas custas com procedimentos extrajudiciais são menores. Isso representa um menor custo ao erário público, já que contará com a cooperação de órgãos extrajudiciais para resolução de conflitos.

A desjudicialização implica em um procedimento mais informal e célere, já que dispensa a necessidade estrita de se cumprir um rito processual. Logo, especificamente para os casos

¹⁹⁸ A mesma pesquisa constatou que: Paradoxalmente, as três unidades da federação que possuem os Índices de Desenvolvimento Humano - IDHs mais elevados eram as que adotavam o regime de custas mais baixos (neste comparativo), destacando-se, na outra ponta, Piauí, Maranhão e Paraíba como os três estados com valores mais elevados. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA DO BRASIL. *As custas judiciais em foco*. 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/433-informacoes-para/imprensa/artigos/13592-as-custas-judiciais-em-foco>.

¹⁹⁹ PODER JUDICIAL DA ESPANHA. *Aspectos Economicos de la justicia*. 2016. Disponível em <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Aspectos-economicos-de-la-justicia/Tasas-judiciales/>. 15.10.2018

²⁰⁰ Os dados são referentes ao relatório de 2012. Um novo relatório foi feito de 2017, contudo Portugal não forneceu à Comissão Europeia dados que permitam aferir do desempenho da justiça nacional no que respeita aos seus principais indicadores, como a celeridade (COMISSÃO EUROPEIA. *Relatório Sistemas Judiciais Europeus: eficiência e qualidade na Justiça*, 2012. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_effective-justice-systems_pt.pdf. 15.10.2018).

²⁰¹ Valor considerado para as ações que não excedem 25.000,00 euros. Dados disponíveis em: <https://arbitragem.autonoma.pt/tabela-de-custas-de-mediacao-de-conflitos/>

de que a realização prova pericial pré-contenciosa serve para viabilizar a solução amigável, o que se propõe é que fique a cargo dos meios extrajudiciais.

No que tange a participação de perito nos procedimentos traçados pelas legislações de Brasil, Itália, Portugal e Espanha, embora não tenham tratado especificamente sobre o tema produção de prova, entende-se que o pagamento das custas relativas aos gastos da mediação devem ser repartidas entre as partes²⁰².

Em última análise, na hipótese das partes não terem qualquer capacidade de pagamento das custas que envolvem a participação dos terceiros e peritos no procedimentos desjudicializados, nada obsta que sejam os mesmo socorridos pela gratuidade da justiça. Ora, se existe uma releitura para se considerar os meios alternativos como formas de potencializar o princípio do acesso à justiça e, em se definindo que os terceiros (mediador/conciliador) agem em cooperação com o Poder Judiciário, não há porque não conferir e alargar as regras de gratuidade das demandas àqueles designadamente hipossuficientes.

Sob esse aspecto, não custa lembrar que na legislação de mediação brasileira já há previsão de gratuidade para aqueles que não tem condições de arcar com as custas do procedimento (art. 4º, §2º). Na lei portuguesa de mediação, no que tange aos sistemas públicos de mediação, também há previsão de isenção ou redução de pagamento de taxas (art. 33)

Quanto ao critério temporal, o comprometimento da celeridade e o conseqüente afetamento na duração razoável do processo é outro problema que surge da judicialização. A opção dos legisladores do sistema *Civil Law* em criar institutos judiciais de produção de prova pericial pré-contenciosa, como é caso do Brasil e da Itália, não comporta a celeridade de um rito que pretende a solução consensual do conflito.

Na Itália, o procedimento disposto pelo Código de Processo Civil (perícia técnica preventiva)²⁰³ cria um procedimento bifásico judicializado desnecessário, o que torna muito mais demorada a demanda. Nas palavras de Ulloa:

E' vero però che, nell'ipotesi in cui il tentativo fallisca e la parte proceda all'instaurazione del giudizio di mérito, si realiza un collegamento tra i due procedimenti, análogo a quello che si instaura tra un comune procedimento di istruzione preventiva ed il successivo giudizio di mérito.²⁰⁴

²⁰² Lei de Mediação Portuguesa – art. 29. Lei de Mediação Espanhola – art. 15. Lei de Mediação Italiana – art. 13. Lei de Mediação Brasileira – art. 21 a 23.

