

OCTAVIANO BAZILIO DUARTE FILHO

**INCIDENTES PROCESSUAIS INSTAURADOS NOS PROCESSOS DE
FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL,
PARA APURAÇÃO DE FRAUDE CONTRA CREDOR**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Dr. Oreste Nestor de Souza Laspro

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

São Paulo - SP

2021

OCTAVIANO BAZILIO DUARTE FILHO

**INCIDENTES PROCESSUAIS INSTAURADOS NOS PROCESSOS DE
FALÊNCIA, RECUPERAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL, PARA
APURAÇÃO DE FRAUDE CONTRA CREDOR**

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob a orientação do Professor Dr. Oreste Nestor de Souza Laspro.

Versão corrigida em 08/11/2020 – A versão original, em formato eletrônico, está disponível na CPG da Unidade

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo - SP
2021**

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Duarte Filho, Octaviano Bazilio

Incidentes processuais instaurados no processo de falência, recuperação judicial e extrajudicial, para apuração de fraude contra credor ; Octaviano Bazilio Duarte Filho ; orientador Oreste Nestor de Souza Laspro -- São Paulo, 2021.

181 f.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021.

1. Incidentes processuais. 2. Fraude praticada contra o credor. 3. Processo de falência, recuperação judicial e extrajudicial. 4. Direito autônomo à prova. 5. Obtenção de provas em jurisdições estrangeiras. I. Laspro, Oreste Nestor de Souza , orient. II. Título.

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: Octaviano Bazilio Duarte Filho

Título: Incidentes processuais instaurados no processo de falência, recuperação judicial e extrajudicial, para apuração de fraude contra credor

Natureza: Dissertação de Mestrado

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Orientador: Professor Dr. Oreste Nestor de Souza Laspro

Área de Concentração: Direito Processual

Data da Banca: _____

Banca Examinadora

Professor Dr. Oreste Nestor de Souza Laspro (Orientador)

*A minha querida esposa, Mariana, minha
inspiração diária, que está sempre ao meu
lado e cujo apoio foi fundamental para a
realização deste trabalho.*

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por ter sempre me dado força e perseverança nesse árduo, mas muito satisfatório desafio da pós-graduação.

Agradeço, também, a minha querida família por todo suporte e incentivo. A minha esposa, Mariana, que sempre esteve ao meu lado e me apoiou nesta empreitada, cuidando tão bem dos nossos queridos filhos, Manuela e Antonio, em especial nos muitos momentos em que tive que me dedicar aos estudos da pós-graduação. Aos meus queridos pais, Octaviano e Maria do Carmo, muito obrigado por toda a educação que me propiciaram e o apoio irrestrito no desenvolvimento dos meus estudos, principalmente quando me incentivaram a mudar para São Paulo e fazer a graduação na Faculdade de Direito da USP.

Meu agradecimento especial também por todo apoio e direcionamento do querido professor Oreste Laspro, meu orientador, que desde o início, quando decidi realizar o mestrado, confiou no meu trabalho e no tema desenvolvido. Também não poderia deixar de agradecer aos Professores do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP, que sempre me inspiraram e despertaram meu grande interesse pela disciplina de processo na graduação e agora na pós-graduação.

Agradeço, ainda, a todos meus amigos do escritório de advocacia do qual sou um dos sócios, por todo auxílio e conselhos, bem como por serem a grande fonte de inspiração na escolha do tema desenvolvido nessa dissertação. Agradeço ao Henrique Forssell e Marcelo Lucidi por todo apoio e pela rica discussão sobre o tema do trabalho.

Por fim, não poderia deixar de fazer um agradecimento póstumo ao meu saudoso avô Newton Sucupira, que dedicou sua vida inteira à educação, em especial ao ensino superior e à pós-graduação, deixando um grande legado para o país com a elaboração do Parecer Sucupira em 1965, que reformulou a pós-graduação no país. Toda sua contribuição e dedicação à educação renderam-no a justa homenagem com a designação da Plataforma Sucupira. Meu avô Sucupira foi uma fonte de inspiração para mim desde a época da graduação e tenho certeza que sua disciplina e dedicação sempre me guiaram não só na carreira acadêmica, mas também na profissional.

“O jurista é o ponto de intersecção entre a teoria e a prática, entre a ciência e a experiência.” (Lourival Vilanova)

DUARTE FILHO, Octaviano Bazilio. *Incidentes processuais instaurados no processo de falência, recuperação judicial e extrajudicial, para apuração de fraude contra credor*. 2021. 181f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

RESUMO

O Poder Judiciário brasileiro tem se deparado com a instauração cada vez mais recorrente de incidentes processuais em ações judiciais relacionadas à insolvência empresarial, para apuração de fraude contra credor, em seu sentido amplo, inclusive quando os ilícitos praticados pelo devedor e seus partícipes têm reflexos em jurisdições estrangeiras. Procurou-se demonstrar que em tais incidentes há o efetivo exercício autônomo à prova, permitindo-se inclusive que se possa ter a compreensão da viabilidade ou não da propositura de medidas indenizatórias, revocatórias, entre outras, para se atingir o objetivo final de arrecadação de ativos para pagamentos dos credores da empresa em insolvência, nos termos da previsão contida no inciso III, do artigo 381 do Código de Processo Civil. Sustentou-se que tais incidentes estariam enquadrados em uma espécie atípica de produção antecipada da prova e que neles é possível o exercício pleno e amplo do direito à investigação, que está inserido no direito autônomo à prova. Em razão dos múltiplos interesses envolvidos, sustentou-se que o direito à investigação relacionado ao processo concursal empresarial possui prerrogativas mais fortes e excepcionais que um processo cível comum em que litigam apenas partes opostas no polo passivo e ativo, sendo possível, em alguns casos, o sigilo na investigação realizada. Foram abordadas, por fim, medidas específicas para a obtenção de provas em jurisdições estrangeiras, em especial nos países que adotam o sistema de *common law*. Em todo trabalho há uma abordagem recorrente e necessária sobre a jurisprudência nacional e estrangeira.

Palavras-chave: Incidentes processuais. Fraude praticada contra o credor. Processo de falência, recuperação judicial e extrajudicial. Direito autônomo à prova. Obtenção de provas em jurisdições estrangeiras.

DUARTE FILHO, Octaviano Bazilio. *Incidental proceedings commenced under bankruptcy, judicial and extrajudicial reorganization, in order to identify fraud against the creditor*. 2021. 181p. Thesis (Master) - Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2021.

ABSTRACT

The Brazilian Judiciary has increasingly witnesses the commencement of incidental proceedings under corporate insolvency applications, with the purpose of investigating fraud against the creditors (in its broadest sense) even when the wrongdoings committed by the debtor and its accomplices lead to consequences in foreign jurisdictions. This study sought to demonstrate that in such incidental proceedings there is an effective exercise of an autonomous right to prove, thereby allowing one to understand the feasibility of proposing indemnity measures, avoidance actions, among others, to achieve the ultimate goal of collecting assets for the payment of the creditors of the insolvent company, pursuant to the provisions contained in item III of article 381 of the Code of Civil Procedure. This study further argued that such incidental proceedings would be characterized as an atypical type of early production of evidence, under which it is possible to exercise the full and broad right to investigate, which is part of the autonomous right to prove. Due to the multiple interests involved, this study also argued that the right of investigation arising from an insolvency proceeding has stronger and exceptional prerogatives in comparison with typical civil proceedings in which only opposing parties litigate as claimants and defendants, it being possible, in some instances, to perform investigations under judicial secrecy. Finally, this study reviewed specific measures for obtaining evidence in foreign jurisdictions, especially in countries that adopt the common law system. In the study as a whole, there is a recurrent and necessary approach to national and foreign jurisprudence.

Key words: Incidental proceedings. Fraud against the creditor. Bankruptcy, judicial and extrajudicial reorganization. Autonomous right to prove. Obtaining evidence in foreign jurisdictions.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. DO DIREITO AUTÔNOMO À PROVA NO PROCESSO DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL EM CASO DE FRAUDE ONTRA CREDOR.....	19
2.1. Delimitação do caso prático objeto de estudo – incidente processual para investigação de fraude contra credores no processo de falência	19
2.2. Conceito do direito autônomo à prova.....	25
2.2.1. Estrutura analítica do direito autônomo à prova.....	32
2.2.2. A antecipação da prova	36
2.2.2.1. Código de Processo Civil de 1973	37
2.2.2.2. Código de Processo Civil de 2015	41
2.2.3. Direito à investigação.....	43
2.2.3.1. Juiz e Ministério Público no direito à investigação do Estado	46
2.2.3.2. Direito à investigação como consectário do direito autônomo à prova.....	51
2.2.3.3. Do expresse direito de investigação concedido ao advogado em processo penal, conforme o Provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB.....	52
2.2.4. Limites do direito autônomo à prova	55
2.3. Aspectos relevantes que fortalecem o poder de investigação e a sua relevância no caso de fraude contra credor no processo de falência e de recuperação judicial	62
2.3.1. Tutela do crédito e interesse público.....	64
2.3.2. Natureza intermediária dos bens jurídicos protegidos	66
2.3.3. Assimetria de informações.....	68
2.3.4. Administrador judicial.....	72
2.3.5. Direito à prova dos credores nos casos de fraude praticada pelo devedor	79
3. ANÁLISE DE QUESTÕES PROCESSUAIS RELEVANTES NO TRÂMITE DO INCIDENTE PROCESSUAL INSTAURADO PARA OBTENÇÃO DA PROVA DA FRAUDE CONTRA CREDOR NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA	82
3.1. Processo autônomo, processo incidental ou incidente processual	83
3.2. Sigilo - contraditório diferido	86
3.2.1. Diferenciação entre sigilo para o investigado (devedor) e sigilo para terceiros	92
3.3. Possibilidade de inversão do ônus da prova para o devedor em casos de fraude	94
3.4. Obtenção de informações protegidas por sigilo fiscal e bancário em casos de fraude contra credores	99

3.5. A obtenção de provas no exterior.....	103
4. A INVESTIGAÇÃO DA FRAUDE COM REFLEXOS EM OUTRAS JURISDIÇÕES E MEDIDAS PROCESSUAIS CABÍVEIS	110
4.1. Principais aspectos processuais da falência transnacional – a lei modelo da UNCITRAL.....	111
4.1.1. Acesso à jurisdição brasileira	115
4.1.2. Reconhecimento do procedimento estrangeiro.....	116
4.1.3. Procedimento Falimentar Secundário Brasileiro e Reconhecimento de Processo Estrangeiro Principal	117
4.1.4. Trâmite do Procedimento Falimentar Secundário Brasileiro	119
4.1.5. Produção de provas sob supervisão do juízo falimentar.....	121
4.1.6. Cooperação.....	123
4.2. Medidas processuais de investigação para demonstração de fraude internacional, localização e recuperação de ativos em jurisdições estrangeiras.....	126
4.2.1. Os mecanismos de instrução preliminar dos sistemas de <i>common law</i>	127
4.2.2. <i>Chapter Fifteen</i> — Capítulo 15, Título 11 do <i>United States Code</i>	134
4.2.2.1. Origem e objetivo.....	134
4.2.2.2. Reconhecimento do procedimento estrangeiro de insolvência	135
4.2.2.3. Produção de provas e investigação sobre os negócios e ativos do devedor	137
4.2.2.4. Arrecadação dos ativos do devedor no território americano.....	139
4.2.3. <i>Section 1782</i> — Seção 1782, Título 28 do <i>United States Code</i>	141
4.2.4. <i>Norwich Pharmacal Order</i>	145
4.2.5. Protocolo de <i>Las Leñas</i> e Convenção de Haia: mecanismos alternativos	150
5. CONCLUSÃO	158
REFERÊNCIAS.....	162

1. INTRODUÇÃO

Desde março de 2020, o mundo tem se deparado com umas das piores pandemias já enfrentadas em razão do COVID-19, a qual resultou e vem resultando numa grave crise econômica em praticamente todos os países. Em razão das necessárias medidas restritivas para a manutenção de distanciamento social, para vários setores da economia, em especial o turismo, comércio, restaurantes e bares, haverá um aumento exponencial de pedidos de recuperação extrajudicial ou judicial e de decretações de falência.

Crises podem ocorrer por fatores internos de desequilíbrio econômico ou por fatores externos, como desastres naturais, pandemias ou guerras. Contudo, o estado de insolvência pode decorrer também de atos de gestão fraudulenta ou do abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, gerados pelo sócio controlador e/ou administrador da empresa ou grupo econômico. Tais atos tanto podem ocorrer no âmbito de uma empresa saudável, com condições de exercer suas atividades normalmente, quanto em uma empresa que já passava por dificuldades financeiras, na qual o objetivo do sócio controlador ou administrador foi ocultar ou desviar patrimônio em detrimento dos credores ou utilizar indevidamente o processo de recuperação judicial ou extrajudicial.

É importante esclarecer, desde já, que a menção a “devedores” ou “devedor” é feita neste trabalho na forma mais ampla possível e engloba não só a empresa em recuperação ou a empresa falida, mas também seus controladores diretos, indiretos e todas as pessoas que contribuíram para eventual fraude e que estão sujeitas à eventual responsabilização pelo credor.

Os atos fraudulentos praticados por devedores em detrimento de seus credores, que envolvem valores vultosos, estão cada vez mais sofisticados, complexos e dinâmicos e, em alguns casos, envolvem outras jurisdições. Ultimamente, a sociedade também tem se deparado com fraudes relacionadas às criptomoedas, tornando-se mais complexo ainda o trabalho para desvendá-las e recuperar ativos para pagamento aos credores.

No aspecto econômico, a relevância do tema mostra-se evidente pela análise da pesquisa realizada pela Global Financial Integrity¹ que constatou que as remessas ilegais de divisas no Brasil superaram as legais em 113% entre os anos de 1960 e 2012. As remessas legais de capital totalizaram US\$ 188,6 bilhões de dólares, ao passo que as remessas ilegais totalizaram US\$ 401,6 bilhões de dólares, ou seja, mais que o dobro.

Com o desígnio de prevenir, investigar e comprovar tais atos, o Magistrado, o Ministério Público, o administrador judicial e os credores precisam ter à sua disposição um arcabouço jurídico que lhes confira medidas processuais eficazes e exitosas. Neste contexto, inclusive, frutificam interessantes debates sobre a instrumentalidade do processo, a pacificação social e a reparação efetiva dos danos decorrentes de atos fraudulentos. Como bem ressaltado pela Ministra Nancy Andrichi, “é necessário que o Poder Judiciário também inove sua atuação no intuito de encontrar meios eficazes de reverter as manobras lesivas, punindo e responsabilizando os envolvidos”².

