



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Rodrigo Xavier Lang

AÇÃO PROBATÓRIA AUTÔNOMA
A PROVA NA PERSPECTIVA DAS PARTES

VOLUME 1

**Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas/Menção
em Direito Processual Civil, orientada pela Professora Doutora
Maria José Oliveira Capelo Pinto Resende e apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.**

Setembro de 2021



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Rodrigo Xavier Lang

AÇÃO PROBATÓRIA AUTÔNOMA
A PROVA NA PERSPECTIVA DAS PARTES

**AUTONOMOUS PROBATIONARY
ACTION**
THE EVIDENCE FROM THE PERSPECTIVE OF THE
PARTIES

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas – Menção em Direito Processual Civil, sob a orientação da Professora Doutora Maria José Oliveira Capelo Pinto Resende.

Coimbra, 2021

AGRADECIMENTOS

A Deus, por propiciar o alcance dos meus objetivos e momentos como este.

À minha mãe, por se dedicar tanto aos filhos, nunca medindo esforços para o melhor nos fornecer, vibrando com as conquistas de cada um, por vezes até mais que nós mesmos.

Ao meu pai, que sempre faz questão de estar ao nosso lado, nos apoiando sempre que precisamos.

À minha irmã Isabela, que mora no meu coração e muito me orgulha pelo caminho que tem trilhado, e ao meu irmão Marcelo, meu primeiro amigo.

Aos meus amigos, em especial os que Coimbra proporcionou.

À minha orientadora, Professora Maria José Capelo, pelos conselhos e apoio na orientação desta dissertação, e principalmente pelas aulas do primeiro ano de Curso, ricas em debates sobre temas sempre pertinentes e que certamente auxiliaram a despertar nosso espírito investigador.

À Professora María Angeles Perez Marín, pelo acolhimento na Universidad de Sevilla, fazendo o possível para que me sentisse bem recebido, meta que seguramente foi atingida.

RESUMO

O presente estudo analisa as novas hipóteses de cabimento da “produção antecipada da prova” instituídas pelo CPC/2015, que criam o que a doutrina vem nominando “ação probatória autônoma”. Historicamente, os países pertencentes à família jurídica romano-germânica não tem por tradição regular a atividade pré-processual de investigação de informações e provas para a posterior propositura da demanda, que é uma tarefa geralmente desempenhada pelos advogados, que necessitam compreender os fatos e buscar evidências que dêem suporte à pretensão ou defesa. A falta de regulação, todavia, não raras vezes impossibilita a obtenção de elementos capazes de melhor elucidar os fatos, cujo acesso prévio pode propiciar a alteração da estratégia adotada pela parte para a resolução do litígio. A compreensão da prova como instrumento destinado, também, ao convencimento das partes e apto a embasar a tomada de decisão destas sobre o melhor caminho a ser trilhado para pôr termo à lide tem suscitado a criação de ferramentas capazes de proporcionar o exercício do direito autônomo à prova, dentre as quais se insere a ação probatória autônoma. A investigação dos fatos e a própria produção da prova por iniciativa das partes, mas supervisionada pelo julgador e regulada pela legislação, por outro lado, é comum nos países de tradição anglo-saxônica, o que invariavelmente leva à comparação dos instrumentos presentes em cada ordenamento. As características deveras peculiares do direito-angloamericano, porém, merecem ser expostas e levadas em consideração a fim de que as semelhanças existentes entre os institutos não levem à ingênua equiparação entre eles, sem que se possa aproveitar o melhor que o direito comparado tem a oferecer: o aproveitamento de boas soluções do direito alienígena para problemas de nossa realidade. Pretende-se, assim, em conclusão, identificar as diferenças e similitudes entre os sistemas apresentados, mas, principalmente, reconhecer as utilidades da ação probatória autônoma e as vantagens que tem o condão de proporcionar ao principal destinatário do sistema de justiça: o jurisdicionado.

Palavras-chave: Processo civil; prova; ação probatória autônoma; disclosure; discovery.

ABSTRACT

The present dissertation analyzes the new hypotheses of the “anticipated production of evidence” established by CPC/2015, which create what the legal literature has been calling “autonomous probatory action”. Historically, countries belonging to the Roman-Germanic legal system do not have a tradition of regulating the pre-procedural stage of investigation of information and evidence for the subsequent filing of the claim, which is a task generally performed by lawyers, who need to understand the facts and seek evidence to support the claim or defense. The lack of regulation, however, frequently makes it impossible to obtain elements capable of better elucidating the facts, whose prior access may cause the alteration of the strategy adopted by the party to resolve the dispute. The understanding of evidence as a procedural instrument also intended to convince the parties and able to support their decision-making on the best path to be taken in order to settle the dispute has led to the creation of tools capable of providing the exercise of the autonomous right to proof, among which autonomous probatory action is included. The investigation of the facts and the production of evidence by the initiative of the parties, but supervised by the judge and regulated by legislation, on the other hand, is common in countries belonging to the Anglo-Saxon legal system, which invariably leads to a comparison of the instruments present in each of them. The very peculiar characteristics of Anglo-American law, however, are worth explaining and taking into account so that the existing similarities between the proceedings do not lead to a naive comparison between them, without taking advantage of the best that comparative law has to offer: bringing good solutions from other legal orders to solve problems of our reality. It is intended, thus, in conclusion, to identify the differences and similarities between the systems presented, but, mainly, to recognize the utilities of the autonomous probatory action and the advantages that it has the power to provide to the main recipient of the justice system: the user.

Keywords: civil procedure; evidence; autonomous probatory action; disclosure; discovery.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. - Artigo

CC/02 - Código Civil brasileiro

CPC/61 - Código de Processo Civil português revogado (Decreto-Lei n.º 44129, de 28 de dezembro de 1961)

CPC/73 - Código de Processo Civil brasileiro revogado (Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973)

CPC/2013 - Código de Processo Civil português (Lei n.º 41, de 26 de Junho de 2013)

CPC/2015 - Código de Processo Civil brasileiro (Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015)

CPR - *Civil Procedure Rules*

EUA – Estados Unidos da América

FPPC - Fórum Permanente de Processualistas Civis

FRCP - *Federal Rules of Civil Procedure*

LEC - *Ley de Enjuiciamiento Civil*

PAP's – *Pre-action protocols*

PD – *Practice direction*

op. cit. - obra citada

ss. - seguintes

v. g. - *verbi gratia*

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	9
1. A PROVA.....	13
1.1. O DIREITO À PROVA.....	14
1.2. FINALIDADE DA PROVA E SEU SIGNIFICADO.....	17
1.2.1. <i>O convencimento das partes como uma das finalidades da prova.....</i>	<i>23</i>
1.3. O(S) DESTINATÁRIO(S) DA PROVA.....	25
1.4. ATIVIDADE PROBATÓRIA.....	27
2. TÉCNICAS DE ANTECIPAÇÃO DA PROVA E PREPARAÇÃO DO PROCESSO.....	29
2.1. ANTECIPAÇÃO DE PROVAS.....	30
2.2. ASSEGURAÇÃO DE PROVA.....	31
2.3. DILIGENCIAS PRELIMINARES.....	35
2.4. CONSULENZA TECNICA PREVENTIVA.....	37
3. REALIDADE ANGLO-AMERICANA.....	38
3.1. OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E A DISCOVERY.....	41
3.1.1. <i>Mecanismos de discovery.....</i>	<i>46</i>
3.1.2. <i>Caráter extrajudicial do procedimento.....</i>	<i>49</i>
3.1.3. <i>Abusos e desvirtuações.....</i>	<i>50</i>
3.1.4. <i>Sanções e limitações.....</i>	<i>54</i>
3.2. A INGLATERRA E OS PRE-ACTION PROTOCOLS.....	57
3.2.1. <i>Estágios do processo.....</i>	<i>60</i>
3.2.2. <i>Conduta pré-processual.....</i>	<i>65</i>
4. AÇÃO PROBATÓRIA AUTÔNOMA.....	71
4.1. AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO CPC/2015.....	73
4.1.1. <i>Generalidades do procedimento.....</i>	<i>78</i>
4.1.2. <i>Defesa e recursos. Contraditório reduzido?.....</i>	<i>80</i>
4.1.3. <i>Admissibilidade dos meios de prova.....</i>	<i>83</i>
4.1.4. <i>Atividade jurisdicional na ação probatória autônoma.....</i>	<i>88</i>
4.1.5. <i>Os custos do procedimento.....</i>	<i>89</i>

4.2. AFINIDADE DA AÇÃO PROBATÓRIA AUTÔNOMA COM FIGURAS DO DIREITO COMPARADO.....	92
4.3. VIRTUDES DE EXPEDIENTES ESTRANGEIROS COM RELEVÂNCIA PARA O SISTEMA BRASILEIRO.....	97
CONCLUSÃO.....	105
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	108
JURISPRUDÊNCIA.....	119

INTRODUÇÃO

A busca por um modelo de administração de justiça em que haja maior espaço para a solução consensual dos conflitos ou por meio das chamadas técnicas alternativas tem por trás o intento de fazer frente a alguns dos problemas proporcionados pelo atual cenário da justiça civil causados sobretudo pelo crescimento desmedido da litigiosidade¹. A lentidão e morosidade que emergem como consequências de inúmeros fatores, mas principalmente do alto volume de processos², levaram o legislador a voltar suas atenções para o desenvolvimento de técnicas que possibilitem a solução do litígio com o auxílio das partes.

Não obstante a maior atenção ao papel das partes na resolução do litígio ter sido motivado, em grande medida, por causas exógenas, existem fundamentos que dão suporte à obtenção de elementos probatórios pelas partes antes da judicialização do litígio em virtude do caráter fundamental do direito à prova, que justificaria sua autonomia em relação ao próprio direito material pleiteado em juízo ou à defesa aviada pelo requerido. Ademais, o acesso às provas de forma prévia tem o condão de aumentar as chances de resolução do litígio por propiciar a valoração do conjunto probatório pelas próprias partes, independentemente de apreciação judicial.

Nesse contexto é criado, pelo CPC/2015, um mecanismo que possibilita às partes a produção de prova pela simples possibilidade de esta justificar ou evitar (seja pela autocomposição ou solução do litígio por outro meio adequado, seja pelo conhecimento dos fatos desestimular o ingresso na via judicial) o ajuizamento da ação. A ação probatória autônoma surge como mecanismo viabilizador do acesso aos elementos probatórios previamente ao processo judicial em que se discute o direito material litigioso, em sintonia com a atual tendência de conferir a todos os sujeitos do processo a possibilidade de influir no desfecho da lide³, ao mesmo tempo em que se

¹ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 49.

² O Conselho Nacional de Justiça elabora anualmente relatório com infográficos, mapas, agrupamento por porte, estatísticas por objetivo de desenvolvimento sustentável, índice de produtividade comparada de tribunais e dados gerais de despesa, receitas, pessoal e litigiosidade. No último relatório “Justiça em números”, do ano de 2020, apesar de ter sido verificada curva de redução no estoque de processos em tramitação, é apontado que, ao final de 2019, existiam 77,1 milhões de processos ativos, o que demonstra que há ainda um longo caminho a ser percorrido (Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em: 02/07/2021).

³ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, vol. 14, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 7.

apresenta como expediente com o potencial de pôr termo ao litígio antes que se torne um processo.

A concepção de um instrumento com tais propósitos se apresenta deveras inovadora em um ordenamento jurídico pertencente à tradição romano-germânica. Na grande parte dos países pertencentes a essa tradição jurídica a produção da prova está reservada a uma fase específica do processo, em que cabe às partes produzir as provas anteriormente requeridas e deferidas pelo magistrado, bem como a este, ao abrigo de seus poderes instrutórios, diligenciar na busca de elementos que auxiliem na elucidação dos fatos com vistas à justa composição do litígio.

A regra da produção da prova em tal estágio processual, até então, somente poderia ser excepcionada quando a urgência em sua produção justificasse a antecipação de tais atos instrutórios com o objetivo de assegurar que o magistrado conseguisse apreciar a prova no momento oportuno. Não obstante as partes tenham contato com a prova de forma prévia, a antecipação de sua produção, nesse caso, não tem por objetivo⁴ proporcioná-las o alcance a tal conhecimento, mas permitir que o acesso do juiz a elementos capazes de, ao menos em tese, formar sua convicção sobre o objeto litigioso não seja prejudicado.

A transição para um modelo no qual a prova assumia novas finalidades, por certo, não é simples, muito menos automática, demandando do intérprete a capacidade de enxergar o novo instituto em conformidade com as finalidades a serem atingidas não somente por ele, mas pelo sistema como um todo. A ferramenta tem de ser útil ao jurisdicionado e ao mesmo tempo não propiciar falhas na prestação da atividade jurisdicional nem constituir meio para a perpetuação de abusos.

O processo civil contemporâneo vem experimentando mudanças como forma de se adaptar às novas realidades do mundo moderno e isso se sente não apenas no sistema brasileiro, mas nos mais diversos ordenamentos jurídicos, que passam por constantes reformas. Essa onda de transformação leva países de tradições jurídicas historicamente associados a uma postura mais adversarial a adotar mecanismos que conferem ao

⁴ A produção antecipada da prova em razão da urgência se destina a garantir que o magistrado, no momento de valorar os elementos fáticos e jurídicos postos à sua apreciação e sentenciar, não seja privado do acesso a elementos que possam influir no seu convencimento, e que só não chegariam ao seu conhecimento em virtude de circunstâncias alheias ao processo, de modo que o acesso das partes de forma prévia ao conteúdo, em tal circunstância, é tão somente uma casualidade.

magistrado poderes mais amplos na busca de conter abusos e entregar ao cidadão que busca o Poder Judiciário a tutela do bem da vida perseguido com mais agilidade e menores custos, ao mesmo tempo em que leva sistemas jurídicos ditos inquisitoriais a criar soluções voltadas a proporcionar às partes a possibilidade de resolver por si próprias, ou ao menos sem a necessidade de apreciação judicial⁵, os litígios que se envolveram, o que acaba por aliviar o excesso de incumbências do juiz. Afinal, um sistema que transfere ao Poder Judiciário a responsabilidade de lidar com todos os pormenores da relação litigiosa, seguramente, não está avesso a distúrbios e consequências indesejáveis.

Diversamente do que se poderia concluir em uma análise menos detida, a aproximação de ambos os sistemas rumo a um processo desprovido de coadjuvantes, em que todos os participantes sejam atores com o relevante papel de pôr termo ao litígio e influenciar no seu deslinde, não faz com que estejamos rumando a um modelo processual único. Cada sistema processual deriva da cultura de seu povo, não podendo nem mesmo o legislador, ainda que queira, alterar traços enraizados em seus hábitos e costumes. Todavia, a experiência de cada país no enfrentamento dos desafios proporcionados pela prática forense e, principalmente, as soluções encontradas pelas legislações mundo afora para corrigir falhas pontuais ou sistêmicas servem como objeto de estudo para que outros ordenamentos possam aperfeiçoar-se.

Quando falamos de procedimentos com feições investigativas logo vêm à mente o modelo de processo civil anglo-americano, no qual as partes assumem o protagonismo da “instrução” da causa ao diligenciar informações e documentações da parte contrária. O paralelismo entre os sistemas não tardou a levar a equiparação dos institutos existentes naqueles países à ação probatória autônoma. A aproximação das figuras, todavia, demanda análise acurada de suas similitudes e diferenças a fim de sofisticar o debate para além do mero tratamento como figura análoga.

Com o presente trabalho objetiva-se destrinçar o conceito de prova, seus destinatários, momento de sua produção e, principalmente, suas finalidades, para

⁵ Na ação probatória autônoma, como se verá a seguir, há supervisão judicial da produção das provas requeridas e admitidas, mas o magistrado não aprecia o próprio litígio no curso do procedimento, sendo-lhe, inclusive, vedada a manifestação sobre os fatos e consequências jurídicas dos elementos probatórios aos quais as partes têm acesso através do procedimento.

melhor compreender sua utilidade para cada um dos sujeitos do processo e as hipóteses que justificam sua produção fora do momento adequado, especialmente sob supervisão judicial. O estudo de expedientes do direito comparado propicia ao intérprete uma visão global de ferramentas auxiliares na investigação de fatos relacionados ao litígio e à preparação do processo futuro.

A análise dos institutos presentes nos ordenamentos jurídicos dos EUA e da Inglaterra e País de Gales, ainda que se tratem de sistemas com substanciais diferenças em comparação com o brasileiro, permitirá identificar tais distinções e as finalidades dos instrumentos criados por cada um, possibilitando melhor compreensão da função do instituto brasileiro e contribuindo para a proposição de maneiras de aprimorá-lo.

1. A PROVA

A noção de prova transcende a esfera jurídica, estendendo-se a todas as ciências do saber humano⁶. Do historiador ao agricultor, passando pelo jornalista e o empresário, todos se deparam com o tema da prova em seus ofícios, seja para embasar suas teorias, seja para colher subsídios para amparar suas tomadas de decisão.

Na linguagem cotidiana, a prova está associada à ação de provar, isto é, comprovar a veracidade de uma afirmação⁷. No campo do Direito, todavia, o tema adquire contornos mais complexos.

A palavra, ademais, pode ser compreendida em distintas acepções. Ao se referir à prova, o jurista pode estar: i) fazendo menção à atividade probatória, ou seja, o exercício do ato de provar, consistente no oferecimento de elementos que apoiem determinada afirmação; ii) reportando-se ao meio de prova, isto é, à técnica utilizada para produzir a prova, como a testemunhal, pericial, documental, etc.; iii) se referindo ao resultado obtido a partir da atividade probatória, ou seja, as convicções que a prova produzida gerou, em especial no julgador⁸⁻⁹.

Entretanto, antes de adentrar em aspectos mais específicos sobre a função da prova e seu significado, convém tecer alguns comentários sobre importância que lhe atribuem os ordenamentos jurídicos mundo afora e a relevância que o direito à prova assume, especialmente na seara processual.

⁶ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial. Tomo I*, Buenos Aires: Victor P. de Zavalfa Editor, 1970, p. 9.

⁷ CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*. (trad.) Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Km, Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1955, p. 43; COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1988, p. 215.

⁸ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2002, pp. 28-30; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; Díez-PICAZO, Ignacio. *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*. 3ª ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2004, pp. 317-318; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada, antecipação dos efeitos da tutela*, 11ª ed. Salvador: Juspodvm, 2016, p. 44.

⁹ Costuma-se, também, distinguir o aspecto objetivo e subjetivo do vocábulo; enquanto o procedimento probatório e os meios de prova consistiriam no sentido objetivo, representando os elementos materiais empregados para demonstrar as alegações, a convicção criada no íntimo do julgador consistiria no sentido subjetivo da palavra, na medida que versa sobre o grau de convencimento formado em sua mente a partir da prova produzida (THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I*. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, livro eletrônico não paginado).

1.1. O DIREITO À PROVA

Para o exercício do direito de ação é imprescindível que os jurisdicionados consigam demonstrar ao julgador que suas alegações de fato correspondem ao que sucedeu no mundo natural. Isso porque a estrutura da norma jurídica em geral é integrada por dois elementos: uma hipótese normativa e uma consequência de direito; de modo que, constatada a correspondência entre um fenômeno fático ocorrido no mundo da natureza e a consequência normativa, é forçosa a produção dos efeitos da norma¹⁰.

Ocorre que a única forma de estabelecer uma comunicação entre a realidade objetiva e o julgador é por meio da prova¹¹. Como o juiz é um terceiro alheio aos fatos que interessam para a decisão futura, na maioria das vezes não pode apreciar tão somente as afirmações das partes para decidir, necessitando ferramentas para verificar a exatidão dessas alegações e verificar como os fatos sucederam¹². Ou seja, para que o órgão jurisdicional possa exercer seu mister de maneira satisfatória é fundamental que tenha o maior esclarecimento possível sobre a dinâmica dos fatos narrados pelas partes, o que se materializa através da atividade probatória.

Em razão disso, as partes devem ter assegurado o direito à prova, que implica o direito à: i) admissão das provas requeridas; ii) produção das provas admitidas; iii) participação na produção da prova; iv) manifestação acerca da prova produzida; v) valoração da prova produzida pelo julgador.

O direito à produção de provas assume caráter instrumental à obtenção de uma tutela jurisdicional justa por ser o meio oportunizado às partes para comprovar suas alegações de fato¹³. O direito de ação, consubstanciado na possibilidade de a parte submeter ao Poder Judiciário sua demanda, somente pode ser exercido de forma plena se o jurisdicionado tiver a oportunidade de demonstrar ao órgão julgador os fatos que

¹⁰ MEJÍA, Andrés Cruz, *Derecho probatorio: teoría y dogmática*, Barcelona: Bosch, 2020, p. 207. Com isso não se pretende afirmar que a atividade do magistrado é meramente silogística, se resumindo à função de “boca da lei” como defendia Montesquieu, e despido de criatividade na atividade jurisdicional, mas tão somente frisar a relevância dos fatos para a decisão a ser proferida, o que, por evidente, não se equipara a atribuir ao julgador esse papel mecanicista (MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 53-54).

¹¹ NAVARRO, José Bonet. *La prueba en proceso civil: cuestiones fundamentales*. Madrid: Ed. Difusión Jurídica, 2009, p. 43; MEJÍA, Andrés Cruz, *op. cit.*, pp. 181-182 e 203.

¹² COUTURE, Eduardo J., *op. cit.*, p. 217.

¹³ CAMBI, Eduardo, *Direito constitucional à prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 170.

embasam sua pretensão. E o mesmo vale para quem tenha contra si proposta certa demanda, que deve ter a possibilidade de provar as alegações fáticas que sustenta¹⁴¹⁵.

O direito à participação na produção da prova e manifestação acerca da prova produzida, por seu turno, são inerentes ao contraditório. As partes devem ter assegurado o direito a participar da atividade probatória como garantia de que o procedimento irá se desenvolver em sintonia com as regras que o regulam e como forma de permitir posterior manifestação sobre a prova produzida e compreensão acerca da valoração a ser feita pelo julgador. O direito à manifestação sobre a prova produzida, por sua vez, proporciona a garantia de influência das partes na decisão judicial¹⁶, na medida em que o conjunto probatório constante dos autos está sujeito à interpretação do julgador e as partes devem ter a possibilidade de auxiliar em tal atividade apresentando seu posicionamento.

Por fim, o direito à valoração da prova pelo órgão julgador é consectário lógico do direito a produzir provas, dado que, independentemente da concepção sobre a finalidade da atividade probatória, é indiscutível que seu principal destinatário, o órgão julgador, tem de apreciar a prova admitida e produzida, sob pena do direito objeto de estudo se converter no que TARUFFO designa *garanzia illusoria e meramente*

¹⁴ CAMBI, Eduardo, *Direito constitucional...*, pp. 117 e 123-124.

¹⁵ Os italianos costumam valer-se da expressão *diritto di difendersi provando* ao tratar do direito à prova como forma de demonstrar o forte laço existente entre a prova e a defesa, a qual deve ser entendida não como a atuação da parte que ocupa a posição passiva da demanda, mas no sentido de defesa dos interesses defendidos por cada um dos litigantes (PICÓ I JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 1996, pp. 34-37).

¹⁶ O princípio do contraditório deixa de ser visto apenas sob a perspectiva das partes, com a exigência do julgador garantir a bilateralidade de audiência, para ser também o magistrado sujeito à observância de regras que garantam às partes a possibilidade de influenciar na decisão. Nas palavras de THEODORO JÚNIOR, “[o] juiz não apenas assiste ao contraditório, mas nele também se insere, e só pode dele sair para ditar sua solução de autoridade mediante pronunciamento que seja, na ordem lógica e jurídica, uma decorrência do debate travado no próprio contraditório” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação*. In: Revista Dialética de Direito Processual, nº 102. São Paulo: Dialética, 2011, p. 72). Tal compreensão do princípio do contraditório é igualmente prestigiada em terras lusas, conforme se extrai de lição de LEBRE DE FREITAS: “A esta concepção, válida mas restritiva, substitui-se hoje uma noção mais lata de contrariedade, com origem na garantia constitucional ao *rechtliches gehör* germânico, entendida como garantia da participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objeto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão. O escopo principal do contraditório deixou assim de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à atuação alheia, para passar a ser influência, no sentido positivo do direito de incidir ativamente no desenvolvimento e no êxito do processo” (FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 4ª ed., Coimbra: Guestlegal, 2017, pp. 126-127).

*ritualística*¹⁷. Ademais, o dever de motivar a sentença impõe ao magistrado que valere o conjunto probatório, como forma de exteriorizar o seu entendimento, bem como permitir que as partes possam compreender a decisão e, se desejarem, exercer seu direito ao recurso, o que pressupõe o conhecimento das razões que fundamentam o *decisum*.

A relevância da prova na seara processual alça o direito à prova ao patamar de direito fundamental, dada sua íntima ligação com o direito de ação, à uma tutela judicial efetiva e ao contraditório e ampla defesa, ao conferir aos seus titulares a possibilidade de provar os interesses por eles defendidos¹⁸. PICÓ I JUNOY defende que o direito objeto de estudo instrumentaliza, complementa e representa a concreção do direito de defesa por ser inviável o exercício deste se não for possível aportar ao processo meios que justifiquem a posição defendida ou que fragilizem a tese da parte contrária¹⁹.

As dimensões tradicionalmente atribuídas pela doutrina ao direito à prova, como se vê, estão associadas à sua função processual. Ignora-se, portanto, a importância da prova fora do campo processual como instrumento que, pela sua mera existência, tem o condão de prevenir e resolver litígios²⁰. Ao mudar o foco e enxergar a importância da prova para o alcance de outros objetivos e se atentar para a multiplicidade de destinatários dos elementos probatórios, como será desenvolvido ao longo dos próximos tópicos, constata-se que o direito à prova possui um espectro que ultrapassa a esfera processual. Grande parte dos estudos, todavia, analisam o direito probatório apenas sob o viés das regras sobre ônus da prova, admissão, produção, limitação e valoração das provas dentro do processo, deixando de examiná-lo em um sentido mais amplo, que,

¹⁷ TARUFFO, Michele, *Il diritto alla prova nel processo civile*, Rivista di Diritto Processuale, nº 1, jan./mar., pp. 74-120, 1984.

¹⁸ ECHANDÍA, Hernando Devis, *op.cit.*, p. 35. “Há direito fundamental à prova no processo. Trata-se de elemento essencial à conformação do direito ao processo justo. (...) Todo e qualquer meio de prova - previsto tipicamente na legislação ou não - é idôneo para prova das alegações de fato, desde que lícito e moralmente legítimo. Trata-se de imposição do direito fundamental à prova para conformação do processo justo, de modo que sua admissibilidade concerne tanto ao processo civil como ao processo penal” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 504 e 506).

¹⁹ GÓMEZ, Belén Rizo. *La anticipación de la prueba en el proceso civil*. Valência: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 26-27; PICÓ I JUNOY, Joan, *op. cit.*, pp. 33-35. O autor menciona, ainda, que o Tribunal Supremo e o Tribunal Constitucional espanhóis respaldam tal tese ao configurar o direito à prova como “inseparable del derecho mismo a la defensa”.

²⁰ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, vol. 2: parte geral: institutos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, livro eletrônico não paginado.

para ser enxergado, é preciso que o estudioso aceite a premissa de que a prova tem finalidades relevantes fora da dinâmica processual.

1.2. FINALIDADE DA PROVA E SEU SIGNIFICADO

Tradicionalmente, a prova era concebida como um instrumento para o descobrimento da verdade. No início do século passado, BONNIER já tratava a prova, em um sentido amplo, como qualquer meio que sirva para chegar ao conhecimento da verdade e, em um sentido mais restrito (qual seja, o contexto processual), como o meio pelo qual o juiz pode conhecer a verdade dos fatos²¹.

Atualmente, TARUFFO, ao desenvolver o realismo crítico no direito, defende que o estabelecimento da verdade dos fatos, por ser condição necessária para a aplicação da norma, constituiria requisito essencial para a legalidade da decisão²². Ao reabilitar uma teoria correspondencial da verdade, o mestre italiano sustenta a existência de uma realidade exterior, a qual deve servir de norte para aferir a veracidade sobre as assertivas existentes no processo²³. Nesse contexto, a prova determinaria a verdade dos fatos, já que, com base nas provas colhidas, seria possível elaborar uma reconstrução verídica destes, apostando-se na pesquisa científica como modelo ideal de atividade epistêmica, convertendo o juiz em uma espécie de cientista ao lidar com “fatos brutos”²⁴.

Para a segunda teoria²⁵, a prova serviria para estabelecer os fatos controvertidos a partir dos quais o julgador deve se atentar ao sentenciar²⁶. Não há uma efetiva preocupação com o descobrimento da verdade, mas em fixar formalmente os fatos, de

²¹ MEJÍA, Andrés Cruz, *op. cit.*, pp. 75-76.

²² TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos.* (trad.) Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 134.

²³ DELFINO, Lúcio; FERREIRA, Ziel Lopes, *Streck, Fonseca Costa, Kahneman e Tversky: todos contra o ativismo judicial probatório de Michele Taruffo*, Revista de Processo, v. 255, pp. 141-166, mai/2016; TRINDADE, André Karam, *O taller com Taruffo e o problema da verdade nas narrativas processuais*, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-03/diario-classe-taller-taruffo-problema-verdade-narrativas-processuais>>. Acesso em: 29/11/2020.

²⁴ STRECK, Lenio Luiz, *Processo judicial como espelho da realidade? Notas hermenêuticas à Teoria da Verdade em Michele Taruffo*, Seqüência (Florianópolis), n. 74, pp. 115-136, dez. 2016.

²⁵ Pode se dizer que existem três correntes que definem a finalidade da prova, quais sejam: i) descoberta da verdade; b) fixação formal dos fatos do processo; c) obtenção do convencimento do juiz (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *op.cit.*, p. 55; ECHANDÍA, Hernando Devis, *op. cit.*, p. 239).

²⁶ MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*, 3ª ed. Madrid: Civitas, 2002, pp. 36-37.

modo que o conceito jurídico de prova se diferiria da definição atribuída na linguagem corrente. Enquanto na linguagem coloquial provar significaria demonstrar a verdade de uma proposição, na esfera jurídica não há busca de uma verdade, mas a fixação formal dos fatos²⁷.

Em razão disso, surge a expressão verdade formal ou jurídica²⁸⁻²⁹. Como o julgador esbarra em diversos limites no esclarecimento dos fatos no curso da atividade probatória (regras sobre prova legal, preservação do sigilo profissional, limitação do número de testemunhas, proteção da intimidade das partes, etc.)³⁰, o atingimento da verdade material seria inviável através do processo, razão pela qual esta seria substituída pela verdade formal, que nada mais é que uma verdade jurídica que não se baseia nas leis da lógica, mas nas normas jurídicas. Em outras palavras, consistiria naquilo que se conseguiu captar com a prova apresentada, ou seja, seria aquela que emerge dos autos³¹.

Tal conceito, no entanto, é duramente criticado pela doutrina. CARNELUTTI é contundente ao sustentar que “la verdad no puede ser más que una, de tal modo que, o la verdad formal o jurídica coincide con la verdad material, y no es más que verdad, o discrepa de ella, y no es sino una no verdad”³²⁻³³. A contundência da crítica do ilustre processualista italiano é ainda melhor compreendida ao observarmos sua posição sobre

²⁷ CARNELUTTI, Francesco, *op. cit.*, p. 43.

²⁸ NAVARRO, José Bonet, *op. cit.*, p. 47.

²⁹ Segundo BELTRÁN, a distinção foi criada pela doutrina alemã nos finais do século XIX na tentativa de escapar do dilema entre abandonar a relação entre prova e verdade ou admitir que um fato que não corresponde à realidade objetiva está provado, criando-se assim uma verdade com autoridade jurídica, que poderia não coincidir com a verdade dita material (BELTRÁN, Jordi Ferrer, *op. cit.*, pp. 68-69).

³⁰ ORTELLS RAMOS defende que, apesar do conceito de prova jurídica estar próximo ao conceito cultural comum de prova, a atividade probatória no curso de um processo se difere do ofício do historiador, científico ou filósofo, citando como peculiaridades da prova processual a circunstância da lei estabelecer meios de prova determinados para certos temas, a vedação à atividades probatórias que violem valores superiores, como garantias fundamentais e as regras sobre carga de prova, as quais possibilitam resolver a pretensão ainda que o juiz não tenha chegado a conclusões seguras sobre fatos relevantes (ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho procesal civil*, 9ª ed. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2009, p. 345).

³¹ LOPES, João Batista, *Revisitação a alguns aspectos da teoria geral da prova*, Revista de Processo, v. 309, pp. 93-105, nov/2020; AROCA, Juan Montero, *op. cit.*, p. 36.

³² CARNELUTTI, Francesco, *op. cit.*, pp. 20-21.

³³ Os defensores dessa posição chegam ao extremo de manifestar que, em matéria civil, o juiz deve se contentar com “una verdad ficticia, que responde a una verdad más convencional que real”. (FRAMARINO *apud* ECHANDÍA, Hernando Devis, *op. cit.*, p. 241). Ou seja, na tentativa de defender a posição de que no processo se busca o estabelecimento da verdade se agrega a esta um conceito que corresponde ao oposto da realidade.

o tema. CARNELUTTI defende que os limites impostos ao julgador no processo de busca dos fatos deformam sua pureza lógica, de modo que não se pode aceitar que a finalidade do procedimento seja descobrir a verdade. A circunstância da verdade dita material coincidir com a fixação formal dos fatos estabelecida no processo não alteraria tal conclusão, por ser mera coincidência irrelevante para a ordem jurídica³⁴⁻³⁵. A limitação imposta pelas regras jurídicas e pela própria natureza do procedimento não permitiriam sustentar que o objetivo jurídico da prova consistiria na descoberta da verdade³⁶.

Descontente com o entendimento extraído dessas duas teorias, aflora uma terceira segundo a qual o objetivo da prova seria fornecer elementos para alcançar o convencimento do julgador. Abandonando-se a ideia de que a prova se destinaria a conhecer a realidade objetiva dos fatos, se passa a entender que sua função seria a de lograr uma realidade subjetiva, que seria a convicção psicológica do julgador³⁷. A prova consistiria em meio retórico persuasivo com vistas ao convencimento do magistrado acerca da correspondência entre as afirmações de fato que fundamentam a pretensão e a defesa e o que teria sucedido na realidade objetiva. Serviria, assim, para formar no espírito do julgador convicção acerca das afirmações feitas pelas partes³⁸⁻³⁹.

³⁴ CARNELUTTI, Francesco, *op. cit.*, p. 22.

³⁵ ECHANDÍA alerta que o posicionamento de CARNELUTTI sobre o tema não foi bem definido, na medida em que em certas passagens de sua obra considera que a prova teria a finalidade de verificação da verdade, enquanto em outras fala sobre obter com ela a certeza, entendida como “la satisfacción del juez acerca del grado de verosimilitud”, que “se consigue con la prueba”, e em outra obra se manifesta no sentido de que “desde el punto de vista del fin, las pruebas son medios de búsqueda de la verdad; desde el del resultado, son medios para la fijación de los hechos” (ECHANDÍA, *op. cit.*, p. 249)

³⁶ CALAMANDREI corrobora o exposto ao lembrar o papel do julgador e a circunstância dos fatos não lhe serem apresentados de forma neutra: “Todo o sistema probatório civil está preordenado, não só a consentir, senão diretamente a impor ao juiz que se contente, ao julgar a respeito dos fatos, com o subrogado da verdade que é a verossimilitude. Para o juiz não lhe é permitido, como se lhe permite ao historiador, que permaneça incerto a respeito dos fatos que tem que decidir; deve de qualquer jeito (essa é sua função) resolver a controvérsia numa certeza jurídica. (...) Até nos casos muito raros, em que o juiz pode ‘conhecer os fatos da causa’ mediante a inspeção (...), a percepção direta do fato, que lhe dá o grau máximo de certeza subjetiva, não basta para excluir que a verdade seja distinta do que, por um erro dos sentidos, pode lhe haver parecido.” (CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. (trad.) Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999, pp. 270-271)

³⁷ AROCA, Juan Montero, *op. cit.*, p. 37.

³⁸ GÓMEZ LARA, Cipriano. *Teoría general del proceso*. 9ª edición, México: Oxford, 2001, p. 282; MEJÍA, Andrés Cruz, *op. cit.*, pp. 205-206; THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito...*, *op. cit.*, livro eletrônico não paginado; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 57.

³⁹ “A prova é a actividade realizada em processo tendente à formação da convicção do tribunal sobre a realidade dos factos controvertidos (cfr. artº 341º CC), isto é, a actividade que permite formar na mente

Nos parece que a compreensão de que as provas se prestariam ao descobrimento da verdade dos fatos da causa, realmente, não merece prosperar diante da impossibilidade de alcance de uma verdade absoluta. A crítica feita por CARNELUTTI ilustra como os limites à atividade probatória constituem empecilhos para a descoberta da verdade. No entanto, é preciso frisar que não apenas no processo o descobrimento da verdade encontra empecilhos.

Seja no âmbito processual ou fora dele, os fatos não “se apresentam neutros ao sujeito, ou melhor, o sujeito não se apresenta neutro aos fatos (...) o ato de compreender não está isento aos juízos de valor prévios, circunstâncias sociais e peculiaridades psicológicas do sujeito”⁴⁰, motivo pelo qual não se pode atribuir ao juiz a tarefa de

do julgador a convicção que resolve as dúvidas sobre os factos carecidos de prova” (SOUSA, Miguel Teixeira de. *As Partes, o objecto e a prova na acção declarativa*. Lisboa: Lex, 1995, p. 195).