²⁰³ Art. 696-Bis CPC: (...) Se la conciliazione non riesce, ciascuna parte può chiedere che la relazione depositata dal consulente sia acquisita agli atti del successivo giudizio di merito

²⁰⁴ FRANCESCA CUOMO ULLOA, ob.cit., p. 294-295

A mesma situação acontece no Brasil com a produção antecipada de prova para fins de conciliação ou resolução adequada do conflito. É de se lembrar que todo um maquinário público restará ocupado para tratar de um processo que na primeira fase é nitidamente de caráter pré-contencioso. Mesmo que as partes alcancem a composição, ainda deverá ser respeitado um procedimento (que pode ser longo a depender do tipo de perícia que se quer). Afirma-se isso considerando a histórica lentidão que massacra os processos judiciais de tradição *Civil Law* (Portugal, Itália, Brasil).

Os números já foram apresentados no capítulo 2 desta dissertação. Estima-se que em Portugal o tempo de demora para resolução de um processo seja 30 meses, o que é quase oito vezes mais do que os 147 dias da média europeia²⁰⁵. Esse longo caminho de espera revela um desgaste emocional às partes que participam de uma demanda desse porte. A eternização de conflitos judiciais coloca em xeque toda confiabilidade da justiça em dar resposta ao seus jurisdicionados.

Enquanto isso, na Lei de Mediação da Itália, por exemplo, no art. 6º-1 dispõe que “o processo de mediação não dura mais de três meses”. A preocupação é que a judicialização ocasiona um caminho justamente inverso do desejado pelas partes, resultando em uma eternização das demandas, comprometendo a celeridade e também a prestação de uma tutela judicial justa e efetiva.

²⁰⁵ Comparando com os dados de 2012 da Comissão Europeia: Relatório Sistemas Judiciais Europeus: eficiência e qualidade na Justiça.

Conclusão

Não é tão simples identificar as causas da ineficiência da atuação jurisdicional, sobretudo nos países de tradição *Civil Law*. É preciso se ter em mente que o processo evolutivo de centralização das decisões judiciais em torno da figura do Estado resultou em duas formas de liberdade processual completamente diversas.

Enquanto nos sistemas adversariais o Estado conseguiu conferir mais liberdade às partes no tocante a direção de certos atos processuais e, conseqüentemente, atribuindo uma natureza mais autónoma dos litigantes para buscar por si só a resolução dos litígios mais adequada, nos sistemas inquisitivos viu-se inicialmente o contrário: o juiz como principal (embora não único) direcionador dos atos processuais.

Imbuídos pela lógica de que o Estado é quem deve sempre dizer o direito, adotou-se na cultura *Civil Law* uma interpretação *a priori* restrita do princípio do acesso à justiça, o que contribuiu de certa forma ao engessamento e engarrafamento processual, especialmente a partir da segunda metade do século XX.

Além da cultura jurisdicional, claro que outros fatores se somam a esse fracasso: o descompasso entre a velocidade dos acontecimentos sociais e complexidade de novas relações sociais, sem que para isso houvesse um preparo da máquina pública para acompanhar o *boom* vertiginoso das demandas.

A falta de legislações que pudessem adequar a realidade social às novas tendências processuais, para que se fomentasse uma ruptura com as antigas culturas judiciaristas, aliados ainda à falta de estrutura física e de mão-de-obra humana para atender os litigantes, contribuíram para a incapacidade do Poder Judiciário em dar respostas satisfatórias e céleres aos jurisdicionados.