Seguindo esta linha de raciocínio, “é preciso compatibilizar a teoria e a realidade, buscando soluções que confirmem ao processo o maior grau de utilidade possível e reduzindo a dimensão técnica do processo ao estritamente essencial, à luz da funcionalidade das regras processuais (interpretação sistemática e teleológica).”³ Nessa ordem de ideias e analisando o processo de falência como um processo de execução coletiva, cabe ressaltar os ensinamentos de Luiz Guilherme Marioni e Daniel Mitidiero⁴ de que “o legislador infraconstitucional tem o dever de prever técnicas processuais executivas capazes de concretizar os direitos preventiva e repressivamente, contando ou não com a colaboração do demandado para a realização do direito do demandante”. Sob essa perspectiva, certamente o jurisdicionado poderá exercer o seu direito à efetividade da tutela jurisdicional.

Saliente-se que o estudo ora proposto não tem como único objetivo a proteção do credor perante fraudes perpetradas pelo devedor, mas da sociedade como um todo, pois é salutar a existência de mecanismos eficazes de defesa e reparação para enfrentar a quebra da boa-fé nas relações comerciais. Como aduz Humberto Theodoro Júnior, “as regras do direito

¹COSTA, Machado da. Remessas ilegais superam legais no país, aponta estudo. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 08 set. 2014. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2014/09/1512523-remessas-ilegais-superam-legais-no-pais-aponta-estudo.shtml>.

²STJ, REsp 1.266.666/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, Terceira Turma, j. 09.08.2011, DJe 25.08.2011.

³LUCON, Paulo Henrique dos Santos; GABBAY, Daniela Monteiro. Coisa julgada *secundum eventum probationes* e pedido nas ações coletivas. In: NUSDEO, Ana Maria de Oliveira; SILVA, Solange Teles da (Orgs.). *Processos coletivos e tutela ambiental*. São Paulo, Leopoldianum, 2007. p. 169.

⁴MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 29-30.

caracterizam-se pela preocupação da efetividade, pelo que procuram cercar-se de mecanismos sancionatórios que desencorajem os possíveis infratores e que possam neutralizar os atentados inevitáveis”⁵. Neste sentido, cita-se o entendimento de Oreste Nestor de Souza Laspro de que “das grandes preocupações dos processualistas, ressalta-se aquela de tornar o processo, enquanto procedimento em contraditório, um instrumento de garantia das partes na resolução de conflitos.”⁶

Para além das tradicionais medidas de reconstrução, já muito abordadas pela doutrina e jurisprudência, a premissa dogmática do presente trabalho é a de que a Lei de Falência e Recuperação, recentemente alterada pela Lei 14.112/2020, e o Código de Processo Civil contêm eficazes dispositivos que sustentam a adoção de incidentes processuais⁷ para demonstrar fraudes e localizar ativos desviados pelo devedor.

Merece destaque, desde já, a louvável previsão contida no artigo 4º. do Código de Processo Civil, que está inserida no capítulo das normas fundamentais do processo civil, no sentido de que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. Nesta mesma linha e também plenamente aplicável no processo de insolvência, o artigo 8º. do CPC bem estipula que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.” Especificamente quanto à eficiência, que se enquadra no princípio da efetividade, Michelle Taruffo afirma que “*um sistema procesal es eficiente cuando es razonablemente rápido y económico, pero también cuando está estructuralmente orientado a alcanzar decisiones completamente informadas, correctas e fiables, en todos los aspectos de la controversia*”.⁸

Em relação aos princípios que regem o nosso processo civil, Marcelo José Magalhães Bonizzi lembra muito bem que aqueles “desempenham, em linhas gerais, uma função instrumental em relação aos escopos sociais, políticos e jurídicos do sistema, que recomenda

⁵THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Fraude contra credores: a natureza da sentença pauliana*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 61.

⁶LASPRO, Oreste Nestor de Sousa. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. (Coleção de estudos de direito de processo Enrico Tulio Liebman).

⁷Esta forma específica – incidental – e suas implicações são discutidas mais adiante neste trabalho.

⁸TARUFFO, Michele. Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil. In: TARUFFO, Michele. *Páginas sobre Justicia civil*. Traducción de Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 248.

a aplicação desses princípios apenas naquilo que for útil a esses resultados”⁹. Especificamente em relação ao processo de falência, que será objeto do presente trabalho, a própria Lei 11.101/2005, no parágrafo único do seu artigo 75, reforça que aquele “atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual.” Também merece destaque o disposto no artigo 5º. da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Infelizmente, é senso comum entre os operadores de direito que a recuperação de ativos em favor de uma massa falida é extremamente lenta e não é incomum processos de falência perdurarem por décadas sem qualquer solução. Da mesma forma, é recorrente que os deságios e prazos de pagamento nos processos de recuperação judicial ou extrajudicial são extremamente prejudiciais aos credores, os quais, muitas vezes sem esperança na efetividade da recuperação do seu crédito em eventual processo de falência, acabam sendo compelidos a aceitar um plano de recuperação muito desvantajoso.

Diante desse cenário, a aplicação assertiva dos referidos artigos 4º. e 8º. combinados com demais disposições do próprio Código de Processo Civil, da Lei 11.101/2005 e a evolução da doutrina e jurisprudência certamente já permitem uma maior efetividade das medidas necessárias para a mitigação dos prejuízos sofridos pelos credores.

Conforme decorre do art. 22, inciso I, alíneas b) e d), e do art. 22, inciso II, alínea a), ambos da Lei 11.101/2005, uma das principais funções do administrador judicial na recuperação judicial é garantir a transparência acerca dos elementos da atividade que se pretende soerguer¹⁰, abrindo espaço para a adoção das medidas de prevenção quando necessárias. Além disso, o art. 64 do mesmo diploma constitui verdadeiro mecanismo de prevenção à fraude ou ao seu agravamento, sendo resguardo à honestidade, moralidade e boa-fé enquanto vetores indispensáveis à preservação da função social da empresa e à proteção dos credores¹¹. Diante disso, pode-se concluir que o administrador judicial também está autorizado a capitanear os procedimentos de busca e obtenção da prova.

⁹ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 279.

¹⁰ Afirmam os dispositivos, respectivamente, que cabe ao administrador judicial, “fornecer, com presteza, todas as informações pedidas pelos credores interessados”, bem como “exigir dos credores, do devedor ou seus administradores quaisquer informações”, e também “fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano de recuperação judicial”.

¹¹ O dispositivo expressamente prevê o afastamento dos administradores atuais da recuperanda caso “houver agido com dolo, simulação ou fraude contra os interesses de seus credores”.

Fundado especialmente no denominado *direito autônomo à prova*, do qual partimos para analisar diferentes contextos históricos, mecanismos processuais e também a doutrina e jurisprudência internacional, o presente trabalho, em seu Capítulo 2, começa com a apresentação de uma criação jurisprudencial, iniciada aproximadamente em 2008 e provocada principalmente por administradores judiciais e seus auxiliares, em que são abertos incidentes processuais de antecipação de provas para demonstração de fraude contra credores e localização de ativos ocultados por negócios complexos engendrados pelo devedor.

A partir da descrição de uma situação eminentemente fática, que delimita o caso prático de nosso estudo, faremos as abordagens técnica e acadêmica que sustentam o pleno exercício do direito autônomo à prova, mesmo antes da inovação legislativa trazida no artigo 381 do CPC de 2015. Esse artigo prevê expressamente a produção de prova antecipada para a parte avaliar se litigará ou não, assim como para viabilizar eventual autocomposição, nos termos dos seus incisos II e III. Conforme bem salientado por Eduardo Talamini¹², os atuais dispositivos do Código de Processo Civil que tratam do direito da parte pré-constituir uma prova, ou seja, de forma antecipada e desvinculada de um outro pleito de provimento jurisdicional, são exemplificativos (produção antecipada de provas, exibição de documento, arrolamento de bens e justificação). A hipótese prevista no inciso III do artigo 381 é eloquente exemplo do direito autônomo à prova, já defendido, antes mesmo da promulgação do novo CPC, por Flávio Luiz Yarshell em sua obra “Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova”¹³.

Assim, será possível perceber que os incidentes processuais instaurados nos processos de falência e recuperação judicial e extrajudicial, os quais serão a base de estudo deste trabalho, são instrumentos para o exercício do direito autônomo à prova que muito se aproximam da produção antecipada de provas prevista no artigo 381 do Código de Processo Civil de 2015.

Com efeito, o aperfeiçoamento dos mecanismos de direito à prova no processo de insolvência e a maior efetividade no combate à fraude e na recuperação de ativos acarretam inegável melhoria no setor econômico e social do país, pois a segurança jurídica deles

¹² TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 260, p. 75-101, out. 2016.

¹³ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Trata-se da tese apresentada no concurso para o cargo de professor titular do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

decorrente possibilita a geração de mais empregos, a redução dos juros bancários e o aumento da receita com tributos, entre outros benefícios. A clareza e coerência que se busca neste trabalho para apresentar o direito à prova como baluarte da comprovação de fraudes mostra-se salutar na denominada terceira fase sociopolítica da jurisdição¹⁴, marcada pela crise do Estado Social, judicialização exacerbada e complexidade dos litígios.

No Capítulo 3 será feita a análise das diversas implicações dogmáticas do direito autônomo à prova mediante a análise pragmática do exercício do direito à investigação também nos processos de falência e recuperação judicial. Será especificado, em tópico próprio do Capítulo 3, como o judiciário tem aceito o exercício do direito autônomo à prova para investigação de fraude e localização de ativos nos processos concursais, o qual se realiza, por questões práticas, por meio de incidentes processuais, não obstante a autonomia do procedimento de pré-constituição da prova. Tal procedimento encerra-se com a coleta de provas que permitirá ao administrador judicial, Ministério Público e credor analisarem se é viável, por exemplo, a propositura de incidente de desconsideração da personalidade jurídica, de ação revocatória, pedido de destituição do administrador da empresa em recuperação judicial, entre outras medidas.

Merecerá uma especial atenção o fato de que, pela própria natureza da fraude, credores, Ministério Público e administrador judicial muitas vezes não terão, de imediato, acesso aos elementos mínimos necessários para a adoção de medidas para recuperação de ativos, razão pela qual o efetivo exercício do direito à investigação é fundamental para desvendar a fraude contra o credor, em sentido amplo.

No âmbito do referido direito autônomo à prova, analisaremos também hipóteses em que a investigação deve ocorrer de forma sigilosa¹⁵, por meio do referido incidente processual, em que o contraditório ao devedor é diferido com o fim de evitar-se o desfazimento ou alteração das evidências, o que torna eficaz a tutela jurisdicional pleiteada. Tal prática vem sendo admitida reiteradamente pelo Poder Judiciário, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, e está fundada basicamente nos requisitos necessários para a concessão da tutela de urgência, conforme previsto no artigo 300 do Código de Processo Civil: “elementos que evidenciam a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo”. Para se atingir a almejada efetividade do direito de investigação

¹⁴SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. 2. ed. Porto: Afrontamento, 1996. p. 42.

¹⁵Conforme análise do item 3.2. do presente trabalho.

em fraudes complexas, é fundamental, em muitos casos, o elemento surpresa, sob pena do fraudador adotar medidas que inviabilizem a busca das provas pelo credor. Salienta-se, desde já, que apesar da possibilidade do contraditório diferido, oportunamente a parte investigada deverá ter direito amplo à defesa e ao devido processo legal.

Como bem ponderado por Flávio Luiz Yarshell¹⁶, não se pode igualar as técnicas de investigação empregadas para o combate ao crime, de um lado, e para a apuração de fatos com relevância em processo civil, de outro lado. Contudo, tratando-se de processos de recuperação e falência, buscaremos demonstrar que particularidades dogmáticas envolvendo a natureza dos referidos procedimentos autorizarão, ao menos, ponderar no caso concreto sobre a extensão do âmbito investigativo dos agentes processuais¹⁷.

No limite desta linha argumentativa, ante a relevância social e econômica de tais processos, buscaremos demonstrar que as técnicas de investigação podem inclusive aproximar-se das adotadas em procedimentos criminais, tais como quebra de sigilo bancário, fiscal e outras medidas similares, sempre respeitando as salvaguardas do sistema jurídico¹⁸ e quando há fortes indícios de cometimento de fraude.

Outra importante inovação introduzida no novo Código de Processo Civil, que auxilia o reconhecimento da ocorrência de fraude e que pode ser utilizada nos incidentes instaurados nos processos de recuperação judicial e falência, é a dinamização do ônus da prova expressamente prevista no seu artigo 373, parágrafo 1º. Há situações em que a prova de determinado fato, que demonstra a ocorrência de fraude, é excessivamente difícil ou impossível ao credor, ao Ministério Público e ao administrador judicial, ao passo que ao devedor é possível realizar a demonstração que a afaste. A inversão do ônus da prova nem sempre poderá substituir a produção da prova, mas sua utilização de forma complementar é possível e louvável¹⁹.

Uma vez abordados os principais mecanismos processuais para exercício do direito autônomo à prova em procedimentos falimentares e de recuperação da empresa, será dado enfoque especial às fraudes com reflexos em jurisdições estrangeiras. O estudo demonstrará que o exercício eficaz do direito autônomo à prova, *in casu*, poderá estender-se para outras jurisdições, momento em que serão ainda mais importantes os mecanismos internacionais

¹⁶YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 37.

¹⁷Mais especificamente, este será o objeto do item 2.2. do presente trabalho.

¹⁸Salvaguardas estas que serão objeto do item 2.2.4. do presente trabalho.

¹⁹Seguiremos esta linha de pensamento no item 3.3. do presente trabalho.

de investigação e pré-constituição da prova, bem como a possibilidade de recepção ou não, na jurisdição nacional, das provas dali decorrentes. É deste labor que se ocupará todo o nosso Capítulo 4.

Até aproximadamente 15 anos atrás, seria inimaginável pensar em recuperar ativos fraudados pelo devedor que foram remetidos para jurisdições estrangeiras, tendo em vista a complexidade das operações envolvidas e o baixo grau de cooperação internacional. Notar-se-á, contudo, que por meio das medidas narradas neste trabalho há uma efetiva possibilidade de se desvendar a fraude realizada e recuperar os ativos ocultados pelo devedor.

Primeiramente, serão abordadas as recomendações feitas pela Comissão das Nações Unidas sobre Direito Comercial Internacional (“UNCITRAL”), em especial sobre a Lei Modelo para orientar a criação de sistemas nacionais colaborativos e harmonizados no que diz respeito a procedimentos internacionais de insolvência, que viabiliza as medidas de controle, investigação e recuperação de ativos nos processos de insolvência²⁰. Segundo a UNCITRAL, a ausência de comunicação e coordenação entre cortes e administradores de jurisdições diferentes produz contexto favorável para que ativos “sejam dissipados ou fraudulentamente ocultados”²¹.