⁴⁰ MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi Medeiros, *op. cit.*, p. 54. Na mesma linha, ECHANDÍA sustenta que “la verdad es una noción ontológica, objetiva, y el conocimiento que creemos tener de ella es subjetivo. Si el fin de la prueba fuese la verdad, resultaría que en muchos procesos no se habría cumplido ese fin, a pesar de que el juez hubiera adoptado una decisión convencido por ella”, razão pela qual a finalidade da prova seria produzir a convicção ou certeza do julgador, mas que “no se trata [de alcançar] una certeza metafísica (...), absoluta, que vendría a confundirse con la prueba perfecta de la verdad, sino una certeza histórica, lógica y psicológica, humana, por tanto, con sus naturales limitaciones y su inseparable posibilidad de error” (ECHANDÍA, Hernando Devis, *op.cit.*, p. 250 e 253). Daniel Kahneman, Prêmio Nobel de Economia de 2002, e Amos Tversky, pesquisador e psicólogo, desenvolveram estudos sobre a racionalidade humana na tomada de decisões, analisando variados campos em que são aplicadas diferentes áreas do conhecimento, tais como diagnósticos médicos, análises judiciais, estratégias militares, e concluíram que nem sempre o ser humano está apto a apreciar as questões que lhe são submetidas de forma objetiva e racional. Alguns pensamentos, impressões e intuições nos levam a formar nossas convicções, havendo, inclusive, muitas vezes a tendência de se acolher uma resposta mais fácil quando nos deparamos com uma questão mais complexa, de modo que, mesmo que confiantes da conclusão adotada, esta convicção pode ter sido gerada a partir de propensões, inclinações, preconceitos e tendenciosidades. De forma simplificada, pode-se dizer que existem desvios cognitivos, verdadeiras “armadilhas” no processo de raciocínio, que dificultam a tomada de decisão de modo racional, pelo fato de que o ser humano “(i) possui aversão ao esforço mental e, por isso, está inclinado a não pensar suficientemente, aceitando a resposta mais agradável ou familiar; (ii) soluciona problemas sem ter acesso a todas as alternativas possíveis, apegando-se apenas em experiências passadas; (iii) sujeita-se a alterações comportamentais pela exposição a qualquer coisa influenciável (palavras, objetos, ambiente); (iv) não é imparcial ou neutro e a todo momento busca uma causalidade por não conseguir aceitar fatos sem que estejam acompanhados de uma história; (v) tem a tendência de aceitar uma informação inicial como se verdadeira fosse (efeito halo)”. A partir das noções dos referidos pesquisadores, centros de pesquisa de psicologia comportamental identificaram variados desvios cognitivos, dentre os quais se destaca, no âmbito processual, (i) a tendência do juiz de confirmar liminar em sentença, (ii) a dificuldade em ignorar provas ilícitas que foram conhecidas pelo julgador, (iii) a dificuldade de ignorar propostas de acordo feitas pelas partes que chegaram ao conhecimento do juiz, (iv) a supervalorização de laudos de peritos oficiais, (v) a crença de que os danos ocorridos no passado e apreciados no presente eram previsíveis na época de sua ocorrência. (DELFINO, Lúcio; FERREIRA, Ziel Lopes, *op. cit.*, pp. 141-166.). De há muito se reconhece que questões atinentes à natureza humana influem na nossa percepção sobre a realidade, como se pode verificar na obra de BENTHAM (*A treatise on judicial evidence* teve sua primeira edição publicada em 1825) quando enfatiza que temos a tendência a acreditar em depoimentos de terceiros mais do que em desacreditar, sustentando que não necessitamos

desvendar uma verdade objetiva como se fosse um cientista utilizando os critérios de verificabilidade empírica das Ciências Exatas. A “verdade” é construída no processo judicial através da dialética proporcionada pelo contraditório e com respeito às garantias a ele inerentes⁴¹.

Com isso não se adere a uma teoria formalista que enxerga a prova como meio para a fixação formal dos fatos relevantes para a causa e descarta qualquer relevância da verdade no contexto jurisdicional. A verdade tem papel substancial dentro da realidade processual por constituir o norte do julgador, devendo orientar a atividade probatória como política de qualidade do processo⁴². A busca da verdade representa fonte de legitimação da atividade jurisdicional por obstar a caracterização do procedimento como mero conjunto de formalidades desprovidas de finalidade, no qual a justiça da decisão não possui qualquer relevância⁴³. A concepção ceticista que, diante da impossibilidade de perfeita reconstrução da verdade, nega sua relevância no âmbito processual põe em xeque o próprio papel da jurisdição, na medida em que uma decisão deve levar em consideração o que ocorreu no mundo dos fatos para que seja legítima e socialmente aceitável⁴⁴, ainda que essa reconstrução seja imprecisa⁴⁵.

de nenhuma justificativa especial para crer, ao passo que para não crer precisamos de uma razão, v.g., uma suspeita relativa ao depoente ou a improbabilidade dos fatos alegados. O autor alega, ainda, que isso se deve à própria natureza humana, dado que nossas relações sociais não se desenvolveriam (“el movimiento de la sociedad estaría paralizado”) se desconfiássemos mais que acreditássemos, uma vez que o número de fatos que temos percepção imediata é infinitamente menor do que os que não temos e que somente podemos conhecer por referência de outros (BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. (trad.) Manuel Ossorio Florit. Granada: Editorial Comares, 2001, pp. 27-34).

⁴¹ DELFINO, Lúcio; FERREIRA, Ziel Lopes, *op. cit.*, pp. 141-166.

⁴² Para REICHENBACH, o juiz não é um profeta que conhece a verdade, mas tampouco é alguém que decide sem fundamento, se assemelhando mais a um jogador racional quando faz uma aposta (apreciação dos fatos na sentença) e conhece as leis da probabilidade, demonstrando que se trata da melhor aposta, que é o que melhor pode fazer dentro de seu alcance, arrematando o filósofo alemão: “si un hombre hace lo que puede hacer, ¿qué más le puede pedir?” (REICHENBACH *apud* ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 183).

⁴³ MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi Medeiros, *op. cit.*, p. 56.

⁴⁴ Nesse sentido, LESSA NETO entende que “as regras de prova estão voltadas mais para a prolação de decisões legítimas e socialmente aceitáveis do que para a ‘descoberta da verdade’”, estando a atividade processual direcionada à “busca de soluções e decisões racionalmente justificáveis”. Tal conclusão deriva da compreensão de que “não existe exercício jurisdicional legítimo que prescindia da verificação dos fatos”, de modo que, ainda que não seja viável a reconstrução perfeita dos fatos, deve-se buscar compreender o que ocorreu na realidade. (LESSA NETO, João Luiz. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. Londrina: Thoth, 2021, p. 89, 91 e 95).

⁴⁵ O desenvolvimento da noção de *standards* probatórios representa, assim, uma admissão da imperfeição do procedimento judicial na reconstrução da verdade, ao criar-se critérios a serem observados para que sejam aceitos como provados determinados fatos, estabelecendo grau de cognição mais elevado para fatos cuja comprovação ensejarão penas de restrição de liberdade, como ocorre no direito penal (“prova acima

Claro que, pelos limites anteriormente referidos, essa busca não pode ser equiparada à própria descoberta da verdade, razão porque a prova se insere neste contexto como ferramenta com força persuasiva que as partes dispõem para o convencimento do juiz acerca das premissas fáticas sustentadas. Sob a perspectiva do magistrado, por outro lado, é inegável que a prova se apresenta como instrumento para a busca da verdade, uma vez que é a única ponte entre o que sucedeu na realidade objetiva e o que as partes narram.

A prova pode, assim, ser encarada sob dois prismas: cognoscitivo e de justificação. Ao se analisar a função da prova no curso do procedimento probatório, percebe-se que esta desempenha uma função cognoscitiva por permitir ao juiz conhecer os fatos, extraíndo sua conclusão acerca de como os acontecimentos sucederam a partir dos elementos probatórios que lhe são apresentados neste procedimento. Por outro lado, quando as partes apresentam elementos probatórios como forma de corroboração de suas versões dos fatos com vistas a persuadir o magistrado⁴⁶, a prova atua no sentido que ABELLÁN denomina “resultado probatório”, que seria um enunciado fático concebido pela parte, dentre diversas afirmações possíveis. Nesse caso, a prova está sendo empregada no contexto de justificação⁴⁷. A prova consiste, ao mesmo tempo, em um método de averiguação e de comprovação⁴⁸.

de qualquer dúvida razoável”), e menos elevados em se tratando de, por exemplo, direitos disponíveis e patrimoniais (“verossimilhança razoável”). A questão se volta para a certeza a ser atingida no curso do procedimento partindo da premissa de que a verdade absoluta é inatingível (ÁVILA, Humberto. *Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência*, Revista de Processo, v. 282, pp. 113-139, ago/2018).

⁴⁶ O próprio TARUFFO considera que a atividade desenvolvida pelas partes em matéria probatória não está destinada à descoberta da verdade: “[e]n el proceso las partes cumplen - obviamente - una función importantísima que se manifiesta de diversas formas y a través de diversas actividades. Con todo, se puede descartar que se trate de una función epistémica, fundamentalmente porque las iniciativas y las acciones de las partes no están orientadas hacia la búsqueda y el descubrimiento de la verdad” (TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad...*, p. 192).

⁴⁷ ABELLÁN, Marina Gascón, *op. cit.*, pp. 77-78. O próprio TARUFFO reconhece as diferentes concepções de prova na perspectiva das partes e do julgador, salientando que “[s]i può forse riconoscere che questa concezione [prova como um argumento retórico-persuasivo] corrisponde almeno in parte al modo in cui gli avvocati se ne servono nel processo, dato che il loro fine fondamentale non è la scoperta della verità ma la vittoria in giudizio, e questa si consegue se si persuade il giudice a dar ragione al proprio cliente” (TARUFFO, Michele, *Ermeneutica, prova e decisione*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 4, n° 1, pp. 129-148, 2018).

⁴⁸ COUTURE, Eduardo J., *op. cit.*, pp. 215-217. A extensão de cada método, em especial o de averiguação, dependerá em grande medida dos poderes instrutórios conferidos ao julgador, uma vez que em ordenamentos que não outorgam tais ferramentas ao magistrado não se pode dizer que sua atividade é de averiguação, ou melhor, que o juiz busca conhecer os fatos, mas tão somente comprovar se as afirmações de fato das partes procedem ou não a partir dos elementos probatórios disponibilizados por

A finalidade da prova, contudo, acaba sendo concebida apenas no cenário processual litigioso, isto é, quando a contenda já foi instaurada. Nesse momento, há, na perspectiva das partes, o intento de convencer o órgão julgador da procedência de suas afirmações e o uso dos meios de prova como forma de corroborá-las, e, na ótica do julgador, a tarefa de apreciar esse conjunto probatório na tentativa de conhecer a dinâmica dos fatos em busca da verdade. A prova, no entanto, não passa a existir somente quando uma demanda é judicializada.

1.2.1. O convencimento das partes como uma das finalidades da prova

Partindo da premissa de que, para as partes, a prova serve como instrumento para o convencimento do magistrado acerca das alegações de fato aviadas em seus articulados, é preciso reconhecer, também, que para formular tais afirmações é preciso que tenham conhecimento da dinâmica dos fatos ilustrados pela prova para que a narração faça sentido para elas próprias. Para convencer o juiz sobre suas assertivas, é imperioso que as partes, como adverte DIDIER, “se convençam (i) de que efetivamente são titulares das situações jurídicas que, em princípio, pensam ter e (ii) da demonstrabilidade em juízo das alegações de fato subjacentes a tais situações jurídicas”⁴⁹. Afinal, antes de buscar convencer um terceiro sobre a procedência de suas afirmações, é, no mínimo, recomendável que o sujeito que almeja tal convicção ateste que tem condições de alcançar este objetivo.

Imaginemos o cenário em que um construtor que sofre prejuízos decorrentes de um acidente em sua obra esteja confiante de que o incidente foi causado por imprudência dos trabalhadores de empresa subcontratada para a instalação da tubulação e divulga tal informação prejudicando a imagem de tal empresa. No entanto, os dirigentes da referida empresa não creem em tal conclusão, apesar de não estarem convictos por não terem participado diretamente dos trabalhos na obra. Nesse contexto, é plenamente possível que a empresa subcontratada, que teve seu contrato rescindido e não tem mais acesso à obra, tenha interesse em produzir prova para se certificar sobre o

estas. Por isso, o processualista uruguaio nega a função de averiguação da prova civil, na medida em que o sistema vigente à época não confiava ao magistrado o poder de apreciar outras provas que não fossem as fornecidas pelos litigantes.

⁴⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *op.cit.*, pp. 55-56.

ocorrido, podendo vir a ter conhecimento de que o contratempo foi motivado, por exemplo, pelos materiais de baixa qualidade/impróprios comprados pela construtora. Quanto à segunda hipótese aventada por DIDIER, suponhamos que um sujeito creia que um abaloamento que provocou avarias em seu automóvel foi presenciado por uma idosa que vive em frente ao local do acidente, e que, apesar de ter plena convicção de quem seja o culpado e da extensão dos danos, tenha verificado que o relato da testemunha seja seu único meio de comprovar o ocorrido. Entretanto, descobre que a mulher é cega⁵⁰, de modo que não consegue comprovar o culpado pelo acidente.

Antes de buscar a convicção do julgador, é preciso que as partes se certifiquem de que as premissas fáticas que embasam suas pretensões – compreendido o pleito autoral e a defesa – são capazes de serem demonstradas em juízo, pois, como cediço, nada adianta a parte estar segura de sua posição jurídica se não tem condições de a comprovar minimamente⁵¹. A confiança ou certeza da parte na existência do direito material objeto de sua futura pretensão não é, por si só, suficiente para a procedência do pleito. Precisar demonstrar em juízo a ocorrência dos fatos que justificam a aplicação da norma jurídica e, para tal fim, via de regra, tem de produzir prova.

O brocardo *quod non est in actis non est in mundo*, que à primeira impressão pode soar um tanto injusto, apenas reflete uma realidade já aqui explanada: o julgador somente tem contato com os fatos pretéritos que têm relevância para a decisão através do processo, isto é, por meio das provas e das narrativas das partes, de modo que cabe a estas partes carrear aos autos elementos que comprovem suas alegações. ECHANDÍA destaca, em igual sentido, que, apesar das provas serem utilizadas principalmente para o convencimento dos outros, servem também para os próprios envolvidos “tener convencimiento personal o seguridad subjetiva sobre los propios derechos, lo cual equivale a convencerse a sí mismo de la verdad o legalidad de ciertos hechos o actos jurídicos”⁵².

⁵⁰ Art. 447 do CPC/2015: Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas. § 1º São incapazes: (...) IV - o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam.

⁵¹ Nesse sentido, em países *hispanohablantes*, operadores do Direito se valem da máxima: “tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo” (ECHANDÍA, Hernando Devis, *op.cit.*, p. 13).

⁵² ECHANDÍA, Hernando Devis, *op.cit.*, p. 10. No mesmo sentido: YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros,

Sendo assim, é razoável que as partes queiram ter acesso a certos elementos probatórios antes de iniciar uma demanda judicial, a fim de verificar se o conjunto probatório é capaz de atestar suas alegações. Tal assertiva leva à conclusão de que a questão probatória tem relevância para as partes muito antes de alcançar a atenção do julgador. Aliás, a percepção das partes acerca dos elementos probatórios pode muito bem resultar na resolução da controvérsia de forma negociada, oportunidade em que o conjunto probatório sequer será submetido à apreciação judicial. A prova surge, assim, como instrumento para que as partes avaliem transacionar através de uma decisão informada avaliando os riscos de submeter a demanda à apreciação judicial.

1.3. O(S) DESTINATÁRIO(S) DA PROVA

Ao tratar de direito probatório, parcela da doutrina apresenta tal disciplina como o estudo de regras que regulam a atividade demonstrativa no âmbito do processo, entendendo que o direito à prova tem natureza exclusivamente processual por ser exercido e desenvolvido em tal campo⁵³⁻⁵⁴, não se atentando a noção da produção de

2009, p. 56; VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. *Provas (direito probatório material)*. In: BMJ, n.º 112, Lisboa: MJ, 1962, p. 333.

⁵³ MEJÍA, Andrés Cruz, *op. cit.*, p. 203; PICÓ I JUNOY, Joan, *op. cit.*, p. 30; NAVARRO, José Bonet, *op. cit.*, pp. 43-44. Existem autores que, por outro lado, defendem a natureza substantiva de certas normas sobre prova, as quais não tem vinculação com o processo, mas conferem credibilidade a um ato em um possível litígio, como é o caso do art. 215 do CC/02, que estabelece que a escritura pública, lavrada em notas de tabelião, possui fé pública e faz prova plena. Seriam “normas que establecen solemnidades ad substantiam actus y creemos que es éste el sentido que GUASP le da a su explicación de la prueba material, cuando habla de ‘justificación de la existencia de determinados acontecimientos de la vida civil real’; es decir, formalidad necesaria para la existencia del acto o su validez, agregamos, no para llevarle al juez la convicción psicológica acerca de él” (ECHANDÍA, Hernando Devis, *op.cit.*, pp. 53-54). Tais discussões, como se verá a seguir, não tem pertinência para o presente trabalho, motivo pelo qual não se irá expor detalhadamente cada uma das diferentes concepções sobre a natureza das regras sobre direito probatório, que podem ser divididas em pertencente ao direito substantivo; de natureza mista; e exclusivamente processual. Para maior aprofundamento: ORTELLS RAMOS, Manuel, *op. cit.*, pp. 345-347; MEJÍA, Andrés Cruz, *op. cit.*, pp. 204-206; ECHANDÍA, Hernando Devis, *op.cit.*, pp. 41-54; AROCA, Juan Montero, *op. cit.*, pp. 40-43. Na doutrina portuguesa é comum encontrar a separação em direito probatório formal e material. O direito probatório material diz respeito “à delimitação do objecto da prova, à repartição do ónus da prova, à admissibilidade dos meios de prova e aos critérios de avaliação ou apreciação da prova” e “é regulado quase exclusivamente na legislação civil (artºs 362º a 396º CC), embora a ele se refiram também alguns preceitos da legislação processual civil (cfr. artºs 516º e 522º)”, enquanto o direito probatório formal “refere-se à apresentação, admissão e ao modo de produção da prova em juízo, isto é, ao procedimento probatório. Este regula a utilização em processo dos meios de prova admissíveis para a demonstração da realidade dos factos. A regulamentação dos aspectos relacionados com o direito probatório formal consta da legislação processual (artºs 523º a 645º)” (SOUSA, Miguel Teixeira de. *As Partes...*, pp. 197-198).

⁵⁴ Cabe ressaltar posição adotada por ECHANDÍA, que, ainda que não a tenha desenvolvido muito, antes de expor os fins da prova no ambiente processual, salienta que a prova tem importantes funções

provas como direito à investigação de fatos⁵⁵. Com isso, o direito probatório acaba sendo tratado apenas sob o prisma da prova judicial, entendida como os elementos constantes no procedimento em curso que tem como finalidade, sob a perspectiva da partes, convencer o magistrado de suas alegações sobre suas posições na contenda.

Como historicamente os estudos dedicados à prova são focados apenas sob este ângulo, o julgador acaba sendo visto como seu único destinatário. As partes são mencionadas apenas como sujeitos da atividade probatória, que são aqueles que, com interesse processual e vinculados à decisão judicial, realizam atos processuais probatórios⁵⁶. Tal conceito compreende as partes somente como participantes da atividade probatória, o que, apesar de ter extrema relevância no âmbito processual, não compreende os litigantes como destinatários da prova.

E, de fato, no âmbito processual, o juiz vem a ser o principal destinatário do conjunto probatório. Entretanto, não se pode esquecer que o litígio não inicia com o processo, sendo o segundo decorrência do primeiro. Ou seja, um litígio pode originar um processo, mas essa não é uma consequência necessária por existirem inúmeras circunstâncias que inibem ou desincentivam as partes a formalizar uma demanda, geralmente associadas a riscos e custos de um processo judicial. Tal premissa nos leva à conclusão de que antes de se ajuizar uma demanda, os únicos personagens envolvidos no litígio são as partes, que, como exposto no item antecedente, podem ter grande interesse nos elementos probatórios que venham a fortalecer ou enfraquecer suas posições ou mesmo a expor informações até então desconhecidas.

Ao aceitar tal entendimento, nos parece inegável que as partes são destinatárias da prova. Claro que, não existindo um processo, acabam por ser as únicas destinatárias, mas, ainda que o litigante ajuíze a demanda, por mais que a finalidade da produção de provas, sob a perspectiva das partes, seja a convicção do magistrado, sendo este o principal destinatário do procedimento probatório, elas seguem sendo destinatárias. É

extraprocessuais, tais como “dar seguridad a las relaciones sociales y comerciales, prevenir y evitar los litigios, servir de garantía a los subjetivos y a los diversos status jurídicos” (ECHANDÍA, Hernando Devis, *op.cit.*, pp. 14-15).

⁵⁵ LESSA NETO apresenta o direito à produção de provas como direito de “faceta substancialmente material” justamente por representar um exercício do direito à informação, não se tratando de uma atividade empreendida somente no âmbito do processo direcionada ao julgador (LESSA NETO, João Luiz, *op. cit.*, pp. 102, 104 e 114-115)

⁵⁶ MEJÍA, Andrés Cruz, *op. cit.*, pp. 207-208.

que, como as partes não têm conhecimento pleno do resultado da atividade probatória, podem, no curso do procedimento, modificar suas próprias convicções sobre os interesses defendidos, ou mesmo acerca da possibilidade de demonstrá-los ao julgador, oportunidade em que podem adotar medidas que impeçam a valoração da prova pelo magistrado, como a desistência da ação ou a formalização de um acordo. Em tais casos, o principal destinatário da prova não a aprecia, apesar de haver sido produzida, o que reforça a convicção de que as partes são destinatárias dos elementos probatórios⁵⁷.

1.4. ATIVIDADE PROBATÓRIA

Tendo em conta a noção do juiz como alvo do acervo probatório, é natural que a atividade processual tenha um momento reservado a sua prática, em que o procedimento probatório se desenvolve. A fase probatória pode ser entendida apenas como o momento no qual ocorre a efetiva produção das provas, como também as fases que antecedem tal atividade. Como já exposto, o direito à prova não compreende apenas a produção desta, mas também outras fases, dentre as quais se pode destacar a proposição, admissão e a valoração dos elementos probatórios.

No cenário brasileiro, a instrução da causa engloba todas essas etapas, incluindo a fase postulatória, em que demandante e demandado apresentam suas razões, a fase de saneamento, em que há a correção de eventuais irregularidades e organização do feito, e a fase probatória em si⁵⁸. Depois de requeridas as provas e o juiz decidir sobre sua pertinência, avaliando a necessidade, utilidade e cabimento de tal meio de prova, se chega ao momento da produção das provas, que é quando se concretiza o meio de prova.

⁵⁷ Não à toa nos Princípios de Processo Civil Transnacional da ALI e UNIDROIT, mais especificamente no princípio nº 16, se vê uma clara preocupação em ressaltar que não somente a corte, mas também as partes devem ter acesso às informações e provas relevantes associadas à causa (ALI/UNIDROIT. *Principles of Transnational Civil Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 36-37).

⁵⁸ Difere, assim, de Portugal, onde a fase de instrução não engloba todas essas etapas, possuindo um sentido técnico restrito relativo apenas à instrução probatória, de forma posterior à fase dos articulados e da condensação e anterior à fase de discussão e de julgamento (ANTUNES VARELA, João de Matos; BEZERRA, José Miguel; SAMPAIO E NORA, José. *Manual de processo civil*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1985, p. 431; SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o...*, pp. 319-320).

As provas costumam ser produzidas na audiência de instrução e julgamento⁵⁹, salvo a documental que geralmente é juntada com a petição inicial e a contestação⁶⁰. O princípio da concentração dos atos processuais⁶¹ aponta para a necessidade de, sempre que possível, reunir-se o maior número de atos em um momento processual, implicando, no que se refere às provas, sua produção em um único ato. Na atual LEC, por exemplo, há expressa disposição determinando a prática de provas em “unidade de acto”, como se observa a partir de seu art. 290, novidade introduzida como forma de fazer frente à dispersão na prática probatória que imperava no regramento anterior⁶². Em Portugal, nos termos dos arts. 596.º, n.º 1, e 604.º, n.º 3, do CPC/2013, os atos probatórios são igualmente concentrados na audiência final, sendo os temas da prova enunciados em despacho, que também define o objeto do litígio, proferido após o saneamento.

⁵⁹ Quando se fala em produção de provas nesta solenidade, naturalmente não se quer dizer que o meio de prova é praticado do início ao fim neste momento. A prova pericial, por exemplo, começa a ser praticada em momento anterior com a visita do perito, se for o caso, ao local a ser periciado, a apresentação de quesitos pelas partes e a entrega do laudo finalizado, dentre outras diligências que a perícia em particular exigir, a qual não raras vezes somente é concluída na audiência de instrução e julgamento com a resposta do perito aos quesitos apresentados pelas partes, como determina o art. 477, § 3º, do CPC/2015.

⁶⁰ ANTUNES VARELA, João de Matos; BEZERRA, José Miguel; SAMPAIO E NORA, José, *op. cit.*, p. 431.

⁶¹ FREITAS, José Lebre de, *op. cit.*, p. 198. Na lição de CARNEIRO, “pelo princípio da concentração, os atos processuais devem ser, tanto quanto possível, reunidos num mesmo momento, impedindo que o procedimento se delongue num número indefinido de etapas e fases (...) põe os atos de instrução o mais próximo possível uns dos outros, e a prova oral é inserida ‘numa só e mesma audiência’, para que se não oblitere na memória do juiz a impressão dos testemunhos” (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 47)

⁶² De acordo com a LEC, o momento de produzir provas é no “acto del juicio”, mais especificamente no início deste, como dispõe o art. 433.1, parágrafo 1º, enquanto no “juicio verbal” a produção de provas ocorre na “vista”, no termos do art. 443, parágrafo 4º. A competência do “juicio ordinario” e “verbal” estão reguladas, respectivamente, nos arts. 249 e 250 da LEC. Em suma, a LEC prevê, tanto para o “juicio ordinario” como para o “juicio verbal”, a prática concentrada de todas as provas em único ato, o que é uma inovação da atual legislação quanto ao tempo de prática das provas. A LEC prevê a possibilidade de repetição da prova praticada antecipadamente no momento oportuno caso seja possível (art. 295.4). Apesar de parecer contrariar a economia processual, afinal foi uma prova produzida respeitando as garantias processuais de ambas as partes, entende-se que essa repetição encontra respaldo no fator essencial da concentração da atividade probatória no “juicio” ou “vista”, que tem repercussões relevantes na formação da convicção do juiz na apreciação das provas em conjunto. Não obstante, pode ser que a repetição seja absolutamente impertinente ou inútil, o que, a princípio constituiria motivo para que o julgador rechaçasse a repetição (art. 283). No entanto, a leitura do art. 295.4 não parece dar essa discricionariedade ao julgador, de modo que, caso uma das partes requeira a repetição e esta seja viável, deverá ser admitida e praticada no momento processual oportuno (“acto del juicio” ou “vista”). Após tal repetição, o julgador tem liberdade para valorar a prova produzida antecipadamente e a praticada no momento oportuno, que podem ter resultados contraditórios (LÓPEZ SIMÓ, Francisco; ALBA CLADERA, Felip, *op. cit.*, pp. 120 e 160-162).

Com a observância de todos os atos preparatórios necessários para que seja proferida a sentença, está encerrada a fase instrutória e o feito deverá ser sentenciado. Nesse momento, o julgador apreciará os fundamentos jurídicos e fáticos apresentados pelas partes e valorará a prova produzida, de acordo com o sistema da persuasão racional⁶³ e decidirá. Esta é a “fórmula tradicional” do procedimento probatório, momento em que as partes se valem para alcançar a convicção do magistrado acerca das alegações de fato apresentadas.

2. TÉCNICAS DE ANTECIPAÇÃO DA PROVA E PREPARAÇÃO DO PROCESSO

A atividade probatória se desenvolve, via de regra, no curso do processo, sendo este procedimento regulado por normas procedimentais, uma vez que a produção da prova não pode ser feita de qualquer maneira, ao bel-prazer de seus interessados, devendo respeitar o disposto pelo legislador⁶⁴. Existem, todavia, procedimentos destinados exclusivamente à colheita da prova, que não são seguem todas as etapas anteriormente mencionadas, e que foram criados por objetivos distintos e possuem diferentes requisitos para seu desenvolvimento.

O processo, por sua essência, não é instantâneo. Sua tramitação requer a prática de uma série de atos que demandam tempo, sob pena de afronta, inclusive, ao princípio da razoável duração do processo⁶⁵. Aliada a esta circunstância, não podemos olvidar da

⁶³ Art. 607.º, n.º 5, do CPC/2013 e art. 371 do CPC/2015. “No sistema da persuasão racional, também conhecido pelo princípio do livre convencimento motivado, o juiz é livre para formar seu convencimento, dando às provas produzidas o peso que entender cabível em cada processo, não havendo uma hierarquia entre os meios de prova. Isso, claramente, não significa que o juiz possa decidir fora dos fatos alegados no processo, mas sim que dará, aos fatos alegados, a devida consideração diante das provas produzidas. Em tese, portanto, não há hierarquia pré-estabelecida da carga probatória dos meios de prova. Diante dessa regra, não seria possível afirmar que um meio de prova é mais importante do que outro, ou que seja insuficiente para demonstrar a ocorrência de determinado fato” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 649).

⁶⁴ AROCA, Juan Montero, *op. cit.*, p. 136.

⁶⁵ Normalmente o princípio da razoável duração do processo é suscitado para tecer críticas a processos demorados, que perduram no tempo sem que os jurisdicionados consigam ter uma definição da lide posta à apreciação do órgão jurisdicional. Entretanto, o extremo oposto seria igualmente inaceitável. O respeito ao referido princípio não é o mesmo que julgar às pressas, mas sim com o tempo adequado para a prática de todos os atos processuais de acordo com os trâmites legais. “O direito à duração razoável do processo não constitui e não implica direito a processo rápido ou célere. As expressões não são sinônimas. A própria ideia de processo já repele a instantaneidade e remete ao tempo com algo inerente a fisiologia processual. A natureza necessariamente temporal do processo constitui imposição democrática, oriunda do direito das partes de nele participarem de forma adequada, donde o direito ao contraditório e os demais

sobrecarga que sofrem os órgãos judiciários mundo afora e especialmente no cenário brasileiro. A junção destes fatores leva a concluir que desde o início do processo, com o protocolo da petição inicial, até a fase dedicada à atividade probatória transcorre lapso temporal considerável⁶⁶.

Sucedem que em muitas ocasiões a realidade processual não tem condições de acompanhar o ritmo do mundo exterior, cuja dinâmica dos eventos pode frustrar a prática de atos processuais relevantes para o exercício da função jurisdicional. Assim, na tentativa de adequar o panorama processual às realidades mundanas, criam-se procedimentos que assegurem às partes o direito à prova fora do momento processual próprio para tal atividade.

2.1. ANTECIPAÇÃO DE PROVAS

Uma das exceções à regra geral de produção de provas durante a instrução processual comumente previstas nos ordenamentos jurídicos do direito comparado se trata da antecipação de provas, regulada pela legislação processual brasileira nos arts. 381 a 383⁶⁷. PICÓ I JUNOY menciona tal procedimento como um dos mais relevantes em matéria de prova, “pues de nada sirve establecer una completa y exhaustiva regulación de la materia si la prueba no puede practicarse debido a que el transcurso del tiempo, insito en todo proceso, la ha hecho desaparecer o se ha destruido el objeto de la misma”⁶⁸. De fato, não há como discordar do processualista catalão, as normas sobre prova, por mais bem arquitetadas e harmônicas com o restante do sistema processual, não tem terão qualquer efetividade na prática forense se circunstâncias alheias ao processo impeçam sua produção.

A produção antecipada da prova está, pois, intimamente ligada ao requisito da urgência, isto é, ao fundado temor de que o meio de prova não possa ser praticado no momento oportuno. É um instituto contemplado com vistas a evitar a frustração da

direitos que confluem para organização do processo justo ceifam qualquer possibilidade de compreensão do direito ao processo com duração razoável simplesmente como direito a um processo célere” (MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 678).

⁶⁶ GÓMEZ, Belén Rizo, *op. cit.*, pp. 61-62.

⁶⁷ No ponto, importante destacar que, por uma questão de coerência no raciocínio exposto neste trabalho e até mesmo didática, trataremos como “antecipação de provas” a hipótese prevista no art. 381, I, do CPC/2015, de forma apartada, assim, das demais hipóteses.

⁶⁸ PICÓ I JUNOY *apud* GÓMEZ, Belén Rizo, *op. cit.*, pp. 35-36.

atividade probatória, se materializando com a prática desse meio de prova de forma antecipada⁶⁹.

A única especialidade da prova praticada antecipadamente é o tempo. Os requisitos a serem cumpridos para a obtenção da prova antecipada são os relativos ao próprio meio de prova a ser produzido, ou seja, os requisitos ordinários para sua admissão. Além disso, o requerente deverá expor os motivos que justifiquem a pertinência da antecipação da medida, isto é, circunstâncias das quais derive o risco de perda da fonte de prova mais acentuados do que os ordinariamente existentes⁷⁰⁻⁷¹.

Dessa forma, não deve haver tratamento díspar entre a prova produzida no momento próprio e a prova produzida antecipadamente, de modo que deve ser analisado se o meio probatório que corre o risco de não ser praticado seja útil, pertinente e lícito⁷². Ademais, deve o requerente demonstrar a necessidade da antecipação da produção da prova, os fatos a serem provados e a exposição, ainda que concisa, do futuro pleito, para que seja viável tal antecipação⁷³. Tais requisitos, todavia, são meramente procedimentais como forma de garantir que o procedimento não tenha sua finalidade desvirtuada, de modo que, vale ressaltar, a prova produzida de forma antecipada não possui valor probatório distinto daquela produzida no momento ordinário, devendo ser apreciada da mesma forma que as demais⁷⁴.

2.2. ASSEGURAÇÃO DE PROVA

Aliada a produção antecipada de provas, os jurisdicionados espanhóis tem à sua disposição procedimento destinado a assegurar o meio de prova. Regulado nos arts. 297

⁶⁹ GÓMEZ, Belén Rizo, *op. cit.*, p. 25 e 41.

⁷⁰ BLANES, Francisco de Paula Puig; PUJALS, Jaime Illa. *Prontuario procesal civil*. 2ª ed. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2012, p. 126.

⁷¹ Podemos citar como exemplos de situações que justificam a prática antecipada de prova motivos de natureza pessoal, como a idade avançada ou o estado de saúde debilitado da testemunha, assim como em razão do estado das coisas, como a impossibilidade física, jurídica ou econômica de manter um prédio que ameaça desabar. Existe doutrina que advoga que a antecipação da prova abarque, também, situações de perigo da execução fiável da prova, como a influência que terceiros podem exercer no depoimento de uma testemunha (AROCA, Juan Montero, *op. cit.*, p. 156; GÓMEZ, Belén Rizo, *op. cit.*, p. 98).

⁷² AROCA, Juan Montero. *op. cit.*, p. 155.

⁷³ ANTUNES VARELA, João de Matos; BEZERRA, José Miguel; SAMPAIO E NORA, José, *op. cit.*, pp. 485-486

⁷⁴ *A contrario sensu*, se criariam graduações de provas com base na dimensão temporal, gerando um tratamento privilegiado da prova produzida na fase ordinária, o que acabaria por frustrar a comprovação de fatos cujos meios probatórios correm risco de perda, justamente a situação que justificou a criação de tal procedimento (GÓMEZ, Belén Rizo, *op. cit.*, pp. 34-35 e 136).

e 298 da LEC, o *aseguramiento de prueba* consiste na adoção de medidas, por parte do tribunal, por iniciativa do futuro demandante, com vistas a evitar que condutas humanas ou acontecimentos naturais possam ocasionar a impossibilidade de praticar determinado meio de prova.

Nesse caso, o procedimento visa assegurar uma fonte de prova, mas sem praticar o meio de prova⁷⁵. Em vez de praticar o meio de prova antecipadamente, se adotam medidas necessárias que preservem as fontes de prova (objetos ou estado de coisas), de modo que não se alterem e possam ser aportadas no processo no momento adequado⁷⁶. Este viés assecuratório aproxima o procedimento das medidas cautelares, dado que, como sustenta GÓMEZ, ambos casos “parten de un sustrato común, que se traduce en el peligro que puede representar para el proceso el tiempo que inevitablemente precisa su tramitación”⁷⁷⁻⁷⁸.

A doutrina entende que, em razão das características do procedimento, a assecuração da prova somente poderá ser adotada quando se tratem de provas materiais, sendo que, no caso de provas pessoais, o mais adequado será sua antecipação⁷⁹. Tais expedientes preventivos da atividade probatória são praticados fora da fase probatória ordinária e, inclusive, antes do início do processo e podem ser adotados em qualquer tipo de demanda⁸⁰. A prova que se pretenda assegurar deve (i) ser possível, pertinente e útil, (ii) encontrar-se em situação de perigo que dificulte ou impossibilite sua prática no momento adequado; (iii) ser levada a cabo dentro de um lapso temporal breve e sem causar prejuízos graves e desproporcionados⁸¹⁻⁸².

⁷⁵ AROCA, Juan Montero, *op. cit.*, p. 157.

⁷⁶ BLANES, Francisco de Paula Puig; PUJALS, Jaime Illa, *op. cit.*, p. 126; LÓPEZ SIMÓ, Francisco; ALBA CLADERA, Felip, *op. cit.*, p. 150.

⁷⁷ GÓMEZ, Belén Rizo, *op. cit.*, p. 66.

⁷⁸ A principal diferença entre os procedimentos é que as medidas cautelares são instrumentais ao processo principal, destinando-se a evitar a frustração da efetividade de eventual sentença condenatória. A assecuração de provas, por sua vez, objetiva evitar os perigos que poderiam obstar a produção de determinado meio de prova. Sua finalidade é, assim, garantir ao julgador o acesso aos elementos que lhe permitem compreender a dinâmica dos fatos descritos pelas partes (LÓPEZ SIMÓ, Francisco; ALBA CLADERA, Felip, *op. cit.*, p. 328).

⁷⁹ NAVARRO, José Bonet, *op. cit.*, pp. 327-328.

⁸⁰ LÓPEZ SIMÓ, Francisco; ALBA CLADERA, Felip, *op. cit.*, p. 149.

⁸¹ NAVARRO, José Bonet, *op. cit.*, pp. 330-337. Podemos citar como exemplo de antecipação de prova a colheita do depoimento de uma testemunha que sofre de uma doença terminal, momento em que exporá todos os fatos que tem conhecimento sobre a lide, ou seja, a prova é praticada tal como ocorreria na audiência de instrução no curso do processo. Quanto à assecuração de prova, exemplo didático seria o caso em que se apresente necessário deixar sob os cuidados de terceiro determinado objeto sobre o qual

No cenário brasileiro e português, não há uma figura específica que desempenhe o papel de assegurar a prova. Para que seja concretizada tão somente a conservação de uma fonte de prova, já pré-constituída, ou seja, que não seja necessária sua produção, resta às partes valerem-se de uma medida cautelar visando a preservação desta⁸³, de

recairá prova pericial, cuja destruição, desaparecimento ou alteração é temida caso siga sob o poder de quem o possui, como seria o caso do dono de um veículo que ocasionou um acidente que provocou danos e percebe-se que este pretende se desfazer do bem ou fazer reparações que impossibilitariam a realização de prova pericial a fim de comprovar que o proprietário do veículo foi o responsável pelos prejuízos. Nesse caso, a asseguaração da prova, com o bem sob a custódia de um terceiro, serviria para possibilitar a produção da prova no momento adequado (BERGA. Juan Garnica. *La prueba anticipada y el aseguramiento de la prueba en el proceso civil*. 2017. Tesis Doctoral – Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017, p. 299-300).