Não é, e não foi, pretensão deste trabalho traçar uma fórmula pronta e acabada para combater o problema da crise do Judiciário mundial. A sugestão é que se possa repensar a estrutura sob qual repousa a legislação processual *Civil Law*, a fim de que se adote medidas que garantam as partes maior autonomia e empoderamento na resolução de seus conflitos. Isso não pode ser entendido como uma mudança de sistema, mas uma releitura dele. A função jurisdicional típica, envolta na máxima de que o Estado não pode se afastar de julgar as demandas trazidas à sua apreciação, precisa ser revista urgentemente.

E qual o sentido disso? De que forma países como Portugal, Brasil, Espanha e Itália podem superar esse paradigma da judicialização exacerbada? Em todas as situações, em que pese tratem-se de ordenamentos jurídicos essencialmente diversos, o Estado precisa

incentivar, por meio de políticas públicas, outros mecanismos adequados ou alternativos de resolução de conflitos (para que eles sejam fato implementados).

É nesse cenário que se discute a importância dos meios alternativos (ou adequados) de solução de controvérsias. Há uma emergente necessidade de se criar filtros para o ajuizamento de demandas, não para torná-la mais cara e inacessível (posto que assim de fato seria uma afronta ao acesso à justiça), mas para torná-la útil, efetiva e de qualidade.

Propôs-se aqui a análise dos institutos alternativos de solução de conflitos, dando ênfase especial à Mediação. A ideia não é apenas desafogar o Judiciário, mas criar uma consciência jurídica social de que a judicialização do conflito é a última alternativa e não a primeira.

Isto deve ser considerado principalmente quando as partes não apresentam ânimos de litigar. No caso do objeto de estudo desta dissertação, que é a produção de prova pericial pré-contenciosa, a parte não pode ser levada a ter que produzir uma prova apenas pela via da judicialização.

Como bem acontecem nos procedimentos de *pre action protocols*, munir as partes de provas é essencial inclusive para fazer saber se elas terão sucesso numa lide futura. Atua não só no encaminhamento da parte para uma resolução de controvérsia, mas também na preventividade das demandas judicializadas.

O que se viu é que a maioria dos ordenamentos jurídicos do Sistema *Civil Law* são incapazes de dar uma resposta direta ao problema da obtenção de prova pericial pré-contenciosa.

Portugal sequer possui legislação expressa nesse sentido, seja no âmbito extrajudicial quanto no âmbito judicial. Apesar disso, conta com a Lei de Mediação que parece sinalizar no sentido da possibilidade da produção de prova pré-contenciosa.

No Brasil, apesar de haver disposição expressa no sentido da possibilidade da obtenção da prova pré-contenciosa, o procedimento previsto é judicializado. Ou seja, a parte precisa lançar mãos de uma ação autónoma de produção antecipada de prova para depois ponderar pela busca de resolução alternativa de conflitos. Por outro lado, o Brasil também dispõe de Lei de Mediação Extrajudicial que trata muito vagamente na possibilidade de produção de prova pré-contenciosa.

O ordenamento espanhol contempla apenas as diligências preliminares e a produção antecipada de prova, mas ambas se socorrem de um procedimento judicial. Já o procedimento italiano, em que pese tenha elencado hipótese clara de produção de prova

pericial pré-contenciosa, também utilizou do meio judicial do processo cautelar para obtenção dela.

De toda sorte, foi o direito processual civil Italiano que mais inovou ao se aproximar dos instrumentos de produção de prova pré-contenciosa pelas vias extrajudiciais. A Lei de Mediação Italiana é quem confere a possibilidade de atuação do perito no procedimento. Além disso, cabe acrescentar que a inovação não parte apenas da situação da possibilidade da elaboração da prova pericial pré-contenciosa, mas também porque conferiu caráter obrigatório de participação das partes no procedimento, como condição da ação judicial. É necessário que seja pensado um sistema de freio às demandas judiciais inúteis, tal como acontece no *pre action protocols* do Sistema Inglês. Não há dúvida que a obtenção de prova neste universo tem caráter de municiar as partes de fundamentos necessários ou para se chegar na composição do litígio (que é o que se quer), ou na propositura da ação (eventual e futura).