O Brasil, muito recentemente, em dezembro de 2020, incorporou ao ordenamento jurídico nacional, com as devidas adaptações, a referida Lei Modelo, por meio da promulgação da já citada Lei 14.112/2020, introduzindo um capítulo próprio sobre a falência transnacional na Lei 11.101/2005, destacando-se, entre importantes inovações, o reconhecimento de procedimentos estrangeiros de insolvência no país. Tal modificação da Lei 11.101/2005 encerrou um longo vácuo legislativo no Brasil em que havia um desprestígio ao reconhecimento de procedimentos estrangeiros de insolvência no país, na contramão das mais modernas legislações.

Ainda sobre ordenamentos estrangeiros, trataremos de procedimentos relevantes no âmbito internacional, aplicáveis nos Estados Unidos da América, no Reino Unido e seus territórios ultramarinos e no MERCOSUL²². Simultaneamente, será possível avaliar

²⁰Mais especificamente, este será o objeto do item 4.1. do presente trabalho.

²¹UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW - UNCITRAL. *Model law on cross-border insolvency with guide to enactment and interpretation*. New York: United Nations, 2014. Disponível em: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/1997-model-law-insol-2013-guide-enactment-e.pdf>. Acesso em: 05 maio 2019.

²²Conforme se verá detalhadamente no item 4.2. do presente trabalho.

comparativamente o grau de adoção do direito autônomo à prova (no contexto do direito processual da empresa em crise) em cada mecanismo abordado.

O presente trabalho, ainda, se valerá da jurisprudência que vem sendo construída nos Tribunais a respeito do tema, o que entendemos ser ponto extremamente importante em vista da relevância que o Código de Processo Civil confere aos precedentes judiciais.

Nota-se, portanto, que se trata de um trabalho interdisciplinar, o qual, nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, “liberta o processualista do mundo estrito do processo, levando-o a lançar miradas sobre as realidades substanciais do direito, em busca das soluções práticas que o sistema processual possa oferecer”²³.

Enfim, pretende-se, por meio de uma abordagem acadêmica, angariar a atenção dos operadores do direito e da sociedade em geral para o fato de que há medidas processuais disponíveis em nosso arcabouço jurídico e em jurisdições estrangeiras para penalizar e coibir o mau empresário, efetivamente demonstrando e comprovando condutas fraudulentas.

²³DINAMARCO, Cândido Rangel. Prefácio. In: VASCONCELOS, Ronaldo. *Direito processual falimentar (de acordo com a lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005)*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 9.

2. DO DIREITO AUTÔNOMO À PROVA NO PROCESSO DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL EM CASO DE FRAUDE CONTRA CREDOR

2.1. Delimitação do caso prático objeto de estudo – incidente processual para investigação de fraude contra credores no processo de falência

Como paradigma para o nosso estudo acadêmico, detalharemos o meio adotado pelas partes, em especial o administrador judicial e seus auxiliares contratados, para a antecipação da prova que aponte a fraude praticada pelo devedor em detrimento do credor, assim como para a localização de ativos ocultados pelo devedor. Tal prática ocorre através de pedido de abertura de incidente processual perante o juízo que preside o processo de falência ou da recuperação da empresa, seja judicial ou extrajudicial. Para facilitar a menção de tais termos durante este trabalho, quando mencionamos recuperação judicial, deve-se interpretar também a aplicação análoga para a recuperação extrajudicial, procedimento que vem sendo pouco utilizado pelos devedores desde a promulgação da Lei 11.101/2005.

O objeto de tal incidente é a investigação de fatos mediante a intervenção estatal de forma desvinculada do processo de insolvência em si. Na petição de abertura do incidente processual, o administrador judicial aponta indícios de fraude complexas perpetradas pelo devedor, inclusive com reflexos em jurisdições estrangeiras, requerendo, em alguns casos, a contratação de escritórios especializados para a coordenação das medidas adotadas em tais jurisdições.

O administrador judicial deverá indicar as justificativas para a intervenção estatal (justa causa), pois, apesar de ser um direito autônomo²⁴, é necessária a demonstração da relação da prova a ser pleiteada a uma determinada situação de direito material. Portanto, como exemplo, é comum o administrador judicial apontar indícios de atos de confusão patrimonial e desvio de finalidade e requerer a produção antecipada da prova para avaliar futuro pedido de desconsideração da personalidade jurídica.

É comum também que o requerente pleiteie a atribuição de sigilo de justiça ao incidente não só para terceiros, mas também para o próprio devedor investigado e para os

²⁴ Abordaremos no tópico seguinte sobre a autonomia do direito à prova.

próprios credores. O requerente deve demonstrar que o sigilo é necessário para a efetividade das investigações, sendo que o judiciário, de forma devidamente fundamentada, poderá conceder o contraditório diferido ao devedor.

Reconhecidos a legitimidade e o interesse do requerente, é deferida a abertura do incidente, muitas vezes com atribuição do referido segredo de justiça *ex parte*, sendo apresentados durante o seu curso vários requerimentos de diligências probatórias seja no Brasil ou em jurisdições estrangeiras. Ressalte-se, desde já, que, assim como na produção antecipada de provas prevista nos artigos 381 a 383 do CPC de 2015, o juiz não decidirá sobre a ocorrência ou não da fraude, tampouco sobre as respectivas implicações jurídicas, limitando-se a análise da legitimidade e interesse da produção das provas requeridas.

Entre as diligências probatórias, menciona-se o requerimento de quebra do sigilo fiscal e bancário, o qual será abordado em tópico próprio mais adiante, oitiva de testemunhas e exibição de documentos por terceiros que atuaram nos negócios realizados pelo devedor. Cabe salientar, ainda, que o Ministério Público participa ativamente deste incidente, manifestando inicialmente sobre a existência ou não da justa causa para o exercício do direito de investigação e também requerendo a produção de prova que entenda ser pertinentes.

Durante essa perseguição da prova pré-constituída, busca-se as evidências de fraudes e ocultação de patrimônio que poderão ou não ensejar a propositura de novas medidas judiciais, ou seja, o objetivo é permitir que a parte tenha conhecimento dos fatos e avalie se terá chances de êxito no provimento jurisdicional que seria apresentado em demanda própria, nos mesmos moldes da previsão contida no inciso III, do artigo 381 do CPC.

De forma exemplificativa, cabe mencionar algumas hipóteses de fraude investigadas em tais procedimentos apenas para se ter uma ideia do vasto campo para o exercício pleno do direito autônomo à prova para a vítima da fraude em processos de falência e recuperação de empresa.

Segundo Yusef Said Cahali, “o conceito de fraude participa, *in genere*, da má-fé, como negação do princípio da boa-fé”.²⁵ Na clássica conceituação de Clóvis Beviláqua “fraude é o artifício malicioso para prejudicar terceiro, de *persona ad personam*”²⁶. Logo, o foco dos aludidos incidentes processuais é a fraude, em sentido amplo, praticada pelo devedor insolvente com o intuito de prejudicar o credor. Salienta-se, ainda, que “a repulsa à

²⁵ CAHALI, Yusef Said. *Fraude contra credores*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 39.

²⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1908.

fraude contra credores no processo de falência adquire, nessa medida, caráter coletivo, em virtude do qual todos os credores reunidos (massa falida subjetiva) detêm interesse na ineficácia do ato fraudulento e a decisão que assim declarar beneficiará a todos eles, de forma indiscriminada”.²⁷

Inicialmente, cabe mencionar a investigação de atos que resultam na diminuição patrimonial do devedor e que ponham em risco a sua solvabilidade, frustrando-se de forma fraudulenta a garantia patrimonial que asseguraria o adimplemento de suas obrigações.

O artigo 130 da lei 11.101/2005 prevê a ação revocatória, que tem como objetivo a recuperação para a massa de credores de bens que deixaram de pertencer ao devedor com o propósito de fraudar o pagamento de suas dívidas. Por se tratar de uma ação pauliana, é necessário o *consilium fraudis* para a revocabilidade dos atos, razão pela qual se mostra muito relevante a produção de prova pelo credor para demonstrar o conluio fraudulento entre as partes do negócio jurídico atacado. Cabe destacar, ainda, que a Lei 11.101/2005 não trouxe modificações relevantes em relação à ação revocatória, reiterando expressiva parte do que já era previsto nas legislações anteriores.

No artigo 129 da Lei 11.101/2005 estão previstos os atos ineficazes praticados pelo devedor em relação à massa falida. Diferentemente dos atos revogáveis previstos no seu artigo 130, em que é necessária a “a perquirição do elemento subjetivo da intenção de prejudicar credores”²⁸, para a verificação das hipóteses do artigo 129 “dispensa-se um juízo valorativo dos fatos, restando ao julgador apenas a verificação da natureza do ato e da data em que foi praticado”.²⁹ Mesmo para estes casos em que, num primeiro momento parecem prescindir de um exercício pleno do direito autônomo à prova, há situações em que são necessárias a produção de provas para a procedência do pedido, tal como a demonstração de que a venda realizada pelo devedor era de estabelecimento comercial (inciso VI, do artigo 129).

Outra hipótese de fraude contra credor – em sentido genérico – objeto de investigação recorrente em referidos incidentes processuais é a prática dos atos previstos no artigo 50 do Código Civil que ensejam a desconsideração da personalidade jurídica, seja por desvio de finalidade ou por confusão patrimonial. Saliente-se que o parágrafo único do artigo 82-A da Lei 11.101/2005 prevê expressamente a desconsideração da personalidade jurídica, na

²⁷ AZZONI, Clara Moreira. *Fraude contra credores no processo falimentar: ação revocatória falimentar e ineficácia do art. 129 da Lei de recuperação judicial, extrajudicial e de falência*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 14.

²⁸ CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores, cit.*, p. 598.

²⁹ *Id. Ibid.*, p. 598.

hipótese de falência, fazendo menção expressa ao artigo 50 do Código Civil e à necessidade da abertura de incidente processual nos termos dos artigos 133 e seguintes do Código de Processo Civil. Apesar da previsão expressa apenas no processo de falência, parte da doutrina e jurisprudência tem admitido a desconsideração da personalidade jurídica também no processo de recuperação judicial.³⁰

Há que se mencionar, também, a eventual investigação de atos que ensejam a propositura da ação de responsabilidade dos sócios, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, prevista no referido artigo 82 da Lei 11.101/2005, cujo rito é o ordinário previsto no Código de Processo Civil e tramitará no próprio juízo falimentar.

Não podemos deixar de mencionar, também, a expressa previsão do crime de fraude a credores, conforme disposto no artigo 168 da Lei 11.101/2005, cabendo destacar as hipóteses de aumento de pena previstas nos seus parágrafos 1º. e 2º. Também merece destaque o crime específico de desvio, ocultação ou apropriação de bens do artigo 173.

Tem-se, ainda, como objetivo muito importante na investigação realizada em aludido incidente processual a localização e rastreamento de ativos eventualmente ocultados pelo devedor, inclusive em jurisdições estrangeiras, que poderiam ser arrecadados pela massa

³⁰ “Ademais, conquanto as agravadas tenham alegado que o pedido de desconsideração da personalidade jurídica deva ser levantada nos processos executivos ajuizados contra referidas empresas, não há qualquer óbice para que seja apurado o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial no processo recuperacional, já tendo o Egrégio Superior Tribunal de Justiça nesse sentido sinalizado: ‘A situação é diversa quando o próprio juiz da recuperação judicial determina a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade recuperanda, de modo a atingir os bens de sócios de responsabilidade limitada ou bens de sociedade do mesmo grupo econômico. Nessas hipóteses, o bem do sócio será utilizado no cumprimento do plano de recuperação judicial e sua apreensão por outros juízos passa a interferir na realização do programa de soerguimento da sociedade.’” (AgRg no CC n. 121.487/MT, rel. Min. RAUL ARAÚJO, j. 27.06.2012). E ainda: TJSP, Agravo de Instrumento nº 2053298-48.2015.8.26.0000, 24ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Salles Vieira, j. 27/05/2015, bem como AgRg no CC n. 121.487/MT, rel. Min. RAUL ARAÚJO, j. 27.06.2012. Cabe mencionar ementa de acórdão proferido em incidente processual instaurado em processo de recuperação judicial para apuração de fraude do devedor com reflexos em jurisdições estrangeiras: Também o E. Tribunal de Justiça de São Paulo, em emblemáticos casos falimentares em que há suspeitas de fraude, vem decidindo pela legalidade do diferimento do exercício do contraditório para momento ulterior (v. TJSP, Agravo de Instrumento nº 0198994-91.2011.8.26.0000; Relator: Antônio Vilenilson; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 19ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/03/2012; TJSP, Agravo de Instrumento nº 2025493-23.2015.8.26.0000; Relator: Carlos Alberto Garbi; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/05/2015). Entendemos que é possível, em alguns casos, a desconsideração da personalidade jurídica na recuperação judicial, uma vez que é totalmente compatível com referido instituto, até porque, como ensina Salomão Filho “a desconsideração é, como se verá, um método para permitir exatamente a continuação da atividade social” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 240). Também vale mencionar, ainda, que na recuperação judicial de grande empresa mineira que tramita na Comarca de Belo Horizonte (Processo nº 0024.14.298.866-6 – 1ª. Vara Empresarial de Belo Horizonte – MG), foi aberto incidente processual semelhante ao descrito neste tópico e após a coleta de provas foi requerida a desconsideração da personalidade jurídica do seu controlador e familiares, sendo admitido tal pleito e sendo concedido o arresto dos bens de tais pessoas.

falida, o que demonstra que tal incidente não tem apenas o intuito de demonstrar a fraude, mas também de evidenciar que determinado ativo pode ser arrecadado pela massa falida.