⁸² O parágrafo 2º do art. 298 da LEC prevê que o tribunal levará em consideração garantia eventualmente prestada pelo requerente da medida em decorrência dos prejuízos e danos que esta possa ocasionar. Ainda no âmbito das cautelas a disposição do tribunal, o parágrafo 3º do mesmo artigo autoriza a aceitação de caução oferecida pela pessoa que suportaria a medida, que deve ser suficiente para indenizar os danos que a perda da prova possa causar. Esta possibilidade de prestar caução, cuja aceitação é potestativa e não configura requisito para o deferimento da medida, é bastante criticada pela doutrina pelo fato de que essa caução, em dinheiro ou aval solidário, não evita que a prova possa ser destruída ou alterada. Se a fonte de prova é destruída ou alterada, não poderá ser praticado o meio de prova e a parte poderá não provar sua afirmação de fato, não podendo obter sentença estimatória de sua pretensão. A caução não pode garantir uma prova que deixou de ser praticada, mas somente a efetividade da sentença a ser proferida, o que difere a caução da asseguaração de provas da prevista para no âmbito das medidas cautelares (art. 728.3, LEC) (AROCA, Juan Montero, *op. cit.*, pp. 158-159; LÓPEZ SIMÓ, Francisco; ALBA CLADERA, Felip, *op. cit.*, pp. 167-168).

⁸³ No sistema brasileiro é facultado às partes a possibilidade de, com fulcro no art. 381 do CPC/2015, ajuizar produção antecipada da prova não havendo qualquer limitação a meios de prova específicos para tal procedimento, diferente do que sucede no cenário português (art. 419 do CPC/2013), de modo que, sendo necessária a produção de um meio de prova cuja fonte possa desaparecer, ser destruída ou deixar de existir, como sucede com uma testemunha que está com estado de saúde debilitado, o correto será produzir a prova testemunhal de forma antecipada. Ao fim e ao cabo, a prova testemunhal será, de certa forma, preservada para eventual e futura ação. No entanto, quando não há necessidade de produção, mas tão somente conservação da fonte de prova, parece que o caminho mais acertado é o previsto no art. 301 do CPC/2015, que prevê a tutela cautelar para qualquer medida idônea destinada à asseguaração do direito, que, neste caso, seria o direito à prova, que, como salientado, constitui direito de caráter fundamental e essencial para a efetivação do direito material perseguido. ASSIS, por outro lado, entende que a produção antecipada de prova, fundada no inciso I do art. 381 tem por objetivo a própria asseguaração de prova, com caráter cautelar, motivo pelo qual o procedimento poderia ser utilizado para tal fim (ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, vol. 2...*, p. 1475, livro eletrônico não paginado). No cenário português, a questão é tratada de forma semelhante à primeira abordagem. CAPELO sustenta que “(q)uanto à prova pré-constituída, ou seja, aquela já existe antes de processo, o nosso sistema revelou-se lacunoso por não prever meios de conservação perante o risco de desaparecimento ou destruição” e, para elucidar a realidade vivenciada pelos portugueses, menciona caso deveras ilustrativo julgado pelo Tribunal da Relação de Lisboa no qual o suposto lesado de uma queda sofrida em um chão escorregadio de um estabelecimento comercial pleiteou a preservação das imagens do sistema de videovigilância e que estas lhe fossem entregues, o que foi negado pela empresa, alertando que, em obediência à Lei de Proteção de Dados, teria de destruir as imagens em 30 dias. O caso retrata de forma clara uma hipótese que não deve ser solucionada pela produção antecipada de prova, vez que não há prova a se produzir, mas existe claro interesse em conservar fonte de prova existente (CAPELO, Maria José. Principais novidades sobre provas no Novo Código de Processo Civil Português. In: CALVÃO DA SILVA, João; CUNHA, Leonardo Carneiro da; CAPELO, Maria José; THOMAZ, Osvir Guimarães (org.). *Processo civil comparado: análise entre Brasil e Portugal*, São Paulo: Forense, 2017, pp. 192-193 e 207).

modo a garantir que o resultado probatório possa ser valorado pelo julgador em conjunto com o restante do conjunto de provas no momento adequado⁸⁴. Não se verifica, assim, uma pluralidade de expedientes preventivos de prova, como se observa no processo civil espanhol, com a existência de um procedimento exclusivamente assecuratório⁸⁵.

Conclui-se, assim, que tanto a antecipação como a assecuração de prova constituem medidas para garantir que o meio de prova seja produzido, não guardando relação com uma averiguação, por iniciativa das partes, dos fatos relevantes para a demanda, eis que as hipóteses de cabimento dizem respeito à urgência na produção da prova. Inclusive, no processo civil espanhol, quando a prova é praticada antes do ajuizamento de uma ação, a parte tem de indicar o futuro demandado no processo principal a fim de que possa ser citado no prazo de cinco dias para, se quiser, intervir, e deve ajuizar a demanda no prazo de dois meses, sob pena de perda do valor probatório da prova praticada antecipadamente, o que demonstra que o procedimento foi criado para contextos em que existe ou existirá uma demanda judicial⁸⁶.

⁸⁴ Existem, inclusive, debates sobre a natureza do procedimento, isto é, se há uma produção de prova ou se se trataria de um procedimento meramente assecuratório. MARINONI e ARENHART defendem que “é impossível produzir provas antes da propositura da ação a que se destina, mediante um procedimento antecedente”, uma vez que “quem assegura não produz prova”, sendo, por isso, a prova “assegurada no procedimento antecedente à propositura da ação”, defendendo essa posição por entender que não há valoração da prova neste procedimento (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, *Curso de processo civil, vol. 4: processo cautelar*, 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 92). Para NEVES, por outro lado, “[a] não valoração da prova no processo de antecipação de provas não torna o processo meramente assecuratório da prova, pois esta é efetivamente produzida, na sua forma oral ou pericial. Ao ser juntada ao processo principal, a prova será novamente produzida, sob a forma documental – a prova antecipada é espécie de prova emprestada e torna-se uma prova documentada” (NEVES *apud* SANTOS, Juliano Locatelli. *A produção antecipada de provas no CPC de 2015 e a diminuição da litigância*. Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 5, nº 2, pp. 1.375-1.406, 2019).

⁸⁵ Estando presentes os requisitos de ambos os procedimentos e sendo possível a adoção tanto de um quanto de outro, ainda que a LEC não disponha sobre o caminho a ser adotado, caso ambas tendam a causar prejuízos e gravames similares, se deve preferir a assecuração de prova, “en cuanto supone menor alteración y reduce las complicaciones, máxime cuando cabe que la prueba anticipada se practique en el momento procesal oportuno cuando sea posible (art. 295.4 LEC)” (NAVARRO, José Bonet, *op. cit.*, pp. 314-315).

⁸⁶ Essa impossibilidade de se valer do meio probatório praticado, que somente pode ser afastada em caso de força maior ou outra causa análoga (art. 295, parágrafo 3º, da LEC), se deve pela inviabilidade de produção de prova antecipada *ad cautelam*, isto é, sem qualquer remota possibilidade de se entabular um litígio. A regra é, no entanto, criticada por autores como PICÓ I JUNOY e MUÑOZ SABATÉ, que entendem ser inapropriado negar valor probatório a uma prova regularmente praticada pelo mero decurso do tempo (GÓMEZ, Belén Rizo, *op. cit.*, pp. 107-108).

2.3. DILIGENCIAS PRELIMINARES

Ainda que não tenha relação direta com a atividade probatória, não podemos deixar de fazer menção à figura das *diligencias preliminares*, disposta nos arts. 256 a 263 da LEC. Tal procedimento tem por finalidade preparar a ação, auxiliando o futuro demandante a obter dados necessários para viabilizar a apresentação da demanda⁸⁷. São atividades prévias ao processo em que se solicita ao órgão judicial a obtenção da informação necessária para apresentar uma demanda admissível e fundada. O entendimento doutrinal é no sentido de que não cabe o requerimento de diligências a respeito de dados que possam ser obtidos pelo jurisdicionado sem a intervenção jurisdicional, uma vez que o art. 258 impõe a existência de justa causa e interesse legítimo⁸⁸⁻⁸⁹.

O instituto constitui uma exceção à regra geral presente no ordenamento jurídico espanhol de que a preparação do processo civil compete exclusivamente às partes. Tal exceção se justifica em razão do interesse público de apresentar em juízo demanda fundada e admissível, evitando o desperdício de recursos além de contribuir para o acesso à justiça e, principalmente, a uma “*resolución de fondo fundada en derecho*”⁹⁰, que nada mais é do que evitar decisões excessivamente formalistas, de modo a privilegiar o julgamento do mérito da lide, o que é igualmente visado pelo ordenamentos luso-brasileiro no que ficou conhecido por primazia ou prevalência⁹¹ da decisão de mérito⁹².

CLEMENTE CASAS sustenta que o requerimento de *diligencias preliminares* é destinado a averiguar dados relevantes, essencialmente para a determinação da legitimidade passiva, embora também possa ser utilizado para determinar a capacidade

⁸⁷ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; Díez-PICAZO, Ignacio, *op. cit.*, pp. 255-256.

⁸⁸ ORTELLS RAMOS, Manuel, *op. cit.*, p. 278.

⁸⁹ Além disso, o solicitante da medida deve prestar caução suficiente para responder pelos gastos que as diligências provoquem e os danos e prejuízos que podem ocasionar. Vale ressaltar, ainda, que, após o julgador decidir sobre a admissão ou inadmissão da medida, o solicitado será citado e poderá impugnar a solicitação, ocasião em que o julgador, após dar a oportunidade do solicitante se pronunciar, decidirá. Caso considere a oposição injustificada, condenará o requerido a pagar as custas do incidente, não cabendo recurso e se procedendo à prática da diligência, ao contrário do que ocorre se o juiz considera justificada a oposição, quando cabe recurso de apelação (OSTOS, José Martín; MARÍN, María Ángeles Pérez, coord. *Lecciones de derecho procesal civil*. Sevilha: Astigi, 2020, pp. 135-137).

⁹⁰ GÓMEZ, Belén Rizo, *op. cit.*, p. 47.

⁹¹ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o...*, pp. 82-83.

⁹² Art. 6º do CPC/2015: Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

ou legitimidade ativa⁹³. As medidas que podem ser requeridas no âmbito das *diligencias preliminares*, todavia, vão muito além de questões relacionadas à legitimidade e capacidade, estando contempladas no art. 256 da LEC⁹⁴.

Depreende-se, assim, que a produção antecipada da prova e as *diligencias preliminares* cumprem objetivos bastante distintos, quais sejam, a antecipação da prova ante o risco de impossibilidade de produzi-la posteriormente⁹⁵ e a preparação do processo. Assim, não se pode mascarar uma investigação de fatos, com a prática de atividades probatórias, sob o pretexto de estar fazendo uso das *diligencias preliminares*, uma vez que estas não possuem natureza probatória, mas de atos civis instrutórios que têm uma finalidade específica instituída pelo legislador⁹⁶.

Merece atenção a forma como o ordenamento jurídico hispânico lida com a negativa do requerido em atender a diligência. Apesar de estar obrigado a cumprir o requerimento após ser citado, pode acontecer do requerido não apresentar oposição nem atender a medida. Em tais casos, a LEC estabelece providências de caráter coercitivo a serem determinadas pelo órgão julgador que podem influenciar na decisão do processo futuro, como a resposta afirmativa às perguntas realizadas pelo requerente na hipótese do art. 256.1, parágrafo 1^o⁹⁷, e o outorgamento de certeza, no futuro pleito, às contas e

⁹³ CLEMENTE CASAS, Ismael. *Diligencias preliminares y medidas de anticipación y aseguramiento de prueba*. Actualidad Jurídica, Madrid: Uria Menéndez, n. 12, 2005, pp. 91-95.

⁹⁴ Dentre elas, se pode mencionar a petição de declaração sobre algum fato relativo à legitimidade passiva, capacidade ou representação do futuro demandado ou a exibição de documentos nos quais se possa aferir tais dados; petição de exibição de documentos que fundamentarão processo posterior, como ato de última vontade, requerido por herdeiro, coerdeiro ou legatário a quem esteja em poder dos documentos ou contas de sociedade a pedido do sócio ao consócio, o contrato de seguro a requerimento de quem se considere prejudicado por um fato que possa estar coberto por seguro de responsabilidade civil; e a petição para exibição de coisa objeto de processo posterior quando se considera que tal coisa está em posse da pessoa que se pretende demandar (OSTOS, José Martín; MARÍN, María Ángeles Pérez, *op. cit.*, pp. 130-131). Há divergência na doutrina sobre a enumeração de medidas prevista no art. 256 da LEC se tratar de *numerus clausus* ou *numerus apertus*, havendo posições nos dois sentidos, além de posição intermediária que sustenta a necessidade de aplicação do princípio da interpretação flexível que demandaria “un análisis del juzgador del caso concreto y la correlativa admisión de la diligencia preliminar, siempre y cuando, la solicitada, prevista o no en el catálogo del art. 256.1 LEC, fuera imprescindible para la preparación del ulterior proceso”, o que, na visão de SANTAMARÍA, equivaleria a “propugnar del catálogo del art. 256.1 LEC una mera labor ejemplificativa” (SANTAMARÍA, Rebeca Castrillo. *La preparación del proceso civil: las diligencias preliminares*, Barcelona: Bosch Procesal, 2018, p. 82).

⁹⁵ Aqui se refere à antecipação de provas prevista nos diplomas espanhol e português e no art. 381, I, do CPC/2015, não abrangendo as demais hipóteses deste dispositivo, que prescindem do requisito da urgência e serão tratadas a seguir.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 130; GÓMEZ, Belén Rizo, *op. cit.*, pp. 48-50.

⁹⁷ OSTOS, José Martín; MARÍN, María Ángeles Pérez, *op. cit.*, p. 137.

dados apresentados pelo solicitante da medida se a diligência tiver por objetivo a exibição de documentos contábeis. Daí se infere que a legislação dispõe de mecanismos para compelir as partes a cumprir a medida ao prever consequências desfavoráveis ao requerido no futuro pleito, o que acaba por contribuir para uma maior efetividade das *diligencias preliminaries*.

2.4. CONSULENZA TECNICA PREVENTIVA

Até o ano de 2005, a legislação processual civil italiana admitia a possibilidade de prática de atos probatórios tão somente quando presente situações de urgência, tal como previsto em diversos ordenamentos de tradição romano-germânica. Com a *Legge* nº 80/2005, no entanto, foram introduzidas inovações no *Codice di Procedura Civile*, dentre elas, a inserção do art. 696-bis, instituindo a chamada *consulenza tecnica preventiva*⁹⁸.

O procedimento, despido de natureza cautelar, é destinado à apuração de crédito obrigacional ou derivado de fato ilícito, e se aperfeiçoa através da produção de perícia prévia. Espera-se que com o resultado as partes possam compor a lide avaliando a extensão do dano e a respectiva responsabilidade. O experto, além de desempenhar seu mister tradicional, atua como uma espécie de mediador de modo a tentar facilitar a composição do litígio de forma consensual entre as partes⁹⁹. Caso estas cheguem a um consenso, é formado um título executivo; do contrário, o interessado deverá prosseguir com vistas à obtenção da decisão de mérito¹⁰⁰.

A noção de que a prova técnica tem o potencial de, na maioria dos casos, por si só, ser determinante para o desfecho do litígio levou o legislador a criar o expediente calcado no entendimento de que em muitos casos, dada a relevância dessa prova em um julgamento, as partes se satisfariam com seu resultado, tornando a apreciação do juiz despicienda. A prova passou a ser percebida como um instrumento relevante também

⁹⁸ ARAÚJO, José Aurélio de. Capítulo IV – Procedimento probatório extrajudicial. In: GRECO, Leonardo (coord.). *A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro - anteprojeto do grupo de pesquisa "Observatório das Reformas Processuais" da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*. Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP. vol. XIII, pp. 391-404, 2014.

⁹⁹ VACCARELLA, Romano; GIORGETTI, Mariacarla. *Codice di procedura civile. Annotato con la giurisprudenza*, Turim: UTET, 2008, p. 2.830; LESSA NETO, João Luiz, *op. cit.*, pp. 111-112.

¹⁰⁰ MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *O projeto de novo CPC e a ação probatória não cautelar*, Revista de Processo, v. 233, pp. 85-96, jul./2014.

para as partes poderem avaliar suas chances de êxito e a conveniência de um acordo, ou seja, reconheceu-se a importância da prova – ainda que restrita à prova técnica e à demandas específicas – no convencimento das próprias partes independentemente de eventual apreciação judicial¹⁰¹. Referida concepção demonstra que a visão da prova como instrumento destinado à valoração das partes, enxergando-as como destinatárias dos elementos probatórios, possui aplicações no direito comparado.

3. REALIDADE ANGLO-AMERICANA

O processo civil começa, nos termos do art. 2º do CPC/2015, por iniciativa da parte com a apresentação da demanda, o que se dá mais especificamente com o protocolo da petição inicial. Todavia, antes do processo iniciar existem uma série de providências que podem ser – e usualmente são – empregadas pelas partes no intuito de prepará-lo adequadamente. As atividades costumam consistir em contatos para analisar a viabilidade de um acordo, busca de fontes de prova que reforcem a narrativa da parte, visitas aos locais onde os fatos sucederam, etc. Tais tarefas normalmente são levadas a cabo pelo advogado da parte, justamente por ser o profissional que estudará o caso e decidirá a melhor estratégia a ser adotada no futuro e eventual processo judicial¹⁰².

No âmbito penal existe uma fase prévia que se caracteriza pela prática de diligências destinadas a investigar os fatos e buscar os dados necessários para a elaboração de uma denúncia fundada, como a comprovação da autoria e materialidade do delito¹⁰³. Essa fase, denominada inquérito policial, é regulada pela legislação, que atribui competências para a investigação, limites para tal atividade, dentre outras diversas peculiaridades relevantes para o procedimento.

Diferente do que sucede na esfera penal, no processo civil a preparação do processo, de um modo geral, não possui caráter oficial e tampouco é regulada por lei. A atividade preparatória da demanda costuma ser desempenhada de forma privada pela parte e por seu advogado, de modo que há certa liberdade na atuação das partes, mas,

¹⁰¹ ANSANELLI, Vincenzo. *Le prove a futura memoria nel diritto italiano*, Revista de Processo, v. 227, pp. 47-84, jan./2014.

¹⁰² DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DíEZ-PICAZO, Ignacio, *op. cit.*, pp. 255-256.

¹⁰³ ORTELLS RAMOS, Manuel, *op. cit.*, p. 277.

por outro lado, não existem normas que garantam efetividade e oficialidade à tal atividade¹⁰⁴⁻¹⁰⁵.

A realidade é distinta nos países de *common law*, que adotam um modelo processual que ficou conhecido como adversarial em contraposição ao inquisitorial, típico de ordenamentos jurídicos de *civil law*. O sistema adversarial é marcado pelo protagonismo das partes na condução do processo, que são as figuras que, a princípio, devem levar ao órgão julgador os fundamentos jurídicos e, principalmente, os fatos, de modo que o juiz exerce uma posição mais passiva, chancelando ou rechaçando as alegações das partes¹⁰⁶.

Tal modelo não se consolidou sem uma razão de ser. No direito anglo-americano está arraigada a figura do tribunal do júri, que surge com a *recognitio*, em meados do século XII, quando um corpo de doze pessoas até então ignorantes sobre os fatos deveriam chegar a um veredito unânime para a resolução do caso. O júri ganhou força e, com o movimento iluminista, especialmente nos EUA, passou a ser encarado como ferramenta de controle do poder estatal, especialmente pela desconfiança e receio de abusos dos agentes públicos, e de representação da democracia, por se basear no ideal de que não cabe ao Estado-Juiz, mas ao povo, representado pelos jurados, a análise dos fatos¹⁰⁷.

Não à toa, o *evidence law* não tem espectro tão amplo como o direito probatório nos países de tradição de *civil law*, sendo concebido para o estudo específico das regras e parâmetros para a admissão e apresentação das provas em julgamento, especialmente das chamadas regras de exclusão, de modo a filtrar o que poderá ser apresentado ao corpo de jurados, sendo papel do juiz precisamente realizar esse filtro de admissibilidade¹⁰⁸. O papel reduzido do julgador traz consigo uma maior

¹⁰⁴ ORTELLS RAMOS, Manuel, *op. cit.*, p. 278.

¹⁰⁵ Ao discorrer sobre a preparação do processo não há como não se recordar das “diligências preliminares”, tratadas no item antecedente. No entanto, é imperioso destacar que, apesar de ser um procedimento regulado por lei que tem por objetivo auxiliar a parte na preparação do processo, seu espectro é muito reduzido e se limita às hipóteses previstas no art. 256 da LEC, utilizado majoritariamente para averiguar dados relacionados à legitimidade, capacidade e representação, ou seja, não é o instrumento apropriado para investigar informações relacionadas ao mérito da demanda, principalmente por não possuir natureza probatória (SANTAMARÍA, Rebeca Castrillo, *op. cit.*, p. 62).

¹⁰⁶ HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American civil procedure*. Londres: Yale University Press, 1993, p. 86.

¹⁰⁷ LESSA NETO, João Luiz, *op. cit.*, pp. 138-139

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 145, 165 e 168.

responsabilidade das partes em demonstrar da melhor maneira possível suas alegações de fato, sendo os ordenamentos de tradição *common law* marcados pela ausência de poderes instrutórios por parte do juiz, principalmente em matéria de prova¹⁰⁹.

O processo civil anglo-americano sofreu grandes alterações nos últimos séculos, havendo, inclusive, substanciais diferenças entre o processo civil americano e inglês. Uma inovação, fruto da fusão dos tribunais de *equity* e *common law*¹¹⁰, todavia,

¹⁰⁹ Cabe frisar que a não conferência de poderes instrutórios ao julgador não é exclusividade do *common law*. A LEC não atribui poderes de instrução ao julgador. O que faz apenas é estabelecer, nos arts. 429.1, 2 e 3, o poder do juiz de indicar às partes os fatos relativamente aos quais considera as provas insuficientes, alertando às partes os meios de prova que lhe parecem relevantes e que não estão no processo. Há apenas um poder de advertência, que não se considera sequer um dever, mas um poder discricionário. Nos demais países de tradição romano-germânica, por outro lado, são comuns normas que concretizem um poder de instrução do julgador. O CPC/2013, ao tratar do depoimento pessoal, das provas pericial, testemunhal e por inspeção judicial apresenta claras manifestações do princípio do inquisitório, como se observa a partir de seus arts. 436, 452, 467, 490, 526 e 601 do CPC/2013. Na França, há um poder discricionário do julgador, que é exercido segundo critérios de oportunidade e necessidade (art. 10 do *Code de Procédure Civile*). Na Itália e Alemanha, existem normas pontuais que permitem ao julgador maior interferência, como o poder de intimar testemunhas não arroladas pelas partes, presente no *Codice di Procedura Civile* desde 1998 (art. 281), e a norma introduzida no *Zivilprozessordnung* em 2001 que permitiu aos juizes requisitar documentos que não foram juntados no processo ou ordenar a realização de perícia (§ 142 e 144). Já no Brasil o art. 370 do CPC/2015 atribui ao julgador, de forma ampla, o poder de determinar provas necessárias ao julgamento do mérito. Ou seja, a regra é a existência de normas que conferem ao julgador poderes de instrução, havendo discrepâncias em relação à intensidade e sua natureza. HAZARD JR. e TARUFFO, por outro lado, tecem uma crítica à prática forense nos sistemas de *civil law* ao apontar que muitas vezes os poderes de instrução existentes são mais formais que reais, uma vez que magistrados ocupados tendem a apenas seguir as teses jurídicas e as provas apresentadas pelos advogados das partes (HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele, *op. cit.*, p. 126).

¹¹⁰ Como explica LESSA NETO: “[d]urante muitos séculos houve a convivência de uma dualidade de jurisdições na Inglaterra, que veio a ser recepcionada nos Estados Unidos (...) A Common Law, decorrente do costume, acabou se apresentando na prática judiciária medieval como um processo formalístico, marcado pela existência de ações pré-estabelecidas, incapaz de efetivamente resolver algumas situações”, motivo pelo qual, devido a essas limitações e excessos de formalidades, “o interessado poderia peticionar diretamente ao rei e seu conselho, invocando a prerrogativa real de administrar a justiça. A decisão dessas petições veio a ser delegada pelo rei ao Chanceler, que passou a ser o responsável pela decisão de casos na jurisdição de *Equity*. Este pedido não era feito com base no direito (*at law*), mas com base na consciência e equidade real (*in equity*)” (LESSA NETO, João Luiz, *op. cit.*, p. 142). As limitações dos tribunais de *common law*, como o excesso de formalismo com o *pleading* e rigidez do procedimento o tornavam incompatível com ferramentas de coleta de informações prévias. Nos tribunais de *equity*, por outro lado, era possível explorar informações sobre o caso da parte adversa em um instrumento nominado *bill of discovery*, sendo entendido como procedimento que forneceu as bases dos mecanismos de *discovery* atuais (MOSKOWITZ, Seymour. *Rediscovering discovery: state procedural rules and the level playing field*. Rutgers Law Review, vol. 54, nº 3, pp. 595-647, 2002; THORNBURG, Elizabeth G. *Just say “no fishing”: the lure of metaphor*. University of Michigan Journal of Law Reform, vol. 40, nº 1, pp. 1-55, 2006). A *discovery*, instituto relativamente recente que veio a ser introduzida com o *Common Law Procedure Act* de 1854, originária justamente de um procedimento presente nos tribunais de *equity*, designado *sub pena ad respondendum*, que, nas palavras de BESSO, era “vista quale metodo per costringere la controparte a rendere la propria dichiarazione circa i fatti allegati nell’atto introduttivo e anche a produrre documenti ‘for the better discovery of the matters’ (c.d sub pena duces tecum), che viene comunemente ravvisato l’“antenato” della moderna discovery” (BESSO, Chiara.

representa um traço característico de ambos os sistemas. Como forma de garantir às partes acesso às informações relevantes antes do julgamento, os litigantes e seus advogados contam com uma variedade de mecanismos que lhes permite investigar os fatos e construir melhor suas narrativas, havendo maior atenção para a fase que antecede o julgamento.

No direito anglo-americano, o processo é bifásico, sendo dividido nas fases de *trial* e *pretrial*¹¹¹. O *pretrial* se trata de uma fase preparatória, que serve para se chegar ao *trial* com uma demanda mais sólida e, principalmente, para as partes conhecerem seu caso, isto é, a consistência da demanda, se os fatos sucederam tal como imaginam e se há viabilidade de comprovar a dinâmica de tais fatos. Nesse momento há a construção da demanda, enquanto a defesa busca as fragilidades do caso, que poderá evoluir para o *trial*, momento em que as provas serão produzidas em um ato solene perante o juiz ou o júri, que proferirá sua decisão/emitará seu veredicto.

3.1. OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E A DISCOVERY

Nos EUA, o processo inicia-se com o preenchimento de uma petição (*complaint*), na qual o requerente (*plaintiff*) apresenta sua versão dos fatos e especifica os danos que sofreu, sendo respondida pelo requerido (*defendant*) com sua defesa (*answer*). Havendo novas alegações de qualquer das partes, é possibilitada a resposta da outra parte (*reply*). Pode, ainda, acontecer do requerido desejar apresentar um contrapedido (*counterclaim*), o que corresponde à reconvenção do sistemas português e

La discovery anglo-americana: un insospettato trapianto dal processo romano-canonico. Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. 13, nº 13, pp. 126-140, 2014).

¹¹¹ Tal divisão é criticada por TARUFFO pelo fato de 90 a 98% dos casos sequer chegarem ao *trial*. Paradoxalmente, sustenta o processualista, uma fase criada para uma função preparatória serve para essa finalidade apenas quando funciona mal, isto é, nos poucos casos em que a controvérsia não consegue ser solucionada antes do desenvolvimento e término do *trial*, e conclui referindo que a fase de “pre-trial, entonces, se configura esencialmente como una fase de ‘resolución de la controversia sin decisión’ y sólo excepcionalmente desarrolla de verdad una función preparatoria” (TARUFFO, Michelle. *El proceso civil de “civil law”: Aspectos fundamentales*. Ius et Praxis, Talca, v. 12, n. 1, pp. 69-94, 2006. Disponível em: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000100004&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 05/02/2021).

brasileiro, em que a parte requerida apresenta sua própria pretensão¹¹². É a chamada fase de *pleadings*¹¹³.

Em meados do século XIX, os *pleadings*, que tinham origem no *common law* medieval e eram considerados demasiadamente formais e complexos, deram lugar a um novo sistema intitulado *code pleading*, que foi introduzido no *Code of Civil Procedure in New York* de 1848, popularmente conhecido como *Field Code*. A partir deste momento passou a ser possível, na esfera estadual, apresentar os fatos que embasavam a pretensão de forma simples em linguagem comum¹¹⁴.

Com a edição das FRCP¹¹⁵ em 1938, as regras foram ainda mais simplificadas. Diferente da petição inicial elaborada por advogados em países de *civil law*, nos *pleadings* não há exposição exaustiva dos fatos e causas de pedir. Conforme a regra nº 8 das FRCP, há uma singela descrição dos fatos e a demonstração de que a pretensão do demandante deve ser apreciada pelo Poder Judiciário. O propósito de tal regra é mais de notificar o requerido acerca do procedimento do que trazer um relato dos fatos sob a ótica do requerente¹¹⁶⁻¹¹⁷.

¹¹² Art. 266.º do CPC/2013 e art. 343 do CPC/2015.

¹¹³ AMERICAN BAR ASSOCIATION, *How Courts Work*, 2019. Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/public_education/resources/law_related_education_network/how_courts_work/. Acesso em: 01/03/2021.

¹¹⁴ LESSA NETO, João Luiz, *op. cit.*, p. 149.

¹¹⁵ As FRCP constituem a legislação processual civil adotada em todo território nacional no âmbito da Justiça Federal americana. Cada estado tem a prerrogativa de regular as regras processuais civis no âmbito das cortes estaduais, sendo que na maior parte dos cinquenta estados americanos a legislação adotada segue de forma muito semelhante o modelo das FRCP (OAKLEY, John B. *A fresh look at the federal rules in state courts*. Nevada Law Journal. vol. 3, nº. 2, pp. 354-387, 2003).

¹¹⁶ PITTA, Rafael Gomiero. *Pre-suit e pretrial: as lições do sistema anglo-americano para as necessárias reformas do procedimento probatório brasileiro*. 2019. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2019, p. 81 e 89. Esse sistema, conhecido como *notice pleading*, representa um rompimento com o antigo regime, denominado *fact pleading*, que caracteriza sistemas baseados no *code pleading* com origem no Código Fields de 1848 – ainda adotado em muitas jurisdições estaduais, tais como Florida, California e Louisiana –, no qual havia maiores exigências no pedido inicial, em especial a exposição de todos os fatos que respaldam as alegações de requerente e requerido, o que dava ao julgador uma função de filtrar as ações já no período inicial. Recentes decisões da Suprema Corte (*Bell Atlantic Corp. v. Twombly* de 2007 e *Ashcroft v. Iqbal* de 2009), todavia, podem apontar para um caminho distinto, na medida em que em tais precedentes ficou consignado que o requerente tem de apresentar alguns detalhes fáticos sobre seu pedido que permitam identificar que se trata de um pedido plausível, no que ficou conhecido como critério da plausibilidade (SPENCER, Benjamin., *Back to the future: pleading again in the age of Dickens?*, 2010. Disponível em: <<https://www.poundinstitute.org/wp-content/uploads/2019/04/2010-Pound-Forum-Spencer-Paper-1.pdf>>. Acesso em: 15/02/2021; PITTA, Rafael Gomiero, *op. cit.*, pp. 94-96).

¹¹⁷ Ainda sobre o tema, é importante frisar que antes mesmo das decisões da Suprema Corte americana já existia uma tendência à criação de normas exigindo um padrão mais elevado de descrição dos fatos nos *pleadings* em determinadas matérias, como é o caso dos litígios envolvendo valores mobiliários. O

Tradicionalmente, nos tribunais de *common law* as partes e advogados somente tinham conhecimento das provas da parte adversa no *trial*, ou seja, até o momento do julgamento as partes não tinham conhecimento sobre a robustez do caso do adversário. Diante desse cenário, foi criado um instrumento de investigação de fatos em período anterior ao *trial*, que permite às partes ter acesso aos elementos de prova da parte contrária: a *discovery*. O mecanismo alterou significativamente o funcionamento do processo civil anglo-americano, na medida em que se passou de um sistema em que as partes só tinham acesso à informações e provas relevantes da parte contrária no *trial* para um modelo em que as alegações fáticas de cada parte são paulatinamente postas à prova¹¹⁸.

A *discovery*, que, vale dizer, não é um mecanismo pré-processual, mas endoprocessual¹¹⁹, tem lugar após a fase de *pleadings*, oportunidade em que a “instrução probatória” é delegada aos advogados das partes. O procedimento desempenha um papel de grande relevância no processo civil americano moderno, que reconhece que “o conhecimento mútuo de todos os fatos relevantes por ambos os litigantes é essencial para o bom funcionamento do processo”¹²⁰.

O instituto foi concebido para permitir às partes e seus advogados um intercâmbio de provas e informações, de modo a expor a robustez ou debilidade do caso. Ao se observar o funcionamento do procedimento em momento anterior à *discovery*, chegou-se a constatação de que este dava azo à ocultação e dissimulação de provas, levando mesmo à falta de compreensão das partes acerca do que se estava discutindo no processo, o que acabava por contribuir para uma apresentação inadequada da causa perante às cortes. Tendo isso em vista, foram arquitetados mecanismos que

Private Securities Litigation Reform Act of 1995 (PSLRA), no intuito de evitar práticas abusivas, dentre elas, o uso abusivo da *discovery* para forçar a celebração de acordos, exige do investidor clara demonstração da intenção fraudulenta da companhia para que possa iniciar um processo dessa natureza (HARDY, Christopher J. *The PSLRA's heightened pleading standard: does severe recklessness constitute scienter?*, University of San Francisco Law Review: vol. 35, pp. 565-592, 2001).

¹¹⁸ LESSA NETO, João Luiz, *op. cit.*, pp. 140-141, 159 e 202.

¹¹⁹ A *discovery* pode verificar-se, é verdade, sem um processo em curso, mas se tratam de situações excepcionais nas quais há urgência na produção de uma prova, como é o caso da regra nº 27 das FRCP (*Depositions to Perpetuate Testimony*), em que se autoriza a colheita de prova testemunhal em casos que justifiquem essa antecipação, como uma testemunha que está muito doente ou que, por alguma razão, não possa estar presente e prestar seu depoimento em processo futuro, mecanismo que se assemelha à produção antecipada de provas prevista no art. 381, I, do CPC/2015.

¹²⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court. Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495, 507 (1947). Justice Frank Murphy, julgado em 13/01/1947.

permitted to the parties and their representatives the knowledge, before the *trial*, of the claims of the opposing party and the evidence and information available¹²¹.

The scope of *discovery* is, in fact, very broad: investigate any relevant matter related to the process that is not covered by a privilege (*privilege*). This broad scope is justified by the model of *pleadings* adopted. In a system of *notice-pleading* in which the party does not need to know all the facts relative to the litigation to formulate its claim, it is necessary that the knowledge of these facts in the course of the procedure¹²².

Alas, only three are the objections effective against a requirement of *discovery*: (i) if the material sought by the requester is completely irrelevant to the process; (ii) if the requirement generates high costs, but, in this case, only if it is an excessive burden or if the information can be accessed in another way; and (iii) if, through the requirement, the search for information is subject to *privilege*. The fact to be investigated does not need to be directly related to the process, that is, it is not necessary that it be described in the *pleadings*. An illustrative example is the possibility of investigating previous lesions of the same nature in actions that seek compensation for damages, such as, e.g., a demand that has as its basis medical negligence, which is regulated by rule n° 35 of the FRCP¹²³.

The delimitation of the terms of the controversy at a moment prior to the judgment, in addition to defining the terms in many cases before the *trial*, ends up simplifying the work of the judge, giving greater clarity to the relevant points of the case¹²⁴. *Discovery* also serves the function of avoiding surprises in the *trial* by requiring that all indications of proof be prepared in advance, presenting itself as a true instrument of investigation through which all types of evidence and information relevant to the

¹²¹ BODART, Bruno, *Ensaio sobre a prova pericial no Código de Processo Civil de 2015*, Revista de Processo, v. 244, pp. 33-57, jun/2015; PITTA, Rafael Gomiero, *op. cit.*, pp. 73-74.

¹²² KOPPEL, Joshua M. *Tailoring discovery: using nontranssubstantive rules to reduce waste and abuse*, University of Pennsylvania Law Review, vol. 161, pp. 243-289, 2012.

¹²³ FOLLE, Francis Perondi, *A prova sem urgência no direito norte-americano: um exame do instituto da discovery*, Revista de Processo, v. 204, pp. 131-152, fev/2012; HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele, *op. cit.*, p. 115.

¹²⁴ PITTA, Rafael Gomiero, *op. cit.*, p. 76.

o litígio ao ponto de se decidir quais meios de prova são pertinentes e como serão praticados¹²⁵⁻¹²⁶.

A *discovery* tem início com o chamado *mandatory disclosure*, instituído nos anos 2000¹²⁷, que nada mais é que a divulgação obrigatória entre as partes, independentemente de requerimento, de determinadas informações. O propósito deste expediente é dinamizar o intercâmbio de informações básicas entre os litigantes, dispensando-se a necessidade de solicitações para a obtenção de informações de nítida serventia para as partes, o que gera economia de tempo e despesas.

Para cumprir com tal medida, nos termos da regra nº 26 (a)(1)(A) das FRCP, as partes devem, primeiramente, revelar o nome, endereço e telefone de cada indivíduo que possa ter conhecimento de informações relevantes para o processo. Em segundo lugar, apresentar cópia, ou descrição da categoria e localização, de todos os documentos e coisas que estejam em sua posse, custódia ou controle e possam ser utilizados para dar suporte à pretensão autoral ou à defesa. Em terceiro lugar, fornecer cálculo de cada categoria de danos pleiteada, junto com os documentos que embasem tal estimativa, enquanto o requerido deve apresentar qualquer apólice de seguro que possa ser utilizada para satisfazer a pretensão autoral em caso de procedência da ação ou para reembolsar pagamentos realizados no curso do julgamento¹²⁸.

Todas essas medidas acabam por gerar uma atmosfera favorável à resolução do litígio de forma negociada, motivo pelo qual a esmagadora maioria dos casos não evolui

¹²⁵ SANTAMARÍA, Rebeca Castrillo, *op. cit.*, p. 62.