Viu-se ainda que existe uma necessidade premente dentre os ordenamentos de tradição *Civil Law* de adotar medidas para enxugar a máquina pública, adotando os instrumentos já utilizados e exitosos da experiência *Commom Law*. Contudo, é preciso ter atenção na importação desses modelos de um sistema para outro.

Percebeu-se que no Sistema *Commom Law*, em razão do modelo adversarial, as partes tem maior liberdade de atuação dentro e fora do processo. O que é diferente do *Civil Law*, já que em razão do modelo inquisitorial as partes possuem poderes mais reduzidos e quase sempre orientados pelo juiz no processo. Por isso que qualquer alteração que venha a acontecer nas legislações continentais precisam tocar na necessidade de mudança da cultura judiciária.

Não é dizer que os sistemas não podem se comunicar. Ora, vive-se hoje num mundo cada vez mais globalizados, refletindo na intercomunicação das legislações que, em razão da globalização, acabam emprestando institutos um do outro. É importante pontuar, contudo, que essas mudanças importam em impactos das mais variadas órbitas, impactos estes cujos efeitos precisam ser enxergados e superados, sob pena de não surtirem qualquer resultado no plano prático.

De que adiantaria propiciar a produção de prova pericial pré-contenciosa se as partes não terão acesso a esse direito por desconhecimento ou porque o Estado não se preocupou em criar estrutura para tornar factível essa prática?

A conclusão que se chegou é que a estrutura atual dos ordenamentos jurídicos dos países da escola *Civil Law* (notadamente Brasil e Itália) já permitem um produção de prova

pericial pré-contenciosa. Basta lembrar da figura da *consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite* do Direito Italiano e do instituto da produção de prova antecipada para fins de conciliação, no Direito Brasileiro. Contudo, são institutos de natureza judicial.

Ainda quando se encontram no âmbito extrajudicial, como é o caso da lei de mediação Portuguesa, que permite a sugestão intervenção de peritos para esclarecimentos quanto aos fatos do caso, são de caráter voluntário. Ou seja, não impactam em uma verdadeira mudança do papel das partes em resolver seus conflitos, tampouco no desafogamento da máquina pública, já não serviriam para frear a propositura de demandas infundadas ou inúteis.

Dessa forma, é que no último capítulo ponderou-se sobre os efeitos que a adoção de uma medida obrigatória extrajudicial de produção de prova pericial pré-contenciosa pode causar ao ordenamento jurídico desses países de tradição *Civil Law*.

O primeiro efeito considerado é a possibilidade de uma modificação legislativa para criação de um procedimento de resolução de conflitos extrajudiciais em degraus. Ou seja, semelhantemente ao sistema de *pre action protocols* que modificou e impactou fortemente na cultura de judicialização, é necessária uma adequação dos meios alternativos de resolução de conflitos para que eles sejam precedentes aos procedimentos judiciais (sistema de degraus).

Para a devida compreensão do que se propõe deve ser feita uma releitura do princípio da voluntariedade. Corolário deste princípio, as partes tem o direito tanto de escolher qual rito processual (o que melhor se adequa para a resolução do conflito), e também dentro do procedimento escolhido, as partes tem direito de traçar regras flexíveis quanto a forma como se dará essa resolução (que provas podem constituir, por exemplo).

Parte dessa ideologia toca características próprias dos sistemas *Common Law* de adversariedade, contudo não chega a ser uma substituição do modelo inquisitorial de processo. Como bem debatido no capítulo 4 (item 4.1), a fluidez com que esses modelos se comunicam dentro dos diferentes ordenamentos jurídicos, que se emprestam e se inspiram de institutos do direito processual alheio, não permite admitir-se um sistema puramente inquisitorial ou adversarial.