Enfim, além das hipóteses exemplificativas acima, há inúmeras outras situações em que o credor tem o ônus de provar o cometimento de fraude ou algum ato específico previsto na Lei 11.101/2005 para a recuperação de ativos em favor da massa falida ou da empresa em recuperação, sendo de extrema valia a utilização dos instrumentos eficazes de antecipação da produção de prova no incidente processual instaurado.³¹

Após a coleta de todas as provas perseguidas, repita-se, inclusive em jurisdições estrangeiras cuja forma de obtenção será abordada em capítulo próprio, encerra-se este procedimento atípico de antecipação da prova. Com o seu término, o administrador judicial terá condição de avaliar se é possível adotar medidas para reconstrução do patrimônio da massa falida, tais como a ação revocatória e o pedido de reconhecimento de ineficácia de atos de disposição praticados pelo devedor, além de eventual propositura de incidente de desconsideração da personalidade jurídica, ação de responsabilidade contra sócios e

³¹ No âmbito da recuperação judicial há também importantes previsões sobre fraudes cometidas pelo devedor que merecem destaque. Uma das principais delas nos parece que é a previsão de afastamento do devedor da administração da empresa caso demonstradas as hipóteses previstas no artigo 64 da Lei 11.101/2005. Em muitos casos mostra-se necessária a abertura de incidente próprio para apuração da ocorrência ou não de tais hipóteses, sendo que o exercício do direito autônomo à prova, inclusive por meio da produção antecipada de prova, se mostra muito útil e eficiente. Outra situação que ocorre com frequência é conluio fraudulento entre o devedor e um credor em detrimento dos demais credores ou até mesmo a simulação de crédito ostentado por interposta pessoa do próprio devedor. Para estas hipóteses, cabem aos demais credores lesados impugnar tais créditos simulados e para a procedência do pleito certamente será necessário também um amplo exercício do direito autônomo à prova. LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Processo societário: da restrição à concessão de tutelas de urgência na lei de recuperações judiciais. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coords.). *Processo societário*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012. v. 1, p. 571-590, indica situações de fraudes nas deliberações da assembleia geral descritas por Erasmo Valadão e Manoel Justino Bezerra Filho, respectivamente: “as deliberações da assembléia-geral não serão invalidadas *pelo só fato* de ocorrer uma decisão judicial posterior acerca da existência, quantificação, qualificação ou classificação de créditos. O que não quer dizer que, verificada posteriormente, por decisão judicial, a existência, por exemplo, de um crédito forjado, que tenha sido determinante para a deliberação de aprovação de uma recuperação judicial absolutamente inviável, com a nomeação de um gestor judicial conluído com o devedor, etc. não possam os interessados requerer a anulação da deliberação” (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *A Assembleia-geral de credores na nova lei falimentar. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo. v. 44, n. 138, p. 80, abr./jun. 2005; grifos constam do original). “O exame detalhado do sistema de formação do colégio eleitoral da assembléia-geral demonstra a grande possibilidade de prática de fraudes, com credores “fabricados” (vide comentário 2 ao art. 39), levados à assembléia apenas para alterar o resultado da deliberação em determinado favor. A Lei, de forma condenável, ao invés de solucionar essa questão, preferiu estabelecer uma fórmula que, se aplicada, convalidará qualquer fraude. Evidentemente, à luz dos princípios gerais de direito, principalmente ante o princípio da boa fé, a este artigo será dada a correta aplicação pela jurisprudência, pois nem a própria lei positiva tem poderes para invalidar o ato fraudulento e prejudicial à comunidade dos credores”. Prossegue em relação ao parágrafo 3º: “A própria Lei, certamente, percebendo a insustentabilidade do disposto no §2º, acima, traz aqui disposição que se choca frontalmente com aquela, admitindo a invalidação de deliberações de assembléias tomadas por votos dados por quem não poderia ter votado, responsabilizando-se ainda pelos prejuízos aqueles que tenham agido com dolo ou culpa.” (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova lei de recuperações e falências comentada*. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 121).

administradores, apontamento da prática de crimes falimentares, entre outros requerimentos de provimentos jurisdicionais. A partir do encerramento de tal incidente e da eventual propositura de uma dessas medidas, o devedor investigado terá direito ao contraditório e à ampla defesa em relação às provas pré-constituídas.³²

Destaca-se que, muitas vezes, faz-se necessária a permanência do sigilo até que as medidas cautelares de arresto ou indisponibilidade de bens dos réus de referidas medidas judiciais sejam efetivadas, sob pena de tal patrimônio, em especial dinheiro em conta-corrente ou investimento, ser ocultado e a busca se tornar ineficaz.

Nota-se, portanto, que aludido incidente processual, originado de uma construção inovadora implementada por administradores judiciais e escritórios de advocacia contratados como seus auxiliares desde os idos de 2008, ou seja, bem antes da previsão expressa da possibilidade de produção antecipada de prova sem a necessidade de urgência (incisos II e III do artigo 381) do CPC de 2015, nada mais é que uma medida processual atípica em que há o pleno exercício do direito autônomo à prova, que abrange o direito à investigação e o direito de pré-constituição da prova.³³

No âmbito da atividade probatória e investigativa, há várias medidas processuais típicas para o exercício efetivo do direito à prova. Destacam-se a própria produção antecipada de provas (Art. 381 e ss. do CPC/2015), a exibição de documento ou coisa (Art. 396 e ss. do CPC/15), bem como o arrolamento de bens e a justificação (ambos incluídos no procedimento de produção antecipada³⁴).

O direito processual, contudo, não rejeita inteiramente instrumentos atípicos, em privilégio da efetividade³⁵, se garantidos (certamente) os mínimos requisitos legais e

³² Em muitos casos o devedor questiona a legalidade e constitucionalidade deste incidente processual, sendo que até o momento desconhece-se alguma decisão de qualquer juiz, Tribunal ou das Cortes Superiores que tenham acolhido tal pleito de nulidade das provas produzidas. Vide RMS 46.728/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 15/04/2015, grifos adicionados). Como já exposto, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em emblemáticos casos falimentares em que há suspeitas de fraude, vem decidindo pela legalidade do diferimento do exercício do contraditório para momento ulterior (v. TJSP, Agravo de Instrumento nº 0198994-91.2011.8.26.0000; Relator: Antônio Vilenilson; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 19ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/03/2012; TJSP, Agravo de Instrumento nº 2025493-23.2015.8.26.0000; Relator: Carlos Alberto Garbi; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/05/2015).

³³ Abordaremos estes conceitos que foram muito bem delineados por Flávio Luiz Yarshell em sua obra vanguardista já mencionada “*Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova, cit.*”

³⁴ A este respeito, item 2.2.4

³⁵ “*Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias*

constitucionais aplicáveis a cada caso. Com efeito, podemos concluir que as demandas probatórias constituem, expressamente, rol aberto às pretensões atípicas, conforme o entendimento literal do art. 369 do Código de Processo Civil vigente.

Observa-se, por fim, que a referida construção jurisprudencial adota como princípio mestre a efetividade do processo de insolvência.

Feita essa narrativa a respeito de como se procede na prática a abertura, trâmite e encerramento do mencionado incidente processual aberto no processo de falência ou recuperação de empresa, trataremos nos tópicos seguintes dos fundamentos jurídicos que o sustentam, dando-se destaque ao direito autônomo à prova.

2.2. Conceito do direito autônomo à prova

Na sua etimologia, *probatio* significa inspeção e verificação, atividades que transcendem o direito. O conceito de prova é central também para as ciências exatas e para as ciências naturais, nas quais a qualidade do conceito de prova admissível é determinante para a formulação de teses consideradas verdadeiras³⁶.

No direito, a subsunção, paradigma para aplicação concreta do ordenamento jurídico³⁷, se tomada na sua acepção lógico-formal, pode ser considerada um processo de dedução³⁸, no qual o status de verdade de premissa maior e premissa menor garantem a verdade da conclusão obtida. Naturalmente, a premissa maior corresponde à norma jurídica, enquanto a premissa menor corresponde aos fatos. Neste mesmo sentido, de maneira pragmática, Enrico Tulio Liebman conceitua o ato de julgar como a valoração do fato

constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo.” BRASIL. *Anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil*. Brasília-DF: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496296>. Acesso em: 05 dez. 2018.

³⁶GILISSEN, John. A prova. In: GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Prefácio de J. Gilissen; tradução de A.M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001. p. 711 e ss.

³⁷FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Argumentação jurídica*. 2. ed. Barueri: Manole, 2016. p. 11.

³⁸Não é objetivo deste trabalho adentrar nos aspectos de lógica formal da subsunção. Não obstante, cabe ressaltar que o processo de subsunção não é *idêntico* ao de dedução. Na dedução, por exemplo, a premissa maior encontra-se dada ou é notória, enquanto na aplicação do direito é necessário construí-la através do processo interpretativo (*v. supra*). Não obstante, para efeitos didáticos a relação entre ambas é próxima o suficiente para que aqui sejam tratadas como equivalentes.

passado sob a luz da norma vigente³⁹. A prova passa a ganhar relevância, portanto, como meio de atestar o status de veracidade daqueles fatos.

Alfredo Buzaid assevera que “a finalidade do processo é a atuação do direito, considerando os fatos tais como ficaram provados ou pressupostos. O equívoco em que laboraram os autores acima citados está em admitir que o objetivo do processo seja a procura da verdade material. Mas, como ensinou Adolf Wach, a verdade material não é o fim do processo, mas apenas o resultado causal.”⁴⁰

Luiz Guilherme Marinoni, acompanhando a doutrina que entende ser impossível (ou irrelevante⁴¹) obter a verdade no processo, ao construir seu conceito de prova, impõe que a função da mesma será “convencer o juiz da validade (ou verossimilhança) das proposições fáticas formuladas inicialmente (tanto como afirmações, pretensões ou exceções) que tenham sido objeto de questionamento”⁴².

Analisar a prova, entretanto, somente com base na sua função de baluarte da verossimilhança parece-nos insuficiente para os fins deste trabalho. Mostra-se relevante abordarmos neste momento a natureza jurídica da prova, os princípios jurídicos que a garantem e o seu conteúdo.

Considerando o exposto acima sobre o papel da prova na aplicação do direito como um todo, será preciso caminhar brevemente por diferentes conceitos da prova no Direito Processual, até que possamos chegar ao conceito final adotado pelo trabalho, bem como os motivos que justificam tal escolha.

Pontes de Miranda, em seu estudo sobre a natureza jurídica da prova ensina que “a prova, no processo, é o que concorre para que o juiz, ao aplicar a lei, fique certo de que está a prestar, com exatidão, o que prometera: a tutela jurídica”. Complementa, ainda, que “há a prova pré-constituída, a prova que é do direito material, eficácia dos fatos, e o direito

³⁹LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de direito processual civil*. Trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 1, p. 4.

⁴⁰BUZOID, Alfredo. Do ônus da prova. *Revista de Direito Processual Civil*, v. 4, p. 17, jul./dez. 1961.

⁴¹E.g. TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015, *cit.*, p. 75, para quem a finalidade do processo está na solução do conflito real, independentemente da obtenção da verdade, ressaltando, entretanto, o procedimento de produção antecipada da prova, no qual o litígio em si versa sobre a obtenção da prova.

⁴²MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção de acordo com o CPC de 2015*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 65.

processual a recebe e, após recebê-la, ao precisar de convencer-se, atende ao que o direito material e direito processual exigiram ou permitiram”.⁴³

Arruda Alvim bem esclarece que “há diversos conceitos jurídicos de prova, visto que a prova é, ao mesmo tempo, meio, resultado e atividade. Os meios de prova são os instrumentos pelos quais se busca demonstrar a verdade de determinados fatos. Assim, por exemplo, a prova testemunhal, a prova pericial e a prova documental. A prova como resultados deste meio, i.e., conduz à conclusão relativa à ocorrência ou não dos fatos objeto de prova. E a atividade probatória consiste na realização da prova em si, principalmente pelas partes e pelo juiz”.⁴⁴

Após o fim da segunda guerra mundial, na Europa continental (particularmente na Itália e na Alemanha) determinadas garantias relativas às funções jurisdicionais e ao processo começaram a ser percebidas como direitos fundamentais invioláveis do homem e foram inseridas na nova constituição democrática, assim como foram inseridas na carta internacional dos direitos do homem.⁴⁵ Na sua concepção constitucionalizada, a prova ganha contorno de garantia (ou direito⁴⁶). Especialmente nesta última visão⁴⁷ a prova é classificada como direito intrínseco às partes, conteúdo de seu patrimônio jurídico.

Na lição mais clássica dos processualistas brasileiros, a prova consubstancia-se como o “instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo”⁴⁸. Neste primeiro conceito, a prova está intimamente ligada à convicção do magistrado, e, portanto, a um direito material objeto de uma lide específica.⁴⁹

⁴³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. t. 4, p. 245-247.

⁴⁴ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 17. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017. p. 830.

⁴⁵ CAPONI, Remo. Rigidez e flexibilidade do processo ordinário de cognição, *cit.*, p. 533. Trata-se de uma tendência histórica. Segundo Remo Caponi, “após o fim da segunda guerra mundial, na Europa continental (particularmente na Itália e na Alemanha) determinadas garantias relativas às funções jurisdicionais e ao processo começaram a ser percebidas como direitos fundamentais invioláveis do homem e foram inseridas na nova constituição democrática, assim como foram inseridas na carta internacional dos direitos do homem.”

⁴⁶ Parte da doutrina considera direitos e garantias como termos intercambiáveis.

⁴⁷ Aquela que compreende a prova como direito fundamental.

⁴⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 348.

⁴⁹ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, *cit.*, p. 830, assevera que “em resumo, pode-se afirmar que a prova consiste nos meios, definidos pelo direito ou contidos por compreensão num sistema jurídico como idôneos a convencer (prova como resultado) o juiz da ocorrência de determinados fatos, isto é, da verdade de determinados fatos, os quais vieram ao processo

Luiz Guilherme Marinoni aprofundará este conceito tendo em vista a insuficiência da ideia de verdade absoluta, apontando que a prova será “meio retórico, regulado pela lei, dirigido, dentro dos parâmetros do Direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”⁵⁰, mas sempre mantendo seu caráter instrumental – meio para convencimento do juiz no contexto endoprocessual.

No âmbito da sua natureza propriamente dita, João Batista Lopes atribui à prova natureza jurídica de garantia constitucional: garantia de “levar ao juiz elementos destinados a convencê-lo da existência ou inexistência dos fatos”⁵¹, portanto realizadora da ampla defesa, tutelada pela Carta Constitucional. A compreensão da prova sob o aspecto constitucional, entretanto, não é novidade doutrinária⁵², sendo que, mais atualmente, o direito à prova é corriqueiramente associado à cláusula do devido processo constitucional⁵³ ou ao princípio do contraditório⁵⁴ e da ampla defesa. Na vanguarda da classificação da prova como direito constitucional outros doutrinadores sustentaram que a prova, também, é um direito humano fundamental⁵⁵.

Oportuno relembrar, entretanto, que uma verdade, no processo, pode ser inalcançável^{56 57} e que o mais correto seria falar em verossimilhança e convicção. “O que

em decorrência de atividade, principalmente dos litigantes (prova como atividade). Complementa, ainda, Arruda Alvim, sobre o caráter constitucional da prova ao afirmar que “a prova é direito fundamental das partes, que emana do princípio do contraditório (art. 5º, LV, da Constituição) e do decorrente direito que estas possuem no convencimento do juiz.