¹²⁶ No cenário brasileiro – e dos países de tradição romano-germânica no geral – não se vê grande preocupação com o fator surpresa no que se refere às provas e informações trazidas pelo oponente, o chamado *game of wits*, que nada mais é que “uma sequência de artimanhas que visa surpreender a parte contrária, no sentido de lhe dificultar as possibilidades de defesa, impondo um resultado frequentemente injusto ou descomprometido com o direito material”. Pelo contrário, é frequente a utilização dessas artimanhas que o direito norte-americano busca reprimir, no intuito de surpreender e prejudicar a outra parte e se sagrar vitorioso na demanda. É interessante que no Brasil muito se fala em decisão surpresa, visando evitar que o magistrado traga uma questão inesperada pelas partes em sua decisão sem dar a elas a possibilidade de se manifestarem, mas não há maiores discussões sobre a possibilidade de uma das partes surpreender a outra na produção da prova testemunhal ou na colheita do depoimento pessoal sem que a contraparte tenha a oportunidade de realizar “a devida e adequada impugnação e exercer o direito constitucional à prova contrária”. (CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. *Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira*, Revista de Processo, v. 245, pp. 425-444, jul/2015).

¹²⁷ LAUX, Francisco de Mesquita; RODRIGUES, Daniel Colnago. Antecipação da prova sem o requisito da urgência: primeiras reflexões à luz do novo CPC. In: FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (coord.), *Direito probatório*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 486.

¹²⁸ FOLLE, Francis Perondi, *op. cit.*, pp. 131-152.

para a fase do *trial*, se encerrando no *pretrial* geralmente por meio de acordo ou de julgamento sumário (*summary judgment*)¹²⁹. Diante desse quadro, a doutrina passa a constatar que a *discovery* cumpre finalidade diversa da qual foi criada, uma vez que, em vez de preparar o caso para o *trial*, passa a atuar como mecanismo de coleta de provas e informações para viabilizar uma solução consensual de maneira informada, evitando-se o *trial*¹³⁰⁻¹³¹.

3.1.1. Mecanismos de discovery

No título V das FRCP há menção aos instrumentos de *discovery*, que podem ser divididos em cinco: a) interrogatórios (*interrogatories*); b) declarações testemunhais (*depositions*); c) inspeção de documentos e outras coisas (*requests for production of documents and inspection*); d) exames físicos e mentais (*physical and mental examinations*); e e) requerimentos de admissão (*requests for admission*)¹³².

¹²⁹ Em síntese, é o julgamento antecipado, requerido por uma das partes, baseado na circunstância de não haver efetiva disputa em relação à questões fáticas e, como o *trial* serve para analisar questões fáticas, não há razão para o caso avançar para *trial*. É comum que se sustente determinadas afirmações em seus *pleadings*, mas na preparação do caso, no curso da *discovery*, se verifique que a parte não tem condições mínimas de comprovar suas alegações. Tanto o *plaintiff* como o *defendant* podem apresentar o pedido de julgamento sumário (*motion for summary judgment*) (KERLEY, Peggy; HAMES, Joanne Banker; SUKYS, Paul A. *Civil litigation*. 5ª ed. Nova Iorque: Delmar, 2008, pp. 205-206).

¹³⁰ LESSA NETO, João Luiz, *op. cit.*, p. 160 e 202.

¹³¹ O incentivo ao acordo, em grande medida relacionado aos desincentivos para se chegar ao *trial*, como os altos custos e a demora do procedimento, desencadeou um cenário no qual dificilmente existe *trial*. A *discovery* e todas as demais etapas criadas pensando no *trial* acabam por servir grande parte das vezes para a coleta de informações e documentos para a celebração de um acordo. Tal conjuntura, contudo, não é imune à críticas. Talvez uma das críticas mais contundentes tenha partido de FISS, professor emérito da Faculdade de Direito da Universidade de Yale, em que salienta que “I do not believe that settlement as a generic practice is preferable to judgment or should be institutionalized on a wholesale and indiscriminate basis”, citando a existência de casos em que (i) há desigualdades econômicas entre as partes (*the imbalance of power*); (ii) sendo partes grupos ou organizações, é difícil verificar se, de fato, há consentimento dos indivíduos afetados pelo acordo, que são por elas representados (*the absence of authoritative consent*); (iii) apesar do acordo, a litigiosidade da relação entre as partes persiste, motivo pelo qual a corte procede a uma supervisão permanente sobre o caso (*the lack of a foundation for continuing judicial involvement*); (iv) a justiça precisa ser feita, é dizer, há um desejo social genuíno pela correta interpretação da lei sobre o caso concreto (*justice rather than peace*). No que tange à primeira hipótese, que costuma ser a mais citada para depreciar os benefícios dos acordos, o autor defende que as disparidades econômicas podem influenciar o acordo de três formas: (i) a parte mais pobre pode não ter acesso à informação necessária para avaliar os riscos de resolução da disputa em juízo; (ii) a parte pode necessitar de recursos de forma imediata, o que a fará aceitar menos do que esperaria receber se o caso fosse a julgamento; e (iii) a parte pode ser “forçada” a transacionar por não dispor dos recursos necessários para cobrir os custos do processo (FISS, Owen M. *Against settlement*, *The Yale Law Journal*, vol. 93, nº 6, pp. 1.073-1.090, 1984).

¹³² WINNER, Fred M., *The discovery procedure in the general practice*, *Wyoming Law Journal*, vol. 12, nº 3, pp. 231-246, 1958. Disponível em: <<https://scholarship.law.uwyo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1497&context=wlj>>. Acesso em:

Os *interrogatories* são perguntas escritas que somente podem ser dirigidas às partes, que preparam as respostas com seus advogados. O objetivo é obter um melhor conhecimento sobre questões de cunho organizacional de forma ágil e barata, visto que se tais informações fossem buscadas por outro meio provavelmente a busca demandaria um trabalho mais complicado e custoso¹³³.

As *depositions* tratam-se de procedimentos orais ou escritos que podem ser dirigidos às partes e testemunhas em qualquer tempo. Normalmente desenvolvida em escritórios de advocacia, se assemelha a uma audiência, na qual os advogados podem perguntar sobre qualquer questão relevante não sujeita a *privilege*. As perguntas são formuladas de forma muito flexível, até mesmo acerca de novas questões levantadas no curso do procedimento, oferecendo uma ótima oportunidade para os advogados verificarem a solidez do caso e dos depoimentos das testemunhas, e até mesmo sua idoneidade, sendo permitida, inclusive, a formulação de perguntas não admissíveis durante o *trial*, mas úteis para a compreensão dos fatos¹³⁴. Os advogados podem explorar esta ocasião para verificar a abrangência do conhecimento da testemunha sobre os fatos, de modo a evitar que o relato seja alterado no *trial*, o que demonstraria que a testemunha estaria mentindo¹³⁵.

A parte ou testemunha são ouvidas sob juramento e o procedimento é gravado. No curso das *depositions*, os advogados podem apresentar objeções (*objections*), que devem ser registradas, mas o procedimento segue e o depoente somente deve ser orientado a não responder se a questão estiver acobertada por um *privilege*, nos termos da regra nº 30 (c) das FRCP. Também costumam ser utilizadas em casos em que a testemunha não poderá comparecer no *trial*, oportunidade em que o testemunho é lido no julgamento. Normalmente, as *depositions* se desenvolvem através de um interrogatório oral (*oral examination*), seguido por interrogatório cruzado (*cross-*

05/03/2021; GUAL GRAU, Cristian, *Breves apuntes sobre el discovery*, Actualidad Jurídica Uría Menendez, nº 29, pp. 114-119, 2011; HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele, *op. cit.*, p. 116.

¹³³ CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero, *op. cit.*, pp. 425-444.

¹³⁴ Exemplo frequente na prática forense é o chamado *hearsay evidence*. Assim como sucede em Portugal e no Brasil, a testemunha tem de depor sobre fatos que presenciou ou que teve contato direto, não sendo possível testemunhar em *trial* sobre fatos relatados por um terceiro. A regra, todavia, não impede que tais informações sejam relatadas em sede de *deposition* por poderem auxiliar no esclarecimento de fatos e busca de provas que sejam admissíveis em *trial* (KERLEY, Peggy; HAMES, Joanne Banker; SUKYS, Paul A, *op.cit.*, p. 228).

¹³⁵ GUAL GRAU, Cristian, *op. cit.*, pp. 114-119; CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero, *op. cit.*, pp. 425-444.

examination) pelo advogado da parte contrária. Terceiros também podem ser submetidos ao procedimento, mas apenas através de ordem judicial¹³⁶.

O *requests for production of documents and inspection* se trata de procedimento por meio do qual as partes pleiteiam o acesso a documentos e outras coisas. Se efetiva por meio de um requerimento, por escrito, de uma parte à outra. O requerente detalha o objeto da investigação, devendo a contraparte expor todos os documentos e coisas que correspondam à narração que estejam em sua posse, custódia ou controle, de modo que podem ser pedidos documentos como extratos bancários ou históricos médicos, os quais a parte não possui, mas tem condições de ter acesso¹³⁷.

Não podem, todavia, ser objeto de *discovery* documentos e coisas tangíveis preparadas para o *trial* pela parte ou por seu representante (advogado, consultor, segurador ou agente), a não ser que o tribunal ordene, caso em que deverão ser protegidas as impressões mentais, conclusões, opiniões ou teses jurídicas do representante da parte submetida ao procedimento, nos termos da regra nº 26 (b)(3)¹³⁸.

Os *physical and mental examinations* são exames físicos e mentais, que dependem de ordem da corte, e apenas são praticados nos casos em que se comprove que a condição física ou mental é um ponto controvertido, isto é, incumbe ao requerente demonstrar a necessidade dos exames¹³⁹⁻¹⁴⁰⁻¹⁴¹.

¹³⁶ AMERICAN BAR ASSOCIATION, *How Courts Work*, 2019. Disponível em: <https://www.americanbar.org/groups/public_education/resources/law_related_education_network/how_courts_work/>. Acesso em: 01/03/2021.

¹³⁷ FOLLE, Francis Perondi, *op. cit.*, pp. 131-152.

¹³⁸ A chamada *work product protection* se difere do conhecido *attorney-client privilege*. Enquanto o segundo foca no jurisdicionado (cliente) e no seu direito de ser orientado de forma confidencial, a primeira tem por escopo a proteção do advogado em especial os que trabalham com *trial*, ao resguardar seus trabalhos de preparação para o julgamento. A regra, hoje insculpida no FRPC, foi aventada pela primeira vez no julgamento, pela Suprema Corte dos EUA, de *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947). Para maior aprofundamento, ver: MCGANNEY, Thomas; SEIDEL, Selvyn, *Rule 26(b)(3): protecting work product*. *Litigation*, vol. 7, nº. 3, p. 24–27, 1981. Disponível em: www.jstor.org/stable/29758622. Acesso em: 05/03/2021; WINNER, Fred M., *op. cit.*, pp. 231-246.

¹³⁹ FOLLE, Francis Perondi, *op. cit.*, pp. 131-152.

¹⁴⁰ O requerente deve demonstrar bons fundamentos (*good cause*) para suportar tal pedido. O *standard de good cause*, prevista em outros dispositivos do FRCP, é significativamente mais elevado na regra nº 35, na medida em que se trata de um expediente que invade a privacidade individual, devendo haver fundamentos sólidos para justificar tal invasão. Aliás, a constitucionalidade da norma foi questionada justamente por constituir direta contradição à inviolabilidade do indivíduo. A Suprema Corte dos EUA decidiu, no entanto, em *Sibbach v. Wilson & Co.* (312 U.S. 1 (1941)), que o instrumento não representa afronta aos direitos fundamentais do indivíduo. (BICKFORD, Peter H., *Physical and mental examinations of defendants under rule 35*, *Buffalo Law Review*, vol. 13, nº 3, pp. 623-635, 1964. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/236351307.pdf>>. Acesso em: 06/03/2021).

Os *requests for admission*, por sua vez, regulados pela regra nº 36 das FRCP, têm por objetivo extrair da parte contrária a admissão, tão somente em relação à ação pendente, sobre a verdade de fatos, a aplicação da lei sobre os fatos, bem como a autenticidade de qualquer documento citado. Uma matéria admitida sob estas circunstâncias resta assim definida no processo e não pode ser contraditada, não servindo, todavia, como admissão para qualquer outro propósito ou em outro processo. Tal mecanismo é útil para fatos em que não há real controvérsia, mas que exigem prova complexa e, por vezes, custosa¹⁴².

3.1.2. *Caráter extrajudicial do procedimento*

Um elemento primordial da *discovery* e possivelmente o que garante sua maior efetividade reside no seu caráter extrajudicial. Salvo os exames físicos e mentais, os instrumentos foram desenvolvidos para serem operacionalizados pelas partes, mediante comunicações diretas entre elas, e para que estas resolvam eventuais embaraços por si mesmas. Depois de iniciada a ação, o procedimento se desenvolve por iniciativa das partes, sem prévia autorização da corte. Se o requerente deseja interrogar o requerido, simplesmente envia uma notificação especificando o horário e local para a colheita do depoimento. O mesmo acontece com a produção e inspeção de documentos, no qual a parte indica à contraparte os tipos de documentos a serem apresentados¹⁴³.

O traço excepcional da *discovery* nos EUA, cuja amplitude e grau de investigação não encontram paralelo nem mesmo em outros ordenamentos de *common law*, consiste precisamente no vasto poder de investigação privada das partes sem uma supervisão próxima do magistrado¹⁴⁴. Há, claro, a possibilidade de se acudir o órgão julgador para a resolução de entraves que as partes não possam resolver por si próprias, mas tratam-se de ferramentas a serem utilizadas como último recurso¹⁴⁵.

¹⁴¹ A título de exemplo, podemos citar o caso de passageiros que viajavam em um ônibus que sofreu um acidente causado, supostamente, por deficiências visuais do motorista, que já havia sofrido outro acidente parecido no passado. Os passageiros, ao processar a empresa, por ter ciência destes fatos, alegando que esta foi descuidada e negligente, podem requerer que o motorista seja submetido a exames físicos. Foi, de forma resumida, o que ocorreu em *Schlagenhauf v. Holder* (321 F.2d 43 (7th Cir. 1963)) (*ibidem*, pp. 627-629).

¹⁴² FOLLE, Francis Perondi, *op. cit.*, pp. 131-152.

¹⁴³ HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele, *op. cit.*, p. 114.

¹⁴⁴ LESSA NETO, João Luiz, *op. cit.*, pp. 157-158.

¹⁴⁵ GUAL GRAU, Cristian, *op. cit.*, pp. 114-119.

É o caso da regra nº 37 (a) das FRCP, na qual se discorre sobre os requerimentos (*motions*) de ordens para compelir a *disclosure* ou *discovery*. O dispositivo prevê que, após a parte demonstrar que, de boa-fé, empreendeu esforços para efetivar determinado procedimento sem a ordem judicial, o tribunal pode conceder a ordem e, concedendo-a, condenará a parte contrária ao pagamento das despesas para a elaboração do requerimento, incluídos os honorários advocatícios. Caso o requerido persista no incumprimento da ordem, pode responder, dentre outras sanções, por *contempt of court*¹⁴⁶.

Se o procedimento começar a apresentar muitos entraves, um oficial de justiça especial (*special judicial officer*) pode ser designado como árbitro, sendo possível a imposição de sanções monetárias por eventuais abusos, incluindo o reembolso dos honorários advocatícios desnecessariamente despendidos pela parte que foi vítima de tais abusos. Um maior envolvimento do tribunal, com a designação de oficiais para supervisionar a *discovery*, todavia, não costuma ser visto com bons olhos por representar, na ótica dos críticos, uma invasão dos direitos processuais das partes, mas é geralmente aceito como necessário para uma boa condução de casos envolvendo múltiplas partes e controvérsias¹⁴⁷.

3.1.3. Abusos e desvirtuações

A amplitude da *discovery* americana, apontada como reflexo de uma cultura de execução da lei pelos privados (*private enforcement*), reflete a imputação às partes de atribuições que na maioria das ordens jurídicas são desempenhadas por agentes

¹⁴⁶ O *contempt of court* seria o correspondente ao “ato atentatório à dignidade da justiça”, que está disposto em variados diplomas legais brasileiros, v.g. art. 774 do CPC/2015. O instituto dá ao magistrado o poder de impor sanções à parte que desacatar ordens judiciais ou não colaborar com o bom andamento do processo, sendo “considerado essencial pela suprema corte americana e sem ele o Judiciário norte-americano seria impotente” (CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero, *op. cit.*, pp. 425-444). Nas palavras de BARBOSA e NETO, “(c)ontempt of court é um ato de desprezo pelo Tribunal ou um ato de desobediência a uma ordem judicial que, por interferir na administração da justiça, é punível com multa ou prisão. É o *contemptuous act*. A expressão, porém, também significa o poder que o Tribunal possui de reprimir tal ato. É o *contempt power*. Portanto, no direito norte-americano a expressão *contempt of court* designa tanto o ato de descumprimento da ordem judicial quanto o poder que possui o juiz para sancionar esse ato”. Para maior aprofundamento sobre o tema, inclusive origens e poderes sancionatórios específicos, ver: BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira; NETO, Francisco Vieira Lima, *Anotações acerca do contempt of court no direito norte-americano*, Revista de Processo, v. 192, pp. 129-165, fev/2011.

¹⁴⁷ HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele, *op. cit.*, p. 119 e 122.

públicos¹⁴⁸. A liberdade conferida às partes na condução da investigação dos fatos, porém, pode desencadear efeitos não desejados.

O instrumento idealizado para proporcionar um maior conhecimento do caso pelos litigantes, seja das provas e informações que as favorecem, seja das circunstâncias que enfraquecem suas pretensões e defesas, pode ser utilizado para procrastinar o andamento do processo e impor custos elevados à contraparte. A falta de cooperação entre as partes no desenvolvimento da atividade investigatória aliada à falta de um controle judicial próximo pode levar à desvirtuação das finalidades da *discovery*.

Os ideais americanos que modelaram a *discovery* demandavam que o instituto tivesse larga amplitude dentro da qual o espectro de atuação das partes e de seus advogados tivesse uma liberdade quase irrestrita. A liberdade de atuação dos advogados atrelada à obrigação contratual com seu cliente, todavia, gera incentivos para que a *discovery* seja utilizada de forma abusiva como instrumento para atingir os objetivos da parte, não importando se o meio para alcançá-los é coerente com a finalidade do instituto¹⁴⁹.

A conversão da *discovery* de um mecanismo investigatório em uma arma estratégica constitui o que a doutrina denomina “abuso de *discovery*” (*discovery abuse*). Na prática, o abuso de *discovery* manifesta-se com o uso excessivo ou impróprio de seus mecanismos com o intuito de causar demora, desgastar a contraparte ou aumentar os custos da litigância, ou com a oposição infundada à legítima investigação dos fatos pela parte contrária com a intenção de frustrar essa busca¹⁵⁰.

¹⁴⁸ MARCUS, Richard. ‘American Exceptionalism’ in Goals for Civil Litigation. In: UZELAC, ALAN (Coord.). *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice, vol. 34, Cham: Springer, 2014, p. 135. CARRINGTON, Paul D., *Renovating discovery*, Alabama Law Review, vol. 49, pp. 51-78, 1997. CARRINGTON aponta que a noção deste *private enforcement* é sentido em muitas áreas, em especial do direito antitruste, propriedade intelectual e de valores mobiliários, e que a litigância privada seria muito efetiva na proteção de liberdades civis e os direitos de litigantes com menos recursos, na medida em que os litigantes privados não seriam cooptados por poderosos grupos de interesses tão facilmente como ocorre com agências e órgãos reguladores.

¹⁴⁹ JOYCE, Timothy, *Preventing abuse of discovery in federal courts*, Catholic University Law Review, vol. 30, n° 2, pp. 273-305, 1981.

¹⁵⁰ HOPWOOD, William; PACINI, Carl; YOUNG, George. *Fighting discovery abuse in litigation*. Journal of Forensic & Investigative Accounting, vol. 6, n° 2, pp. 52-80, 2014.

Como, de acordo com a chamada *american rule*, cada parte arca com suas próprias despesas¹⁵¹, um litigante requisita pedidos de *discovery* (*discovery requests*) sempre que os benefícios com o uso do instrumento sejam superiores aos custos que terá. Ou seja, como seu pedido pode gerar elevados custos para a parte contrária, é racional, sob a perspectiva econômica, realizar uma *discovery* excessivamente larga com a utilização de mecanismos que não seriam estritamente necessários para a revelação de fatos relevantes. Como o requerente das medidas não irá arcar com a totalidade dos custos da investigação que impõe à outra parte, acaba havendo um incentivo para que as partes realizem uma *discovery* mais ampla e menos socialmente eficiente¹⁵²⁻¹⁵³.

Além disso, o fato da tomada de decisões dentro do procedimento partir de um profissional que muitas vezes tem sua remuneração calculada pelas horas trabalhadas não gera incentivos para que haja redução do escopo da *discovery*, ocorrendo não raras vezes a situação de o advogado executar mais diligências do que seria necessário¹⁵⁴. Alguns exemplos comuns de práticas abusivas no curso do procedimento são alegações de *privilege* levianas e sem fundamentos, esconder documentos chaves para a

¹⁵¹ FISS, Owen M., *op. cit.*, pp. 1.073-1.090. Segundo COSTA NETO, “Peter Lewisch e Jeffrey Parker ressaltam que a adoção de *fee shifting rule*, isto é, a regra segundo a qual o perdedor arca com os ônus sucumbenciais, em oposição à chamada *American rule* (cada qual arca com seus gastos, independentemente do resultado da demanda), implica o aumento dos riscos para cada parte, ou, ainda, a assimetria de riscos entre elas se cada qual encara despesas processuais diferentes ou ostenta postura diversa em relação ao risco. Os autores, entretanto, chegam a conclusão incerta, afirmando que tais circunstância podem encorajar ou desencorajar o acordo. De fato, o sistema “americano” prefere o dispêndio certo ao risco do maior custo, enquanto a atribuição ao vencido dos ônus sucumbenciais, enquanto cria para a parte a expectativa de ver-se ressarcida daquilo que despendeu, aumenta-lhe também os riscos de, no caso de derrota, ter de arcar com maiores dispêndios do que aqueles até então incorridos para a defesa de seu interesse” (COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. *Provocações da análise econômica do processo civil*, Revista de Processo, v. 315, pp. 343-375, mai./2021).

¹⁵² KOPPEL, Joshua M, *op. cit.*, pp. 243-289.

¹⁵³ A possibilidade de uma parte impor custos à outra coloca-as em um “dilema do prisioneiro”: o litigante possui maiores chances de ter um acordo mais benéfico caso escolha realizar uma *discovery* mais agressiva e, conseqüentemente, mais custosa, mas ambas as partes estarão em pior situação se optarem por uma estratégia agressiva do que se escolherem uma *discovery* eficiente e módica, na medida em que, adotando uma *discovery* agressiva, os custos vão aumentar para as ambas as partes e os termos deste acordo hipotético vão permanecer iguais. No entanto, como não tomam a decisão de comum acordo e cada parte escolhe a opção que lhe trará maiores benefícios, a escolha racionalmente mais sensata, na perspectiva de muitos litigantes, é de realizar uma *discovery* ampla e custosa (NOTE, *Discovery abuse under the federal rules: causes and cures*, The Tale Law Journal, vol. 92, 352-375, 1982. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6781&context=yj>>. Acesso em: 04/04/2021)

¹⁵⁴ *Ibidem*.

contraparte¹⁵⁵ e perturbar o regular andamento das *depositions*¹⁵⁶. Tais táticas, levadas a cabo com a intenção de inflar os custos da litigância para a parte contrária, servem muitas vezes como forma de forçar a celebração de um acordo, colocando a parte contrária na posição de ter de decidir entre persistir com um litígio que pode se prolongar no tempo e ser muito custoso ou aceitar um acordo com termos menos favoráveis que os inicialmente almejados¹⁵⁷.

Ao tratar de fatores que ocasionam demora e aumento de despesas na *discovery*, não se pode deixar de mencionar a chamada *fishing expedition*. O conceito largamente utilizado na literatura jurídica expressa a atuação da parte que formula pretensão sem saber exatamente os fatos que a constituem, pretendendo, através da *discovery*, descobrir fatos que deem suporte ao pleito ou buscar informações que não conseguiria ter acesso de outra forma. O termo costuma ser usado de forma pejorativa para se referir a requerentes que apresentam uma demanda sem ter um caso suficientemente detalhado, oportunidade em que existiria uma litigância especulativa¹⁵⁸.

Apesar de aparecer como um dos principais receios, pelos idealizadores das FRCP, à implementação da *discovery*¹⁵⁹, com o modelo de *notice pleading*, no qual não há uma apresentação detalhada dos fatos, e com uma *discovery* consequentemente ampla, passou a ser difícil estabelecer a linha tênue entre uma investigação legítima e o que se entenderia por *fishing expeditions*. A discussão em torno da *fishing expedition* passou a centralizar-se em uma questão crucial: como as Cortes vão garantir às partes o

¹⁵⁵ O caso envolvendo a gigante da indústria tabageira *Philip Morris Company* contra a empresa de comunicação *American Broadcasting Company* (ABC) se apresenta como um exemplo didático de até onde os abusos com os mecanismos de *discovery*, com a intenção de dificultar a investigação de fatos, podem chegar. Na ação instaurada pela *Philip Morris*, a companhia de tabaco enviou à ABC vinte e cinco caixas contendo um milhão de documentos. Até então, nada inusual. No entanto, os documentos teriam sido enviados em um papel vermelho escuro com linhas onduladas, que os tornavam difíceis de ler e impossibilitavam a extração de cópias. E o pior: exalavam vapores nocivos, o que impedia que os advogados os manusessem por longos períodos de tempo (YABLON, Charles. *Stupid lawyer tricks*, Columbia Law Review, vol. 96, pp. 1.618-1.644, 1996). Naturalmente, este é um caso exagerado até para os padrões americanos. No entanto, é um exemplo ilustrativo que demonstra que as finalidades da *discovery* são muitas vezes desvirtuadas, resultando em elevados custos e desperdício de recursos.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ KOPPEL, Joshua M, *op. cit.*, pp. 243-289.

¹⁵⁸ THORNBURG, Elizabeth G, *op. cit.*, pp. 1-55.

¹⁵⁹ A preocupação com a litigância especulativa fica evidenciada na discussão das novas regras, como se observa a partir da fala de William De Witt Mitchell, presidente do comitê das FRCP: “I feel very strongly... [that we] are going to have an outburst against this discovery business unless we can hedge it about with some appearance of safety against fishing expeditions.” (SUBRIN, Stephen N. *Fishing Expeditions Allowed: The Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules*. Boston College Law Review, vol. 39, nº 3, pp. 691-745, 1998).

acesso à investigação dos fatos, de modo a conseguir ter conhecimento pleno de sua posição no litígio, e ao mesmo tempo evitar demandas infundadas? A questão demonstra que o antigo debate sobre a amplitude da *discovery* assume novas formas, deixando de ser uma discussão relacionada à proteção da privacidade e dos direitos de propriedade dos particulares para focar na proteção das partes contra os elevados custos da litigância¹⁶⁰.

3.1.4. Sanções e limitações

Desde a entrada em vigor das FRCP em 1938, as regras atinentes à *discovery* sofreram sucessivas alterações como forma de tentar redimensionar seu formato e conter os abusos perpetrados pelos litigantes, o que demonstra que as críticas à amplitude do procedimento ecoaram. As reformas atribuíram maiores poderes ao magistrado na gestão do caso e encorajaram uma postura mais ativa deste no controle da atividade investigativa¹⁶¹.

Inicialmente, basicamente todas as provas e informações relevantes que não fossem caracterizadas como *privilege* ou *attorney work product*, estavam sujeitas a *discovery* (*discoverable*), de modo que os documentos e informações que podiam ser obtidos no âmbito da *discovery* eram significativamente mais amplos que os admissíveis em *trial*. As alterações, contudo, passaram a estabelecer que a *discovery* e seus custos deveriam ser proporcionais às necessidades do caso¹⁶².

Apesar da finalidade da *discovery* ser a descoberta dos fatos e viabilizar que o mérito do caso seja decidido, é possível que o fardo para a produção de determinada informação ou prova seja superior aos eventuais benefícios de seu resultado. Por isso, à corte são conferidos poderes para limitar a amplitude da *discovery* se (i) a informação ou documentação puder ser obtida de outra fonte de forma mais conveniente, menos onerosa ou menos custosa; (ii) a parte que requer a medida já tenha tido a oportunidade de obter a informação no curso da *discovery*; (iii) a medida requerida não esteja abrangida pelo escopo da *discovery* por não ser proporcional às necessidades do caso,

¹⁶⁰ THORNBURG, Elizabeth G, *op. cit.*, pp. 1-55.; PIKE, James A.; WILLIS, John W. *Federal discovery in operation*. University of Chicago Law Review, vol. 7, n° 2, pp. 297-327, 1940.

¹⁶¹ LESSA NETO, João Luiz, *op. cit.*, pp. 170-172.

¹⁶² GOLDMAN, Thomas F.; HUGHES, Alice Hart. *Civil litigation: process and procedures*. 4ª ed. Nova Jersey: Pearson, 2019, p. 284.

considerando a importância das questões controvertidas, o valor da causa, o acesso relativo das partes às informações relevantes, os recursos dos litigantes, a importância da *discovery* na resolução dessas questões e se a carga ou dispêndios com as medidas ultrapassam seus potenciais benefícios¹⁶³. A instituição de critérios de proporcionalidade na atividade investigatória visa garantir maior efetividade aos mecanismos de *discovery* e, principalmente, evitar excessos e custos desnecessários.

Para que a *discovery* não seja conduzida de forma demasiadamente ampla ou custosa é necessária a existência de mecanismos de *enforcement* das normas que visam garantir que a *discovery* cumpra suas finalidades. Para tanto, primeiramente, os requerimentos e respostas devem conter uma certificação assinada pelo advogado - ou pela parte, se não estiver representada - constando que está de acordo com as regras processuais e legais, não tem a intenção de perturbar, causar embaraço, demoras desnecessárias ou custos indevidos ao processo, e que o requerimento não é excessivamente oneroso ou custoso levando em consideração as questões em disputa e o valor da causa. A parte destinatária do requerimento ou resposta não tem o dever de tomar qualquer ação ou providência caso o documento não esteja firmado, sendo que a violação de tal dever de certificação pode levar à imposição de sanções¹⁶⁴⁻¹⁶⁵.

No tocante à violações mais específicas no curso da *discovery*, a regra nº 37, “construída para proteger a corte e a parte contrária contra táticas de retardamento e tumulto processual no curso da *discovery*”¹⁶⁶, outorga ao juiz poderes para a imposição de sanções que vão desde ordens determinando o pagamento das despesas do procedimento a limitação das provas a serem apresentadas em *trial*, decretação da revelia (e o julgamento em tal condição) e até a extinção do caso (*dismissal*). A aplicação de severas sanções previstas na regra nº 37, como o *dismissal*, todavia, somente podem ser aplicadas quando evidenciado que o não cumprimento de uma

¹⁶³ YEAZELL, Stephen C.; SCHWARTZ, Joanna C. *Civil procedure*. 9ª ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2015, livro eletrônico não paginado.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ A regra nº 26(g) sugere como punição o pagamento das despesas, incluídos os honorários advocatícios, resultantes de tal violação.

¹⁶⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court. Cunningham v. Hamilton County*, 527 U.S. 198 (1999). Justice Thomas, julgado em 14/06/1999.

ordem de *discovery* seja motivado por má-fé, resistência injustificada ou descaso, conforme entendimento firmado no caso *Société Internationale v. Rogers*¹⁶⁷.

Diante do amplo leque de sanções e da severidade de algumas dessas punições a prática forense poderia presenciar a aplicação disseminada, pelas cortes, de penalidades radicais, amparadas na regra nº 37. Não obstante, não é o que se verifica na prática desde a edição das FRCP¹⁶⁸. O receio em aplicar as sanções e a consequente tolerância com práticas que podem acarretar no dispêndio de maiores custos e tempo no processo pode ser motivado por algumas circunstâncias dentre as quais se incluem: (i) a resistência dos julgadores em se envolver em disputas na fase de *discovery* justamente em razão de ser um mecanismo criado para que as partes se resolvam por si próprias, o que cria uma cultura de não intervenção no procedimento; (ii) a falta de contato dos magistrados com o caso nessa fase torna uma intervenção mais incisiva, com a aplicação de sanções, excepcional; (iii) a crença de que a imposição de uma sanção gera constrangimento ou mesmo humilhação ao advogado ou parte; e (iv) o modelo de *notice-pleading*, que gera uma *discovery* mais ampla, resulta em ainda maior dificuldade para o magistrado restringir o escopo da atividade investigatória. Em virtude de tais circunstâncias, a aplicação de sanções severas, especialmente a extinção do feito (*dismissal*), fica reservada a casos extremos quando evidenciado um comportamento desleal da parte faltosa, agindo com má-fé, dolo, ou comportamento deliberado para descumprir a ordem de *discovery*¹⁶⁹.

Apesar das contínuas reformas legislativas no âmbito da *discovery*, sendo a mais recente em 2015, não se vislumbra uma satisfação dos críticos com os efeitos das

¹⁶⁷ MEHR III, Daniel S. *Excessive or warranted? the unshackling of discovery sanctions in Lee v. Max International, LLC*. Brigham Young University Law Review, vol. 2012, nº 2, pp. 607-621, 2012.

¹⁶⁸ PIKE, James A.; WILLIS, John W, *op. cit.*, pp. 297-327.

¹⁶⁹ HOPWOOD, William; PACINI, Carl; YOUNG, George, *op. cit.*, pp. 52-80; LESSA NETO, João Luiz, *op. cit.*, pp. 177-178.

mudanças efetuadas, que clamam por ajustes no sistema processual vigente¹⁷⁰, pelos abusos e atrasos na *discovery* serem enxergados como fonte de injustiça generalizada¹⁷¹.

3.2. A INGLATERRA E OS PRE-ACTION PROTOCOLS

Para além-mar, no berço do *common law*, a cultura adversarial tão presente nesse sistema parece vir perdendo força desde a promulgação das CPR após um extenso estudo sobre o sistema judiciário da Inglaterra e País de Gales. A produção de tal estudo foi motivada pela percepção dos advogados, juízes, operadores do direito em geral e do próprio governo inglês de que o procedimento era demasiado complexo e custoso, o que dificultava o acesso à justiça, de modo que se reputava necessária a realização de uma pesquisa que analisasse o atual estado da jurisdição civil e indicasse alterações para a melhora do sistema¹⁷². A pesquisa foi levada a cabo pelo *Master of Rolls*¹⁷³, Lord Harry Woolf, que identificou que o modelo de processo inglês era excessivamente adversarial, o que acabava por encorajar uma cultura litigante que tornava o processo em um campo de batalha, no qual o custo do procedimento, sua duração e o compromisso com a justiça eram relegados a um segundo plano¹⁷⁴. A missão foi atribuída à Lord Woolf em 1994, tendo sido produzido um Relatório interino no ano seguinte e, em 1996, um

¹⁷⁰ EASTERBROOK, renomado professor da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago, por exemplo, alertava, em 1989, que a solução para práticas abusivas no âmbito da *discovery* não passava por ajustes nas regras n.ºs 26 e 37, mas por alterar a estrutura das normas, que geram muita incerteza, a distribuição de despesas, que deveriam arcadas pela parte que as causou, e o funcionamento do sistema judicial, dando maior poderes de direção aos oficiais de justiça e menos aos litigantes (EASTERBROOK, Frank H. *Discovery as abuse*, Boston University Law Review, vol. 69, pp. 635-648, 1989).

¹⁷¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court. Cunningham v. Hamilton County*, 527 U.S. 198 (1999). Justice Thomas, julgado em 14/06/1999.

¹⁷² ZUCKERMAN, Adrian A. S. *Lord Woolf's Access to Justice: Plus ça change...* The Modern Law Review, vol. 59, n.º 6, pp. 773-796, nov./1996; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *O case management inglês: um sistema maduro?*, Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP, v. 5, n. 7, pp. 287-335, 2011. Nas palavras de ALMEIDA, a reforma implementada objetivava instaurar “um sistema que: (i) fosse capaz de conferir decisões justas; (ii) lidasse com os litigantes de maneira justa; (iii) oferecesse procedimentos adequados a custos aceitáveis; (iv) prestasse a jurisdição em tempo razoável; (v) fosse compreensível para os jurisdicionados; (vi) considerasse as necessidades dos litigantes; (vii) fosse capaz de conferir segurança jurídica; e (viii) fosse bem estruturado e organizado”.

¹⁷³ “The Master of Rolls is President of the Court of Appeal (Civil Division) and is also the leading judge dealing with civil work in that court. The Master of the Rolls is also responsible for organising the work of the civil division” (WILSON, Steve; RUTHERFORD, Helen; STOREY, Tony; WORTLEY, Natalie. *English legal system*. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 279).

¹⁷⁴ WOOLF, Harry. *Civil justice in the United Kingdom*. The American Journal of Comparative Law, vol. 45, n.º 4, 1997, p. 709-736. Disponível em: www.jstor.org/stable/841013; VERKERK, Remme, *Comparative aspects of expert evidence in civil litigation*, The International Journal of Evidence & Proof, vol. 13, n.º 3, pp. 167-197, jul. 2009.

Relatório final, no qual concluía que o sistema deveria visar, em síntese, (i) justiça nas decisões e no modo de tratamento dos jurisdicionados; (ii) proporcionar procedimentos com custos aceitáveis; (iii) zelar por uma duração razoável dos casos; (iv) atender às necessidades dos litigantes; e (v) ser eficiente, organizado e dispor de uma estrutura adequada¹⁷⁵.

Em 1997, foi desenvolvido um Relatório por Sir Peter Middleton aconselhando o acolhimento, com algumas alterações, das sugestões propostas por Lord Woolf, sendo promulgadas no ano seguinte, como fruto destes trabalhos, as CPR, que vigoram desde 26 de abril de 1999. Diante do diagnóstico de que o sistema era demasiadamente adversarial, o que resultava em lentidão, custos elevados¹⁷⁶ e complexidade, foi proposta uma solução que, na visão de RAATZ, representa “uma espécie de ‘neo-ativismo gerencial’, pautado pela incorporação, no âmbito das Cortes judiciais, dos três “es” da nova gestão pública: economia, eficiência e efetividade”¹⁷⁷.

Nesse contexto, Lord Woolf sugeriu uma série de reformas visando, dentre outros fins, a promoção de um processo em que houvesse espaço para um modelo mais colaborativo. As reformas implementadas trouxeram grandes novidades como o estabelecimento de um objetivo primacial (*overriding objective*¹⁷⁸), que orienta a forma como os casos devem ser conduzidos, bem como a implementação do chamado *case*

¹⁷⁵ RAATZ, Igor. *Revisitando a “colaboração processual”*: ou uma autocrítica tardia, porém necessária, Revista de Processo, v. 309, pp. 41-71, nov./2020.