O que os ordenamentos jurídicos buscam na atualidade é a iniciação de um processo em que as partes entendam o papel de cada um nessa estrutura de prestação de Tutela Jurisdicional. Inicialmente a admitir que o Estado não deve centralizar e monopolizar todas

as formas de resolução de conflito. Depois, as partes precisam se empoderar de sua posição de protagonista dentro do cenário judicial.

A consequência disso é a potencialização do princípio da cooperação para além das esferas do processo judicializado. As partes assumem uma nova posição para a resolução de conflito, e isso é o segundo efeito que esse instituto poderá ocasionar.

Os primeiros dois efeitos impactam profundamente na mentalidade do jurisdicionado, a saber, na criação de uma cultura jurídica onde a judicialização será sempre o último recurso.

Por fim, coube pontuar acerca dos efeitos relativos ao critério de custas do procedimento extrajudicial de produção de prova pré-contenciosa. Verificou-se que a utilização do meio alternativo no cenário de hoje (da voluntariedade da medida) já é muito mais vantajoso, tanto para o Estado quanto para as partes.

Para o Estado porque contará com a atuação cooperativa das partes e dos terceiros (mediadores/conciliadores) na resolução do conflito, descentralizando e alargando as formas de acesso a justiça. Ou seja, o Poder Judiciário cuidará apenas dos casos estritamente necessários, logo, a máquina judiciária operará de forma mais enxuta (diminuição do orçamento judicial e redução das despesas fixas dos tribunais).

Para as partes, porque em razão da informalidade dos atos, estes tendem a ser menos custosos financeiramente, principalmente porque as custas dos atos, em respeito ao princípio da cooperação (ambos tem interesse na resolução do conflito), são em regra rateados entre os participantes. Além disso, as partes ganham em tempo de tramitação das demandas, que são mais céleres nos meios alternativos.

Dessa forma, pensar num procedimento de produção de prova pericial pré-contenciosa no cenário dos meios alternativos de solução de controvérsia é possível nos ordenamentos dos países de tradição predominante *Civil Law*. Para isso, é necessário fomentar a mudança legislativa dos ordenamentos continentais de forma a contemplar dispositivos expressos quanto a produção de prova pericial pré-contenciosa de caráter obrigatório, desde que seja para algumas e determinadas ações.

De toda sorte, impactam positivamente no cenário da qualidade da prestação da tutela jurisdicional, em vários aspectos:

a) no fortalecimento dos meios de mediação/conciliação, já que eles passam a cumprir o papel originário para o qual foram pensados (resolução de conflitos)

b) municiar as partes das provas, principalmente da prova pericial, permitindo a participação do perito nos procedimentos pré-contenciosos. As ações judiciais deixam de

ser uma aventura processual e passam agora a só serem propostas judicialmente mediante um lastro de razoabilidade;

c) protagonismo das partes na tomada de decisão da melhor tutela que se encaixa ao caso, alcançando-se uma prestação de tutela justa e efetiva à satisfação da partes (já que são elas quem participam ativamente dessa construção) e;

d) o desafogamento do Poder Judiciário relativas a certas demandas sociais, já que esses procedimentos seriam aliados na resolução da crise judicial.

É um procedimento que envolve a necessidade de uma mudança legislativa, mas sobretudo, uma mudança cultural.