⁵⁰MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção de acordo com o CPC de 2015*, cit., p. 64.

⁵¹LOPES, João Batista. Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Grandes temas do novo CPC: direito probatório*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 51.

⁵²Veja-se, por exemplo, CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologias, sociedad*. Trad. Santiago Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1974. p. 529.

⁵³Ex. g. LOPES, João Batista. Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença, cit., p. 51.

⁵⁴Ex. g. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2, p. 41.

⁵⁵ALMEIDA, Cleber Lúcio de. *Elementos da teoria geral da prova: a prova como direito humano e fundamental das partes do processo judicial*. São Paulo: LTr, 2013. p. 172 e ss. CAPONI, Remo. Rigidez e flexibilidade do processo ordinário de cognição. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, ano 10, v. 17, n. 2, p. 533, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/26610/18978>. doi: <https://doi.org/10.12957/redp.2016.26610>. Trata-se de uma tendência histórica. Segundo Remo Caponi, “após o fim da segunda guerra mundial, na Europa continental (particularmente na Itália e na Alemanha) determinadas garantias relativas às funções jurisdicionais e ao processo começaram a ser percebidas como direitos fundamentais invioláveis do homem e foram inseridas na nova constituição democrática, assim como foram inseridas na carta internacional dos direitos do homem.”

⁵⁶FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *A prova no processo civil: principais inovações e aspectos contraditórios*. 3. ed. atual. rev. e ampl. Londrina: Toth, 2019. Livro digital. Disponível em: <http://editoraboreal.com.br/livro/a-prova-no-processo-civil>.

⁵⁷Neste mesmo sentido, CASADEI, Maria Teresa. A falácia da verdade formal, a verdade inatingível e a verossimilhança. In: GARCIA, Pedro de Castilho; VASCONCELOS, Maria Gabriela Lordelo de (Coords.). *A prova cível: elementos para a convicção judicial*. Campo Grande: Contemplar, 2018.

chamamos de certeza, no direito processual, é um grau elevado de probabilidade, e está ligado ao nível de convicção do magistrado no desempenho de sua atividade, a partir da demonstração de fatos (ocorridos no passado)”⁵⁸. Daniel Amorim Assumpção Neves afirma que “no processo, resta evidenciada a impossibilidade de obtenção da verdade absoluta, em especial em razão dos sujeitos que dele participam.”⁵⁹

Nota-se, assim, que o direito à prova nas concepções narradas até aqui segue ligado ao processo e à figura do juiz da causa, que é como a prova é retratada reiteradamente na doutrina tradicional⁶⁰.

Aprofundando a pesquisa comparativa no que se refere à sistematização doutrinária do direito à prova (e se tomados por referência os conceitos acima), a doutrina pátria ficaria substancialmente aquém da italiana, por exemplo, que já prescrevia de maneira estruturada a prova como o direito a indicar os meios de prova relevantes, a efetivar a instrução probatória, a contraprovar e a ter a prova valorada⁶¹.

Apesar das diversas concepções sobre a prova em si, é consenso atualmente na doutrina que as partes possuem um direito à prova, sua obtenção e produção⁶². O impacto substancial desta afirmação, entretanto, dependerá de qual conceito será adotado. Não há nada de incorreto, é claro, em trabalhar o instituto da prova no contexto endoprocessual ou em relação ao Estado-juiz⁶³. A tendência, entretanto, é que um conceito atrelado à convicção do magistrado se torne insuficiente para explicar o direito autônomo já admitido pela

⁵⁸FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *A prova no processo civil: principais inovações e aspectos contraditórios*, cit., cap. 3.4.

⁵⁹NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2018. p. 725.

⁶⁰Uma por todas, v. CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. *passim*.

⁶¹COMOGLIO, Luigi Paolo; CORRADO Ferri; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bolonha: Il Mulino, 1993. p. 512.

⁶²YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 210.

⁶³É natural que esta seja a concepção na maior parte dos manuais de direito processual. E. g., Alexandre Freitas Câmara, ao abrir o capítulo sobre direito probatório em seu “*O novo processo civil brasileiro*” (4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018. p. 243) adotará como premissa e sem delongas o conceito tradicional, apesar de mais a diante incorporar diversos elementos do direito autônomo à prova (v, nota 82). Scarpinella Bueno, por sua vez, se quer tratará da natureza jurídica ou adota qualquer conceito específico de prova em seu *Manual de direito processual civil* (5. ed. ampl. atual. e int. rev. São Paulo: Saraiva Educação, 2019). Tal apontamento, frise-se, não contém nenhum intento depreciativo. Funda-se, na verdade, na constatação de que em obra de tamanha amplitude o escopo do estudo deve, naturalmente, ser outro; e da diversidade de abordagens a ciência processual apenas se beneficia.

doutrina e jurisprudência antes mesmo da expressa alteração introduzida no Código de Processo Civil de 2015 sobre a produção antecipada de provas.⁶⁴

As hipóteses contidas no artigo 381 do CPC (incisos II e III) reforçaram a ideia de que “as partes têm direito à produção ou à aferição da veracidade da prova, antes e independentemente do processo, por uma série de razões: avaliar suas chances efetivas numa futura e eventual disputa litigiosa, estimar os custos de tal disputa, verificar as possibilidades e termos de um possível acordo com o adversário – e assim por diante”⁶⁵. Nota-se claramente que o legislador afastou, por completo, o entendimento até então defendido por boa parte da doutrina de que apenas o juiz seria o destinatário da prova.⁶⁶

Neste sentido, não é possível prosseguir sem lançar mão de determinado conceito que ampare análises posteriores sobre o exercício do direito à investigação, que está inserido no direito de pré-constituição da prova, no processo de recuperação judicial e falência.

Não obstante a miríade de possibilidades, fugiria largamente do objeto aqui pretendido confeccionar novo conceito de prova e direito à prova. Optamos por adotar, assim, o conceito de direito à prova trazido à baila por Flávio Luiz Yarshell, qual seja: “trata-se da prerrogativa de invocar a intervenção estatal, na subespécie jurisdição, para permitir a busca e obtenção da prova, assim como o esclarecimento e registro de fatos daí decorrentes, sem vinculação direta com o pleito de declaração do direito material à relação controvertida e sem a justificativa da urgência”⁶⁷.

⁶⁴ Barbosa Moreira, muito antes da previsão expressa do CPC de 2015, já tratava “do mecanismo tradicionalmente conhecido por *discovery*, mediante o qual cada uma das partes pode munir-se de provas a que o ordinário não teria acesso, principalmente documentos do adversário. Tal possibilidade abre perspectiva de êxito, por exemplo, a quem litigue contra grandes empresas e necessite inteirar-se de suas atividades; por outro lado, favorece a solução consensual do litígio, na medida em que permite os litigantes avaliar com realismo a solidez de sua posição.” In MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual* (Nona Série). São Paulo: Saraiva, 2007.

⁶⁵ TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015, *cit.*, p. 76.

⁶⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 17, em sua clássica obra a respeito dos poderes instrutórios do juiz, afirma que “ninguém melhor do que o juiz, a quem está afeto o julgamento, para decidir sobre a necessidade de produzir determinada prova. Como ele é o destinatário dela, pode avaliar quais os meios que necessita para a formação de seu convencimento”.

⁶⁷ O desenvolvimento argumentativo até este conceito demandaria, como demandou, toda uma obra científica. Não obstante, para fins didáticos e tendo em vista que o presente trabalho tem inúmeros outros aspectos a serem abordados – antes mesmo de tratarmos de determinadas minúcias importantes – já se adiantará o conceito final (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, *cit.*, p. 312).

Nesta acepção em particular, o direito à prova é proposto como direito autônomo, isto é, independente da pendência de um processo ou litígio específico⁶⁸, e, portanto, desligado, ao menos a princípio, da convicção de determinado magistrado⁶⁹. Como já exposto, trata-se de uma quebra de paradigma em relação aos conceitos anteriores, na medida em que, mesmo quando consideraram a prova como direito das partes, sempre o juiz permaneceu como figura central do conceito⁷⁰.

Paralelamente, o referido doutrinador propõe que este mesmo *direito à prova* deve ser entendido de maneira distinta do denominado *direito de provar*⁷¹. Como se buscará demonstrar⁷² esta estrutura dúplice parece-nos ser a que melhor se adéqua às normas processuais vigentes e, simultaneamente, coloca à disposição do estudioso do processo a possibilidade analítica para tratar de instrumentos processuais em espécie⁷³. É da exposição destes conceitos que nos ocuparemos a seguir.

2.2.1. Estrutura analítica do direito autônomo à prova⁷⁴

Em primeiro lugar, o direito à prova, em sua visão tradicional⁷⁵, não pode ser abandonado. Entretanto, a partir deste ponto no trabalho, nos referiremos a ele enquanto *direito de provar*, em vez de *direito à prova*.

⁶⁸YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 318.

⁶⁹*Id. Ibid.*, p. 319.

⁷⁰*Id. Ibid.*, p. 209.

⁷¹*Id. Ibid.*, p. 232 e ss.

⁷²Ao longo do item 2.2.2, principalmente, se verá como as duas visões fazem parte da evolução histórica do direito à prova na legislação processual civil brasileira.

⁷³“Analítica”, aqui, deve ser entendida no seu sentido mais puro (separação de um todo em seus elementos ou partes componentes), isto é, a possibilidade trabalhar determinado fenômeno de maneira fragmentada. Em particular, distinguindo o direito à prova do direito de provar e levando em consideração suas características específicas.

⁷⁴Neste tópico nos reportaremos sempre ao trabalho de Flávio Luiz Yarshell (*Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit.), cujos principais pontos (para efeito do presente trabalho) pretendemos sintetizar a seguir, diante da contribuição imprescindível à pesquisa acadêmica que ora se faz. Nota-se, entretanto, que enquanto o trabalho original faz, naturalmente, seu próprio caminho argumentativo de premissas até conclusões, já o tomaremos em si como premissa, conforme esclarecido na Introdução, sem qualquer pretensão de reescrevê-lo. Ainda, em sede introdutória, pediremos licença para nos referir a diversos pontos ulteriores do trabalho, onde os temas aqui sobrevisos serão pormenorizados.

⁷⁵Centrada no convencimento do Estado-juiz, ou mesmo endoprocessual, conforme já analisado (tome-se por exemplo nota 43).

O direito de provar é aquele diretamente ligado à figura do processo para efetivação do direito material⁷⁶ e a prova dele resultante está ligada à formação da convicção do Estado-juiz⁷⁷. Trata-se do “direito de empregar todos os meios disponíveis para demonstração da verdade dos fatos em que fundada uma pretensão ou resistência, no contexto de um dado processo cujo objeto é a declaração do direito”^{78,79}. Abarcará também o direito de influir no convencimento do juiz, de produzir a prova no processo e o de tê-la valorada pelo magistrado⁸⁰. Neste sentido, o direito de provar está em conformidade com o que, até então, chamou-se de direito à prova. Como consequência, pode ser entendido como desdobramento do direito de defesa e do direito de ação⁸¹.

Portanto, para alcançar o conceito de direito à prova em si (que agora pode ser entendido como sinônimo de *direito autônomo à prova*) será necessário analisar aquilo que não está propriamente abarcado pelo direito de provar, com atenção especial para o fenômeno da produção antecipada da prova.

Como já exposto, o Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 381⁸², prevê a possibilidade de se antecipar a produção da prova nos casos em que “a prova produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito” ou, ainda, em que “o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação”. Mesmo em sede de reflexão perfunctória, nota-se que as hipóteses não dizem respeito ao direito de provar. O termo “*autocomposição*” acaba por retirar o protagonismo da jurisdição⁸³ como razão de ser da produção antecipada de provas. Além disso,

⁷⁶Conforme nota 57, veja-se YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova, cit.*, p. 312.

⁷⁷*Id. Ibid.*, p. 319.

⁷⁸*Id. Ibid.*, p. 233.

⁷⁹Apesar do uso do vocábulo “verdade” não deve ser abandonado no conceito aquilo que se mencionou a respeito da relação entre a prova, verdade e verossimilhança (v. notas 28 e ss.).

⁸⁰YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova, cit.*, p. 312.

⁸¹v. *supra*. Trata-se de conclusão que, ainda, segue a doutrina no sentido de tratar-se uma garantia constitucional, desdobramento do contraditório e do próprio devido processo legal (conforme já visto, *vide* notas 37, 38, 39). Ainda, aqui devemos compreender o direito de ação sob sua concepção analítica, isto é, que compreende não somente o direito de provocar o judiciário, mas também todos os direitos relativos às efetivações da tutela jurisdicional e conseqüente obtenção do provimento meritório. Neste sentido, o direito de ação deve necessariamente abarcar o direito de alegar, provar e ter a prova valorada.

⁸²Importante atentar para o fato de que a obra de Flávio Luiz Yarshell (*Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova, cit.*) foi desenvolvida sob a égide da norma processual anterior. Entretanto, as novas disposições do Código de Processo Civil de 2015 no tema da produção antecipada da prova só vieram a corroborar as conclusões já apontadas pelo doutrinador, conforme se verá.

⁸³Tendo em vista a jurisdição ser notório método de heterocomposição de lides.

expressamente menciona a possibilidade de a prova ser produzida com o intuito de *não* ajuizar ação.

A produção antecipada de provas, nos termos da legislação vigente, identifica-se, portanto, muito mais com o direito autônomo à prova do que com o tradicional direito de provar⁸⁴. Nota-se que “a produção antecipada de provas perdeu sua natureza cautelar, tornando-se tão somente uma ação probatória autônoma, pela qual se produz a prova antes do processo principal sem a necessidade de ser comprovado o *periculum in mora*.”⁸⁵

Apesar do Art. 381 do diploma referenciado, no seu inciso I, fazer alusão à produção antecipada com o objetivo de evitar o perecimento da prova diante da urgência, entendemos que tal inciso trata do direito de provar e não do direito autônomo à prova⁸⁶. No mais, o Código parece adotar uma visão do direito à prova que engloba a sua pré-constituição e não pode ser totalmente fundada apenas no direito de provar.

Partindo desta noção, de que o direito à prova engloba também a pré-constituição⁸⁷, deve-se presumir um direito de investigar como consectário do direito à prova⁸⁸. Isso porque “buscar a fonte (de prova), no mais das vezes, é também produzir prova, ainda que não se esteja, aí, pensando diretamente na formação do convencimento do juiz que aplicará o direito no caso concreto, mas sim nos sujeitos parciais”⁸⁹. Ou seja, a busca da fonte de prova é meio hábil para fornecer autênticos elementos de prova⁹⁰, do que se depreende que o direito à referida busca – direito à investigação – está englobado pela noção de pré-constituição da prova.