¹⁷⁶ A principal causa destes altos custos, na visão de ZUCKERMAN, estava aliada à forma de pagamento dos honorários advocatícios. A remuneração por hora, dia ou pela complexidade do caso acabava por não gerar incentivos para uma economia ou rapidez dos serviços prestados. Pelo contrário, o desejo de maximizar seus rendimentos, muitas vezes levava à uma prática forense voltada ao aumento de lucros, não havendo incentivos para que o sistema funcionasse de forma eficiente, o que não seria alterado se as partes continuassem ditando os rumos do processo (ZUCKERMAN, Adrian A. S., *op. cit.*, pp.773-796).

¹⁷⁷ RAATZ, Igor, *op. cit.*, pp. 41-71.

¹⁷⁸ O *overriding objective* aparece logo na CPR 1 conferindo um novo formato à justiça inglesa. Trata-se da previsão de um objetivo preponderante na justiça civil da Inglaterra e País de Gales, no intuito de propiciar a solução de conflitos com justiça. Para isso, a CPR 1.1 dispõe que a nova legislação processual civil tem por objetivo primacial permitir que a corte lide com casos de forma justa e com custos proporcionais, assegurando, dentro do possível, (a) igualdade entre as partes; (b) economia de despesas; (c) lidar com casos de forma proporcional aos montantes envolvidos, importância do caso, complexidade das questões e à capacidade financeira de cada parte; (d) agilidade e justiça na tramitação; (e) alocar os recursos do tribunal de forma apropriada, levando em consideração a necessidade de recursos dos outros casos; (f) a aplicação das *rules*, *practice directions* e *orders*. O *overriding objective*, à luz da doutrina inglesa, almeja, em síntese, a resolução do litígio de modo justo, em uma duração razoável e com o emprego proporcional de recursos (ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de, *op. cit.*, pp. 287-335).

*management*¹⁷⁹, fornecendo à corte poderes de gestão processual, lhe atribuindo um papel mais ativo na condução dos processos, no intuito de os julgar de forma mais célere e menos custosa¹⁸⁰⁻¹⁸¹. Dentre esses poderes, há expressa determinação de que a corte deve incentivar a cooperação entre as partes¹⁸².

Logo ao introduzir o *case management* em seu Relatório final, Lord Woolf, salienta que “(u)ltimate responsibility for the control of litigation must move from the litigants and their legal advisers to the court”¹⁸³, demonstrando a mudança que se esperava implementar na litigância civil inglesa. Constata-se, assim, a aproximação de um sistema tipicamente adversarial rumo a um processo mais cooperativo, o que nos faz concluir que há convergência tanto de países de tradição publicista, como privatista, no sentido de um sistema pautado pela colaboração entre os sujeitos do processo¹⁸⁴⁻¹⁸⁵.

¹⁷⁹ O instituto se aproxima à figura do juiz gestor, prevista no art. 6º do CPC/2013, que reforça os poderes funcionais do julgador, lhe conferindo maior liberdade na atuação para atingir os fins do processo, o incumbindo do dever de dirigir ativamente o processo e providenciar celeridade em sua tramitação (FREITAS, José Lebre de, *op. cit.*, pp. 227-228).

¹⁸⁰ MESQUITA, Miguel. *Princípio da gestão processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?* In: Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 145, nº 3995, Coimbra, nov/dez 2015, p. 85.

¹⁸¹ No sistema anterior, a gestão do processo era desempenhada pelos advogados. Eventuais diretrizes sugeridas pelo tribunal eram ignoradas pelas partes sem que houvesse grandes repercussões negativas para as partes (ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de, *op. cit.*, pp. 287-335).

¹⁸² CPR - Rule 1.4 — (1) The court must further the overriding objective by actively managing cases.

(2) Active case management includes — (a) encouraging the parties to co-operate with each other in the conduct of the proceedings; (...).

¹⁸³ Access to Justice - Final Report (capítulo 1, parágrafo 1º). Disponível em: <<https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20060213223540/http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm>>. Acesso em: 12/04/2021.

¹⁸⁴ MACÉDO, Lucas buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros, *op. cit.*, p. 31.

¹⁸⁵ Sobre o tema, DIDIER JR. afirma ser “difícil, portanto, estabelecer um critério identificador da dispositividade ou da inquisitorialidade que não comporte exceção. Não há sistema totalmente dispositivo ou inquisitivo: os procedimentos são construídos a partir de várias combinações de elementos adversariais e inquisitoriais.” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito...*, p. 138). A adoção de mecanismos típicos do sistema adversarial por países de tradição inquisitorial é também uma realidade, conforme constata Janet Ainsworth: “Those historical dividing lines have begun to break down in the past several decades. More and more countries that traditionally maintained inquisitorial systems have come to adopt in whole or in part many of the characteristics of adversarial systems” (AINSMORTH. Janet. *Legal discourse and legal narratives: adversarial versus inquisitorial models*. Legal Discourse and Legal Narratives Language and Law/Linguagem e Direito, vol. 2(1), pp. 1-11, 2015). Em obra clássica, BARBOSA MOREIRA já ressaltava o dinamismo nas alterações e reformas de ordenamentos jurídicos de diferentes tradições, que se encontram em evolução constante, fazendo o alerta de que “(a)o estudioso não é lícito deixar de tomar em consideração esse dinamismo. Semelhanças e dessemelhanças podem aumentar e diminuir, quiçá desaparecer” (BARBOSA MOREIRA, José. *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 41). Ademais, mais especificamente no tocante à necessidade de participação de todos os sujeitos do processo na busca por uma solução justa e eficaz do litígio, há previsão, inclusive, nos Princípios de Processo Civil Transnacional da ALI e UNIDROIT, cujo princípio nº 11.2 dispõe que “as partes dividem com o tribunal o encargo de fomentar uma solução justa, eficaz e razoavelmente rápida do litígio” (ALI/UNIDROIT, *op. cit.*, p. 30).

Não obstante a preocupação em criar um novo modelo de justiça, existe diferença entre a idealização e concessão de uma nova formatação para o sistema processual civil e a implementação dos ajustes previstos nas normas. Por haver o entendimento de que a tentativa de reduzir os custos da litigância fracassou em muitos aspectos¹⁸⁶, em 3 de novembro de 2008, Sir Rupert Jackson foi designado para realizar novo estudo do processo civil inglês, em especial sobre as despesas suportadas pelas partes¹⁸⁷.

No Relatório elaborado por Jackson é frisado que o *case management* não foi devidamente entendido ou implementado, de modo que o gerenciamento do caso em várias etapas do processo não foi levado a cabo tal como idealizado. Por isso, seria necessária uma nova reforma para implementar uma abordagem mais rígida e eficaz em relação às normas implementadas na reforma de Woolf, assim como era preciso que fossem instituídas regras que outorgassem ao julgador poderes para que, além de dirigir o caso, pudesse, também, gerir seus custos de forma ativa. Tal reforma foi concretizada em 2013 e teve como destaque a atenção especial a uma noção de proporcionalidade de custos no procedimento¹⁸⁸⁻¹⁸⁹.

3.2.1. Estágios do processo

O procedimento judicial em território inglês, o requerente (*claimant*) apresenta um formulário de requerimento (*claim form*) ao tribunal, que fica com uma cópia, sendo a pretensão dirigida ao requerido (*defendant*) contendo, por vezes de forma muito breve,

¹⁸⁶ Não obstante, ao verificar algumas constatações de Jackson, é possível concluir que não havia uma crise generalizada instaurada, uma vez que a maioria dos casos eram concluídos em tempo razoável e com custos proporcionais, o que se depreende a partir do seguinte trecho do Relatório: “A fair overall summary of civil litigation in 2007 may run as follows: approximately 2.1 million civil cases were launched, of which at least 95% were brought in the county courts. Approximately 90% of all civil cases were concluded without any prolonged contest and at costs proportionate to the issues at stake. The remaining 10% of cases were contested (whether or not settled before trial) and potentially gave rise to significant costs liabilities.” (*Review of civil litigation costs: preliminary report* (vol. 1), maio de 2009, p. 53. Disponível em: <<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Guidance/jackson-vol1-low.pdf>>. Acesso em: 15/04/2021.)

¹⁸⁷ SORABJI, John. *English civil justice after the Woolf and Jackson reforms: a critical analysis*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 29-30 e 168.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 201 e 205.

¹⁸⁹ As reformas de Jackson acrescentaram à CPR 1.1(1), que trata do objetivo primacial, a necessidade do caso gerar custos proporcionais, além de adicionar à CPR 1.1(2) a obrigação de garantir a aplicação das normas (*compliance*) com regras, direções práticas e ordens, com a intenção de pôr fim à cultura de *non-compliance* que as reformas de Woolf não teriam conseguido enterrar (*ibidem*, p. 214 e 244).

a natureza da reivindicação, além dos *particulars of claim*, que devem ser remetidos junto com o formulário de requerimento ou dentro de 14 dias após sua entrega. O documento é enviado ao requerido, via de regra, pelo requerente por meio postal junto com um formulário de reconhecimento da citação (*acknowledgment of service form*).

Desde a citação, o requerido tem 14 dias para protocolar o reconhecimento da citação, no qual poderá (i) enviar ao tribunal um *admission form*, admitindo a totalidade ou parte dos pedidos, podendo, neste caso, pedir prazo para pagamento; (ii) cientificar a corte de que irá se defender de toda ou parte da reivindicação; (iii) indicar que irá contestar a jurisdição da corte; ou (iv) permanecer inerte, caso em que o requerente poderá pleitear um julgamento à revelia, oportunidade em que, em regra, provando-se que o formulário de requerimento foi entregue, nenhuma outra formalidade é necessária e o requerente obtém o julgamento.

As partes devem apresentar declarações sobre o caso (*statements of the case*), exibindo, de forma concisa, os elementos fáticos essenciais da contenda. Nesses documentos não são apresentados fundamentos jurídicos nem os elementos probatórios que corroboram tais fatos, mas deve ser acompanhado do chamado *statement of truth*, assinado pela parte, seu curador especial (*litigation friend*¹⁹⁰) ou por seu representante legal¹⁹¹. O documento em que o requerente apresenta suas declarações, nominado *particulars of claim*, deve, como já dito, ser apresentado com o formulário de requerimento ou 14 dias após sua entrega. O requerido responde com a entrega da defesa (*defence*) e, se for o caso, deverá remeter ao requerente seu contrapedido (*counterclaim*), o qual o requerente poderá apresentar defesa, podendo, ainda, oferecer réplica à defesa (*reply*) do requerido¹⁹².

Encerrada a etapa de entrega das declarações sobre o caso, inicia a fase do *case management*, em que a corte empreende esforços para garantir que o caso irá se

¹⁹⁰ O *litigation friend* representa parte que não disponha de capacidade processual, como crianças e pessoas que não reúnam condições mentais para participar do procedimento. Se equipara, assim, à figura do curador (Arts. 17 e 1.086 do CPC/2013 e 71 do CPC/2015).

¹⁹¹ Os *statements of truth* são declarações de veracidade do conteúdo constante no documento, que devem ser incluídas em qualquer *statement of case*, *witness statement*, *expert report*, dentre outros, e que confirma que os fatos descritos no documento correspondem à verdade. Geralmente, inclui uma declaração atestando que a parte conhece as consequências de uma declaração falsa, como as sanções relacionadas ao *contempt of court*. O documento é regulado pela CPR 22 e PD 22.

¹⁹² Os documentos são públicos e seu conteúdo pode ser divulgado. Contudo, pode ser aplicada uma ordem restritiva a este acesso público caso hajam informações sensíveis ou confidenciais.

desenvolver de forma eficiente e sem entraves. As partes são encorajadas a definir um cronograma do julgamento, incluindo datas para a produção da prova, a necessidade de prova pericial, e a estimar um prazo aproximado para o julgamento, além da possibilidade de serem chamadas a detalhar os custos incorridos e, de modo aproximado, as despesas futuras.

Caso não sejam capazes de acordar as diretrizes sozinhas, as partes terão de comparecer em uma audiência para tratar do tema (*case management conference*), na qual o julgador fixará o cronograma de julgamento e outras questões, tais como a aprovação do orçamento de custos das partes e a extensão da *disclosure*. As cortes levam a sério o *case management*, sendo comum ocorrerem outras audiências para tratar do tema no curso do processo, de modo a garantir que as partes sigam o caminho traçado e não criem embaraços. O descumprimento das ordens fixadas pela corte costumam ensejar severas penalidades.

Após a fase de *case management*, tem lugar a *disclosure*, em que, de forma semelhante ao que ocorre nos EUA, as partes tem de expor uma a outra os documentos relativos à contenda, o que abarca todo documento no controle da parte que seja relevante para a demanda, incluídos aqueles que lhe são potencialmente prejudiciais por robustecer a tese da parte contrária, de modo que a prova assume a conformação não de um ônus, mas de um dever ao qual as partes estão subordinadas¹⁹³. A *discovery* inglesa, que passou a se chamar *disclosure* com a edição das CPR tende a ser menos ampla que a americana. A CPR 32 confere ao juiz o poder de controle da atividade probatória,

¹⁹³ Em países da tradição *civil law* a visão da prova como um dever não predomina, sendo a questão analisada sob a perspectiva do ônus da prova, de modo que esta seria uma oportunidade conferida à parte para atuação processual voltada a obter um benefício e, em última instância, uma decisão favorável, tendo como finalidade evitar um prejuízo processual, representando, por isso, um “imperativo de propio interés” (FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: *La carga de la prueba en la practica judicial civil*. Madrid: La Ley. 2006, p. 37). Por outro lado, MARINONI, MITIDIERO e ARENHART, defendem ser a prova “também um dever, alinhado aos deveres de lealdade e de boa-fé processuais. Realmente, para que o Estado possa desempenhar adequadamente a sua tarefa de decidir as controvérsias que lhe são submetidas, é essencial que as pessoas que tenham conhecimento dos fatos relevantes para a solução desse litígio efetivamente colaborem e tragam para o processo esses elementos em que se fundará o conhecimento do órgão jurisdicional. Afinal, se o texto constitucional impõe ao Estado o dever de julgar os conflitos e de dar tutela efetiva, tempestiva e adequada a qualquer lesão ou ameaça a direito, então é indispensável que se imponha a toda coletividade o consectário dever de auxiliar a jurisdição nessa tarefa, fornecendo-lhe os subsídios para que possa conhecer os fatos e julgar corretamente (art. 378 do CPC/2015) (...) Trata-se de um dever geral de colaboração, no sentido de que as partes devem sempre contribuir para a solução adequada do litígio” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil, vol. 2: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 253-254).

decidindo sobre a conveniência de produção de determinadas provas tendo em vista o objetivo primacial, de modo a evitar despesas e atrasos desnecessários. As partes seguem responsáveis por conduzir a atividade investigativa, mas o juiz tem a prerrogativa de controlar o procedimento com vistas a trazer maior efetividade e celeridade no desenvolvimento do feito¹⁹⁴.

A *standard disclosure*, regulada pela CPR 31.6, procedimento adotado na maior parte dos casos, prevê justamente a necessidade de se expor à contraparte os documentos (i) em que baseia sua pretensão ou defesa; (ii) que afetam negativamente seu caso; (iii) que afetam negativamente o caso de outra parte; (iv) que fortalecem o caso de outra parte; e (iv) previstos em uma PD aplicável ao caso¹⁹⁵. Ou seja, a fim de verificar se um documento está sujeito à *disclosure*, a parte deve aferir se o documento é relevante para o litígio, isto é, se contém informações pertinentes aos fatos ou matérias em disputa, independentemente de quem favoreça. Sendo relevante, deve ser revelado caso se enquadre em qualquer uma das hipóteses da CPR 31.6, valendo ressaltar que o dever de *disclosure* persiste até o fim do procedimento, de modo que, surgindo documento que a parte tenha o dever de expor em seu curso, deve notificar a parte contrária de forma imediata, nos termos da CPR 31.11.

A *disclosure* se equipara, de certa forma, à fase de instrução probatória no sistema brasileiro, sendo o momento em que há um aprofundamento das questões controvertidas e produção de provas. Além de haver uma menor amplitude em relação à *discovery* americana, o juiz tem um papel mais ativo no gerenciamento dos casos, podendo limitar ou mesmo dispensar a *disclosure*, determinar quais buscas devem ser feitas pelas partes e como se desenvolverá o procedimento¹⁹⁶.

¹⁹⁴ LESSA NETO, João Luiz, *op. cit.*, pp. 148, 181 e 198-200.

¹⁹⁵ BARBOSA MOREIRA, José. *Temas de direito processual: nona série...*, p. 79.

¹⁹⁶ LESSA NETO, João Luiz, *op. cit.*, pp. 190-195. O autor observa, ainda, que, apesar das reformas de Jackson terem buscado oferecer ao julgador ferramentas para adaptar o escopo da *disclosure* à realidade do caso concreto, foi verificado que muitos problemas persistiram com tais reformas, de modo que, em 2016, foi designada uma unidade de trabalho para estudar os problemas existentes. O grupo identificou que o grande número de documentos eletrônicos e a falta de cooperação entre as partes têm sido um problema para o bom funcionamento do sistema, e que, não obstante a possibilidade de adaptação da *disclosure* pelo julgador, na prática judiciária a *standard disclosure* continuava sendo o método largamente utilizado. Dessa forma, em 2018, propuseram um modelo de *disclosure* que se limite às provas diretamente relevantes e que serão apresentados em julgamento, sendo mais limitado que a *standard disclosure*, permitida sua ampliação por decisão da corte. Este modelo operou em uma espécie de projeto piloto na *Business and Property Court* para que se verificasse se com tal limitação seria

A forma como se desenvolve a *standard disclosure* consta da CPR 31.10, que estabelece a obrigação das partes trocarem listas, da forma mais organizada e concisa possível, com os documentos sujeitos a *disclosure* em seu poder. A parte contrária, por sua vez, pode inspecionar e extrair cópias dos documentos. As cópias e informações obtidas, salvo ordem judicial em sentido contrário ou no caso da parte apresentar o documento em uma sessão pública, somente podem ser utilizadas no litígio em questão.

Após o intercâmbio de documentos, as testemunhas preparam, usualmente junto com o advogado da parte¹⁹⁷, um depoimento escrito atestando os fatos relacionados ao caso que têm conhecimento. O depoimento escrito deve estar acompanhado de uma declaração de veracidade assinada pela própria testemunha, nos termos da CPR 22.1 (1)(c) e PD 22, para. 3.2¹⁹⁸. A CPR 32.4, por sua vez, determina que, se a parte conta com as declarações feitas pela testemunha para demonstrar os fatos alegados e deseja fazer uso do depoimento no julgamento, deve remeter tais declarações à parte contrária.

Em casos que demandem conhecimentos técnicos específicos, as partes podem, com a permissão da corte¹⁹⁹, apontar peritos próprios para fornecer suas opiniões, oportunidade em que o perito, apesar de indicado pela parte, não poderá ser instruído por esta, devendo apresentar seu posicionamento de forma independente. Nesses casos, as partes devem fornecer uma à outra o laudo pericial do profissional por elas contratado, podendo a corte determinar uma reunião entre os profissionais a fim de

possível atingir maior eficiência e a diminuição das despesas, oportunidade em que o modelo teria sua aplicabilidade ampliada.

¹⁹⁷ A função do advogado é, todavia, somente de assessoramento para a preparação do documento. O profissional não pode orientar a testemunha sobre os fatos a serem narrados, sendo que o depoimento deve ser escrito em primeira pessoa e pelas próprias palavras da testemunha, conforme PD 32, para. 18.1.

¹⁹⁸ As *practice directions* são diretrizes para clarificar o modo de aplicação das regras. A PD 22, por exemplo, chega a determinar como deve ser a declaração de veracidade assinada pela testemunha. Nos termos do parágrafo 2.2 de tal diretriz, a declaração redigida será nos seguintes termos: “I believe that the facts stated in this witness statement are true. I understand that proceedings for contempt of court may be brought against anyone who makes, or causes to be made, a false statement in a document verified by a statement of truth without an honest belief in its truth”, devendo ser providenciada, ainda, declaração em linguagem que a testemunha compreenda.

¹⁹⁹ CPR 35.4 determina que a prova pericial somente pode ser realizada com a permissão da corte, sendo que a parte que pretende produzir tal prova deve fornecer ao tribunal uma estimativa de custos de sua realização, além do campo científico do *expert* contratado, seu nome e as questões sobre as quais vai se debruçar. Tal disposição tem origem nas críticas de Lord Woolf ao sistema anterior, em que, na prática, a prova pericial gerava muitos custos e os peritos muitas vezes adotavam uma postura parcial em relação à parte contratante (VERKERK, Remme, *op. cit.*, pp. 167-197).

verificar as discordâncias entre os peritos, bem como impor a elaboração de uma declaração em que conste o que é consenso entre eles e no que divergem²⁰⁰⁻²⁰¹.

Findas as questões atinentes à *disclosure*, não é incomum que a corte designe, algumas semanas antes do *trial*, uma audiência denominada *pre-trial review* (PTR) com a finalidade de verificar se as partes cumpriram com as diretrizes e ordens do tribunal, dê orientações sobre a condução do julgamento e fixe um cronograma deste, caso ainda não o tenha elaborado. Finalizadas todas essas etapas, o caso poderá prosseguir para julgamento, no qual será apresentado e apreciado o conjunto probatório colhido na fase *pretrial*.

3.2.2. Conduta pré-processual

As fases detalhadas no tópico anterior compõem o trâmite a ser seguido depois da instauração da demanda judicial. As normas que regulam a litigância civil na Inglaterra e no País de Gales, todavia, não se restringem a reger o desenvolvimento do processo depois que o Poder Judiciário é provocado. Nitidamente preocupados em propiciar maior colaboração entre as partes como forma de atingir o *overriding objective*, os criadores das normas que passariam a disciplinar o novo processo civil inglês estabeleceram regras atinentes à conduta pré-processual das partes. A criação dos chamados *pre-action protocols* surge, assim, como mais um meio de se alcançar um processo com uma atmosfera menos litigiosa e adversarial.

Os protocolos pré-processuais são códigos de comportamento esperados das partes na fase que antecede o litígio, previsões desenhadas com o objetivo de encorajar a troca de pontos de vista e informações entre as partes antes da disputa evoluir para um litígio judicial como forma de se alcançar um acordo prévio ou, ao menos, uma maior

²⁰⁰ O dever fundamental dos peritos, conforme CPR 35.3, é o de auxiliar a corte com sua expertise, o que se sobrepõem a qualquer obrigação em relação à pessoa que pagou por seus serviços.

²⁰¹ Caso duas ou mais partes desejem contratar perito para esclarecer uma questão específica, o tribunal poderá designar um único profissional da área para a realização de uma perícia (*single joint expert*), a ser escolhido de comum acordo entre as partes e, caso não haja consenso, pela corte, como determina a CPR 35.7. Independentemente de se tratar de perito único ou não, as partes podem formular perguntas escritas ao profissional contratado pela parte contrária ou designado pelo juiz. A disposição sobre o perito único teve grande influência na prática forense britânica. No ano 2000, logo após o início da vigência das CPR, a designação de *single joint expert* já representava 46% do total de casos que envolviam perícia. Há um entendimento de que a reforma trouxe maior objetividade na produção da prova, não havendo, todavia, evidências claras de que as mudanças tenham gerado redução nas despesas com a atividade pericial (VERKERK, Remme, *op. cit.*, pp. 167-197).

eficiência na condução do processo futuro ao focar nas questões realmente relevantes²⁰². Observa-se, assim, que a investigação dos fatos e o intercâmbio de informações e documentos entre as partes começa antes do próprio procedimento ter início, de modo que a atividade probatória não está restrita à *disclosure*, tendo os protocolos pré-processuais dinâmica semelhante com a diferença de que não há o controle em *case management* pelo julgador, além de, como se verá, possuírem objetivos distintos da *disclosure*²⁰³.

A conduta pré-processual pode ser definida, ainda, como uma série de atos encadeados que devem ser observados pelas partes como forma de lhes permitir avaliar de maneira informada sobre a pertinência da ação, sopesar suas chances de êxito na demanda, bem como sobre a conveniência de se pôr termo ao litígio por meio de uma solução consensual²⁰⁴. Os objetivos almejados pelas CPR estão expressamente enunciados no parágrafo 3º da PD que trata sobre o tema, que frisa que a corte espera das partes, antes do início do procedimento, a troca de informações suficientes para (i) entender a posição contrária; (ii) decidir sobre como proceder; (iii) cogitar a celebração de um acordo sem a necessidade de ingressar na via judicial; (iv) considerar a adoção de formas alternativas de resolução de conflitos para facilitar a solução negociada; (v) contribuir com uma gestão eficiente do procedimento quando a instauração do processo não puder ser evitada; e (vi) reduzir os custos na resolução do litígio.

Os protocolos pré-processuais foram concebidos no intuito de, nas palavras de Lord Woolf, “build on and increase the benefits of early but well-informed settlements which genuinely satisfy both parties to a dispute”²⁰⁵. O plano de seu idealizador era promover um sistema em que as disputas fossem, sempre que possível, resolvidas por meio de acordo sem que fosse necessária a judicialização do litígio. Quando o cenário não proporcionar tal desfecho, ou seja, a litigância fosse inevitável, as partes devem

²⁰² GRAINGER, Ian; FEALY, Michael. *The civil procedure rules in action*. 2ª ed. Londres: Cavendish Publishing Limited, 2000, p. 6.

²⁰³ LESSA NETO, João Luiz, *op. cit.*, p. 184.

²⁰⁴ BEDENUZI, Renato Resende. *Substantiierung, notice-pleading e fact-pleading – a relação entre escopo das postulações e função da prova nos processos alemão, americano e francês*. Revista de Processo, v. 245, jul./2015; SILVEIRA, Susana Amaral. *Acordos incentivados: uma contribuição britânica nos caminhos buscados pelo judiciário brasileiro*. Dissertação (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2010, p. 10.

²⁰⁵ Access to Justice - Final Report (capítulo 10, parágrafo 1º). Disponível em: <<https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20060213223540/http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm>>. Acesso em: 12/04/2021.

ainda assim ser encorajadas a formalizar um acordo desde as etapas iniciais do procedimento²⁰⁶⁻²⁰⁷.

A criação dos protocolos pré-processuais é o reconhecimento de que existe um estágio do litígio muito negligenciado e não regulado que não é menos importante que as etapas formais a serem seguidas após a instauração do processo. A lei inglesa, de forma acertada pelos olhos da doutrina, adentrou em uma fase que é historicamente dirigida pelas partes, mediante negociação privada, na qual a postura adversarial predomina²⁰⁸.

Antes da vigência de tais regras, advogados de requerentes e requeridos se valiam das normas em vigor para provocar atrasos e surpresas à parte adversária. Não era incomum advogados dos requerentes tomarem vantagem do prazo prescricional para fazer uma investigação completa, preparar as provas antes do início do procedimento para surpreender o advogado da parte contrária. Os advogados dos requeridos, por sua vez, frequentemente apresentavam defesas com informações mínimas sobre seu caso sem sequer esclarecer à corte ou à parte contrária a natureza de sua defesa, que viria a constituir a base de seu caso ao longo do processo²⁰⁹. Não se trata, é claro, de culpar os patronos das partes, que exploravam o sistema criando estratégias que beneficiassem seu clientes, mas de expor como era necessário instituir regras para estabelecer um comportamento pré-processual que contribuísse com o alcance dos objetivos anteriormente mencionados. A realidade, de fato, se alterou após a entrada em vigor das CPR, sendo os PAP's considerados, tanto por advogados de requerentes como de requeridos, um dos grandes sucessos da reforma promovida por Lord Woolf²¹⁰.

²⁰⁶ Access to Justice - Final Report (capítulo 10, parágrafos 1º a 4º). Disponível em: <<https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20060213223540/http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm>>. Acesso em: 12/04/2021.

²⁰⁷ Apesar de ser um entusiasta do acordo, o idealizador das CPR reconhecia que no período que antecedeu as novas normas as partes chegavam a um acordo depois de já iniciado o procedimento quando já haviam incorrido em altos custos e muitas vezes o faziam por estarem fartas de esperar e não ter mais energia ou recursos para seguir com o processo, motivo pelo qual quis promover um sistema em que houvesse trocas de informações necessárias para a formalização de um acordo antes do início do procedimento.

²⁰⁸ ANDREWS, Neil, *English civil procedure: fundamentals of the new civil justice system*, Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 7-8.

²⁰⁹ GRAINGER, Ian; FEALY, Michael, *op. cit.*, p. 142.

²¹⁰ *Ibidem*.

A regulação da conduta pré-processual foi arquitetada por meio da elaboração de protocolos específicos, de acordo com a natureza do pleito, que estabelecem as etapas a serem seguidas pelas partes em determinadas espécies de reivindicações, como negligência profissional e lesões corporais em acidentes de trânsito, e especificam os documentos a serem revelados pelas partes. A ideia por trás da criação dos protocolos pré-processuais, que são anexados às *CPR* após aprovação do *Master of Rolls*, foi de que em determinados litígios existe uma certa similaridade na matéria de fato discutida e na documentação apresentada pelas partes, o que justificaria a padronização do comportamento pré-processual dos sujeitos envolvidos nesses tipos de disputa.

Tais protocolos são desenvolvidos desde antes da entrada em vigor das *CPR* com o auxílio de associações familiarizadas com certas espécies de litígios, como a *Association of Personal Injury Lawyers* (APIL) e a *Association of British Insurers* (ABI), que ajudaram a desenvolver o protocolo para casos envolvendo danos pessoais, e a *The Law Society*, que contribuiu para a criação de protocolo regulando a revelação de prontuários médicos²¹¹. A participação desses grupos é importante para a compreensão das necessidades da prática jurídica em cada ramo e para que as diretrizes tenham efetividade e cumpram o papel para o qual os protocolos foram instituídos.

Para os casos não abrangidos pelos PAP's deve ser seguida a PD que trata da *pre-action conduct and protocols*, procedimento a ser adotado em todos os demais litígios²¹². Em tais casos, as partes devem estabelecer um diálogo visando cumprir as diretrizes da conduta pré-processual²¹³. As etapas a serem seguidas pelas partes incluem

²¹¹ Access to Justice - Final Report (capítulo 10, parágrafos 7º e 8º). Disponível em: <<https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20060213223540/http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm>>. Acesso em: 12/04/2021.

²¹² GIBBONS, Susan M. C. *Subsequent use of documents disclosed in civil proceedings*, Diss. Oxford University, Oxford, 2002, p. 187. Disponível em: <https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:ff1dd09b-b699-4cae-8022-85459ac336c8/download_file?file_format=pdf&safe_filename=THESIS01&type_of_work=Thesis>. Acesso em: 17/04/2021.

²¹³ ANDREWS destaca que “(t)he three aims are: to encourage the exchange of early and full information about the prospective legal claim; to enable the parties to avoid litigation by agreeing a settlement of the claim before the commencement of proceedings; to support the efficient management of proceedings where litigation cannot be avoided” (ANDREWS, Neil. *English civil procedure: a synopsis*. Ritsumeikan Law Review, n. 25, pp. 25-61, 2008). Os objetivos da conduta pré-processual e dos protocolos estão previstos no PDPAC – Paragraph 3: “Before commencing proceedings, the court will expect the parties to have exchanged sufficient information to —(a) understand each other’s position; (b) make decisions about how to proceed; (c) try to settle the issues without proceedings; (d) consider a form of Alternative

o envio de uma carta com a pretensão (*claim*) do potencial demandante, a qual deve conter a descrição dos fatos, o pedido e os fundamentos que o embasam e, caso se trate de prestação pecuniária, a forma de cálculo do montante. O potencial demandado deverá responder em prazo razoável, manifestando se concorda com a pretensão e, se discordar, suas razões, impugnando os fatos e partes do pedido com os quais não concorda, e se pretende oferecer um contrapedido (*counterclaim*). As partes devem, ainda, divulgar os principais documentos envolvendo o litígio²¹⁴.

O estabelecimento de um padrão comportamental a ser adotado antes de se recorrer ao Poder Judiciário demonstra clara preocupação em evitar a propositura da demanda, sendo frisado que a via judicial deve ser o último recurso a ser utilizado²¹⁵, existindo incentivo à resolução da disputa por meio de acordo ou de meios alternativos, mesmo depois de iniciado o procedimento²¹⁶.

Desde a idealização das CPR existia a preocupação sobre modos de imposição das regras de comportamento pré-processual como forma de garantir sua efetividade. Lord Woolf entendia que os objetivos somente poderiam ser atingidos se a corte tivesse maior controle sobre a atividade pré-processual, o que deveria ser feito com a imposição de sanções caso verificada a não observância de tais regras²¹⁷.

Assim, foram criados mecanismos como forma de impor a observância das normas. A legislação prevê mecanismos que possibilitam ao juiz um controle retrospectivo da conduta pré-processual das partes, levando em consideração o tamanho e natureza do pleito e as consequências geradas pela inobservância de determinada regra, de modo que falhas irrelevantes e pequenas formalidades eventualmente não respeitadas podem não gerar sanções, especialmente quando há urgência na reivindicação²¹⁸.

Dentre as condutas que podem ser enquadradas pela corte como falhas na observâncias às regras (*failure of compliance*), se pode destacar: (i) o não fornecimento

Dispute Resolution (ADR) to assist with settlement; (e) support the efficient management of those proceedings; and (f) reduce the costs of resolving the dispute”.

²¹⁴ PDPAC - Paragraph 6.

²¹⁵ PDPAC - Paragraph 8.

²¹⁶ PDPAC - Paragraph 9.

²¹⁷ Access to Justice - Final Report (capítulo 10, parágrafo 5º). Disponível em: <<https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20060213223540/http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm>>. Acesso em: 12/04/2021.

²¹⁸ BEDENUZI, Renato Resende, *op. cit.*, p. 466.

de informação suficiente a permitir o alcance dos objetivos previstos na PD; (ii) desrespeito aos prazos limites previstos no protocolo ou em um período razoável; (iii) a recusa, sem motivo razoável, a submeter-se a uma forma alternativa de resolução de litígios, ou se, convidada a participar, deixar de responder. Constatada a inobservância das regras que regem a conduta pré-processual (*non-compliance*), a corte pode determinar que as partes sejam desobrigadas de cumprir com as diretrizes de determinado protocolo ou da própria PD, suspender o processo a fim de que sejam cumpridas tais diretrizes ou impor sanções pecuniárias, como o pagamento de uma indenização à parte adversa ou uma ordem para que a parte faltosa pague todos os custos do procedimento ou uma parcela dos custos da parte contrária²¹⁹.

A adoção de uma conduta pré-processual adequada gera maior envolvimento das partes antes que seja iniciada a ação judicial²²⁰. Essa interação acaba por resultar em um diálogo dos potenciais litigantes com a apresentação de suas razões e a exposição dos documentos relevantes para o deslinde do feito de forma prévia. A comunicação possibilita às partes conhecer a posição contrária, o que pode constituir um poderoso estímulo para evitar a judicialização do litígio, na medida em que, informadas das razões e dos documentos que apoiam as pretensões da parte contrária, podem aferir com maior segurança os riscos que assumirão com a ação judicial, permitindo-se calcular com maior segurança suas chances de êxito. Com a posse desses dados, a probabilidade das partes entrarem em consenso é muito maior, pois, além de conseguirem entender a pretensão da contraparte, sabem de antemão os riscos assumidos. A fase pré-processual possibilita, assim, que as partes avaliem a viabilidade da ação e as condições das propostas de acordo de maneira informada²²¹.

²¹⁹ PDPAC - Paragraph 15.

²²⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. O projeto de novo código comercial e a proposta de permuta de documentos entre as partes: discovery brasileira? In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 205.

²²¹ ANDREWS, Neil. *apud Victorian Law Reform Commission Civil Justice Review: report 14*. Chapter 2: facilitating the early resolution of disputes without litigation. Victorian Law Reform Commission, Melbourne, 2008, p. 109. Disponível em: <<https://www.lawreform.vic.gov.au/projects/civil-justice/civil-justice-review-report>>. Acesso em: 20/04/2021; CURY, Cesar Felipe. *Produção antecipada de prova e o disclosure no direito brasileiro*. Revista FONAMEC - Rio de Janeiro, v.1, nº 1, pp. 111-131, mai./2017; BEDENUZI, Renato Resende, *op. cit.*, pp. 447-448.

Ainda que não haja acordo, é inegável que a causa chega ao Poder Judiciário de forma muito mais madura²²², na medida em que já foram delineadas as questões controvertidas e as partes conhecem os documentos em posse de cada uma delas. Ademais, a conduta pré-processual exigida das partes promove uma abordagem mais cooperativa entre elas e seus advogados, o que acaba por diminuir a litigância e a cultura adversarial²²³.

4. AÇÃO PROBATÓRIA AUTÔNOMA

A noção de prova como instrumento destinado exclusivamente ao convencimento do magistrado sobre as razões apresentadas pelas partes em suas manifestações vem sendo paulatinamente superada pelos ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica. A relevância que a prova assume na esfera extraprocessual, mais especificamente no convencimento das partes sobre os passos a serem seguidos em relação aos litígios por elas vivenciados, tem provocado alterações significativas com a criação de mecanismos para viabilizar o exercício do direito à prova de forma autônoma e desvinculada do requisito da urgência.

A existência de expedientes processuais específicos com cunho probatório não se revela exatamente uma novidade. CAPELO, por exemplo, ressalta o caráter probatório, informativo e preparatório do procedimento de apresentação de documentos ou coisas, na medida em que o “acesso, por via judicial, aos elementos probatórios colmata lacunas informacionais em torno do conteúdo dos direitos substantivos do

²²² Dentre os três objetivos da conduta pré-processual citados por ANDREWS, um deles é justamente o de possibilitar um processo mais eficiente quando este não puder ser evitado (ANDREWS, Neil. *English civil procedure: a synopsis...*, op. cit., pp. 25-61).

²²³ *Victorian Law Reform Commission Civil Justice Review: report 14*. Chapter 2: facilitating the early resolution of disputes without litigation. Victorian Law Reform Commission, Melbourne, 2008, p. 133. Disponível em: <<https://www.lawreform.vic.gov.au/projects/civil-justice/civil-justice-review-report>>. Acesso em: 20/04/2021. Por outro lado, o instituto não está imune a críticas. Algumas delas são os elevados custos gerados no início da disputa, fazendo com que as partes gastem muito no estágio inicial do litígio, o chamado *front-loading costs*; as discussões paralelas suscitadas na fase processual sobre o cumprimento ou não das obrigações pré-processuais, em razão das possíveis sanções por *non-compliance*, fenômeno denominado *satellite litigation*; e o fato de provocar um regime quase compulsório (*quasi-compulsory scheme*) de se recorrer à resoluções alternativas de litígio (LEGG, Michael; BONIFACE, Dorne. *Pre-action protocols*. Paper apresentado na *non-adversarial justice: implications for the legal system & society conference*, Melbourne, mai/2010. Disponível em: <<https://aija.org.au/wp-content/uploads/2017/08/LeggBoniface.pdf>>. Acesso em: 22/04/2021).

requerente”²²⁴, o que o permite aferir a conveniência do ajuizamento da demanda baseado nos conhecimentos obtidos através dos elementos que lhe foram apresentados²²⁵.