Bibliografia

- ALMEIDA, FRANCISCO MANUEL LUCAS FERREIRA DE. *Direito Processual Civil*. Vol. I. 2ª ed. Coimbra, Almedina, 2017.
- ANDRADE, MANUEL A. DOMINGUES DE, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra, Coimbra Editora Lta, 1976.
- AUSTRALIAN GOVERNMENT. *What are pre-action protocols?*. Disponível em: <https://www.alrc.gov.au/publications/5.%20Alternatives%20to%20Discovery/what-are-pre-action-protocols> (11.11.2017).
- IVAN MACHADO BARBOSA. “Fórum de múltiplas portas: uma proposta de aprimoramento processual”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Volume II. (2008). p. 1-17.
- BENEDUZI, RENATO RESENDE. “Substantiierung, Notice-Pleadinge Fact -Pleading-A relação entre escopo das postulações e unção da prova nos processos alemão, americano e inglês”. *Revista de Processo*. vol. 245. ano 40 (2015). p. 445-472
- BESSO, CHIARA. “La mediazione italiana: definizioni e tipologie”. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume VI. (2010), p. 248-269.
- BRASIL. Resolução nº. 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/resolucao-1252010-conselho-nacional.pdf>. (05.03. 2017).
- BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. (20.01.2017).
- BRASIL. Lei nº. 13.140/2015, de 26 de junho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. (05.10.2018)
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO – BRASIL. *Movimento Judiciário de Primeira Instância*. São Paulo, 2018. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=101858> (12.10.2018)
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA DO BRASIL. *As custas judiciais em foco*. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/433-informacoes-para/imprensa/artigos/13592-as-custas-judiciais-em-foco>. 2010. (13.10.2018)
- CAMBI, EDUARDO e PITTA, RAFAEL GOMIERO. “Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira”. *Revista de Processo – RePro*. Vol. 245. (2015). p. 01-15.

CAMPOS, FABIANA PAIXÃO. *A conciliação judicial*. Lisboa, 2009. p. 14. Disponível em: <http://laboratorial.fd.unl.pt/media/files/A_Concili...pdf>. 23/02/2017>. (23.02.2017)

CAPELO, MARIA JOSÉ. *Principais novidades sobre provas no Novo Código de Processo Civil Português*. Lisboa, 2016. Disponível em: <<http://inforestudante.uc.pt>>. (18.01.2017).

CAPPELLETTI, MAURO e GARTH, BRYANT. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabril, 1988.

CATALDI, ROBERTO. *La giustizia negata*. Roma, 2007. Disponível em: http://www.studiocataldi.it/news_giuridiche_asp/news_giuridica_4574.asp (03.03.2017)

CHIOVENDA, GIUSEPPE. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Bookseller, São Paulo, 2000.

CINTRA, ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO; GRINOVER, ADA PELLEGRINI; DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *Teoria Geral do Processo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

COSTA E SILVA, PAULA. “O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias: alternativas e complementariedade”. *Revista de Processo – RePro*. nº. 158 (2008) p. 93-106.

COMISSÃO EUROPEIA. *Relatório Sistemas Judiciais Europeus: eficiência e qualidade na Justiça*, 2012. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_effective-justice-systems_pt.pdf. 15.10.2018

COMOGLIO, LUIGI PAOLO. *Le Prove Civili*. 3ª ed. Torino: UTET Giuridica, 2010.

DICIONÁRIO PRIBERAM DA LÍNGUA PORTUGUESA. *Conciliação*, Disponível em: <<https://www.priberam.pt/DLPO/concilia%C3%A7%C3%A3o>>. (25.02.2017).

DIDDIER JR, FREDIE, BRAGA, PAULA S. E OLIVEIRA, RAFAEL A DE. *Curso de Direito Processual Civil vol 1*. 18ª Ed. Salvador: Jus Podium, 2016.

ESPAÑA, Ley nº. 5/2012 (Lei de Mediação). Disponível em <https://www.boe.es/buscar/pdf/2012/BOE-A-2012-9112-consolidado.pdf>. (12.10.2018)

ESPAÑA. Poder Judicial. *Aspectos Economicos de la justicia*. 2016. Disponível em <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Aspectos-economicos-de-la-justicia/Tasas-judiciales/>.

EUA. *Federal Court Management Statistics–Profiles*. Disponível em: http://www.uscourts.gov/sites/default/files/data_tables/fcms_na_distprofile0630.2018.pdf (12.10.2018)

EUROPA. União Europeia. *Modos alternativos de resolução dos litígios – Itália*. 2007. Disponível em: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ita_pt.htm. (17.02.2017).

EUROPA. União Europeia. Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio de 2008. *Relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial*. 2008. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0052>. (21.02.2017).