Tendo em vista essa estruturação do direito autônomo à prova, é oportuno repetir o seu conceito final, agora informado pelos comentários acima: “Trata-se da prerrogativa de invocar a intervenção estatal, na subespécie jurisdição, para permitir a busca e obtenção da prova, assim como o esclarecimento e registro de fatos daí decorrentes, sem vinculação direta com o pleito de declaração do direito material à relação controvertida e sem a justificativa da urgência.”⁹¹

⁸⁴Conferir item 2.1.2 para avaliação muito mais pormenorizada, aqui ainda em sede introdutória.

⁸⁵NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*, cit., p. 755.

⁸⁶YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 312.

⁸⁷v. nota 67, se verá que esta possibilidade é hoje amplamente positivada no direito processual brasileiro.

⁸⁸Conferir item 2.1.3 para avaliação muito mais pormenorizada, aqui ainda em sede introdutória.

⁸⁹YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 212-213.

⁹⁰YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 212.

⁹¹*Id. Ibid.*, p. 312.

A concepção acima, se adotada como a roupagem dogmática final que se pretende dar ao direito à prova, para além de explicar o fenômeno da produção antecipada de provas sem o requisito da urgência, também precisa estar em consonância com todo o ordenamento jurídico⁹².

É imperativo garantir, contudo, que o direito autônomo à prova não escape dos objetivos fundamentais do processo, ou seja, que não haja excessos (ou o abuso do direito à prova), tais como os denominados *fishing expedition*⁹³ que são combatidos no *discovery* dos sistemas de *common law*. Tal técnica consiste “na utilização abusiva da produção prévia de provas com o objetivo de obter informações confidenciais da parte contrária e, com isso, por exemplo, obter vantagens comerciais (é comum a utilização desse tipo de técnica escusa com o objetivo de ter acesso a documentos financeiros, de um concorrente, ou ainda, de empresa que possa vir a ser objeto de uma proposta de aquisição. Da mesma forma, a técnica pode ser utilizada para obter acesso a informações relacionadas à propriedade intelectual, como segredos de negócio).”⁹⁴

Apesar de autônomo, o direito à prova segue instrumental, à semelhança do direito de ação, mas cujo exercício é condicionado à presença de legitimidade e interesse. Neste sentido, é importante subsumir o direito abstratamente considerado a determinado contexto

⁹²Trata-se da operação de interpretação sistemática, expressamente reconhecida como necessária para compreensão correta do conceito (*Id. Ibid.*, p. 334 e ss.).

⁹³In SANTOS, Evaristo Aragão; HENK, Suelen Mariana. A produção antecipada de provas e a vedação ao *fishing expedition*. *Migalhas*, 02 mar. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/questao-de-direito/340972/a-producao-antecipada-da-prova-e-a-vedacao-ao-fishing-expedition>, “Daí a proximidade com abusos já percebidos (e coibidos) na utilização da *Discovery* do direito anglo-saxão. Um deles é o emprego dessa ferramenta para realizar ampla perquirição em relação à parte contrária, na esperança de, por meio dela, descobrir informações que a prejudiquem. Em situações como essa, costuma-se impedir a produção da prova¹. Tal prática é conhecida como *document hunting* ou *fishing expedition*”.

⁹⁴ARSUFFI, Arthur Ferrai. O abuso da produção antecipada da prova: direitos fundamentais, sigilo, boa-fé objetiva e custos. In: FUGA, Bruno; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (Orgs.). *Produção antecipada de provas: questões relevantes e aspectos polêmicos*. 3. ed. ampl. Londrina-PR: Thoth Editora, 2021. p. 532. Nesta mesma obra coletiva, na sua página 483, Romulo de Aguiar Araújo – “Nos Estados Unidos o *fishing expedition* foi sinalizado no caso *United States v. Nixon*, de 1974, que já apresentava algumas questões pertinentes à necessidade de critérios para o pedido feito pela parte requerente, devendo demonstrar: (1) que os documentos são probatórios e relevantes; (2) que não é razoavelmente possível a sua obtenção por outros meios, (3) que a parte não consegue preparar-se propriamente para o julgamento sem essa prévia produção e inspeção, e que o insucesso em obter essa inspeção pode atrasar de forma desarrazoada o julgamento, (4) que a solicitação é feita de boa-fé, que não é pretendida como uma genérica *fishing expedition*.” ARAÚJO, Romulo de Aguiar. *Fishing expedition* e a produção antecipada da prova no Código de Processo Civil. In: FUGA, Bruno; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (Orgs.). *Produção antecipada de provas: questões relevantes e aspectos polêmicos, cit.*, p. 483.

de direito material⁹⁵ para determinar sua extensão concreta⁹⁶. Conclui-se, nesta senda, que o direito à prova deve ser considerado autônomo sem ser absoluto, de forma que seu exercício se dará “em função de uma dada situação posta no plano material e o que se projeta seja a declaração do direito à mesma; e não de forma absolutamente genérica ou indefinida”⁹⁷. Por conseguinte, o direito à prova deverá estar, também, limitado por suas condições internas: legitimidade e interesse⁹⁸.

Ademais, na consideração de sua instrumentalidade e adequação aos escopos do processo, o direito autônomo à prova está atrelado à função social da jurisdição, sendo que, como visto, diz respeito à autocomposição e auxilia no justo posicionamento das partes antes mesmo que se deflagre qualquer processo, no interesse da pacificação social⁹⁹.

Tais características dão ao direito à prova contornos de ordem pública. Afirma-se neste sentido, inclusive, que normas jurídicas as quais restringem o uso dos meios de prova devam ser reduzidas a um patamar mínimo¹⁰⁰. Essa visão autônoma do direito à prova remonta a uma regra fundamental em matéria probatória nos países que adotam o sistema de Common Law: “*The first therefore, and most signal Rule, in relation to evidence, is this, that a Man must have the utmost evidence the nature of the fact is capable of, for the design of the Law is to come to rigid demonstration in matters of right, and there can be no demonstration of a fact without the best evidence that the nature of the thing is capable of.*”¹⁰¹

⁹⁵Este plano de fundo poderá ser, por exemplo e como se fará adiante, o processo de recuperação judicial e/ou falência. Nada impede que seja, entretanto, o ordenamento jurídico como um todo tomado em relação a seus valores fundamentais, plano de comparação adotado pela própria sistematização inicial (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova, cit.*, p. 334).

⁹⁶Naturalmente, referida instrumentalidade não implica que essa comparação seja essencial para sua qualificação em abstrato.

⁹⁷YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova, cit.*, p. 335.

⁹⁸Neste ponto vale mencionar que o direito à prova é equiparado diversas vezes ao direito de ação em sua sistematização ao longo da obra. A submissão às condições da ação é mais um exemplo da referida semelhança. Quanto ao cabimento desta equiparação acordam também doutrina estrangeira (veja-se, *exempli gratia*: PICÓ I JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 1996. p. 38). Não fará parte do escopo deste trabalho, entretanto, destrinchar mais a fundo essa relação de semelhança. Aqui, como já afirmado – e é útil rememorar – o direito autônomo à prova é tomado como premissa.

⁹⁹“A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais” (1868) de Oscar von Bülow é obra primordial na compreensão do processo como instrumento para a pacificação social, ideia que se tornou pacífica ao longo das gerações doutrinárias.

¹⁰⁰TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo. Marcial Pons, 2014. p. 24.

¹⁰¹GILBERT, Geoffrey, 1754 *apud*. TWINNING, Willian. *Rethinking evidence: exploratory essays*. 2nd ed. Cambridge: University Press, 2006. p. 39. É importante fazer importante ressalva de que atualmente os sistemas de *common law* e *civil law* não se diferenciam mais por ideias rígidas, sendo que há nítido movimento de utilização mesclada com maior ou menor intensidade de cada sistema.

Nota-se que Geoffrey Gilbert atrela o direito à prova não ao sistema jurídico, ou ao Estado-juiz, mas primordialmente ao homem que pretende a prova do fato, titular primeiro daquele direito.

Uma vez exposta resumidamente a estrutura analítica do direito à prova enquanto direito autônomo, passamos a explorar os institutos centrais que compõem seu conteúdo: o direito à produção antecipada (ou pré-constituição) e o direito à investigação (ou à efetiva obtenção da prova). Em seguida, examinar-se-á a relação destes institutos com o exercício do direito autônomo à prova no processo de falência e recuperação de empresa quando há indícios de fraude contra credor.

2.2.2. A antecipação da prova

A antecipação da prova, num sentido amplo, abriga a denominada ação de produção antecipada de provas, o arrolamento de bens, a exibição de documentos, a justificação, e qualquer outro procedimento para a descoberta de uma prova¹⁰². Trata-se, como já exposto, de meios de pré-constituição da prova formada fora do processo cujo objeto é a declaração do direito. Tais hipóteses, como já defendemos e na esteira do entendimento de Eduardo Talamini¹⁰³, é exemplificativa, sendo que o incidente processual descrito detalhadamente no item 2.1 é uma verdadeira forma atípica de antecipação da prova.

Atualmente, a produção antecipada possui, enquanto consectária do direito à prova, importante função pacificadora. Entretanto, se estudada mediante uma linha do tempo, a produção antecipada assumiu contornos diversos ao longo da história legislativa brasileira.¹⁰⁴ Neste trabalho daremos enfoque nos tópicos seguintes às disposições legais

¹⁰²CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*, 4. ed., cit., p. 243.

¹⁰³TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015, cit.

¹⁰⁴As Ordenações Afonsinas já previam a justificação, já desvinculada do requisito da urgência. O Regulamento 737/1850, em seu art. 138, enumera um rol de onze provas cabíveis, e em seguida passa a disciplinar seu peso valorativo e a relação com seus respectivos instrumentos e objetos de prova. Trata-se de exemplar daquilo que se convencionou chamar de sistema de prova legal ou tarifada. Entretanto, o Regulamento nº 737/1850 não traz qualquer embasamento normativo específico para a produção antecipada de provas. O Código de 39 tangencia a produção antecipada sob o fundamento cautelar, em seu Art. 675. Não chega a configurar ali, entretanto, uma produção antecipada propriamente dita, pois o Código restringe a medida cautelar com fundamento em impossibilidade de produção de prova em processo preexistente. Essa visão, claro, coaduna com a ideia de que a prova é destinada ao Estado-juiz, de forma que o processo é o antecedente lógico da prova. Veja-se: “Art. 675. Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes: (...) III – quando, no processo, a

relativas à produção antecipada de provas nos Códigos de Processo Civil de 1973 e de 2015. Com efeito, o Código de 1973 foi um importante marco no paradigma da produção antecipada de provas e o Código de 2015 implementou grande mudança ao fortalecer o direito autônomo à prova e deixar expressa a possibilidade de utilização de referida medida exclusivamente pela parte, para avaliação das chances de êxito em futura demanda ou para fins de eventual composição entre as partes.

2.2.2.1. Código de Processo Civil de 1973

Em sua análise sobre Código de Processo Civil de 1973, Humberto Theodoro Júnior afirma que: “[A]través do novo estatuto processual, não se procedeu a uma simples reforma de nossa legislação formal; operou-se uma grande atualização, criando-se, realmente, um código novo, e assinalou-se uma nova etapa na evolução do direito processual entre nós.”¹⁰⁵

Dentre as principais mudanças da Codificação de 73 estava a “*completa reforma*” dos procedimentos de natureza cautelar¹⁰⁶, incluindo expressamente procedimento específico para a produção antecipada de provas, em seu Livro III, Capítulo II, Seção VI.

É possível afirmar, portanto, que o Código Buzaid incorporou e expandiu o conteúdo dos artigos 250 e 675 do Código de 1939. Incorporou a matéria porque agora, na mesma Seção VI, reconheceu-se a produção antecipada de provas como procedimento cautelar, incluindo plenamente a coleta de depoimento da testemunha que terá de se ausentar, sofre de moléstia grave ou que possua idade avançada. Ademais, expandiu-se o escopo da

uma das partes fôr impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa.” Não obstante a restrição, demais medidas cautelares poderiam ser ordenadas como preparatórias, gerando a obrigação de proposição da demanda dentro de 30 dias, sob pena de perda de eficácia de medida e reparação de eventuais danos. Contudo, agora sob o aspecto puramente probatório, o Código Processual de 1939, em seu artigo 250, inaugura o instituto da produção antecipada de provas. Veja-se: “Art. 250. Si qualquer testemunha tiver de ausentar-se, ou si, por motivo de idade ou moléstia grave, fôr de receiar que ao tempo da prova já não exista, poderá, ser inquirida antecipadamente, com prévia notificação dos interessados, entregando-se o depoimento ao requerente nas quarenta e oito (48) horas seguintes, para dele servir-se como e quando entender. Neste prazo, dar-se-á certidão a qualquer interessado que a requerer.”

¹⁰⁵THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1, p. 18.

¹⁰⁶ “[A]lém de procurar corrigir as falhas e deficiências da legislação de 1939, o atual Código de Processo Civil trouxe completa reforma no processo de execução e no cautelar. Ao demais, deu ordenação sistemática aos procedimentos de jurisdição voluntária, o que até então não se continha em nenhuma lei ou código pretérito.” MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. Campinas: Millennium, 1998. v. 1, p. 116.

produção antecipada de prova para abarcar – além da inquirição de testemunha – o interrogatório da parte e o exame pericial.

De fato, o Código de 73 fez da produção antecipada um instituto sempre preparatório ou incidental, pressupondo ao menos a proposição futura da ação principal¹⁰⁷, porque sempre fundamentado na urgência, na pretensão probatória¹⁰⁸ e taxativa¹⁰⁹.

Não obstante isso, a formalização do instituto da produção antecipada fomentara o aprofundamento doutrinário sobre a existência e natureza de um direito à prova. Humberto Theodoro Júnior, em 1998, afirma que se tratava de uma tutela da “pretensão à segurança da prova”¹¹⁰. Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, em 2011, já asseveram que o instituto “visa à proteção do direito fundamental a prova e, daí, à proteção do direito de ação, do direito de defesa e do direito ao processo justo”¹¹¹.

Nessa seara – de aprofundamentos neste renovado “direito à prova” –, começa o movimento para compreender especificamente a produção antecipada de provas como fenômeno autônomo. Pontes de Miranda, afastando o aspecto preparatório do instituto, afirma que: “Nem todas as medidas de antecipada produção de prova são preparatórias, porque, por exemplo, ainda não se chegou ao vencimento da dívida, por ser além de meses ou anos, e a antecipação da prova foi pedida por motivo de idade do devedor, ou da

¹⁰⁷Arts. 846 e 849 do Código de Processo Civil de 1973. Veja-se também: “o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente”, Art. 796 do Código de Processo Civil de 1973.