Verifica-se, assim, que há preocupação em proporcionar às partes mecanismos que viabilizem uma melhor tomada de decisão acerca da propositura de uma ação ou que auxiliem na melhor preparação desta. As próprias *diligencias preliminares* espanholas, das quais se discorreu ao longo deste estudo, apesar de não se destinarem à produção de provas, tem por finalidade viabilizar a adequada preparação de processo futuro.

As medidas usualmente previstas nas legislações processuais civis, todavia, cingem-se a relações jurídicas específicas, não se estendo a todo e qualquer litígio, razão pela qual não se poderia vislumbrar o reconhecimento de um direito autônomo à prova, vez que na maior parte das vezes não existem mecanismos para seu exercício. DIDIER JR., ao examinar a produção antecipada de provas, a exibição e a justificação, antes da edição do CPC/2015, as nominava “ações probatórias autônomas típicas”, que se difeririam de uma “ação probatória autônoma atípica”, na qual seria viável a colheita da prova de forma desvinculada de situações previamente estipuladas pelo legislador, ou seja, haveria uma significativa abertura das hipóteses de cabimento, na medida em que a obtenção da prova não estaria restrita a relações jurídicas preestabelecidas, existindo um verdadeiro “direito à investigação” dos fatos²²⁶.

²²⁴ CAPELO, Maria José, *op. cit.*, p. 187.

²²⁵ O instrumento é conhecido pelos jurisdicionados brasileiros, que, sob a égide do CPC/73, podiam se valer do procedimento cautelar específico de exibição judicial, cuja natureza preparatória constava expressamente no dispositivo legal que o regulamentava (art. 844, CPC/73). Atualmente, a medida vem regulamentada na seção VI (arts. 396 a 404) do capítulo que trata sobre as provas (capítulo XII). “Também aqui não se exige o requisito da urgência, tampouco o caráter preparatório a uma ação dita principal, possuindo caráter exclusivamente satisfativo, tal como a jurisprudência e a doutrina nacional há muito reconheciam na postulação de tal ação sob a égide do CPC/73. A pretensão, como assinalado, exaure-se na apresentação do documento ou coisa, sem nenhuma vinculação, ao menos imediata, com um dito pedido principal, não havendo se falar, por isso, em presunção de veracidade na hipótese de não exibição, preservada, contudo, a possibilidade de adoção de medidas coercitivas pelo juiz” (BRASIL. REsp nº 1.803.251 - SC. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. 22 de outubro de 2019).

²²⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. *Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação*, Revista de Processo, v. 218, pp. 13-45, abr./2013.

4.1. AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO CPC/2015

Na vigência do CPC/73 a produção antecipada de provas recebia o tratamento de procedimento cautelar específico. Sua utilização estava atrelada à urgência na constituição da prova em decorrência do risco de perecimento da fonte de prova ou da impossibilidade ou extrema dificuldade de verificação de determinados fatos no momento ordinário de produção da prova.

A cautelaridade que caracterizava a produção antecipada de provas na legislação anterior, se não foi eliminada pela novel legislação, foi deveras mitigada. A produção antecipada de provas foi deslocada do livro III (do processo cautelar), capítulo II (dos procedimentos cautelares específicos) do CPC/73 para o livro I (do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença), capítulo XII (das provas) da parte especial do CPC/2015. A simplificação procedimental levada a cabo pelo legislador na concepção do CPC/2015 se faz sentir, também, na produção antecipada de provas. Enquanto no antigo sistema o tratamento como medida cautelar submetia o procedimento às disposições gerais previstas no capítulo I do título único do livro III, nas regras atuais o procedimento se apresenta mais enxuto, sendo tratado ainda por grande parcela da doutrina como de jurisdição voluntária²²⁷⁻²²⁸.

Não obstante a remoção do instituto do âmbito dos procedimentos cautelares, a hipótese prevista no inciso I do art. 381 apresenta nítido caráter assecuratório, o que é típico do procedimento cautelar²²⁹. Tal como a tutela cautelar, tratada como tutela de

²²⁷ MARINS, Graciela. Da Produção antecipada da prova. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: AASP e OAB/PR, 2015, pp. 636-637; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno, *op. cit.*, pp. 13-45; CAPELO, Maria José, *op. cit.*, p. 194

²²⁸ O conceito clássico de jurisdição voluntária pode ser extraído da obra de REIS, segundo o qual “(o) que caracteriza, pois, o processo gracioso é a ausência de litígio ou de controvérsia. Não há nem pode haver litígio, porque não há partes; o requerente não se propõe fazer valer um direito contra alguém, apenas solicita a intervenção do juiz para a prática dum acto que sem essa intervenção não ficaria perfeito. Ora é exactamente este o traço fundamental da jurisdição voluntária (...)” (REIS, José Alberto dos. *Processo ordinário e sumário*, vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1928, p. 53). É de se ressaltar que o que busca o promovente da medida é justamente a prática de atos sob supervisão judicial, o que se enquadra na referida definição, valendo destacar, todavia, que, como será defendido na sequência, deverá ser possibilitada a apresentação de defesa pelo interessado. No entanto, “(a) circunstância de poder haver conflito quanto à existência do direito à prova não o desnatura: é da essência da jurisdição voluntária a existência de uma litigiosidade potencial. É jurisdição voluntária pelo fato de que não há necessidade de afirmação do conflito em torno da produção da prova” (DIDIER JR., Fredie. *Produção antecipada da prova*. In: FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (coord.), *Direito probatório*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 495).

²²⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*, 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 309.

urgência pelo CPC/2015, referida hipótese demanda a demonstração de que exista fundado receio de que a verificação dos fatos que o requerente pretende comprovar se torne de impossível ou muito difícil verificação na pendência de ação futura. A produção da prova com o intuito de conservá-la para apresentação em futura oportunidade não a diferencia de forma substancial do procedimento previsto na legislação processual revogada, merecendo destaque, todavia, a ampliação para todos os meios de prova, diferentemente da norma revogada que restringia seu uso ao interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial. Apesar de não a vincular a um processo principal, reconhecendo sua dependência em relação a este como o CPC/73²³⁰, o que demonstra certa autonomia da medida, o próprio dispositivo pressupõe a instauração de um processo no qual a prova produzida será introduzida. Por isso, parcela da doutrina defende que, em razão da exigência da comprovação do perigo da demora, trata-se de medida de natureza cautelar²³¹⁻²³².

Forçoso, assim, diferenciar a natureza do procedimento a depender de qual hipótese de cabimento está fundado o pleito de produção antecipada de provas, uma vez que, além desta primeira circunstância autorizadora da produção antecipada de provas, a novel legislação cria duas novas hipóteses nas quais o requisito da urgência não se faz presente.

YARSHELL foi um dos pioneiros no desenvolvimento mais elaborado do conceito de um direito à prova desvinculado do exercício do direito de ação e defesa no

²³⁰ Art. 796 do CPC/73: O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.

²³¹ CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix. A produção antecipada de prova e o novo CPC. In: FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (coord.), *Direito probatório*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 460; TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015*, Revista de Processo, v. 160, pp. 75-101, out./2016.

²³² Frise-se que, como alertam ABRANTES GERALDES, PIMENTA e PIRES DE SOUSA, são elementos caracterizadores dos procedimentos cautelares a natureza incidental, a falta de autonomia, o *periculum in mora* e a provisoriedade, razão pela qual nem mesmo no ordenamento luso a produção antecipada de provas, procedimento análogo ao existente no CPC/73, é enquadrado como cautelar, na medida em que carece de provisoriedade, dado que “a prova recolhida antecipadamente tem o mesmo valor que aquela que seja produzida na fase processual apropriada” (ABRANTES GERALDES, António Santos; PIMENTA, Paulo; PIRES DE SOUSA, Luís Filipe. *Código de Processo Civil anotado*, vol. I. Coimbra: Almedina, 2018, p. 494). Por isso, há de se ter em conta que a doutrina que indica o procedimento previsto no inciso I do art. 381 do CPC/2015 como de natureza cautelar assim o faz pela existência do requisito do perigo da demora, o que o diferencia das demais hipóteses de cabimento.

contexto de uma demanda “de mérito”²³³, que foi abraçado por outros doutrinadores e, posteriormente, consagrado na legislação processual civil²³⁴. Defende a existência de um direito à pesquisa e registro de determinados fatos, o que representaria a compreensão do direito à prova também como “direito simplesmente à obtenção de certa providência de instrução”²³⁵, separando este direito à prova do direito de provar, ligado aos direitos de ação e defesa e voltado para o emprego dos meios à disposição das partes para o convencimento do julgador²³⁶.

A bem da verdade, trata-se de ação em que o direito à prova conquista autonomia e é exercido de forma desassociada da declaração do direito material²³⁷. Autoriza-se a produção da prova quando esta “seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito”²³⁸ ou quando “o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação”²³⁹. A prova passa a ser encarada como ferramenta para a formação do convencimento das partes sobre as situações por elas vivenciadas, de modo a consolidar suas convicções sobre o melhor caminho a trilhar, seja pela autocomposição, outro meio de composição de litígios, ou mesmo para realizar uma análise mais acurada sobre as circunstâncias fáticas que envolvem o litígio e avaliar suas chances de êxito em eventual ação a ser proposta.

As hipóteses previstas nos incisos II e III do art. 381 do CPC/2015 trazem como vantagens a maior participação das partes na análise dos fatos que embasarão pretensão e defesa em uma potencial ação, permitindo-lhes decidir de maneira informada a conveniência de se pôr termo ao litígio através de mecanismo alternativo que lhes poupará recursos e tempo na comparação com a via heterocompositiva por intermédio da Justiça Estatal, promovendo economia de recursos, também, da própria administração da justiça. Além disso, a otimização do processo de apuramento dos fatos tem a tendência de produzir um processo mais maduro, na medida em que as partes são

²³³ A expressão demanda “de mérito” é apanhada da obra: PAULA RAMOS, Victor de. *O procedimento de produção “antecipada” de provas sem requisito de urgência no novo CPC: a teoria dos jogos e a impossibilidade de acordos sem calculabilidade de riscos*. Revista de Processo, vol. 263, pp. 313-332, jan. 2017.

²³⁴ YARSHELL, Flávio Luiz, *op. cit.*, p. 211.

²³⁵ *Ibidem*, p. 211.

²³⁶ *Ibidem*, pp. 232-233.

²³⁷ *Ibidem*, p. 310 e 330.

²³⁸ Art. 381, II, do CPC/2015.

²³⁹ Art. 381, III, do CPC/2015.

conhecedoras da versão dos fatos que embasam o pleito autoral e a defesa, o que tem o condão de propiciar uma prestação jurisdicional mais eficiente. Ou seja, optando as partes pela via judicial, os envolvidos com a demanda possuirão maior conhecimento sobre os fatos controvertidos e certos elementos probatórios²⁴⁰ que as partes dispõem para embasar suas narrativas. SUCUNZA e VERBIC veem, ainda, o procedimento como viabilizador de melhores condições institucionais para a promoção de mudanças culturais na prática forense que facilitariam a solução de conflitos, como a visão do papel do advogado, a própria dinâmica do processo judicial e uma maior troca de informação e conhecimento das provas entre as partes²⁴¹.

Como se vê, não obstante estarem reguladas ao abrigo do mesmo instituto (produção antecipada da prova), as hipóteses previstas nos incisos II e III do art. 381 cumprem finalidades claramente diversas em relação ao disposto no inciso I. Enquanto a primeira situação prevista no art. 381 apresenta caráter assecuratório, as demais²⁴² apresentam natureza satisfativa²⁴³⁻²⁴⁴. A natureza satisfativa de um procedimento de jurisdição voluntária desvinculado do requisito da urgência faz lembrar da justificação, constante do rol das cautelares típicas do CPC/73, mas que, por não pressupor urgência nem se destinar a assegurar a prova, de medida cautelar não se tratava²⁴⁵. A medida tem por finalidade justificar fato ou relação jurídica, que deve estar identificado na exordial

²⁴⁰ A inserção da palavra “certos” é propositiva, na medida em que não há, na ação probatória autônoma, qualquer obrigação de divulgação de informações e documentos relativos aos fatos objeto do procedimento, ainda que fundamentais ao esclarecimento destes, mas tão somente o dever de produzir a prova requerida pelas partes após determinação do magistrado que conduz o procedimento.

²⁴¹ SUCUNZA, Matías A.; VERBIC, Francisco. Prueba anticipada en el nuevo Código Procesal Civil: un instituto relevante para la composición eficiente, informada y justa de los conflictos. In: FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (coord.). *Direito probatório*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 517.

²⁴² Cumpre destacar, no ponto, a dispensabilidade do disposto no inciso II, uma vez que a hipótese prevista no inciso III engloba o caso da prova ser suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado à resolução do conflito, na medida em que solucionar a controvérsia por esses outros meios “retira, evidentemente, a necessidade de propositura de demanda voltada à declaração do direito objetivo” (LAUX, Francisco de Mesquita; RODRIGUES, Daniel Colnago, *op. cit.*, p. 489).

²⁴³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno, *op. cit.*, pp. 13-45; ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, vol. 1: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, livro eletrônico não paginado).

²⁴⁴ A tutela satisfativa tem por finalidade a satisfação de um direito no plano social, o declarando e atuando de forma prática. Ao trazer um litígio para o âmbito jurisdicional sobre os fatos deve atuar o Direito dando efetividade à norma jurídica de direito material, de modo que, diferente da cautelar, que assegura a realização dos direitos subjetivos, a tutela satisfativa realiza tais direitos (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil. vol. 3: processo cautelar (tutela de urgência)*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 38-39).

²⁴⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno, *op. cit.*, pp. 13-45.

junto com a intenção do requerente com a medida, e consiste na colheita do depoimento de testemunhas sobre os fatos alegados, sendo seu uso destinado à simples documentação ou para instruir processo, mesmo de natureza administrativa²⁴⁶. Atualmente, a justificação, bem como o arrolamento de bens, estão previstos no art. 381 figurando como outras hipóteses de cabimento da produção antecipada da prova²⁴⁷.

A pretensão do promovente da medida constante nos incisos II e III do art. 381 do CPC/2015 é a constituição de prova, não havendo subordinação a qualquer processo futuro. Sua natureza satisfativa decorre do fato de, produzida a prova pretendida, o requerente conquista o bem da vida perseguido²⁴⁸. Tal noção tem direta relação com a perspectiva da prova como direito autônomo, isto é, desvinculado do conteúdo a ser provado e do objeto da eventual pretensão “de mérito” do jurisdicionado.

O direito a ser satisfeito é a constituição da prova pretendida pelo promovente da medida, motivo pelo qual, produzida a prova, restará realizada a pretensão deste, independentemente de sua utilização em futuro processo. Por isso, a designação do procedimento como “produção antecipada de prova” é alvo de críticas pela doutrina²⁴⁹. O emprego do vocábulo “antecipada” gera a compreensão de que a prova está sendo produzida antes do momento adequado para tal. Entretanto, apesar da possibilidade de haver ação posterior na qual haverá a instrução do processo e desenvolvida a atividade probatória, existe a possibilidade – sendo inclusive uma das finalidades do instituto, eis que inserido em um sistema processual que fomenta a solução consensual dos

²⁴⁶ Segundo DIDIER JR. e BRAGA, “(é) o que se dá com o requerimento de justificação de fatos relevantes para fins previdenciários, utilizada para instruir pedidos respectivos, bem como com a justificação promovida por servidor público que pretende evidenciar fato relativo à sua vida funcional, visando integrar ou corrigir registros da repartição administrativa em que atua” (*ibidem*).

²⁴⁷ As medidas mantêm as finalidades tal como dispostas no CPC/73, “o arrolamento de bens com finalidade exclusivamente probatória, por meio do qual se busca a prova sobre os bens que compõe uma universalidade, sendo medida extremamente útil como preparatória de uma ação em que se discuta a partilha dessa universalidade, como, por exemplo, na discussão sobre a propriedade de livros que compõe o acervo de uma biblioteca ou os animais que compõe um rebanho” e a justificação para casos em que “o autor não pretende opor a prova contra ninguém, se satisfazendo com sua produção” (NEVES, *op. cit.*, pp. 673-674).

²⁴⁸ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, vol. 2...*, livro eletrônico não paginado.

²⁴⁹ PAULA RAMOS, Vitor de. O procedimento probatório no Novo CPC. Em busca de interpretação do sistema à luz de um modelo objetivo de corroboração das hipóteses táticas. In: FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (coord.), *Direito probatório*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 127; MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 690; PAULA RAMOS, Victor, *O procedimento de produção...*, pp. 313-332.

conflitos²⁵⁰ – de que o litígio seja solucionado através de outro meio adequado para sua resolução ou de que a ação não venha a ser proposta pelo promovente se convencer que não faz jus ao bem da vida que pleitearia. Assim, entendemos que o uso da expressão seja apropriado em ordenamentos jurídicos que, como o CPC/73, preveem o instituto apenas para o caso em que a medida tem natureza cautelar e dependente de futuro processo²⁵¹, mas para as demais hipóteses o mais correto seria a utilização de outra denominação, como “ação probatória autônoma”²⁵², empregada neste trabalho.

4.1.1. Generalidades do procedimento

A ação probatória autônoma deve ser proposta no foro onde a prova será colhida ou no foro de domicílio do réu²⁵³, não havendo prevenção do juiz que conduziu a ação probatória para o processamento de ação em que se discutir os fatos demonstrados pela prova produzida no procedimento²⁵⁴. Tem legitimidade para propor a medida qualquer interessado nos fatos que a prova produzida tenha a potencialidade de demonstrar, e que, além disso, tenha algum direito no plano material a ser exercido ou defesa a ser oposta que a prova constituída no curso do procedimento possa embasar. Ou seja, é necessário que o promovente da medida demonstre a utilidade da produção da prova em uma eventual pretensão ou defesa²⁵⁵.

O magistrado determinará a citação dos interessados na prova a ser constituída para que possam acompanhar sua colheita, podendo, inclusive, requerer a produção de

²⁵⁰ Art. 3º do CPC/2015: Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. (...) § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

²⁵¹ Por isso, a produção antecipada de provas “tradicional” foi tratada no item 2.1., de forma separada da novidade prevista no CPC/2015.

²⁵² Tal denominação surge em decorrência do instituto, na forma prevista no CPC/2015, assumir “natureza jurídica de ação, ou seja, decorre do direito constitucional subjetivo de demandar prestação jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF) para um fim pontual e específico: obter acesso à prova, como direito material de cunho satisfativo” (LIPPMAN apud GUARAGNI, Giovanni Vidal; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. Produção antecipada de prova ou ação autônoma de exibição de documento: a controvérsia sobre a prova documental no CPC/2015, Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP, v. 20, n. 3, 2019, p. 158).

²⁵³ A previsão do art. 381, § 2º, CPC/2015 não é imune a críticas. DIDIER JR. destaca que, como o objeto da ação é tão somente a produção da prova, não faria sentido propô-la no domicílio do réu quando vise a produção de prova pericial em um imóvel localizado em comarca diversa, oportunidade em que teria de ser expedida carta precatória para o cumprimento da medida, o que atentaria contra a eficiência e celeridade processual (DIDIER JR., Fredie. *Produção antecipada da prova...*, pp. 498-499).

²⁵⁴ Art. 381 do CPC/2015: A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que: (...) § 3º A produção antecipada da prova não previne a competência do juízo para a ação que venha a ser proposta.

²⁵⁵ TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada de prova*, 2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/235462/producao-antecipada-de-prova>>. Acesso em: 20/05/2021.

prova relacionada ao mesmo fato. A citação dos interessados tem por fundamento o princípio do contraditório, devendo ser possibilitada a participação dos eventuais afetados pela produção da prova, e também o princípio da eficiência, corolário do devido processo legal, uma vez que, caso o interessado, como o réu de uma futura ação em que a prova venha a ser introduzida, não tenha tido a oportunidade de participar de sua produção, esta seria, ao menos em tese, inadmissível²⁵⁶.

Cabe ao promovente da medida indicar na petição inicial as razões que justifiquem sua necessidade, explicitando os motivos pelos quais a produção da prova pretendida tem o condão de apoiar ou evitar uma demanda judicial ou viabilizar a resolução do conflito por outro meio de resolução de litígios. A explanação de tais razões permitirá ao julgador aferir o interesse de agir do promovente, a admissibilidade, pertinência e adequação da medida, bem como identificar interessados na produção da prova. É claro que o promovente muitas vezes não terá condições de explicar os fatos com o detalhamento de uma petição inicial de um processo ordinário, na medida em que em muitos casos busca com o procedimento o esclarecimento de tais fatos²⁵⁷. NEVES e DIDIER JR. defendem, ainda, que, por conta da sumariedade procedimental, o promovente deve apresentar na petição inicial o rol de testemunhas, se tratando de prova testemunhal, e, sendo prova pericial, indicar os quesitos e seu assistente técnico²⁵⁸.

Protocolada a inicial, o magistrado deverá, de ofício ou a requerimento, determinar a citação dos interessados na produção da prova, salvo se a medida não tiver caráter contencioso. O CPC/2015 veda, no âmbito da produção antecipada da prova, a apresentação de defesa e a interposição de recurso (salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário), bem como desautoriza o magistrado a se manifestar acerca da ocorrência ou a inoocorrência do fato objeto de prova ou sobre suas respectivas consequências jurídicas. Autoriza, todavia, o

²⁵⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *op. cit.*, p. 676; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 3ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, p. 1.009.

²⁵⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *op. cit.*, pp. 675-676; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 499.

²⁵⁸ DIDIER JR., Fredie. *Produção antecipada da prova...*, p. 496; NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *op. cit.*, p. 675.

requerimento de provas por parte do interessado, desde que relacionadas aos fatos que o promovente busque comprovar, e que não resulte em demora excessiva no desenvolvimento do procedimento.

4.1.2. Defesa e recursos. Contraditório reduzido?

Reproduzindo o art. 865 do CPC/73, que tratava especificamente do procedimento de justificação, o legislador introduziu no novo diploma processual civil possivelmente o dispositivo mais criticado do procedimento em comento. Em uma interpretação literal do art. 382, § 4º a conclusão é de que não é oportunizado contraditório aos interessados, havendo uma disparidade de tratamento entre as partes, na medida em que apenas o promovente teria direito à manifestação.

Em uma análise superficial poderia se defender que se trata de procedimento em que há apenas a colheita da prova, e que não haveria prejuízo aos interessados, uma vez que haveria um duplo filtro de admissibilidade da prova, qual seja, na análise do pedido de produção autônoma e, posteriormente, na introdução dos elementos probatórios na demanda “de mérito”, o que permitiria a impugnação do conjunto probatório pelo futuro demandado. Entretanto, o procedimento de constituição da prova, por si só, tem o condão de gerar prejuízos ao(s) interessado(s), independentemente do ajuizamento de demanda futura, que dificilmente serão reparados quando do ajuizamento de tal ação.

Um dos principais objetivos do procedimento de constituição de prova sob supervisão judicial é justamente proporcionar eficácia aos elementos probatórios em relação a todos os integrantes da eventual demanda²⁵⁹, ou seja, para que a prova seja admissível em uma demanda futura, na medida em que, assim, se supõe que a prova foi produzida de forma lícita e regular. Inclusive, o principal motivo de haver a citação dos interessados para participar do procedimento é para que se assegure que o contraditório foi respeitado²⁶⁰⁻²⁶¹.

²⁵⁹ MARINS, Graciela, *op. cit.*, p. 639.

²⁶⁰ Em relação ao art. 382, § 1º, do CPC/2015, cumpre fazer menção ao destaque feito por NEVES à “previsão de que ‘os interessados’ serão citados, e não intimados”, o que “deixa claro que esses interessados serão integrados coercitivamente à relação jurídica processual. E citação é ato de integração do réu ao processo, de forma que a interpretação mais racional é no sentido de que os chamados interessados pelo dispositivo legal na realidade serão integrados como réus no processo”. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *op. cit.*, p. 676).

Entretanto, a mera participação na produção da prova e direito ao requerimento de outras provas relacionadas ao mesmo fato não são suficientes para assegurar ao interessado o contraditório, garantia de ordem constitucional que não pode ser desprezada. A pretensão de produção autônoma da prova pode esbarrar em direitos que, no caso concreto, a ordem jurídica outorgue maior relevância²⁶², como o direito à intimidade e o direito ao sigilo profissional. Em tais casos, não pode ser negado ao interessado a possibilidade de se manifestar sobre o tema e, eventualmente, impedir que a prova seja produzida, na medida em que, ainda que não seja admissível em processo posterior, o acesso a elementos probatórios sigilosos constituirá, por si só, afronta à esfera jurídica da parte detentora da garantia alvo de violação. Além disso, o procedimento poderia resultar em um canal de acesso a provas ilícitas, trazendo ao promovente, sob a chancela do Poder Judiciário, informações que de outra forma não teria condições de alcançar, o que certamente não constitui sua finalidade, bastando lembrar que mesmo no amplo sistema de *discovery* norteamericano é vedado o acesso a informações ditas privilegiadas. Ademais, existem questões procedimentais relacionadas à competência, impedimento ou suspeição do juiz, incapacidade da parte, gratuidade de justiça, ou mais específicas sobre o meio de prova a ser produzido, como a arguição de incapacidade, suspeição ou impedimento de testemunha e do perito, as quais a parte deve ter a oportunidade de impugnar²⁶³.

²⁶¹ ANTUNES VARELA, BEZERRA e SAMPAIO E NORA ressaltam a importância do contraditório para garantir o aproveitamento dos atos probatórios no futuro: “A intervenção da parte contrária e a participação do tribunal na diligência garantem o fim essencial da produção antecipada da prova, que é de facultar à parte um instrumento jurídico dotado da força probatória (credibilidade perante o julgador) que ele teria, se produzido em condições normais e no momento próprio” (ANTUNES VARELA, João de Matos; BEZERRA, José Miguel; SAMPAIO E NORA, José, *op. cit.*, p. 486).

²⁶² NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *op. cit.*, p. 644.

²⁶³ Ainda sob a vigência do CPC/73, a jurisprudência já se manifestava no sentido da possibilidade do exercício do contraditório pelo promovido por meio de impugnação ao pedido: “De notar, que na medida cautelar de produção antecipada de prova não há lide, posto que não há decisão de mérito. Destarte, o promovido é citado para acompanhar a colheita da prova não podendo contestar o pedido. No entanto, poderá o mesmo oferecer impugnação ao pedido caso esse não esteja amparado nos arts. 846 e 847 do CPC, bem como invocar ilegitimidade da parte ou suspeição do juiz” (BRASIL. REsp. nº 39.441 - BA. Relator: Min. Claudio Santos. 15 de dezembro de 1993). Nesse sentido, salienta DIDIER JR. que “[h]á, sim, contraditório reduzido, mas não zerado: discute-se o direito à produção da prova, a competência do órgão jurisdicional (se há regras de competência, há possibilidade de o réu discutir a aplicação delas, obviamente; a alegação de incompetência é matéria de defesa), a legitimidade, o interesse, o modo de produção da perícia (nomeação de assistente técnico, possibilidade de impugnação do perito etc.) etc. Não se admite discussão em torno da valoração da prova e dos efeitos jurídicos dos fatos probandos - isso será objeto do contraditório em outro processo” (DIDIER JR., Fredie. *Produção antecipada da prova...*, p. 502).

Não é razoável que a parte tenha de estar silente durante todo o procedimento, podendo se manifestar sobre qualquer irregularidade acerca da colheita da prova ou do próprio direito à constituição da prova somente em futura demanda judicial. Se há possibilidade de indeferimento do pedido de produção de prova não parece coerente impossibilitar os interessados de apresentar defesa e influir na decisão.

Em virtude do inegável interesse dos eventuais demandados, que figuram como interessados no procedimento, de apresentar teses defensivas acerca de questões procedimentais ou sobre o próprio mérito da ação probatória autônoma, qual seja, o direito do promovente de produzir a prova pretendida, a doutrina vem defendendo que deve ser vedada a defesa e debate apenas em relação a temas atinentes ao conteúdo da prova produzida, como as consequências jurídicas dos fatos a serem provados²⁶⁴. A essencialidade do contraditório sobre o objeto da ação probatória demanda que o dispositivo legal receba uma “interpretação que o salve da inconstitucionalidade”²⁶⁵, sendo imprescindível a admissão de defesa por parte dos interessados em relação aos pontos supramencionados, de modo que pode ser adequada a compreensão de que o contraditório é reduzido no procedimento, mas não inexistente.

A crítica se estende à previsão de irrecorribilidade das decisões proferidas no curso do procedimento, uma vez que feriria garantias do devido processo legal e da ampla defesa. A falta de isonomia no tratamento dos litigantes, em razão da recorribilidade da decisão que indefere totalmente a produção da prova e da ausência de previsão legal da que a defere, refletiria desequilíbrio descabido entre as partes, gerando a impressão de que o deferimento da medida não teria o condão de gerar prejuízos às demais partes. Tal impressão, todavia, não se sustenta, por existir diversas situações em que, como já discutido, há interesse dos demais interessados na apresentação de defesa que, caso não acolhida, ensejará interesse recursal, motivo pelo qual parcela da doutrina sustenta a tese da recorribilidade das decisões, ainda que *contra legem*²⁶⁶.

²⁶⁴ LESSA NETO, op. cit., p. 350; DIDIER JR., Fredie. *Produção antecipada da prova...*, p. 502; YARSHELL, Flávio Luiz. *Capítulo XII...*, livro eletrônico não paginado; NEVES, op. cit., p. 678.

²⁶⁵ TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada de prova no Código...*, pp. 75-101.

²⁶⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 279; LESSA NETO, João Luiz, op. cit., p. 353; YARSHELL, Flávio Luiz. Capítulo XII. Das provas. Seção II - Da produção antecipada da prova. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; DANTAS, Bruno; TALAMINI, Eduardo (coord.) *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, livro eletrônico não paginado. Mesmo doutrinadores que não

4.1.3. Admissibilidade dos meios de prova

A admissibilidade da prova no processo civil está ligada a conceitos processuais e extraprocessuais. Os limites lógicos, ligados a questões processuais, impedem a admissão de provas irrelevantes e impertinentes. Já os limites epistemológicos, igualmente relacionados a questões processuais, objetivam a restrição de elementos probatórios que, embora relevantes e pertinentes, possam levar a uma compreensão inexata da realidade, como é o caso do art. 406 do CPC/2015 ao dispor que “quando a lei exigir instrumento público como da substância do ato, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta”. Além dos fundamentos processuais, existem os extraprocessuais, que se apresentam como limites políticos para a admissibilidade da prova, que são os casos em que, ao se confrontar o direito à prova com outros direitos que garantam valores igualmente dignos de proteção, o primeiro tem que ceder²⁶⁷.

Acompanhando CAMBI, por pertinente entende-se a prova que vise comprovar fato controvertido relacionado ao mérito da causa e por relevante a prova que recaia sobre fato que, comprovado, implique a aplicação da norma jurídica aplicável ao caso concreto²⁶⁸. A prova deve ser, também, admissível, conceito que não guarda relação com o objeto de prova, mas com a legalidade, isto é, com a observância dos parâmetros exigidos em lei para sua proposição, admissão, produção e valoração. Além de relevante, pertinente e admissível, o meio de prova deve ser útil, estando a utilidade atrelada ao potencial resultado probatório alcançado com o meio de prova, ou seja, com

apoiam a recorribilidade de tais decisões, se manifestam favoravelmente à possibilidade de impetração de mandado de segurança caso proferida decisão violadora de direito líquido e certo (TALAMINI, Eduardo. Comentários ao art. 382. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 598; NEVES, *op. cit.*, p. 678).

²⁶⁷ BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (coord.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, pp. 219-260; SOUSA, Miguel Teixeira de. *As Partes...*, p. 229; CAMBI, Eduardo, *Direito constitucional...*, p. 174.

²⁶⁸ BADARÓ critica a assertiva de que os fatos devem ser relevantes e pertinentes, caso se entenda por pertinente os fatos que tem relação com a causa e por relevante os fatos que, além de ter conexão com a causa, influem na decisão. Isso porque, sob esta ótica, os conceitos se assemelhariam a dois círculos concêntricos, sendo o maior o dos fatos pertinentes e o menor o dos fatos relevantes e, caso apenas os fatos relevantes possam ser objeto de prova, é despiendo afirmar que necessitariam, também, ser relevantes. Afinal, todo fato relevante seria pertinente, tornando o conceito de fato impertinente sem qualquer significado prático (*ibidem*, pp. 219-260).

a capacidade do meio de prova fornecer ao julgador os elementos pretendidos pela parte²⁶⁹.

Quando a prova é produzida de forma incidental no processo, na instrução probatória, após as partes apresentarem suas alegações, o magistrado forma sua convicção sobre a admissão ou inadmissão da prova proposta com uma percepção muito mais clara sobre os fatos controvertidos e o objeto da prova. Além disso, é o próprio julgador quem irá valorar o conjunto probatório produzido no curso da instrução. Esta união de fatores leva a uma compreensão mais acertada do que pode ser entendido por pertinente, relevante e útil, na medida em que há uma relação jurídica processual formada e o magistrado deverá se pronunciar sobre a pretensão “de mérito” que lhe foi submetida.

Por outro lado, na ação probatória autônoma por mais que se exija a exposição das razões que justifiquem a necessidade da medida, tal exposição por certo será muitas vezes superficial, uma vez que a medida tem como finalidade a investigação dos fatos. Não havendo, assim, um litígio formado, as limitações usualmente impostas ao magistrado são suavizadas no procedimento em estudo. É claro que não se pode aceitar a inexistência completa de filtros para a admissão das provas propostas. Não se imagina, por exemplo, o acolhimento de um pedido de produção de prova pericial quando a parte requerente da medida não narre em sua petição qualquer evento que demande a expertise e qualificação técnica de um perito. Entretanto, por não haver discussão sobre as questões de fundo, é inegável que a negativa da atividade probatória acaba sendo muito mais restrita, na medida em que será a parte promovente que indicará suas motivações, não sendo viável uma identificação precisa de eventuais pontos controvertidos.

Além dos limites lógicos, os epistemológicos também não parecem constituir óbice suficiente à consituição de prova na ação probatória. Quando se está diante de um requerimento de produção de prova no procedimento em comento, o objetivo da parte é buscar elementos que reforcem, infirmem ou mesmo formem sua convicção sobre a dinâmica dos fatos e a capacidade de comprovar suas alegações. Dessa forma, apesar de, eventualmente, a prova não ser capaz de, por si só, garantir a procedência de

²⁶⁹ CAMBI, Eduardo. *Direito à prova no processo civil*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 34, pp. 143-159, 2000.

determinada pretensão “de mérito” em um futuro processo, pode auxiliar na avaliação sobre a conveniência de se ajuizar a demanda. Suponhamos que o comprador de um imóvel de valor superior a trinta salários mínimos foi representado no ato de formalização da escritura pública por um procurador, e que, apesar de possuir um documento que comprova a compra do bem, passou desconfiar da idoneidade de seu procurador e, conseqüentemente, da lisura da formalização do ato, de modo que tem interesse em averiguar a regularidade da escritura pública através de prova pericial e testemunhal antes de iniciar demanda relativa ao exercício de seus direitos possessórios sobre o imóvel. No exemplo, apesar da lei estabelecer que a escritura pública é essencial para negócios dessa natureza²⁷⁰ e do comprador possuí-la, existe interesse na produção da prova, que possivelmente sequer vai ser juntada ao processo futuro caso se confirme a regularidade do negócio, uma vez que a intenção da constituição da prova é o convencimento do comprador, não o exercício do próprio direito decorrente da transferência do imóvel, que apenas a escritura pública poderia demonstrar, de modo que a própria existência de limites epistemológicos é discutível neste procedimento, uma vez que o destinatário da prova não é o órgão judicial.

Os chamados limites políticos são as restrições que mais se assemelham às encontradas em um processo ordinário. Por serem óbices criados pelo legislador por questões de política extrínseca, sua existência tem por fundamento valores que não tem natureza processual²⁷¹ e que podem, inclusive, pôr em risco a descoberta da verdade²⁷²,

²⁷⁰ Art. 108 do CC/02: Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

²⁷¹ Aqui se refere a provas ilícitas não em um conceito amplo, como adotado por DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, que englobaria “aquela prova que contraria qualquer norma do ordenamento jurídico” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *op. cit.*, p. 99), o que incluiria as provas que SOUSA nomeia “lícitas mas processualmente proibidas”, mas provas que foram constituídas de maneira desconforme às previsões da legislação adjetiva, aquelas “cujo método de obtenção ou forma de produção é um acto materialmente ilícito” (SOUSA, Miguel Teixeira de. *As Partes...*, pp. 229-230), como a interceptação telefônica sem autorização judicial, a captação de imagens feitas por detetive particular em ambiente privado e o acesso a informações sujeitas a sigilo profissional. CAMBI, da mesma forma, enquadra como provas ilícitas “aquelas cujas proibições encontram-se localizadas nas leis substanciais”, intitulado “aquelas cujas vedações probatórias constam das leis processuais” como provas ilegítimas (CAMBI, Eduardo, *Direito constitucional...*, p. 175).

²⁷² BADARÓ, Gustavo, *op. cit.*, pp. 219-260. Segundo TARUFFO, “(...) todas las normas que aquí se han considerado son evidentemente contraepistémicas: no están dirigidas a lograr una correcta determinación de los hechos, sino que se orientan a tutelar intereses extra procesales; además, operan típicamente reduciendo o eliminando la posibilidad de que se aporten pruebas relevantes para la determinación de la verdad” (TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad...*, p. 176).

de modo que a proteção desses preceitos obsta a constituição de prova que os viole, independentemente desta prova servir tão somente para o convencimento da parte e da ausência de intenção de aportá-la em demanda futura. É o caso de produção de prova que vise a quebra do sigilo profissional da relação cliente/advogado. A mera constituição de prova que implique a violação deste sigilo viola prerrogativas que, salvo raríssimas exceções²⁷³, se sobrepõem ao direito à prova.

Outro comum fundamento para a negativa da produção de provas no curso do processo é a ausência de utilidade do meio de prova por ser incapaz de auxiliar o juiz no julgamento da causa²⁷⁴. Pode ocorrer do próprio meio de prova não ser apto a demonstrar as alegações fáticas da parte, como a pretensão de comprovar fatos que dependam de conhecimento técnico com a oitiva de uma testemunha, ou mesmo do meio de prova ser dispensável por existir nos autos elementos probatórios suficientes para esclarecer os fatos que se pretende demonstrar com a prova pretendida. É o caso da prova supérflua, que se apresenta despicienda por levar à conclusão que pode ser obtida com as provas já existentes ou pelo resultado poder ser alcançado por meio diverso de forma menos custosa²⁷⁵. A justificativa invocada é a economia processual e a razoável duração do processo, que seriam comprometidos com a produção de provas inúteis.