FERRI, COSIMO MARIA. *Manuale dela nuova mediazione e conciliazione giudiziale – Obbligatoria e Facoltativa*. Lavis: CEDAM, 2014.

FRADE, CATARINA. “A resolução alternativa de litígios e o acesso à justiça: A mediação do sobreendividamento”. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº.65 (2003). p. 107-128.

GERSZTEIN, PAOLA COELHO. “O direito fundamental de acesso à justiça na perspectiva luso-brasileira”. *RIDB*. nº. 9 (2013). p.9421-9496.

GIORDANO, ROSÁRIA. *L’istruzione probatoria nel processo civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2013.

GONÇALVES, MARCUS VINÍCIUS RIOS. *Novo Curso de Direito Processual Civil, volume 1: Teoria Geral e Processo de Conhecimento (1ª parte)*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUASP, JAIME E ARAGONESES, PEDRO. *Derecho Procesal Civil: Tomo I. Introducción y parte geral*. Editorial: Civitas Colección: 7ª Edición. 2005.

GUSTIN, MIRACY BARBOSA DE SOUSA. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

HAZARD JR, GEOFFREY C E TARUFFO, MICHELLE. *American Civil Procedure*. Yale Contemporary Law Series. 1993.

HILL, FLÁVIA PEREIRA. “A nova lei de mediação italiana”. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. (2010). p.294-321.

ITALIA. Regio Decreto 28 ottobre 1940, n. 1443. Codice di Procedura Civile. Disponível em: <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1940-10-28;1443>. Acesso em: 31 jan, 2017.

ITÁLIA. Decreto-Legislativo 4 marzo 2010, n. 28. Disponível em: <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2010-03-05&atto.codiceRedazionale=010G0050¤tPage=1>. Acesso em: 17 fev, 2017.

ITÁLIA. Lei de Mediação, Decreto nº. 28/2010.

JORGE, NUNO DE LEMOS. “Os poderes instrutórios dos juízes: alguns problemas”. *Revista JULGAR*, nº. 3, (2007). p. 61-84.

LEBRE DE FREITAS, JOSÉ. *Introdução ao Processo Civil – Conceito e princípios gerais à luz do novo Código*. 4ª Edição. Coimbra: GestLegal, 2017.

LEBRE DE FREITAS, JOSÉ. *A ação declarativa comum à luz do Código de Processo Civil de 2013*. 3ª ed. Coimbra, Coimbra Editora, 2013. p. 293.

LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA. *La garantía procesal del proceso declarativo civil*. Vol. 1. San Sebastián : Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2012.

MAIA NETO, FRANCISCO. *Diferentes formas de se lidar com as controvérsias*. Lisboa, 2016. p. 18 Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/tgau_MA_26310.pdf> (21.02.2017)

MACEDO, ELAINE HARZHEIM e NETO, EUGÊNIO FACCHINI. “Fuga da jurisdição? Reflexões sobre a busca de alternativas à jurisdição”. *Revista de Direito Brasileiro*. Ano 5. Vol.10 (2015). p. 510-544

MARINONNI, LUIZ GUILHERME. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. Vol 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MCMANUS, Michael; SILVERSTEIN, Brianna. “Brief History of Alternative Dispute Resolution in the United States”. *Cadmus*. Volume 1. nº. 3. (2011). p. 100-105

MULLER, JÚLIO GUILHERME. *A produção desjudicializada da prova oral através do negócio processual: análise jurídica e econômica*. São Paulo: PUC, 2016.

O OBSERVADOR. *Tribunais portugueses são os mais congestionados na Europa*. Lisboa, 2017. Disponível em: <https://observador.pt/2017/10/25/tribunais-portugueses-sao-os-mais-congestionados-da-uniao-europeia/>., (19.04.2018)

JOÃO PEDROSO, CATARINA TRINCÃO e JOÃO PAULO DIAS. *Percursos da Informalização e da desjudicialização – por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada)*. Coimbra, 2001, Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/171.pdf> (11.10.2018)

ALINE PINHEIRO. *Itália é campeã de lentidão judicial na Europa*. Brasília. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-14/italia-pais-europeu-acionado-causa-lentidao-justica>>. (03.03.2017)

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>> Ac(25.02.2017).