¹⁰⁸Arts. 847 e 849 do Código de Processo Civil de 1973, que condicionam sempre a produção antecipada ao “receio” de que a perícia ou depoimento venha a tornar-se “impossível”, “muito difícil” ou que passe a não existir. Ovídio Baptista da Silva comenta que seria possível inclusive “a antecipação indiscriminada de qualquer espécie de prova sempre que se verificasse a concorrência dos pressupostos genéricos das ações cautelares” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. v. 3). Tratam-se dos requisitos tradicionais do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.

¹⁰⁹Como ponto de partida, o Código de 1973 nada diz sobre a taxatividade do rol de casos para a produção antecipada. Entretanto, é notório que o texto também não chega a adotar qualquer semântica que permita inferir que se trata de rol exemplificativo. Não se obteve consenso doutrinário sobre a taxatividade do rol. Pontes de Miranda segue a corrente textual, afirmando que “a alusão ao interrogatório da parte, à inquirição de testemunhas e ao exame pericial frisa a tipicidade das três espécies” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2001. t. 12, art. 846 e ss.). Ovídio Baptista da Silva, por sua vez, assevera que “embora o Código tenha regulado especificamente apenas a antecipação das provas orais e periciais, não há empecilho a que o juiz, dentro de seu poder geral de cautela (art. 798) admita medidas similares com relação a outros meios de convencimento, como, por exemplo, a inspeção judicial (art. 440)” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil, cit.*, v. 3).

¹¹⁰THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 2, p. 490.

¹¹¹MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 806.

testemunha, e houve justo receio de que, ao tempo de se poder propor ação, já não exista ou esteja sem possibilidade de depor.”¹¹²

Ernanes Fidélis dos Santos também teoriza sobre a separação da pretensão probatória e da pretensão de direito material, afirmando que a produção antecipada pode ser concedida ainda que estejam impedidos o interesse ou a “possibilidade jurídica da ação”^{113 114}. É o caso, por exemplo, do filho adulterino que, antes da Constituição de 88, só poderia acionar o pai após a dissolução da sociedade conjugal. A prova antecipada, no entanto, poderia ser produzida na ocorrência do *periculum in mora*.

A jurisprudência contemporânea ao Código de 73 repercutiria, ainda que pontualmente, estes primeiros passos na autonomia da produção antecipada da prova. Reconheceu-se em nossos Tribunais que, no procedimento de produção antecipada, “não se admite (...) a discussão da matéria da ação principal a ser proposta”¹¹⁵; e que ali “o Juiz homologa a prova produzida, após examinar apenas a regularidade formal do processo”¹¹⁶.

Além disso, o CPC de 1973 reconstruiria as bases do procedimento conhecido como justificação¹¹⁷, que também se qualifica como tutela da prova¹¹⁸. Enquanto é verdade que o procedimento figurava já no Código de 1939, em 1973 é que o instituto passa a ser desvinculado de qualquer processo que veiculasse pretensão de direito material, ensejando o seguinte comentário de Pontes de Miranda: “Convém que se atenda à diferença de funções que têm as medidas de antecipada produção de prova e as de justificação (...). Em vez de se antecipar a prova, que havia de ser feita na ação futuramente proposta, ou pendente a lide, antes da audiência de instrução e julgamento, a justificação visa produzir prova ou elemento de prova sem adiantamento. Nem sequer se prepara. Não há a preparatoriedade.”¹¹⁹

¹¹²MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes, 2001, t. 12, *cit.*, art. 846 e ss.

¹¹³A possibilidade jurídica do pedido é abandonada pela doutrina após o Código de Processo Civil de 2015. Tese amplamente repercutida na doutrina, consolidada no En. nº 36 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “as hipóteses de impossibilidade jurídica do pedido ensejam a improcedência liminar do pedido”.

¹¹⁴SANTOS, Ernanes Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 3, p. 354.

¹¹⁵Ac. da Câm. Civ. do TJSE de 03.04.1995, no Ag. 7/95, rel. Des. Oliveira Deda; RT 721/242.

¹¹⁶TRF 2ª Região, Ag. nº 11.143/RJ, Rel. Juiz Franca Neto, 6ª Turma, jul. 25.06.2002, DJU 30.08.2002, p. 367.

¹¹⁷“Trata-se de medida que visa a produzir determinada prova a respeito da alegação de um fato ou de uma relação jurídica. A justificação não serve para simples assecuração de prova – nela se produz desde logo a prova pretendida. (...) [S]eja pelo simples interesse na documentação, seja para que sirva oportunamente como prova em processo de qualquer espécie”. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*, *cit.*, p. 815.

¹¹⁸ASSIS, Araken de. *Direito processual civil brasileiro*: parte geral. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 1, p. 408. Também Pontes de Miranda: “Todas são relativas à prova. Algumas à assecuração da prova; as outras, todas, à formação da prova”, *v. infra*.

¹¹⁹MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes, 2001, t. 12, *cit.*, art. 846 e ss.

Sobre o tema, Flávio Luiz Yarshell aponta para outra diferença conceitual: “Certo que a ideia de justificar parece estar realmente associada ao prévio conhecimento dos fatos pelo requerente; e, assim, o remédio de que aqui se cogita se afasta, em alguma medida, da ideia de investigação ou de descoberta de fatos.”¹²⁰

Fato é que o procedimento de justificação assemelha-se, em parte, à produção antecipada de provas nos moldes do Código de Processo Civil de 2015, prevendo que se caberia justificar “seja para simples documento e sem caráter contencioso, seja para servir de prova em processo regular”; que “não se admite defesa nem recurso”; que “os autos serão entregues ao requerente”; e principalmente ao prever que “o juiz não se pronunciará sobre o mérito da prova, limitando-se a verificar se foram observadas as formalidades legais”¹²¹.

Trata-se de procedimento paralelo à produção antecipada propriamente dita, mas que certamente também dirá respeito à prova. A partir do Código de 73 é que a doutrina seguirá acrescentando procedimentos na categoria “ações probatórias”, como a justificação, a ação exibitória¹²², assim como os procedimentos probatórios atípicos¹²³.

Por fim, considerando o contexto acima exposto, a doutrina – sob a égide do Código Buzaid – caminharia para o direito autônomo à prova como paradigma da produção antecipada: Pontes de Miranda, atualizado em 2001, afirmou que “a pretensão a provar, ou a assegurar a prova (...), existe, independentemente da pretensão correspondente à relação de direito material, ou formal, que se quer provar”¹²⁴. Daniel Amorim Neves, em 2006, em seu “Ações Probatórias Autônomas”¹²⁵ trabalharia com o termo autonomia para qualificar determinadas ações probatórias. Flávio Luiz Yarshell, em 2009, como já exposto, veicularia um novo paradigma para a compreensão do direito à prova, qualificando e fundando o próprio direito enquanto autônomo, em seu “Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova”¹²⁶.

Tal ilibada doutrina, portanto, entrava no novo milênio um passo à frente da letra expressa do Código de 1973 e mesmo da jurisprudência, que titubeava em relação ao direito

¹²⁰YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 425.

¹²¹Art. 861 e ss. do Código de Processo Civil de 1973.

¹²²THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. 2, cit., p. 293-294.

¹²³*Idem* comentário de SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*, cit., v. 3.

¹²⁴MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes, 2001, t. 12, cit., art. 861 e ss.

¹²⁵NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. 2006. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

¹²⁶YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit.

autônomo à prova e às ações probatórias autônomas, ora repercutindo as novas teses ora resistindo-as¹²⁷.

2.2.2.2 Código de Processo Civil de 2015

Pode-se argumentar, nesta esteira, que o advento do Código de Processo Civil de 2015 marcou, por fim, a atualização do texto normativo para comportar o desenvolvimento da doutrina estudada.

Primeiro, como já exposto, abandonou-se totalmente o requisito da urgência¹²⁸, consagrando o Novo Código que a produção antecipada da prova será admitida nos casos, inclusive, em que “a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito”¹²⁹.

Segundo, abandonou-se totalmente a preparatoriedade (dependência de uma ação principal a ser proposta futuramente), realçando o Novo Código que a produção antecipada é igualmente legítima para “evitar o ajuizamento de ação”¹³⁰ através do conhecimento dos fatos.

Terceiro, abandonou-se a taxatividade, cabendo reiterar o entendimento de Eduardo Talamini no sentido de que: “O elenco do art. 381 não exaure as hipóteses em que se põe autonomamente o direito à prova. É apenas exemplificativo. Justifica-se a produção antecipada da prova sempre que seu requerente demonstrar possuir interesse jurídico para tanto, ainda que em hipóteses não arroladas no art. 381.”¹³¹ Neste mesmo sentido, Fredie Didier Júnior afirma que “[o] CPC resolveu criar uma ação probatória autônoma genérica,

¹²⁷A jurisprudência considerava provas pré-constituídas como ineficazes em categorias de peso, como no mandado de segurança e nas ações de usucapião. Pontes de Miranda, colecionando jurisprudência relevante, analisa que: “Não basta[ria], por exemplo, para provar o domínio oriundo de usucapião”; e que a jurisprudência “negou mandado de segurança a quem invocou domínio, apenas juntando, como prova, justificação. Falta algo a essa prova” (*Comentários ao Código de Processo Civil. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes*, 2001, t. 12, *cit.*, art. 861 e ss.).

¹²⁸“No Código de Processo Civil de 2015, consagra-se expressamente o emprego da produção antecipada em situações não cautelares.” TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015*, *cit.*, p. 78.

¹²⁹Art. 381, inciso II da Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil de 2015).

¹³⁰Art. 381, inciso III da Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil de 2015).

¹³¹TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015*, *cit.*, p. 79.

cujo conteúdo é exatamente a afirmação do direito à produção da prova. (...). É, pois, ação que se busca o reconhecimento do direito autônomo à prova."¹³²

O CPC de 2015, ademais, adotaria a posição de Flávio Luiz Yarshell (não só neste aspecto) sobre o procedimento de justificação, emitida ainda sob a égide do Antigo CPC. Veja-se: “Embora haja tentativa de se distinguir a produção antecipada de prova da justificação, os critérios apontados não convencem ou, quanto menos, não superam a convergência que existe entre uma e outra, e que reside na pré-constituição de prova. Ambas se afiguram, enfim, como meios pelos quais o sistema admite a produção de prova de forma autônoma”.¹³³

Assim, o Código Atual uniria a justificação¹³⁴ e o arrolamento de bens para fins documentais¹³⁵ ao procedimento genérico e autônomo de produção antecipada de provas, como preconizava tal entendimento.

Fato é que o legislador adotou amplamente a doutrina do direito autônomo à prova. No mesmo diapasão, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, apenas um ano após a entrada em vigor do Código de 2015, decidiria que (grifamos): “Atualmente se reconhece a existência de um direito autônomo à prova, assentado na possibilidade de a pessoa requerer o esclarecimento sobre fatos que a ela digam respeito independentemente da existência de um litígio potencial ou iminente, alterando-se o protagonismo da atividade instrutória, que passa a não ser mais apenas do Poder Judiciário, mas também das partes, a quem a prova efetivamente serve.”¹³⁶

Tem-se que, portanto, o Novo Código de Processo Civil rapidamente consolidou a doutrina do direito autônomo à prova no que diz respeito ao procedimento de produção antecipada. Justifica-se, neste sentido, a opção deste trabalho de tomá-la como paradigma para análises futuras¹³⁷. Logo, o debate não poderia mais ser sobre a existência de um direito autônomo à prova, mas sim sobre sua abrangência¹³⁸.

¹³²DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed., v. 2, cit., p. 137.

¹³³YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 422 e ss.

¹³⁴Art. 381, parágrafo 5º da Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil de 2015).

¹³⁵Art. 381, parágrafo 1º da Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil de 2015).

¹³⁶REsp 1632750 / SP, rel. min. MOURA RIBEIRO, rel. p/ acórdão min. NANCY ANDRIGHI, j. 24/10/2017.

¹³⁷Conforme se esclareceu já no item 2.2.

¹³⁸Parte da doutrina se manifesta, inclusive, no sentido de que o Novo CPC permite ações de descoberta de prova ao estilo da common law. Veja-se: “é preciso falar das demandas de descoberta da prova (art. 381, II e III), figuras nitidamente inspiradas no instituto conhecido como *discovery* ou *disclosure*, dos ordenamentos

Contudo, o direito à prova (autônomo) perfez seu caminho para dentro do texto legal e da jurisprudência dos Tribunais Superiores, principalmente sob o aspecto da produção antecipada, sem que muito tenha sido positivado no âmbito da descoberta dos fatos em si (direito à investigação), que, como indicado anteriormente¹³⁹, é o segundo consectário do direito à prova.

2.2.3. Direito à investigação

Investigar do latim *investigare* (lat.) é seguir os vestígios. No direito, investigar torna-se um verbo complexo. Investigar pode simultaneamente representar o procedimento que atinge a esfera privativa da vida de cada um, por um lado flexibilizando direitos da personalidade e por outro permitindo o alcance do que é essencial para o posicionamento do Estado e pacificação da vida pública. Assim, investigar é, por definição, um conflito entre direitos.

No direito processual, investigar é matéria atinente ao estudo da prova¹⁴⁰ e conhecer o sujeito que investiga – o titular do direito à investigação – é essencial para determinar uma das características mais fundamentais do modelo processual: trata-se de um modelo adversarial ou inquisitório.

Leciona o doutrinador português Manuel da Costa Andrade¹⁴¹, que o modelo americano seria o típico modelo adversarial¹⁴², no qual as partes encarregam-se de investigar e obter as provas e o juiz adota postura absolutamente passiva em relação à instrução. Já o modelo alemão mantinha-se acusatório apenas em linhas gerais, permitindo que o magistrado atuasse com poderes investigativos, efetivamente na postura de titular do processo.

jurídicos filiados à tradição jurídica do common law”. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 238.

¹³⁹V. notas 70 e 71.

¹⁴⁰*Exempli gratia*, nota 81 e nota 145.

¹⁴¹ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições da prova em processo penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 137-138.

¹⁴²Como será exposto em tópico seguinte, os sistemas de *common law* vêm criando mais mecanismos de controle pelo juiz ante as situações de ineficiência, morosidade e abusos constatados na fase denominada *Discovery*.

Apesar de a dicotomia inquisitivo/adversarial não mais subsistir como um paradigma hábil para bem descrever um determinado modelo processual¹⁴³, ela é útil para auxiliar na visualização de que, de fato, o direito à investigação pode ser compreendido sob duas acepções: o direito investigativo concentrado nas partes (típico do sistema adversarial) e o direito investigativo concentrado no Estado (típico do sistema inquisitivo).