Tal limitação deve ser vista com cautela na ação probatória autônoma, na medida em que os supostos prejuízos com a produção da prova serão sofridos pelo requerente, uma vez que não há óbice para o ajuizamento de demanda “de mérito” pelos

²⁷³ Como é o caso do § 6º do art. 7º da Lei nº 8.906/94, incluído pela Lei nº 11.767/08: “São direitos do advogado: (...) II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia; (...)§ 6º Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II do caput deste art., em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes”.

²⁷⁴ CAMBI, Eduardo. *Direito à prova...*, pp. 143-159.

²⁷⁵ A economia de despesas, por si só, não deve levar à inadmissão de uma prova caso o meio de prova pretendido seja potencialmente apto a auxiliar no esclarecimento dos fatos relativos à causa, de modo que “el concepto de utilidad no es entendido aquí en un sentido trivialmente económico: una información es epistémicamente útil no cuando compensa con beneficios proporcionados los costos necesarios para su identificación y su aportación, sino cuando parece capaz de proporcionar conocimientos relativos, directa o indirectamente, a los hechos del caso” (TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad...*, p. 164).

envolvidos na relação jurídica no curso do procedimento. Ademais, diferente da prova produzida no contexto de uma demanda “de mérito”, em que a prova visa comprovar fatos previamente narrados pelas partes, na ação probatória autônoma a parte tem a prerrogativa de investigar os fatos, de modo que a prova pode expor uma realidade até então desconhecida. Assim, negar o direito da parte constituir prova por, no entendimento do julgador, já existirem elementos suficientes para instruir a demanda não parece ser, em princípio, fundamento que se sustente no âmbito do procedimento em estudo²⁷⁶. Por outro lado, não é possível admitir todo e qualquer meio de prova sem observar sua utilidade para o objetivo pretendido pelo promovente da medida (uma das hipóteses do art. 381), sob pena de fomentar o uso do procedimento para finalidades diversas das quais foi criado.

É interessante que, apesar de ser vedado ao magistrado se manifestar sobre a ocorrência ou inoocorrência dos fatos e suas consequências jurídicas, o julgador tem o papel de conjecturar o uso da prova pretendida em uma futura e eventual ação, autocomposição ou para a solução do conflito através de outro meio de resolução de litígios. Nesse contexto, há espaço para o indeferimento da produção da prova pretendida, levando-se em consideração a relevância, utilidade e a existência de óbices à produção do meio de prova²⁷⁷, mas a negativa ao direito à prova deve ser vista com

²⁷⁶ Dizemos “em princípio”, porque não se defende aqui, de maneira alguma, a produção de prova manifestamente supérflua, na medida em que, como aponta TARUFFO, “es inútil porque no agrega nada nuevo a lo que ya se conoce, de modo que las actividades necesarias para su aporación no serían oportunas”. Entretanto, como também defende o processualista italiano, “es claro, en efecto, que una prueba que se refiera al mismo hecho que ha sido objeto de otras pruebas pero que apunte a refutar lo que de esas pruebas ha resultado, o que apunte a proporcionar elementos para una reconstrucción diferente del mismo hecho, no es de modo alguno superflua o redundante y, por conseguinte, no puede ser considerada inútil. Por el contrario, podría aportar elementos relevantes para el conocimiento y la determinación de los hechos y, por consiguiente, no debiera ser excluida” (*ibidem*, pp. 164-165). Nessa linha, em virtude das características da ação probatória autônoma, típicas de um procedimento investigatório, parece temerário afirmar que a produção da prova é inútil por existir elementos suficientes para a propositura da demanda ou para viabilizar a autocomposição ou outro meio alternativo de resolução de litígios, ainda mais quando se considera que o magistrado não deve avaliar questões relacionadas aos fatos e suas repercussões jurídicas.

²⁷⁷ Além do interesse de agir do promovente da medida, que deve ser examinado com a avaliação de sua necessidade, a qual, diante da supressão do requisito da urgência, deve ser entendida como inexistente apenas nos casos em que a prova pode ser obtida sem a intervenção judicial, ou mesmo em casos em que a própria legislação prevê que os fatos não dependem de prova, como as hipóteses do art. 374 do CPC/2015 (YARSHELL, Flávio Luiz. *Capítulo XII...*, livro eletrônico não paginado). “A necessidade, sempre intimamente ligada à noção de interesse processual, deve restar evidenciada não só pela utilidade na produção da prova, mas também pela impossibilidade de acesso a ela, pelo interessado, por meios próprios” (PINHO, Américo Andrade. *Ações probatórias autônomas*, Revista de Processo, v. 307, pp. 247-277, set./2020).

ressalvas diante do caráter investigatório do procedimento, que não deve ser desvirtuado nem suprimido.

4.1.4. Atividade jurisdicional na ação probatória autônoma

Como discorrido anteriormente²⁷⁸, a doutrina brasileira é praticamente unânime na aceitação da presença de poderes instrutórios do julgador em matéria probatória, na medida em que o contrário disso seria admitir um radicalismo privatista inconciliável com o modelo processual civil adotado²⁷⁹. O princípio do inquisitório atribuído ao juiz o chamado poder de instrução, tal como dispõem o arts. 370 do CPC/2015 e 411 do CPC/2013, destinado ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio²⁸⁰. No procedimento em questão não se requer ao órgão julgador o pronunciamento sobre um litígio, mas sim a respeito do direito de constituir provas. Além disso, não cabe ao magistrado apurar a verdade, na medida em que não irá se pronunciar sobre os fatos, de modo que haveria, em linguagem figurada, “falta de interesse de agir” deste na determinação de produção de provas de ofício, uma vez que o objetivo da iniciativa probatória do magistrado não tem serventia neste procedimento.

Não bastasse, a produção de prova *ex officio* constituiria afronta ao princípio do pedido, uma vez que a iniciativa probatória do julgador apenas tem lugar quando um conflito é submetido ao poder jurisdicional, oportunidade em que passam a existir outros interesses em jogo, em especial a necessidade de editar norma jurídica apta a satisfazer as necessidades do direito material²⁸¹, que justificam a iniciativa probatória do Estado-Juiz tendo em vista a justa composição do litígio. Entretanto, em procedimento no qual a parte se limita a requerer a constituição das provas por ela especificadas, não

²⁷⁸ Item 3, especialmente nota de rodapé nº 109.

²⁷⁹ QUEIROZ, Pedro Gomes de. *O poder do juiz de produzir prova de ofício*, Revista de Processo, v. 204, pp. 179-200, jun/2020.

²⁸⁰ ABRANTES GERALDES, António Santos; PIMENTA, Paulo; PIRES DE SOUSA, Luís Filipe, *op. cit.*, pp. 483-484; SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o...*, pp. 75-76; FREITAS, José Lebre de, *op. cit.*, p. 178.

²⁸¹ Não raras vezes aponta-se a paz social como escopo magno da jurisdição, mas, acompanhando MARINONI, entende-se que seu objetivo seria “editar a norma jurídica capaz de dar conta das necessidades do direito material e, apenas por consequência desta sua missão, pode gerar o efeito da pacificação social”, na medida em que a paz social poderia ser alcançada mesmo de forma ilegítima e contrária aos princípios materiais de justiça, de modo que não pode ser essa compreendida como um objetivo da jurisdição, mas uma consequência da atividade jurisdicional (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 112).

há sentido em conceder ao magistrado o poder de buscar outras provas não requeridas pelo promovente ou pelos interessados, sob pena de afronta ao princípio da inércia da jurisdição. O magistrado deve se limitar a avaliar o direito à produção da prova requerida e, caso existente, supervisionar o processo de produção da prova para que sejam observados os trâmites legais e as garantias processuais das partes sejam preservadas, sendo que ao final do procedimento, produzida a prova, proferirá sentença homologatória desta²⁸².

Como o direito à prova assume autonomia e o objeto da pretensão é tão somente a produção da prova, ao contrário do que defende parcela da doutrina²⁸³, se trata de procedimento cuja cognição é exauriente. Não há que se confundir a limitação do objeto do processo ao direito à prova, o que leva ao magistrado sequer poder se manifestar sobre a ocorrência ou inoocorrência do fato e suas respectivas consequências jurídicas²⁸⁴, com uma limitação da cognição do magistrado, que deve ser plena e exauriente em relação ao direito à produção da prova pretendida²⁸⁵⁻²⁸⁶.

4.1.5. Os custos do procedimento

A novel legislação processual civil brasileira, adotando o princípio da causalidade, imputa o ônus da sucumbência à parte que deu causa à demanda ou incidente processual, de modo que o vencido será incumbido do pagamento das despesas processuais, entendidas como “todos os gastos econômicos indispensáveis que os participantes do processo tiveram de despender em virtude da instauração, do

²⁸² PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. *Manual de direito processual civil*. 2ª edição – São Paulo: Saraiva, 2020, livro eletrônico não paginado; YARSHELL, Flávio Luiz. *Capítulo XII...*, livro eletrônico não paginado; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *op. cit.*, p. 1.008.

²⁸³ TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada de prova*, 2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/235462/producao-antecipada-de-prova>>. Acesso em: 20/05/2021.

²⁸⁴ Art. 382 do CPC/2015: 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. (...) § 2º O juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas.

²⁸⁵ LESSA NETO, João Luiz, *op. cit.*, pp. 318-319.

²⁸⁶ Tal conclusão se limita às hipóteses previstas nos incisos II e III do art. 381 do CPC/2015, dada a natureza cautelar da hipótese disposta no inciso I, em que, presente o perigo da demora, demandará a apreciação em cognição sumária (*summaria cognitio*), própria das medidas cautelares, em razão da circunstância demandar um procedimento mais célere e simplificado (SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o...*, p. 230).

desenvolvimento e do término da instância”²⁸⁷. Ao contrário da chamada *american rule*, assim, no cenário luso-brasileiro²⁸⁸, as despesas são arcadas pelo vencido.

Não obstante a ausência de regra específica, na ação probatória autônoma, o que levaria, em tese, à aplicação da regra geral prevista no art. 82 e ss. do CPC/2015, verifica-se que em tal procedimento não há vencedor e vencido. Trata-se de um procedimento em que, apesar de entendermos possível o exercício do contraditório, como defendido anteriormente, o legislador fez questão de excluir a possibilidade do oferecimento de defesa, o que evidencia a inexistência de um conflito submetido a análise do magistrado, não sendo possível identificar uma parte como vencedora²⁸⁹.

Ainda sob égide do CPC/73, no entanto, o entendimento de que “se surgir litígio no processo voluntário (...) haverá vencido e vencedor, cabendo condenação em sucumbência”²⁹⁰ se consolidou na jurisprudência²⁹¹ e se manteve após a edição do CPC/2015²⁹²⁻²⁹³. A parte que resiste à pretensão, naturalmente, deve responder somente com as despesas decorrentes de sua resistência, geralmente os honorários advocatícios da parte adversária. Se, por outro lado, prosperarem suas alegações, será o requerente da medida que deverá suportar o ônus da sucumbência²⁹⁴.

²⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de...*, pp. 237-238. Continuam os autores, conceituando despesas processuais como “o gênero em que se inserem as custas judiciais, os honorários advocatícios, as multas porventura impostas, as indenizações de viagens, as diárias de testemunhas e as remunerações de peritos e de assistentes técnicos”.

²⁸⁸ Art. 554.º do CPC/2013 e art. 82 e ss. Do CPC/2015.

²⁸⁹ Ao analisar a matéria, o Superior Tribunal de Justiça assim se manifestou: “A produção antecipada de provas não envolve litígio. Dele não resulta vencido nem vencedor. Por isto, na sentença que o encerra, não há lugar para condenação em honorários de sucumbência” (BRASIL. REsp. nº 21.418 - SP. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. 21 de junho de 1993).

²⁹⁰ LACERDA, Galeno, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol VIII, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 336.

²⁹¹ BRASIL. Resp nº 78.836 - SP. Relator: Min. Costa Leite. 13 de fevereiro de 1996; BRASIL. REsp. nº 474.167 - RS. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. 16 de setembro de 2003; BRASIL. AgRg nos EDcl no Ag nº 1.042.580 - MG. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. 16 de novembro de 2010; BRASIL. AgRg no REsp nº 1.295.474 - PA. Relator: Min. Benedito Gonçalves. 24 de abril de 2014.

²⁹² BRASIL. AgInt no AREsp nº 1.481.435 - SP. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. 03 de dezembro de 2019; BRASIL; BRASIL. AgInt no AREsp nº 1.690.037 - SP. Relator: Min. Raul Araújo. 16 de novembro de 2020; BRASIL. AgInt no AREsp nº 1.763.809 - SP. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. 11 de maio de 2021.

²⁹³ Na mesma linha o Enunciado nº 118 do Conselho da Justiça Federal, que foi aprovado na “II Jornada de Direito Processual Civil”, ocorrida nos dias 13 e 14 de setembro de 2018 em Brasília, de acordo com o qual “é cabível a fixação de honorários advocatícios na ação de produção antecipada de provas na hipótese de resistência da parte requerida na produção da prova”.

²⁹⁴ TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada de prova no Código...*, pp. 75-101. O entendimento manifestado pelo processualista reforça a tese da viabilidade de oposição ao procedimento, na medida em

As despesas para a constituição da prova devem ser arcadas pela parte que a requer. Não se concorda, assim, com a tese levantada por YARSHELL no sentido de que as despesas deveriam ser repartidas pelo autor não ser o único interessado na prova, uma vez que a vantagem sobre o prévio conhecimento dos fatos seria bilateral²⁹⁵. A circunstância de ambas as partes se beneficiarem da obtenção de maiores informações em relação às situações fáticas por elas vivenciadas não pode levar à conclusão de que os custos com a produção de qualquer prova relacionada a tais situações devem ser arcados por todos os envolvidos, na medida em que é perfeitamente possível que uma das partes já esteja devidamente esclarecida e convencida da dinâmica dos fatos ou, ainda que não esteja, prefira assumir os riscos de não ter o conhecimento proveniente de determinado meio de prova, não sendo viável sujeitá-la aos custos de uma prova que não requereu a produção. A solução que parece ser mais adequada é a de que, sendo proposta demanda relacionada aos fatos objeto de prova na ação probatória autônoma, as despesas com a produção da prova sejam ressarcidas ao promovente da medida caso seja vencedor da ação²⁹⁶.

que para se sair vitorioso se torna indispensável a apresentação de defesa (independentemente de como seja nomeada, v.g. impugnação, constestação, resposta, exceção) e a análise por parte do julgador.

²⁹⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. *Capítulo XII...*, livro eletrônico não paginado.

²⁹⁶ TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada de prova no Código...*, pp. 75-101; RODRIGUES, Marco Antonio; PIMENTEL, João Ricardo Ferreira Fortini. *A preparação do processo civil: produção antecipada de provas, diligências preliminares, pretrial discovery e os pre-action protocols*, Revista de Processo, v. 290, pp. 413-438, abr./2019; PINHO, Américo Andrade, *op. cit.*, pp. 247-277. Tal conclusão segue válida inclusive quando o interessado não for o demandado no processo subsequente. Ou seja, caso o julgador da demanda “de mérito” entenda que a prova é admissível e pertinente, deverá condenar o demandado a ressarcir o demandante com os custos que teve para produzi-la, ainda que não tenha participado da ação probatória autônoma, uma vez que se o processo se desenvolveu até a prolação de sentença significa que o demandado resistiu à pretensão do demandante, devendo responder pelos custos que este teve para comprovar a procedência de seus pedidos. Claro que nesse caso o julgador avaliará a possibilidade de introdução da prova, de forma semelhante ao que ocorre com a prova emprestada e, se entender possível, deverá ser oportunizado ao réu que não figurou na ação probatória autônoma a possibilidade de produzir prova em sentido contrário em respeito ao contraditório. Por não ser o foco deste estudo, não se pretende adentrar em discussões sobre a necessidade de duplo contraditório ou não para a admissibilidade da prova emprestada, adotando-se como premissa o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que “a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto” (BRASIL. EResp nº 617.428 - SP. Relator: Min. Nancy Andrighi. 4 de junho de 2014).

4.2. AFINIDADE DA AÇÃO PROBATÓRIA AUTÔNOMA COM FIGURAS DO DIREITO COMPARADO

A concepção da prova como meio de acesso das partes a elementos que lhes auxiliem no convencimento ou no reforço de suas convicções sobre as situações fáticas vivenciadas e a capacidade de demonstrá-las em juízo, perante a contraparte ou em outro ambiente destinado à resolução de conflitos ganha, na ordem jurídica brasileira, instrumento que viabiliza seu exercício. A ação autônoma probatória concretiza o direito à prova nesse plano, de forma desvinculada de uma ação em que se busca a declaração do próprio direito material, isto é, desassociada de sua valoração por parte do órgão judicial, permitindo verdadeira investigação dos fatos. As medidas semelhantes já conhecidas pelo ordenamento jurídico luso-brasileiro, mas direcionadas a propósitos específicos (v.g. justificação e apresentação/exibição de coisas e documentos), deram lugar a uma espécie de “ação probatória autônoma atípica”²⁹⁷, disposta nos incisos II e III do art. 381. Trata-se de hipótese aberta e abrangente, garantindo a investigação dos fatos a, em princípio, qualquer tipo de demanda.

O conceito cada vez mais difundido de tribunal multiportas, com as legislações processuais dando maior espaço a outras técnicas adequadas de resolução de conflitos, demanda a criação de mecanismos que viabilizem a efetividade dessas outras vias²⁹⁸. Oportunizar às partes o acesso ao conjunto probatório pertinente ao litígio para que, com essas informações em mãos, se convençam sobre o melhor caminho a seguir parece estar de acordo com esse objetivo, tendo em vista que, com a Justiça Estatal não sendo vista mais como único meio para a resolução de litígios²⁹⁹, a ação probatória autônoma pode servir para suprir insuficiências informacionais que auxiliem ou incentivem soluções alternativas à via heterocompositiva.

²⁹⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno, *op. cit.*, pp. 13-45.

²⁹⁸ Segundo CURY, “(p)or essa metodologia, o modo de prestar a jurisdição sofre aguda alteração, e a tônica da solução se transfere da estrutura rígida do processo para a da flexibilidade, e o sentido de adequação passa a nortear o acesso à justiça, apresentando novas modalidades de tratamento e solução dos conflitos, inclusive com os equivalentes jurisdicionais (Carnelutti), indicando que o acesso à justiça (solução justa) não é sinônimo exclusivo de acesso ao judiciário” (CURY, Cesar Felipe, *op. cit.*, pp. 111-131).

²⁹⁹ No preâmbulo da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça reconhece-se que “o direito de acesso à Justiça (...) além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas” (Disponível em: <<https://atos.enj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>>. Acesso em: 02/06/2021).

A novel legislação processual civil brasileira quebra o antigo paradigma da permissão de produção de prova fora do momento próprio apenas em caso de fundada urgência, se afastando, assim, da produção antecipada de provas “tradicional”, presente no CPC/73, e que vigora em diversos ordenamentos, como o espanhol e português. Não deixa de ser um meio útil para preparar o futuro processo, se assemelhando, nesse ponto, às *diligencias preliminares*, na medida em que atende ao interesse público de apresentação de uma demanda fundada e legítima, mas tampouco pode ser tratado como instrumento análogo, dado que o mecanismo espanhol não possui caráter investigatório e tem sua propositura vinculada ao enquadramento no rol do art. 256 da LEC³⁰⁰.

O caráter investigatório do instituto logo levou à associação aos expedientes de *discovery* e *disclosure*, presentes no direito anglo-americano³⁰¹. A comparação entre sistemas é um método bastante didático para se expor um novo instituto, sendo salutar a exposição de estudos comparativos, inclusive para analisar eventual adoção de técnicas que trouxeram resultados positivos em outros ordenamentos. Todavia, não se pode confundir comparação com, parafraseando BARBOSA MOREIRA, “deslumbramento ingênuo”³⁰² com modelos estrangeiros e tentativa de associar institutos presentes em diferentes realidades como se idênticos fossem.

A noção do conjunto probatório como material destinado ao convencimento das partes (e não unicamente à apreciação do julgador) e a visualização da prova como ferramenta capaz de revelar a robustez e as fragilidades do caso e aumentar as chances de composição de litígios caracterizam a *discovery* e a *disclosure* (ainda que em uma amplitude da busca de informações seja maior)³⁰³ e são elementos que moldam o instrumento do direito brasileiro. A ação probatória autônoma se aproximaria dos procedimentos previstos nos ordenamentos anglo-americano, assim, por atuar na

³⁰⁰ A taxatividade do rol, como já exposto (nota de rodapé nº 94), é alvo de discussão doutrinária, sendo, todavia, posição majoritária a que entende que se trata de *numerus clausus*. E ainda quem assim não entende, sustenta que o requerimento deve estar em sintonia com as finalidades do instituto e preencher os requisitos de justa causa e interesse legítimo (SANTAMARÍA, Rebeca Castrillo, *op. cit.*, p. 75-78), o que nitidamente limita sua abrangência.

³⁰¹ Na obra de CÂMARA, por exemplo, extrai-se que: “A rigor, pode-se cogitar, neste segmento do CPC, das seguintes demandas: (a) demanda cautelar de asseguaração de prova; (b) demanda de descoberta (*discovery* ou *disclosure*) da prova; (c) arrolamento de bens; (d) justificação” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*, 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016, pp. 238-239).

³⁰² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 7.

³⁰³ GOLDMAN, Thomas F.; HUGHES, Alice Hart, *op. cit.*, p. 282.

tentativa de solucionar ou atenuar uma falha capaz de desincentivar acordos, qual seja, a falha de previsão, presente quando uma das partes, por desconhecimento a respeito da posição da parte adversa, supõe que terá maior probabilidade de vencer o litígio ou que seria um risco que valeria a pena correr³⁰⁴. Ou seja, a ampliação da possibilidade de investigação de fatos que antes podia ser visualizada, de forma tímida, em alguns procedimentos, hoje se propaga a qualquer disputa, traço marcante do sistema processual anglo-americano, que torna compreensível a associação entre os institutos. Ademais, a figura do juiz como uma figura menos interventiva, atuando na supervisão da produção da prova, não é habitual no ordenamento jurídico brasileiro, mas, por outro lado, é a regra no processo americano³⁰⁵, sendo mais um traço que explica a vinculação dos institutos.

Contudo, não se pode perder de vista que *discovery* e *disclosure* são instrumentos endoprocessuais, presentes na quase totalidade dos processos, e que delineiam toda a trama processual, de modo que precisam ser pensadas e estudadas nesse contexto, isto é, como um estágio do processo. A ação probatória autônoma, como o próprio nome diz, possui autonomia e não pressupõe a propositura de eventual ação (nem constitui óbice para o ajuizamento de demanda “de mérito” pelos envolvidos na ação probatória enquanto esta ainda se desenvolve), o que limita o uso do instrumento com intuito dilatório. Nada impede que uma das partes proponha uma demanda na qual o juiz poderá utilizar os elementos colhidos em ação probatória autônoma, mas o julgador irá analisar a conveniência da introdução da prova, indeferindo-a se reputar inútil, inadmissível, irrelevante.

Não se pode ignorar, ademais, a realidade do sistema judicial brasileiro, deveras distinta do anglo-americano, em especial no que se refere aos custos incorridos pelos jurisdicionados. No cenário brasileiro, além da problemática concessão indiscriminada do benefício da justiça gratuita³⁰⁶, as despesas processuais que as partes têm de arcar

³⁰⁴ COSTA NETO, José Wellington Bezerra da, *op. cit.*

³⁰⁵ No processo civil brasileiro não é novidade a existência de procedimentos de jurisdição voluntária, nos quais o juiz naturalmente assume uma posição mais passiva. A novidade em relação à ação probatória autônoma é o juiz atuando dessa forma na produção de provas, momento em que o magistrado costuma ter postura mais ativa, inclusive com a iniciativa probatória, quando se trata da produção de provas durante a fase de instrução.

³⁰⁶ CRETELLA NETO, José. *Do benefício da gratuidade da justiça*, Revista de Processo, v. 235, pp. 437-461, set./2014.

são significativamente menores das existentes em sistemas como o americano, em que, além das custas serem consideravelmente altas, vigora regra que impõe que cada parte deve arcar com suas despesas, inclusive relativas aos honorários advocatícios, independentemente de se sagrar vencedora da demanda³⁰⁷. Ademais, no sistema americano o custo de se levar um julgamento a *trial* aumenta consideravelmente. Tais circunstâncias impactam diretamente o volume de processos, na medida em que quando custo de litigar é baixo quando comparado com os potenciais benefícios da litigância, a judicialização de litígios tende a ser alta³⁰⁸.

Assim, sendo os custos com a litigância um dos fatores determinantes na decisão de se iniciar um processo e, principalmente, levá-lo a julgamento³⁰⁹, é inegável que a opção por transigir com a parte adversa levará em consideração não apenas o conhecimento de cada parte acerca da robustez do caso da parte adversa e suas chances de comprovar as alegações, mas também se valerá a pena assumir os riscos com o processo ao ponderar economicamente os prós e contras de demandar/ser demandado. Por outro lado, não se vislumbra, em um sistema que apresenta baixos custos para litigar-se, grandes estímulos ao abuso do uso de ferramentas para a revelação de informações, ainda mais quando se considera que o instrumento para a investigação de fatos tem autonomia em relação à demanda “de mérito”³¹⁰.

Verifica-se, assim, que, embora haja semelhança entre a ação probatória autônoma e a *discovery* e a *disclosure*, porquanto se tratam de instrumentos destinados a

³⁰⁷ No sistema inglês, apesar de vigorar, como regra geral, a noção de que a parte vencida deve arcar com as despesas, a corte tem discricionariedade para decidir de forma diversa. No entanto, os elevados custos do processo, que as sucessivas reformas tentam - até o momento de forma falha - reduzir, e outros mecanismos, como a *Part 36 offer*, que institui sanções à parte que rejeita uma oferta de acordo mais vantajosa que venha a ser o resultado do julgamento, acabam atuando como incentivos à autocomposição (ANDREWS, Neil. *Fundamentos dos custos legais: responsabilidade do vencido, acesso à justiça e disciplina processual*, Revista de Processo, v. 229, pp. 339-355, mar./2014).

³⁰⁸ MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Justiça no Brasil: barata para os litigantes de má-fé, mas não para os bons cidadãos*, Revista de Processo, v. 181, pp. 305-312, mar./2010; COOTER JR., Robert B., ULEN, Thomas. *Law and economics*, 6ª ed. Boston: Pearson Education, 2011, p. 421.

³⁰⁹ COOTER JR., Robert B., ULEN, Thomas, *op. cit.*, p. 419.

³¹⁰ Considerando que os custos de ingressar com uma ação e obter uma decisão de mérito não costumam ser elevados não se avista grandes incentivos a práticas abusivas com a ação probatória autônoma, como poderia ocorrer caso os custos fossem deveras elevados para se ingressar com uma ação, o que seria capaz de levar ao uso discriminado do instrumento. Ou seja, caso uma informação ou documento fossem pertinentes à demanda, a parte que buscasse o que os anglo-saxões chamam de *fishing expedition* poderia obter também através de uma demanda ordinária. Os filtros de admissibilidade anteriormente mencionados (item 4.1.3) parecem ser suficientes para conter claros abusos nesse sentido. Ademais, os principais abusos sentidos naqueles sistemas, relacionados à procrastinação de uma demanda “de mérito”, não parecem ser um risco no cenário brasileiro dada a autonomia desta em relação à ação probatória.

coleta de provas relativas a informações relevantes sobre a lide, a inserção dos institutos do direito anglo-americano no corpo processo (endoprocessuais), enquanto o procedimento brasileiro goza de autonomia e facultatividade, não permite observar identidade entre as ferramentas. Não bastasse, as diferentes realidades dos sistemas processuais amplificam as diferenças, que podem ser sentidas até mesmo nos problemas que os instrumentos enfrentam. As adversidades verificadas no contexto anglo-americano, em especial nos EUA, relacionadas aos abusos de *discovery*, como retardamento e tumulto do procedimento, *fishing expeditions* e tentativas de inflar os custos da parte contrária, não parecem, *a priori*, problemas que emergirão em litígios em que uma das partes faça uso da ação probatória autônoma³¹¹.

A ação probatória autônoma, como se vê, tem características que permitem sua comparação com diversos institutos alienígenas, mas não há como falar em instrumentos análogos³¹². Até pode se dizer que a autonomia e natureza do procedimento se assemelham à *consulenza tecnica preventiva*, mas, apesar dos fundamentos teóricos que as embasam terem similaridade, a amplitude da ação probatória autônoma, não limitando o expediente a nenhum meio de prova específico nem o reservando a determinadas espécies de demanda, não permite tratá-las como equivalentes. Por isso, ao estudar a ação probatória autônoma, deve-se ter em mente tal singularidade, não sendo adequada a equiparação com modelos estrangeiros e com os resultados atingidos com expedientes semelhantes sem que se leve em consideração suas peculiaridades.

³¹¹ Nos já cinco anos de vigência do CPC/2015 não se constata críticas relevantes relacionadas a este tipo de abuso, razão pela qual opta-se por não dar maior foco a noções como a necessidade de verificação a partir de um “juízo de proporcionalidade entre as possíveis consequências jurídicas do fato e os custos e esforços envolvidos na produção da prova” para que esta seja deferida e a importação de “critérios de proporcionalidade probatória” (LESSA NETO, João Luiz, *op. cit.*, p. 375 e 389), eis que, apesar de serem potencialmente úteis em casos específicos, não se enxerga, na prática, aplicações injustificadas ou abusivas do procedimento nesse sentido. Nada obsta, todavia, caso verificadas atitudes abusivas das partes, buscar-se limitações visando o aprimoramento do procedimento. Frisa-se, apenas, que as soluções devem ser aplicadas quando verificados problemas e distorções no uso do procedimento, não havendo sentido em importar soluções para corrigir falhas que não se apresentaram.

³¹² Como, por exemplo, quando tratamos da “tradicional” produção antecipada de provas (na qual deve ser demonstrado a presença do perigo da demora) em Portugal, Espanha e Brasil, em que se verifica identidade em seus objetivos e semelhança no formato dos procedimentos.

4.3. VIRTUDES DE EXPEDIENTES ESTRANGEIROS COM RELEVÂNCIA PARA O SISTEMA BRASILEIRO

Não obstante a singularidade da ação probatória autônoma na comparação com institutos estrangeiros, é inegável que os objetivos buscados pelo legislador são similares aos almejados por expedientes alienígenas. Na análise da ação probatória autônoma, assim, não se pode perder de vista os objetivos almejados pelo sistema em que está inserida, de modo a permitir a reflexão sobre como aperfeiçoar esse intercâmbio de dados e informações que é propiciado pelo instituto.

O atingimento de objetivos como a diminuição da litigância e o aumento da solução consensual dos litígios, obviamente, depende de uma variedade de fatores, não havendo consenso, muito menos fórmulas mágicas para atingir estes objetivos³¹³. O escopo do trabalho não consiste em tratar sobre as inúmeras teses já levantadas para alcançar tais finalidades, mas sim em apresentar o instituto da ação probatória autônoma, suas utilidades e potencialidades com a descrição de institutos que de alguma forma possam a ela se assemelhar. Ocorre que, sendo um dos objetivos do CPC/2015 promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos (art. 3º, § 2º) e sendo o instituto apontado como um dos meios para fomentar a autocomposição³¹⁴, afigura-se pertinente ressaltar como ferramentas de outros ordenamentos poderiam ser úteis para se alcançar referido objetivo.

A conduta pré-processual exigida dos litigantes ingleses e galeses nos parece um bom modelo para se inspirar quando se pensa no atingimento de objetivos como a troca de informações e documentos, o esclarecimento sobre os fatos vivenciados pelas partes, a facilitação de uma solução consensual e a melhor preparação da demanda caso a via judicial se apresente como a mais adequada ou a única opção. Há quem indique que a ação probatória autônoma seria capaz de proporcionar tais benefícios³¹⁵, mas, apesar de

³¹³ PAULA RAMOS, por exemplo, defende que para que a produção antecipada de provas tenha maior efetividade é imperioso o aprimoramento do sistema de precedentes brasileiro a fim de que os jurisdicionados tenham maior clareza na tomada de decisões (PAULA RAMOS, Victor, *O procedimento de produção...*, pp. 313-332). Tal posicionamento, apesar de válido, não poderia ser esmiuçado no presente trabalho sob pena de desviar-se do objeto de estudo.

³¹⁴ CURY, Cesar Felipe, *op. cit.*, pp. 111-131; BEDENUZI, Renato Resende, *op. cit.*, pp. 447-448; LAUX, Francisco de Mesquita; RODRIGUES, Daniel Colnago, *op. cit.*, pp. 482-483; PAULA RAMOS, Victor, *O procedimento de produção...*, pp. 313-332.

³¹⁵ SUCUNZA, Matías A.; VERBIC, Francisco, *op.cit.*, p. 517.

não ser uma assertiva totalmente incorreta, existem circunstâncias que prejudicam o alcance desses resultados.

A ação probatória autônoma é direcionada à produção da(s) prova(s) especificada(s) pelo promovente da medida e, ainda que seja oportunizado aos interessados o requerimento de provas relacionadas ao mesmo fato, inexistente o dever de apresentação de documentos e informações não requeridas pela parte adversa. Nos procedimentos presentes no contexto anglo-americano, por outro lado, a comunicação entre as partes e a ampla divulgação do material relacionado ao litígio é estimulada pela premissa de “cartas na mesa”³¹⁶. Com a exigência de apresentação de todas as provas e informações relevantes para o litígio em poder de uma parte à outra³¹⁷, mesmo que prejudiciais à parte que as revela, forma-se um ambiente mais propício à comunicação entre as partes, especialmente por seus advogados, com base em elementos que indiquem com maior precisão a dinâmica dos fatos, o que acaba por contribuir para a solução negociada. Com as partes tendo acesso a tais elementos somente após a conclusão da fase de instrução da demanda “de mérito”, além de se desperdiçar muito tempo e recursos no desenvolvimento do processo, já não há mais incentivos à solução negociada, na medida em que a maior parte dos custos já foram despendidos e, ainda que uma das partes se convença da inconsistência de seu caso, já não é mais interessante desistir da ação, uma vez que, nesse caso, arcará com as despesas e honorários advocatícios em sua totalidade³¹⁸.

A ação probatória autônoma é útil para a investigação dos fatos revelados pelo meio de prova requerido pela parte, mas pode evidenciar uma realidade míope, na medida em que a contraparte pode ter em seu poder elementos que possam demonstrar

³¹⁶ A expressão *cards on the table approach* é utilizada para descrever o comportamento que as partes devem ter uma com a outra, fundado na obrigação de divulgar à contraparte todas as provas e informações em seu poder, ainda que sejam potencialmente desfavoráveis à parte que as possui. Lord Woolf acreditava que um sistema em que as partes pudessem ter acesso às fraquezas e consistências do caso do adversário seria mais propício à promoção de resultados justos, seja por meio de acordos ou de julgamentos abreviados (GRAINGER, Ian; FEALY, Michael, *op. cit.*, p. 97).

³¹⁷ Não se ignora posicionamento defendendo que tal obrigação se extrairia do poder geral de colaboração (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo...*, pp. 253-254), mas entende-se que a falta de um regramento específico impede que uma abordagem semelhante seja exigível das partes.

³¹⁸ Art. 90 do CPC/2015: Proferida sentença com fundamento em desistência, em renúncia ou em reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu, renunciou ou reconheceu.

que o cenário é outro. Impossibilitar, ou melhor, não estimular que as partes tenham acesso a elementos disponíveis e que possam alterar o desfecho da lide ou o meio para resolvê-la não parece ser o melhor caminho para desenvolver um ambiente mais favorável à solução consensual do conflito.

A introdução dos protocolos pré-processuais se apresentou deveras benéfica no sistema britânico e foi vista como um avanço para a administração da justiça, ainda mais pelo fato de associações especializadas em cada tipo de litígio auxiliarem no seu desenvolvimento, o que lhes confere maior legitimidade pela representatividade dos setores que serão diretamente impactados pelo regramento³¹⁹. Pesquisa realizada com advogados das maiores bancas inglesas reconheceu que o instrumento se mostrou eficaz na redução da judicialização de demandas infundadas e na apresentação de demandas mais maduras quando a via judicial não pôde ser evitada³²⁰.

No cenário brasileiro, a introdução de um mecanismo que estimule, ou mesmo imponha, o intercâmbio de informações entre as partes como forma de auxiliar na elucidação da controvérsia consta na proposta de reforma do direito probatório brasileiro coordenado pelo processualista Leonardo GRECO na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. No projeto elaborado, seria criado “procedimento probatório extrajudicial”, que teria por finalidades: “1) a solução dos conflitos pelas partes fora da esfera do judiciário, 2) o conhecimento mais célere das alegações e provas detidas por cada uma das partes, o que as possibilitará avaliar de forma mais rápida as chances de sucesso ou de fracasso; e 3) a melhor preparação do processo, caso venha a ser instaurado”³²¹. No procedimento, de forma semelhante às previsões das FRCP o requerente deveria fornecer “a cópia ou a descrição de todos os documentos, informações eletronicamente armazenadas e objetos que se encontram em sua posse, custódia ou controle que podem vir a ser utilizados para o alcance dos objetivos do procedimento”, enquanto o requerido deveria apresentar os documentos e informações

³¹⁹ CURY, Cesar Felipe, *op. cit.*, pp. 111-131.

³²⁰ LESSA NETO, João Luiz, *op. cit.*, pp. 185-186.

³²¹ ARAÚJO, José Aurélio de, *op. cit.*, pp. 391-404. A proposta, com clara inspiração no sistema inglês, cria hipóteses de intervenção judicial, como limitação das provas requeridas caso haja motivo legítimo para não as apresentar, institui regras sobre a responsabilidade pelos custos, cria consequências desfavoráveis em processo futuro para a parte que não colaborar, e cria regras para a elaboração de convenções coletivas que regulamentem o procedimento por parte de entidades representativas, tal como ocorre com os PAP's.

requisitados ou justificar a impossibilidade de o fazer, podendo, em sua resposta, requerer informações, documentos e/ou diligências relativas à controvérsia.

Saindo do ambiente acadêmico, podemos nos deparar com proposições legislativas sobre o tema. Um dos projetos de Código Comercial que tramitaram no Congresso Nacional³²², o Projeto de Lei (PL) nº 1.572/2011, previa algumas regras especiais para os processos de matéria empresarial, sendo a principal delas a disposta em seu art. 656 que tratava sobre a “permuta de documento”, que se perfectibilizaria com a entrega, pelo requerente, “mediante protocolo, (d)a totalidade dos documentos que possuir, em qualquer suporte, referentes ao litígio descrito no pedido”. A proposta, apesar de não ter vingado³²³, demonstra que há espaço para o debate e construção de ferramentas que objetivam o intercâmbio de dados relevantes para o litígio antes de sua judicialização. A adoção de uma regra que imponha às partes o dever de revelar documentos e informações sobre o litígio, ademais, parece estar em sintonia com o dever de cooperação das partes tão em voga em variados sistemas processuais civis, pautados na colaboração entre os sujeitos do processo.