PORTUGAL. Dados da Direção-Geral de Política de Justiça. *Destaque Estatístico Trimestral – 1º Trimestre de 2018*. Boletim n.º. 56. (2018). Disponível em:http://www.dgpj.mj.pt/sections/siej_pt/destaques4485/estatisticastrimestrais_5/downloadFile/file/Destaque56_A%C3%A7%C3%B5esC%C3%ADveis_1%C2%BATrim.2018.pdf?nocache=1534168323.51. (11.10.2018)

PORTUGAL. *Relatório de Meios Alternativos de Resolução de Litígios – Mediação*. Lisboa, 2016. Disponível: <http://www.siej.dgpj.mj.pt/SIEJ/PDFs/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20alternativa%20de%20lit%C3%ADgios/Mediacao.pdf> (11.10.2018)

PORTUGAL. Código de Processo Civil Português, 2013. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis>. (02.02.2017)

PORTUGAL. Lei de Mediação n.º.29/2013. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/260394/details/maximized>. (08.10.2018)

PORTUGAL. Centro de Arbitragem. Universidade Autonomia de Lisboa. Disponível em: <https://arbitragem.autonoma.pt/tabela-de-custas-de-mediacao-de-conflitos/>. (10.10.2018)

ROCHA, JOSÉ DE ALBUQUERQUE. *Teoria Geral do Processo*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SCARPINELLA BUENO, CASSIO. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEONARDO FARIA SCHENK. “Breve relato histórico das reformas processuais na Itália. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Volume II. (2008) p. 181-202

TEIXEIRA DE SOUSA, MIGUEL, *As partes o objeto e a prova na Acção Declarativa*. Lisboa, Lisboa Lex. 1995.

TEIXEIRA DE SOUSA, MIGUEL. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa, Lex. 1997.

THE ECONOMIST. *The wheels of justice grind slow*. Europa, 2016. Disponível em: <http://www.economist.com/news/europe/21693252-especially-southern-europe-not-exceedingly-fine-wheels-justice-grind-slow>. (03.03.2017)

ULLOA, FRANCESCA CUOMO. *La Conciliazione – Modelli di composizione del conflitti*. Padova: CEDAM, 2008.

UK. *Pre action protocols*. Disponível em: https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/protocol/prot_pic#7.2. (05.10.2018)

UK, *Pratice Direction. Pre-action conduct and protocols*. nº. 3. Disponível em: https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/pd_pre-action_conduct (05.10.2018)

VARELA, ANTUNES. *Manual de Processo Civil*. 2ª ed. Coimbra, Editora Coimbra Lda, 1985. p. 8.

VIANA, FERNANDO, ANDRADE, FRANCISCO E NOVAIS, PAULO. “Resolução de conflitos de consumo em linha em Portugal e na União Europeia – A plataforma europeia de resolução de conflitos em linha (RLL)”. *Scientia Iuridica*. Tomo LXV, n.º 341 (2016). p. 207-240.

WEMANS, LARA e PEREIRA, MANUEL COUTINHO. *Produtividade na justiça cível em Portugal: Uma questão incontornável num sistema congestionado*. Lisboa, 2017. p. 2.

Disponível em:

https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/papers/ree201701_p.pdf (19.04.2018)

YARSHELL, FLÁVIO LUIZ. *Para pensar a semana nacional de conciliação*. Folha de São Paulo. 2009. Disponível em:

<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0812200909.htm>. (09.10.2018)

“Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do Acesso à Justiça”. *Revista NEJ – Eletrônica*. Vol. 17 - n. 2 (2012). p. 237-253

ZUCKERMAN, ADRIAN. *Zuckerman on Civil Procedure – principles of practice*. 3º Ed. London: Sweet & Maxwell, 2013.