Outro potencial benefício da revelação prévia de documentos é a possibilidade de melhor identificação de exercício abusivo do direito de ação e caracterização da litigância de má-fé, na medida em que, podendo se afirmar com convicção que a parte teve acesso aos documentos e informações relativos ao litígio antes de propor a demanda torna-se mais nítido o enquadramento em uma das hipóteses do art. 80 do CPC/2015, como “a alteração da verdade dos fatos” ou a “dedução de pretensão ou defesa contra texto expreso de lei ou fato incontroverso”. Na prática forense, a imposição de sanções por litigância de má-fé não são tão frequentes quanto poderiam sob o pretexto das alegações das partes estarem amparadas no exercício do direito de ação e nos princípios da ampla defesa e contraditório³²⁴. Tal entendimento leva a que

³²² Atualmente, o projeto mais avançado que trata sobre a matéria é o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 487, de 2013, que não contém disposições análogas ao art. 656 do PL nº 1572/2011. Para mais informações sobre o andamento da proposta legislativa e acesso ao inteiro teor de seu conteúdo: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115437>>. Acesso em: 23/06/2021.

³²³ PL 1.572/2011 arquivado em 31/01/2019. Informação disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=508884>>. Acesso em 23/06/2021.

³²⁴ A título de exemplo: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 50014284920218212001. Relator: Desembargador Jorge Alberto Vescia Corssac. 18 de agosto de 2021; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº

apenas casos excepcionais sejam sancionados, como ocorre quando demonstrado que a parte faz, conscientemente, afirmações de fatos sabidamente inexistentes ou distorce fatos verdadeiros³²⁵, o que acaba sendo por vezes tarefa complicada, na medida em que o acesso às provas e alegações da parte contrária se dá apenas depois da lide já ter sido instaurada. Por outro lado, com o acesso das partes a tais elementos antes de iniciada a contenda torna-se menos crível o argumento de que a parte deu aos fatos sua própria versão, uma vez que essa “liberdade” para a narração dos fatos acaba sendo reduzida, já que, com o acesso prévio ao conjunto probatório, não pode a parte formular pretensão ou defesa embasada em narração fática em total desacordo com os elementos probatórios³²⁶.

A disposição sobre a revelação prévia de provas e informações por ambas as partes, em nosso sentir, deveria vir acompanhada de sanções em caso de seu descumprimento. No projeto supramencionado a punição seria a impossibilidade de apresentar, na eventual e futura demanda “de mérito”, os documentos que não tenham sido previamente disponibilizados à parte contrária no procedimento de “permuta de documento”. Nos parece que tal constrição seria exagerada e implicaria limitação dos elementos que poderiam ser acessados pelo magistrado, o que não seria coerente com um modelo no qual, como aqui defendido, a verdade deve constituir o norte do julgador e orientar a atividade probatória. Talvez o mais apropriado seria a imposição de sanções

50061367920208212001. Relator: Desembargador Cairo Roberto Rodrigues Madruga. 18 de agosto de 2021.

³²⁵ A exigência de demonstração clara da intenção de alterar a verdade dos fatos, acertada em nosso sentir, é frisada por BARBI: “(...) pensamos que o ato de alterar um fato pressupõe a intenção malévola, o elemento subjetivo. Se a parte apresenta o fato em desacordo com a realidade, mas o faz por erro, entendemos que não se configura a má-fé, porque não se pode ver aí erro grosseiro, equiparado à culpa; tem lugar, no caso, a aplicação do brocardo: *error facti nemine nocet*” (BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 174). Os tribunais parecem comungar o mesmo entendimento: “(...) o que a lei qualifica como litigância de má-fé é a negativa expressa de fato que a parte sabe ter existido, a afirmação de fato que sabe inexistente e a falsa versão para fatos verdadeiros com o objetivo consciente de induzir juiz em erro e assim obter alguma vantagem no processo” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70085096022. Relatora: Desembargadora Lusmary Fatima Turelly da Silva. 30 de junho de 2021).

³²⁶ A inferência ora apresentada se aplica aos casos em que não há real controvérsia em relação às provas, o que acaba por diminuir a quantidade de versões que podem ser conferidas aos fatos, na medida em que devem ter um mínimo de sintonia com as provas. É claro que para toda a regra existem exceções. A parte pode, por exemplo, negar a autenticidade de certos documentos ou divergir da forma como a parte contrária sustenta que foram concebidos (v.g. contrato assinado por ambas as partes, mas que uma delas afirma que foi induzida em erro ao firmar o instrumento), casos em que as versões fáticas não estarão necessariamente em harmonia com o conjunto probatório, mas, ainda assim, haverá um diálogo com este, mesmo que seja para impugnar a prova.

pecuniárias às partes que não agiram conforme as diretrizes estabelecidas, tal como sucede caso constatado *non-compliance* das normas relativas aos PAP's, em que se poderia dispor, por exemplo, a condenação da parte faltosa a arcar com os ônus da sucumbência, ainda que seja vencedora da demanda.

Aliás, como a novel legislação processual civil brasileira trouxe a ação probatória autônoma como instrumento judicializado não parece oportuno a criação de novas ferramentas³²⁷, dessa vez extrajudiciais, para buscar objetivos análogos, sendo viável aprimorar os meios já disponíveis na tentativa de obter os resultados desejados³²⁸. Incluir, por exemplo, no âmbito da ação probatória autônoma a necessidade de ambas as partes divulgarem os documentos relevantes relativos ao litígio que estejam em seu poder seria uma mudança menos radical que poderia trazer indícios sobre a adequação

³²⁷ A criação de um mecanismo extrajudicial, por certo, traz vantagens. MÜLLER, por exemplo, cita como vantagens da produção extrajudicial da prova a diminuição do tempo do processo, aumento da qualidade das informações obtidas na instrução privada, redução das despesas e a maior possibilidade de autocomposição (MÜLLER, Júlio Guilherme. A produção desjudicializada da prova oral por meio do negócio processual: análise jurídica e econômica. Dissertação (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, pp. 355-356). Por todas as circunstâncias já mencionadas, acredita-se que as principais vantagens de um procedimento extrajudicial em relação à ação probatória autônoma seriam a maior agilidade no cumprimento das diligências em um cenário extrajudicial e o maior envolvimento das próprias partes no procedimento, o que estimularia a comunicação entre elas. De fato, dada a grande demanda de processos, por ser instruída por órgão que está inserido neste contexto de alto volume de trabalho, não se vislumbra que as ações probatórias autônomas terão trâmite mais célere que um processo ordinário, de modo que desjudicialização de tal medida seria salutar sob este ponto de vista. Todavia, o procedimento judicializado traz mais segurança às partes acerca do aproveitamento da medida em processo futuro, ainda mais quando consideramos a cultura processual brasileira, em que os operadores do Direito e os próprios jurisdicionados estão acostumados com a exposição de provas e informações, de maneira obrigatória, apenas na presença do juiz em caso de judicialização do litígio, de modo que se afigura mais viável introduzir tal mecanismo em um procedimento judicializado. Nada impede que no futuro se adote procedimento extrajudicial, tendo servido o mecanismo judicializado como ponte de transição entre os dois sistemas, valendo ressaltar, ainda, que as partes têm a faculdade de adotar, desde já, a forma extrajudicial através de negócio jurídico, autorizado pelo art. 190 do CPC/2015, conforme entendimento exteriorizado no enunciado nº 19 do FPPC: “São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: (...) pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de disclosure), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; (...) (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC- RIO, no V FPPC-Vitória e no VI FPPC-Curitiba)” (apesar de não possuir efeito vinculante, os enunciados do FPPC gozam de expressiva legitimidade junto à comunidade jurídica e servem de vetor e auxílio para os intérpretes e aplicadores do Direito, uma vez que apenas são aprovados por unanimidade dos presentes nos Encontros, que ocorrem de forma periódica e reúnem centenas de processualistas de diferentes escolas de pensamento (para maiores informações sobre o FPPC: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>)).

³²⁸ Ao se manifestar sobre a permuta de documento, YARSHELL, em texto anterior ao CPC/2015, sugeriu, sua regulação no âmbito da exibição de documento, conferindo a esta um caráter, além de preparatório, dúplice, defendendo que, como condição para a exibição da documentação, a parte requerente da medida deveria exibir os documentos relacionados ao litígio que dispõe (YARSHELL, Flávio Luiz. *O projeto de novo...*, pp. 208-209).

da adoção desta conduta pré-processual³²⁹ de maneira mais ampla³³⁰⁻³³¹. Poderíamos cogitar, ainda, a fim de não proporcionar uma reforma abrupta no sistema, a possibilidade das partes, em comum acordo, optarem por não revelar tais documentos, como ocorre nos dias atuais quando as partes podem abrir mão da audiência de conciliação ou de mediação³³².

Ademais, não se pode olvidar que o caráter extrajudicial e a larga amplitude da *discovery* decorrem de traços ligados à própria cultura americana de execução da lei pelos privados, por razões, inclusive, de ordem política. A excessiva amplitude e falta de intervenção dos órgãos judiciais no procedimento vêm sendo há muito criticadas e apontadas como causadoras dos distúrbios do sistema, não havendo sentido buscar inspiração em um modelo alvo de sucessivas reformas, que visam precisamente atenuar tais características. Por outro lado, um sistema que tem por tradição a figura de um juiz mais ativo, como o brasileiro, ao que tudo indica não esbarraria nas mesmas dificuldades para a imposição de sanções como ocorre, por exemplo, em solo americano.

³²⁹ Ao referir-se à conduta pré-processual se quer dizer antes da demanda “de mérito”.

³³⁰ Não raras vezes nos deparamos com textos exaltando institutos estrangeiros, sugerindo sua integração em outro ordenamento jurídico, dando ares de definitividade a ideias inovadoras cuja aceitação não se tem como prever. Não é o foco deste trabalho se aprofundar na proposição de soluções *de lege ferenda*, mas entende-se adequado sugerir que eventual alteração legislativa seja pontual, a fim de verificar a aceitação da mudança pela comunidade jurídica, como é o caso da proposta restrita aos processos em matéria comercial. A título de exemplo, cita-se o já mencionado (nota de rodapé nº 196) grupo de trabalho presidido por Lady Justice Gloster que criou esquema piloto para o aprimoramento da *disclosure*, com duração de dois anos, testado tão somente perante a *Business and Property Court*, consistente em uma *disclosure* com documentação mais limitada a fim de verificar se assim se atingiria maior eficiência e diminuição de custos (LESSA NETO, João Luiz, *op. cit.*, pp. 194-195). Com estratégias como essa, alterações nas ideias inicialmente propostas tornam-se claramente mais viáveis, facilitando o alcance de soluções mais maduras e com maior potencial de efetividade.

³³¹ Nesse caso, seria necessária a previsão de regras sobre os custos no procedimento. Como a divulgação de documentos, *a priori*, não importa elevados custos para a parte que os revela, nos parece adequado que cada parte arque com os custos para a revelação de seus documentos, sendo tais despesas igualmente reembolsáveis em caso de proposição da demanda “de mérito”, juntamente com as demais despesas processuais. Excepcionalmente, caso a divulgação de determinado documento implique em elevados custos, parece razoável que a parte possa manifestar sua discordância com tal apresentação perante o julgador, que decidirá a pertinência de tal revelação, como ocorre na *discovery*, em que é viável opor-se a requerimentos que importem uma carga excessivamente onerosa (FOLLE, Francis Perondi, *op. cit.*, pp. 131-152).

³³² Art. 334 do CPC/2015: Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. (...) § 4º A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual.

Depreende-se, assim, ser mais proveitoso o estudo do funcionamento de cada sistema atentando-se às suas realidades econômicas, sociais e culturais com a sugestão de modificações pontuais que estejam em harmonia com o sistema objeto de alteração³³³. Não há sentido em propor uma importação “nua e crua” de mecanismos utilizados em realidades absolutamente distintas, tentando adaptá-los a fórceps em outro ordenamento, e com a ação probatória autônoma não é diferente: é possível a identificação de semelhanças com sistemas alienígenas, mas a busca por ferramentas e soluções por eles adotadas devem ser avaliadas sempre de forma particularizada e atenta à realidade tupiniquim.

³³³ YARSHELL, Flávio Luiz. *O projeto de novo...*, p. 206.

CONCLUSÃO

Com o passar dos anos, a comunidade jurídica passou a compreender a importância da prova não apenas no processo, mas no litígio. A maior preocupação em empreender esforços para a resolução de conflitos antes que cheguem ao Poder Judiciário fez despertar a noção de que as partes envolvidas no litígio são, também, destinatárias da prova e figuras aptas a buscar a solução da controvérsia sem a necessidade de intervenção da Justiça Estatal. Contudo, a visão da prova como elemento destinado unicamente à formação da convicção do magistrado, por muito tempo consolidada na cultura e prática forense, se reflete no ordenamento jurídico, que oferece ao jurisdicionado ferramentas para produzi-la tendo em vista tal finalidade, de modo que a viabilidade de sua produção fora da fase de instrução esteve historicamente restrita à hipóteses de urgência, quando a preocupação era de que o juiz não conseguisse ter acesso aos elementos probatórios no momento próprio à sua apreciação. A carência de mecanismos que viabilizassem o conhecimento de informações e provas pelas partes fora de um contexto de judicialização do litígio, que demandava a criação de mecanismo que permitisse o acesso à prova para tal fim, foi suprida pela criação da ação probatória autônoma.

Nesse contexto, é louvável a iniciativa do legislador brasileiro ao conceber ferramenta com clara utilidade para a parte obter informações que antes só podia ter acesso após a propositura de demanda “de mérito”. Além disso, fez questão de elaborar mecanismos que possibilitassem o atingimento das normas fundamentais do novo processo civil, em especial a tentativa de promoção da solução consensual dos litígios. Para que a tendência de desjudicialização dos conflitos, claramente buscada pelo ordenamento jurídico brasileiro, se torne realidade, necessário justamente o desenvolvimento de ferramentas inteligentes que viabilizem a composição da lide fora do âmbito judicial e, também, tornem esta possibilidade atrativa.

O modelo de processo anglo-americano é o grande exemplo de sistema que proporciona às partes acesso a informações e documentos relevantes para o litígio, facilitando sua solução consensual. O acesso a tais elementos, indubitavelmente, favorece a autocomposição, uma vez que as partes têm a possibilidade de apreciar e valorar o mesmo material que o magistrado teria a sua disposição, o que propicia uma decisão esclarecida sobre o melhor caminho a seguir.

Por tais razões, não é raro nos depararmos com assertivas no sentido de que existiria uma “cultura do acordo” nos ordenamentos jurídicos anglo-americano, o que justificaria o alto índice de litígios ultimados por esse meio. A opção pela solução consensual, todavia, não se resume à possibilidade de acesso ao acervo probatório e às alegações das partes, mas também aos riscos e custos a serem assumidos para a obtenção da decisão de mérito. Por vezes, a opção pela autocomposição não é tão espontânea como parece, podendo derivar de fatores diversos, como os custos a serem incorridos com o procedimento, o que permite afirmar que o prévio acesso às provas e alegações da parte contrária não gerará, por si só, aumento exponencial da autocomposição. No entanto, assim como existem fatores que incentivam a composição, também se verificam circunstâncias peculiares daquele sistema que provocam efeitos indesejáveis, que distorcem a investigação dos fatos, de modo que da mesma forma que não podemos atribuir os benefícios da autocomposição apenas à existência da *discovery* e *disclosure* sem contextualizar com os traços típicos do sistema, também não há como sugerir que as falhas de tais mecanismos vão ser sentidas em qualquer sistema que adote ferramentas para a divulgação prévia de provas e informações.

A orientação dos ordenamentos processuais civis modernos rumo a modelos cada vez mais pautados pela colaboração entre os sujeitos do processo (levando ao incremento dos poderes do magistrado em países de tradição anglo-saxã, enquanto países de tradição romano-germânica criam ferramentas conferindo às partes papel relevante, seja na formação da decisão judicial, seja para a resolução do litígio por outra via) é sentida na criação da ação probatória autônoma, que confere ao jurisdicionado a oportunidade de ter acesso a elementos probatórios de forma prévia ao mesmo tempo em que mantém o magistrado na supervisão do procedimento, o que inibe a proliferação de abusos. A ação probatória autônoma está alinhada, assim, a essa nova tendência do processo colaborativo e deve ser encarada sob essa perspectiva, não sendo frutífera uma eterna comparação com figuras do direito anglo-americano na espera de que os benefícios e falhas se apresentem de forma idêntica em realidades distintas.

Se a criação da ação probatória autônoma provocará distúrbios significativos ou será ferramenta usada para a perpetuação de abusos só o tempo dirá, mas desde o início da vigência do CPC/2015 não é o que se tem observado, tampouco se verifica a existência de incentivos que sugiram tal cenário. Por outro lado, sempre há como

aperfeiçoar os mecanismos existentes, por isso a sugestão de divulgação obrigatória de todas provas e informações relevantes no curso do procedimento, que parece uma alternativa capaz de potencializar as chances de pôr termo ao litígio antes de alcançar a esfera judicial, além de tornar a investigação dos fatos ainda mais apurada.

Disposições similares trouxeram resultados reconhecidamente positivos no direito comparado, não havendo, *a priori*, incompatibilidades a obstar sua introdução no direito brasileiro. A imposição da revelação de documentos no âmbito da ação probatória autônoma possivelmente causaria surpresa, em um primeiro momento, aos operadores do Direito brasileiros, acostumados com a divulgação de elementos de prova apenas de maneira voluntária (especialmente para se desincumbir do ônus da prova) ou quando expressamente determinada pelo juiz. Por isso, não se propõem mudanças bruscas no sistema, sugerindo-se até mesmo a possibilidade das partes, de comum acordo, afastarem tal obrigação.

Soluções para falhas estruturais, como é o caso do alto volume de processos e da excessiva litigância, dificilmente se traduzirão em fórmulas simples, com aceitação unânime e imediata. É preciso buscar inspiração em modelos que se apresentaram eficientes e cuja adaptação à realidade brasileira revele-se viável, a fim de verificar se sua replicação, com os devidos ajustes, será capaz de evidenciar resultados igualmente positivos.

Não se pode perder de vista, todavia, que a ação probatória autônoma, da forma como atualmente disposta, é um instrumento inovador, capaz de, se bem manejada, trazer benefícios às partes, de modo que eventual reforma deve ser bem arquitetada a fim de que não desvirtue as vantagens já proporcionadas. Cabe à comunidade jurídica, compreendendo as finalidades da ação probatória autônoma, refletir sobre o instituto com vistas ao seu aprimoramento para que colhamos benefícios similares aos anglo-americanos sem sujeitarmo-nos às falhas de seus sistemas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

ABRANTES GERALDES, António Santos; PIMENTA, Paulo; PIRES DE SOUSA, Luís Filipe. *Código de Processo Civil anotado*, vol. I. Coimbra: Almedina, 2018.

AINSMORTH, Janet. *Legal discourse and legal narratives: adversarial versus inquisitorial models*. *Legal Discourse and Legal Narratives Language and Law/Linguagem e Direito*, vol. 2(1), 2015.

ALI/UNIDROIT. *Principles of Transnational Civil Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *O case management inglês: um sistema maduro?*, *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, v. 5, n. 7, 2011.

AMERICAN BAR ASSOCIATION, *How Courts Work*, 2019. Disponível em: <https://www.americanbar.org/groups/public_education/resources/law_related_education_network/how_courts_work/>. Acesso em 01/03/2021.

ANDREWS, Neil. *English civil procedure: a synopsis*. *Ritsumeikan Law Review*, n. 25, 2008.

_____. *English civil procedure: fundamentals of the new civil justice system*, Oxford: Oxford University Press, 2003.

_____. *Fundamentos dos custos legais: responsabilidade do vencido, acesso à justiça e disciplina processual*, *Revista de Processo*, v. 229, mar./2014.

ANSANELLI, Vincenzo. *Le prove a futura memoria nel diritto italiano*, *Revista de Processo*, v. 227, jan./2014.

ANTUNES VARELA, João de Matos; BEZERRA, José Miguel; SAMPAIO E NORA, José. *Manual de processo civil*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

ARAÚJO, José Aurélio de. Capítulo IV – Procedimento probatório extrajudicial. In: GRECO, Leonardo (coord.). *A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro - anteprojeto do grupo de pesquisa “Observatório das Reformas Processuais” da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*. vol. XIII, 2014.

ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, vol. 2: parte geral: institutos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Processo civil brasileiro, vol. 1: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência*, Revista de Processo, v. 282, ago/2018.

BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (coord.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira; NETO, Francisco Vieira Lima, *Anotações acerca do contempt of court no direito norte-americano*, Revista de Processo, v. 192, fev/2011.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*, 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. José Carlos. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BEDENUZI, Renato Resende. *Substantiierung, notice-pleading e fact-pleading – a relação entre escopo das postulações e função da prova nos processos alemão, americano e francês*. Revista de Processo, v. 245, jul./2015.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2002.

BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. (trad.) Manuel Ossorio Florit. Granada: Editorial Comares, 2001.

BERGA, Juan Garnica. *La prueba anticipada y el aseguramiento de la prueba en el proceso civil*. 2017. Tesis Doctoral – Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017.

BESSO, Chiara. *La discovery anglo-americana: un insospettato trapianto dal processo romano-canonico*. Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. 13, nº 13, 2014.

BICKFORD, Peter H., *Physical and mental examinations of defendants under rule 35*, Buffalo Law Review, vol. 13, nº 3, 1964. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/236351307.pdf>>. Acesso em: 06/03/2021.

BLANES, Francisco de Paula Puig; PUJALS, Jaime Illa. *Prontuario procesal civil*. 2ª ed. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2012.

BODART, Bruno, *Ensaio sobre a prova pericial no Código de Processo Civil de 2015*, Revista de Processo, v. 244, jun/2015.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. (trad.) Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999.

CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix. A produção antecipada de prova e o novo CPC. In: FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (coord.), *Direito probatório*. Salvador: JusPodivm, 2015.

CAMBI, Eduardo. *Direito à prova no processo civil*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 34, 2000.

CAMBI, Eduardo, *Direito constitucional à prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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

CAPELO, Maria José. Principais novidades sobre provas no Novo Código de Processo Civil Português. In: CALVÃO DA SILVA, João; CUNHA, Leonardo Carneiro da; CAPELO, Maria José; THOMAZ, Osvir Guimarães (org.). *Processo civil comparado: análise entre Brasil e Portugal*, São Paulo: Forense, 2017.

CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*. (trad.) Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1955.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CARRINGTON, Paul D., *Renovating discovery*, Alabama Law Review, vol. 49, 1997.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*, 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

CLEMENTE CASAS, Ismael. *Diligencias preliminares y medidas de anticipación y aseguramiento de prueba*. Actualidad Jurídica, Madrid: Uria Menéndez, n. 12, 2005.

COOTER JR., Robert B., ULEN, Thomas. *Law and economics*, 6ª ed. Boston: Pearson Education, 2011.

COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. *Provocações da análise econômica do processo civil*, Revista de Processo, v. 315, mai./2021.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1988.

CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CRETELLA NETO, José. *Do benefício da gratuidade da justiça*, Revista de Processo, v. 235, set./2014.

CURY, Cesar Felipe. *Produção antecipada de prova e o disclosure no direito brasileiro*. Revista FONAMEC - Rio de Janeiro, v.1, nº 1, mai./2017.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DíEZ-PICAZO, Ignacio. *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*. 3ª ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2004.

DELFINO, Lúcio; FERREIRA, Ziel Lopes, Streck, Fonseca Costa, Kahneman e Tversky: *todos contra o ativismo judicial probatório de Michele Taruffo*, Revista de Processo, v. 255, mai/2016.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.

_____. *Produção antecipada da prova*. In: FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (coord.), *Direito probatório*. Salvador: JusPodivm, 2015.

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

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada, antecipação dos efeitos da tutela*, 11ª ed. Salvador: Juspodvm, 2016.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial. Tomo I*, Buenos Aires: Victor P. de Zavalfa Editor, 1970.

EASTERBROOK, Frank H. *Discovery as abuse*, Boston University Law Review, vol. 69, 1989.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: *La carga de la prueba en la practica judicial civil*. Madrid: La Ley. 2006.

FISS, Owen M. *Against settlement*, The Yale Law Journal, vol. 93, nº 6, 1984.

FOLLE, Francis Perondi, *A prova sem urgência no direito norte-americano: um exame do instituto da discovery*, Revista de Processo, v. 204, fev/2012.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 4ª ed., Coimbra: Guestlegal, 2017.

GIBBONS, Susan M. C. *Subsequent use of documents disclosed in civil proceedings*, Diss. Oxford University, Oxford, 2002. Disponível em: <https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:ff1dd09b-b699-4cae-8022-85459ac336c8/download_file?file_format=pdf&safe_filename=THESIS01&type_of_work=Thesis>. Acesso em: 17/04/2021.

GOLDMAN, Thomas F.; HUGHES, Alice Hart. *Civil litigation: process and procedures*. 4ª ed. Nova Jersey: Pearson, 2019.

GÓMEZ, Belén Rizo. *La anticipación de la prueba en el proceso civil*. Valência: Tirant lo Blanch, 2010.

GÓMEZ LARA, Cipriano. *Teoría general del proceso*. 9ª edición, México: Oxford, 2001.

GRAINGER, Ian; FEALY, Michael. *The civil procedure rules in action*. 2ª ed. Londres: Cavendish Publishing Limited, 2000.

GUARAGNI, Giovanni Vidal; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. Produção antecipada de prova ou ação autônoma de exibição de documento: a controvérsia sobre a prova documental no CPC/2015, Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP, v. 20, n. 3, 2019.

HARDY, Christopher J. *The PSLRA's heightened pleading standard: does severe recklessness constitute scienter?*, University of San Francisco Law Review: vol. 35, 2001.

HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American civil procedure*. Londres: Yale University Press, 1993.

HOPWOOD, William; PACINI, Carl; YOUNG, George. *Fighting discovery abuse in litigation*. Journal of Forensic & Investigative Accounting, vol. 6, nº 2, 2014.

JOYCE, Timothy, *Preventing abuse of discovery in federal courts*, Catholic University Law Review, vol. 30, nº 2, 1981.

KERLEY, Peggy; HAMES, Joanne Banker; SUKYS, Paul A. *Civil litigation*. 5ª ed. Nova Iorque: Delmar, 2008.

KOPPEL, Joshua M. *Tailoring discovery: using nontranssubstantive rules to reduce waste and abuse*, University of Pennsylvania Law Review, vol. 161, 2012.

LACERDA, Galeno, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol VIII, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

LAUX, Francisco de Mesquita; RODRIGUES, Daniel Colnago. Antecipação da prova sem o requisito da urgência: primeiras reflexões à luz do novo CPC. In: FERREIRA,

William Santos; JOBIM, Marco Félix (coord.), *Direito probatório*. Salvador: JusPodivm, 2015.

LEGG, Michael; BONIFACE, Dorne. *Pre-action protocols*. Paper apresentado na *non-adversarial justice: implications for the legal system & society conference*, Melbourne, mai/2010. Disponível em: <<https://aija.org.au/wp-content/uploads/2017/08/LeggBoniface.pdf>>. Acesso em: 22/04/2021.

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

LOPES, João Batista, *Revisitação a alguns aspectos da teoria geral da prova*, Revista de Processo, v. 309, nov/2020.

LÓPEZ SIMÓ, Francisco; ALBA CLADERA, Felip. *Disposiciones generales sobre la prueba en el proceso civil*. Madrid: Wolters Kluwer, 2019.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARCUS, Richard. ‘American Exceptionalism’ in Goals for Civil Litigation. In: UZELAC, ALAN (Coord.). *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice, vol. 34, Cham: Springer, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, *Curso de processo civil, vol. 4: processo cautelar*, 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Curso de processo civil, vol. 4: processo cautelar*, 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *O novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Novo curso de processo civil, vol. 2: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINS, Graciela. Da Produção Antecipada da Prova. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: AASP e OAB/PR, 2015.

MCGANNEY, Thomas; SEIDEL, Selwyn, *Rule 26(b)(3): protecting work product*. Litigation, vol. 7, nº. 3, 1981.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MEHR III, Daniel S. *Excessive or warranted? the unshackling of discovery sanctions in Lee v. Max International, LLC*. Brigham Young University Law Review, vol. 2012, nº 2, 2012.

MEJÍA, Andrés Cruz, *Derecho probatorio: teoria y dogmática*, Barcelona: Bosch, 2020.

MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *O projeto de novo CPC e a ação probatória não cautelar*, Revista de Processo, v. 233, jul./2014.

MESQUITA, Miguel. *Princípio da gestão processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?* In: Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 145, nº 3995, Coimbra, nov/dez 2015.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, vol. 14, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*, 3ª ed. Madrid: Civitas, 2002.

MOSKOWITZ, Seymour. *Rediscovering discovery: state procedural rules and the level playing field*. Rutgers Law Review, vol. 54, nº 3, 2002.

MÜLLER, Júlio Guilherme. A produção desjudicializada da prova oral por meio do negócio processual: análise jurídica e econômica. Dissertação (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Justiça no Brasil: barata para os litigantes de má-fé, mas não para os bons cidadãos*, Revista de Processo, v. 181, mar./2010.

NAVARRO, José Bonet. *La prueba en proceso civil: cuestiones fundamentales*. Madrid: Ed. Difusión Jurídica, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 3ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016.

NOTE, *Discovery abuse under the federal rules: causes and cures*, The Tale Law Journal, vol. 92, 1982. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6781&context=ylj>>. Acesso em: 04/04/2021).

OAKLEY, John B. *A fresh look at the federal rules in state courts*. Nevada Law Journal. vol. 3, n.º. 2, 2003.

ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho procesal civil*, 9ª ed. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2009.

OSTOS, José Martín; MARÍN, María Ángeles Pérez, coord. *Lecciones de derecho procesal civil*. Sevilla: Astigi, 2020.

PAULA RAMOS, Victor. *O procedimento de produção “antecipada” de provas sem requisito de urgência no novo CPC: a teoria dos jogos e a impossibilidade de acordos sem calculabilidade de riscos*. Revista de Processo, vol. 263, jan. 2017.

PAULA RAMOS, Vitor de. *O procedimento probatório no Novo CPC. Em busca de interpretação do sistema à luz de um modelo objetivo de corroboração das hipóteses táticas*. In: FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (coord.), *Direito probatório*. Salvador: JusPodivm, 2015.

PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 1996.

PINHO, Américo Andrade. *Ações probatórias autônomas*, Revista de Processo, v. 307, set./2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. *Manual de direito processual civil*. 2ª edição – São Paulo: Saraiva, 2020.

PITTA, Rafael Gomiero. *Pre-suit e pretrial: as lições do sistema anglo-americano para as necessárias reformas do procedimento probatório brasileiro*. 2019. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2019.

QUEIROZ, Pedro Gomes de. *O poder do juiz de produzir prova de ofício*, Revista de Processo, v. 204, jun/2020.

RAATZ, Igor. *Revisitando a “colaboração processual”: ou uma autocrítica tardia, porém necessária*, Revista de Processo, v. 309, nov./2020.

RODRIGUES, Marco Antonio; PIMENTEL, João Ricardo Ferreira Fortini. *A preparação do processo civil: produção antecipada de provas, diligências preliminares, pretrial discovery e os pre-action protocols*, Revista de Processo, v. 290, abr./2019.

SANTAMARÍA, Rebeca Castrillo. *La preparación del proceso civil: las diligencias preliminares*, Barcelona: Bosch Procesal, 2018.

SANTOS, Juliano Locatelli. *A produção antecipada de provas no CPC de 2015 e a diminuição da litigância*. Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 5, nº 2, 2019.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: vol. 3: processo cautelar (tutela de urgência)*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVEIRA, Susana Amaral. *Acordos incentivados: uma contribuição britânica nos caminhos buscados pelo judiciário brasileiro*. Dissertação (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2010.

SORABJI, John. *English civil justice after the Woolf and Jackson reforms: a critical analysis*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *As Partes, o objecto e a prova na acção declarativa*. Lisboa: Lex, 1995.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997.

SPENCER, Benjamin., *Back to the future: pleading again in the age of Dickens?*, 2010. Disponível em: <<https://www.poundinstitute.org/wp-content/uploads/2019/04/2010-Pound-Forum-Spencer-Paper-1.pdf>>. Acesso em: 15/02/2021.

STRECK, Lenio Luiz, *Processo judicial como espelho da realidade? Notas hermenêuticas à Teoria da Verdade em Michele Taruffo*, Sequência (Florianópolis), n. 74, dez. 2016.

SUBRIN, Stephen N. Fishing Expeditions Allowed: The Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules. Boston College Law Review, vol. 39, nº 3, 1998.

SUCUNZA, Matías A.; VERBIC, Francisco. Prueba anticipada en el nuevo Código Procesal Civil: un instituto relevante para la composición eficiente, informada y justa de los conflictos. In: FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (coord.). *Direito probatório*. Salvador: JusPodivm, 2015.

TALAMINI, Eduardo. Comentários ao art. 382. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada de prova*, 2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/235462/producao-antecipada-de-prova>>. Acesso em: 20/05/2021.

TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015*, Revista de Processo, v. 160, out./2016.

TARUFFO, Michelle. *El proceso civil de “civil law”: Aspectos fundamentales*. Ius et Praxis, Talca, v. 12, n. 1, 2006. Disponível em:

<https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000100004&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 05/02/2021.

_____. *Ermeneutica, prova e decisione*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 4, nº 1, 2018.

_____. *Il diritto alla prova nel processo civile*, Rivista di Diritto Processuale, nº 1, jan./mar., 1984.

_____. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. (trad.) Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons, 2010.

THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I*. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação*. In: Revista Dialética de Direito Processual, nº 102. São Paulo: Dialética, 2011.

THORNBURG, Elizabeth G. *Just say "no fishing": the lure of metaphor*. University of Michigan Journal of Law Reform, vol. 40, nº 1, 2006.

TRINDADE, André Karam, *O taller com Taruffo e o problema da verdade nas narrativas processuais*, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-03/diario-classe-taller-taruffo-problema-verdade-narrativas-processuais>>. Acesso em: 29/11/2020.

VACCARELLA, Romano; GIORGETTI, Mariacarla. *Codice di procedura civile. Annotato con la giurisprudenza*, Turim: UTET, 2008.

VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. *Provas (direito probatório material)*. In: BMJ, nº 112, Lisboa: MJ, 1962.

VERKERK, Remme, *Comparative aspects of expert evidence in civil litigation*, The International Journal of Evidence & Proof, vol. 13, nº 3, jul. 2009.

WILSON, Steve; RUTHERFORD, Helen; STOREY, Tony; WORTLEY, Natalie. *English legal system*. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2018.

WINNER, Fred M., *The discovery procedure in the general practice*, Wyoming Law Journal, vol. 12, nº 3, 1958. Disponível em: <<https://scholarship.law.uwyo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1497&context=wlj>>. Acesso em: 05/03/2021.

WOOLF, Harry. *Civil justice in the United Kingdom*. The American Journal of Comparative Law, vol. 45, nº 4, 1997. Disponível em: www.jstor.org/stable/841013.

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

_____. Capítulo XII. Das provas. Seção II - Da produção antecipada da prova. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; DANTAS, Bruno; TALAMINI, Eduardo (coord.) *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

YEAZELL, Stephen C.; SCHWARTZ, Joanna C. *Civil procedure*. 9ª ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2015.

ZUCKERMAN, Adrian A. S. *Lord Woolf's Access to Justice: Plus ça change...* The Modern Law Review, vol. 59, nº 6, nov./1996.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp nº 1.481.435 - SP. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 03 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900960729&dt_publicacao=10/09/2019>. Acesso em: 25/05/2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp nº 1.690.037 - SP. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 16 de novembro de 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000858012&dt_publicacao=14/12/2020>. Acesso em: 25/05/2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp nº 1.763.809 - SP. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 11 de maio de 2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002457891&dt_publicacao=14/05/2021>. Acesso em: 25/05/2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no Ag nº 1.042.580 - MG. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, 16 de novembro de 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200800866964&dt_publicacao=29/11/2010>. Acesso em: 25/05/2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 1.295.474 - PA. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Brasília, 24 de abril de 2014. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102831149&dt_publicacao=07/05/2014>. Acesso em: 25/05/2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. EResp nº 617.428 - SP. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 4 de junho de 2014. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102882939&dt_publicacao=17/06/2014>. Acesso em: 24/08/2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 21.418 - SP. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, 21 de junho de 1993. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199200096794&dt_publicacao=16/08/1993>. Acesso em: 25/05/2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 39.441 - BA. Relator: Min. Claudio Santos. Brasília, 15 de dezembro de 1993. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199300277871&dt_publicacao=07/03/1994>. Acesso em: 10/05/2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 78.836 - SP. Relator: Min. Costa Leite. Brasília, 13 de fevereiro de 1996. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199500571978&dt_publicacao=20/05/1996>. Acesso em: 25/05/2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 474.167 - RS. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 16 de setembro de 2003. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200201445707&dt_publicacao=06/10/2003>. Acesso em: 25/05/2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 1.803.251 - SC. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 22 de outubro de 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802358233&dt_publicacao=08/11/2019>. Acesso em: 27/04/2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70085096022. Relatora: Desembargadora Lusmary Fatima Turelly da Silva. Porto Alegre, 30 de junho de 2021. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php>. Acesso em: 26/08/2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 50061367920208212001. Relator: Desembargador Cairo Roberto Rodrigues Madruga. Porto Alegre, 18 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php>. Acesso em: 26/08/2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 50014284920218212001. Relator: Desembargador Jorge Alberto Vescia Corssac. Porto Alegre, 18 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php>. Acesso em: 26/08/2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. *Cunningham v. Hamilton County*, 527 U.S. 198 (1999). Justice Thomas. Washington, D.C., 14 de junho de 1999. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/527/198/>>. Acesso em: 10/04/2021.

_____. Supreme Court. *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495, 507 (1947). Justice Frank Murphy. Washington, D.C., 13 de janeiro de 1947. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/329/495/>>. Acesso em: 20/02/2021.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Processo n. 1737/11.4TVLSB.L1-7, Relator Luís Lameiras. Lisboa, 07 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/d76c86455e4ff12c802579b40053105b?OpenDocument>>. Acesso em: 10/01/2021.

_____. Tribunal da Relação do Porto. Processo n. 577/08.2TBVNG-A.P1, Relator Rodrigues Pires. Porto, 16 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/090E04E552C644EF802576B7005810D9>>. Acesso em: 20/01/2021.