No ordenamento pátrio, o direito à investigação era classicamente reconhecido como um direito atinente ao Estado e suas instituições. A Constituição Federal de 1988, a partir do art. 144, atribui às autoridades policiais o dever de apurar infrações penais. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de investigação penal conduzida pelo Ministério Público¹⁴⁴, estendendo a prerrogativa da investigação civil, positivada expressamente na Constituição¹⁴⁵.

Além disso, positiva a Constituição, que “As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais (...)”¹⁴⁶. Veja-se que a Constituição de 1988, aqui, não só reconhece os poderes investigativos das comissões parlamentares de inquérito como também toma como pressuposto o poder investigativo do judiciário.

O investigar do Estado não é apenas poder, mas efetivo dever cujo descumprimento já chegou a ensejar condenação internacional do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao afirmar que uma das condições para a proteção efetiva dos direitos “à vida e à integridade pessoal é o cumprimento do dever de investigar as afetações a eles, o que decorre do artigo 1.1 da Convenção em conjunto com o direito substantivo que deve ser amparado, protegido ou garantido”¹⁴⁷.

¹⁴³Não cabem dicotomias na análise científica do processo civil contemporâneo. Todos os modelos processuais adotarão, em maior ou menor medida, elementos considerados como acusatórios ou inquisitórios.

¹⁴⁴“O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitadas os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado (...)”, STF, RE 593.727/MG, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 14/05/2015.

¹⁴⁵Constituição Federal de 1988, Art. 129, inciso III: “São funções institucionais do Ministério Público (...) promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

¹⁴⁶Constituição Federal de 1988, Art. 58, § 3º.

¹⁴⁷CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes versus Brasil*. Sentença de 4 de julho de 2006 (Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf.

Se por um lado, como visto, no Brasil o corpo normativo pressupõe um poder-dever de investigar de titularidade do Estado, por outro não se pode abrir mão da segunda acepção: o direito à investigação de titularidade das partes.

Ao tratar do Processo Penal, Antônio Magalhães Gomes Filho afirmaria ainda em 1997 que: “A faculdade de procurar e descobrir provas é condição indispensável para que se possa exercer o direito à prova”¹⁴⁸. No Processo Civil, contudo, é com a doutrina do direito autônomo à prova que a proposição ganharia corpo, pretendendo-se que: “O dever de veracidade poderia deixar de ser visto sob a ótica do julgamento estatal a ser proferido no processo declaratório (...) e passaria a ser visto sob o prisma do prévio esclarecimento as partes acerca de fatos relevantes relativos a dada situação substancial controvertida (atual ou, quando menos, potencialmente) e que (...) pode auxiliar os interessados na avaliação de seus riscos e chances em processo futuro.”¹⁴⁹

Passaremos, ao cabo, para o aprofundamento do direito à investigação em ambas as acepções, pois ambas constituirão suporte dos incidentes de investigação e pré-constituição da prova, descrito no item 2.1, no processo falimentar e de recuperação judicial ou extrajudicial.

2.2.3.1. Juiz e Ministério Público no direito à investigação do Estado

Investigar, apurar, punir são partes fundamentais da concepção de Estado. O homem/indivíduo abre mão destes direitos em favor da persecução penal exclusiva do Estado, conforme concluiu John Locke¹⁵⁰, assim que passa a integrar uma sociedade política.

Cabe-nos o estudo de duas figuras estatais ligadas diretamente ao processo falimentar e de recuperação judicial: o Estado-juiz e o Ministério Público.

Mas o que seria, começando pelo primeiro, o poder de investigação do Estado-juiz? O juiz certamente não irá a campo ou ativamente promoverá a busca da prova para que banque ou desbanque determinada alegação de uma das partes. Sabe-se, entretanto, que o

¹⁴⁸GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 86.

¹⁴⁹YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, *cit.*, p. 160.

¹⁵⁰LOCKE, John. *Concerning civil government, second essay: an essay concerning the true original extent and end of civil government*. Trad. William Popple. Hazleton: Pennsylvania State University, 1998.

Código de Processo Civil vigente autoriza a produção de prova por iniciativa própria do juiz¹⁵¹. Ordenar a produção de prova é, no mais das vezes, trazê-la de onde quer que esteja para dentro do processo. É essencialmente atividade de busca da prova.

A determinação de produção da prova por iniciativa do próprio juiz guarda uma complexidade doutrinária própria, tendo sido considerada polêmica a questão da legitimidade democrática desta prática e sua compatibilidade com a Constituição Federal de 1988¹⁵². Note-se que determinar a produção da prova nada mais é do que determinar sua busca e obtenção. Enquadra-se, pois, como atividade afeta ao direito à investigação.

Há respeitável doutrina no sentido de apoiar a instrução¹⁵³ processual ativa por parte do juiz, sendo um dos expoentes desde posicionamento José Roberto dos Santos Bedaque que assim asseverou na sua obra “Poderes Instrutórios do Juiz”: “A maior participação do juiz na instrução da causa é uma das manifestações da ‘postura instrumentalista que envolve a ciência processual’. Essa postura favorece, sem dúvida, a ‘eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos’. Contribui, enfim, para a ‘efetividade do processo’, possibilitando que o instrumento estatal de solução de controvérsias seja meio real de acesso à ordem jurídica justa”.¹⁵⁴

Segundo tal corrente doutrinária encabeçada por José Roberto dos Santos Bedaque, não há, *a priori*, comprometimento na parcialidade do magistrado que ordena a produção de provas *ex officio*, pois ele desconhece a conclusão que a prova virá a trazer. Logo, a prova ainda virá a ser produzida, e, portanto, não há como antecipar se o conteúdo será favorável a qual das partes¹⁵⁵, estando preservada a imparcialidade.

Veja-se, entretanto, que este argumento rui se for considerado o ônus da prova enquanto regra de julgamento. Isso porque, apesar de ser desconhecido o resultado da prova, através da análise do ônus poder-se-ia sempre verificar a quem aproveitaria um julgamento

¹⁵¹Art. 370, caput, do Código de Processo Civil de 2015, que autoriza expressamente a produção de prova oficiosa.

¹⁵²CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *Revista OABRJ*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, p. 11, 2008. Disponível em: <https://revistaeletronica.oabRJ.org.br/wp-content/uploads/2017/09/Revista-OABRJ-v.-24-n.-1.pdf>.

¹⁵³Poderes instrutórios do juiz são aqueles que dizem respeito ao seu convencimento no processo (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed., *cit.*, p. 319). Inclui, portanto, a atividade probatória do juiz, termo ligado mais especificamente à produção de provas *ex officio*, porém ainda central na noção de instrução do processo.

¹⁵⁴BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 161 e ss. Neste mesmo sentido: DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 2, p. 52.

¹⁵⁵CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático, *cit.*, p. 15.

de mérito por ausência de determinada prova. Trata-se do argumento de Flávio Luiz Yarshell: “Por outras palavras, quando o juiz determina a produção de certo meio de prova [...], sabe ele que a ignorância a respeito de certo fato controvertido ditara um resultado já antevisto (a partir das regras de distribuição do ônus da prova, visto em seu prisma objetivo) e a seus olhos, indesejável sob o ângulo do escopo jurídico.”¹⁵⁶

Além disso, a iniciativa probatória do juiz adentra no Direito Processual Brasileiro de forma determinante sob a inspiração totalitária do Código de 39¹⁵⁷ como forma de concentração de poderes no Estado-juiz. Glauco Gumerato Ramos, ainda em 2015, não só repercute o argumento da inspiração totalitária como propõe um julgamento escalonado, através de um juiz das garantias na esfera cível para determinar a produção de provas¹⁵⁸.

No âmbito do Processo Penal, Aury Lopes Jr. afirma ser reducionista avaliar um modelo como acusatório apenas por haver separação formal entre órgão acusador e julgador. Assevera que “de nada adianta uma separação inicial se depois permitirmos que o juiz desça e pratique atos tipicamente de parte, como, por exemplo, determinando a produção de provas de ofício”¹⁵⁹.

Ocorre que, historicamente, na medida em que o Processo Penal foi se tornando acusatório, concedendo ao princípio dispositivo, e pontualmente até permitindo a transação penal, o Processo Civil trilhou movimento inverso, tendendo para a mitigação do princípio dispositivo e concentração de poderes no Estado-juiz¹⁶⁰.

Uma das saídas propostas é a de Moacyr Amaral Santos, ainda sob a égide do CPC de 73, para quem a iniciativa probatória do juiz é positivada e reconhecida, mas deveria ser entendida como supletiva da iniciativa das partes, a quem caberia primordialmente a instrução probatória do processo¹⁶¹.

Diante da celeuma, fato é que não se obteve consenso doutrinário sobre o equilíbrio entre iniciativa e imparcialidade no tema poderes probatórios do juiz. Resta reconhecer,

¹⁵⁶YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 131.

¹⁵⁷V. item 2.2.2.2 do presente trabalho.

¹⁵⁸RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício. In: DIDIER, Fredie (Coord.). *Novo CPC doutrina selecionada: processo de conhecimento – provas*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 3, p. 242.

¹⁵⁹LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019. E-book.

¹⁶⁰CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed., cit., p. 71.

¹⁶¹SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2, p. 351; também acompanhado nesta empreita por GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 227.

contudo, que o Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 370, indubitavelmente atribui ao magistrado do Processo Civil autonomia probatória¹⁶², impondo que esta realidade dogmática seja considerada na análise do poder-dever de investigação estatal. Reconhece-se, ainda, que o Estado-juiz, por ser figura indissociável do processo em si, e portanto da lide, não exerce direito à prova (apenas *direito de provar*, no caso do magistrado um poder-dever de provar).

Por outro lado, não carece de amparo sob nenhum aspecto a investigação estatal promovida pelo Ministério Público e seu estudo será importante, mais a diante, para a melhor compreensão da figura do Administrador Judicial.

Veja-se, ainda, que a atuação do Parquet nos processos de recuperação de empresa e falência não é de menor relevância. Em diversas situações compete ao Administrador Judicial informar ao Ministério Público, que deve acompanhar o processo de forma proativa¹⁶³. Desta forma, o Parquet também exercerá, conforme sua própria convicção, o poder-dever de investigar, como exemplificamos na hipótese do incidente processual descrito no item 2.1.

No âmbito cível em geral, prevê a Constituição de 1988 expressamente a competência para investigação civil promovida pelo Parquet¹⁶⁴. A Lei da Ação Civil Pública, ainda, permitirá a requisição pelo membro do Ministério Público de “certidões, informações, exames ou perícias” perante “qualquer organismo público ou particular”¹⁶⁵. O inquérito civil, reconhece-se, não é restrito à Ação Civil Pública¹⁶⁶.

¹⁶²Tem-se que dá ao juiz “autonomia para que possa se utilizar de seus poderes instrutórios a fim de que, ativa e não passivamente, possa conduzir o processo na fase probatória, dando condição de, ao final, adequadamente se produzir o cabedal probatório necessário ao livre convencimento”, THAMAY, Rennan; RODRIGUES, Rafael. Primeiras impressões sobre o direito probatório no CPC/15. In: DIDIER, Fredie (Coord.). *Novo CPC doutrina selecionada: processo de conhecimento – provas*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 3.

¹⁶³“Essas causas podem ser, por sua vez, efeitos de atos culposos ou dolosos do devedor, crimes, cuja repressão é dever primordial do Estado. Há, pois, conveniência de integrar na instituição falimentar o representante do Poder Público que, na conformidade da organização judiciária, for ‘o órgão da lei e fiscal de sua execução’”, VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentários à Lei de Falências, p. 415 *apud* PENTEADO, Mauro Rodrigues. Ministério Público na recuperação judicial. In: SOUZA JR., Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coords.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 125-126.

¹⁶⁴O art. 129, inciso III da Constituição de 1988 faz competir ao *Parquet* o inquérito civil.

¹⁶⁵Art. 8º, § 1º da Lei 7.347/1985.

¹⁶⁶Notadamente, a Constituição de 1988 “não prevê o inquérito civil apenas para a propositura da ação civil pública, tanto que não fala em ‘promover o inquérito civil’ para ‘a ação civil pública’, nada impede que o inquérito civil seja instrumento para a colheita [de outros] elementos de convicção”, BURLE FILHO, José Emmanuel. A natureza do inquérito civil, como atribuição constitucional do Ministério Público. Tese apresentada e aprovada por unanimidade no Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em Salvador-BA, de 1 a 4 de dezembro de 1992. *Justitia*, São Paulo, v. 56, n. 165, p. 34-36, jan./mar. 1994. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/88y9z7.pdf>.

No âmbito penal, a atividade investigativa ministerial ganhou respaldo determinante do STF em 2015, quando tal Corte determinou que a Constituição de 1988 previu implicitamente os poderes investigativos penais do Órgão. Isso porque a Constituição estabeleceu diversos objetivos ao Parquet que somente poderiam ser efetivados plenamente caso haja a instituição de poderes investigativos penais. Desse modo, direito à investigação conferido ao Ministério Público sob essa premissa consubstancia a chamada teoria dos poderes implícitos¹⁶⁷.

Ademais, ilustrando a autonomia na apuração de ilícitos pelo Ministério Público, consolida-se a colaboração premiada (também meio de investigação; meio de obtenção de prova¹⁶⁸). Civilmente cabe a atuação negocial por meio de termos de ajustamento de conduta (os Termos de Ajustamento de Conduta, proeminentes em matéria ambiental), e mesmo acordos de não persecução cível em atos de improbidade administrativa¹⁶⁹.

Comparativamente, vejamos: “[N]os Estados Unidos o Ministério Público é o verdadeiro senhor da investigação criminal, não havendo um controle judicial valorativo no correr da fase investigativa nem no caso de seu arquivamento. Seu poder discricionário (*discretion*) permite decidir sobre a submissão do caso a *preliminary hearing* e ao *grand jury*, para a confirmação da existência de uma *probable cause*, e mesmo negociar com o investigado a troca de uma admissão de culpa por uma pena mais reduzida ou por uma desqualificação do delito para tipos com sanções menos severas (*plea bargaining*).”¹⁷⁰

Embora nos Estados Unidos, baluarte do sistema acusatório, como já visto, os poderes ministeriais sejam mais amplos, em certa medida todos eles aparecem no Parquet brasileiro¹⁷¹, desde a investigação até a transação penal.

Inferre-se deste contexto – se a iniciativa probatória do Estado-juiz é de índole ao menos controversa e se há um dever e poder do Estado de apuração dos ilícitos - a atribuição de tais prerrogativas [*de busca e obtenção da prova*] ao Ministério Público sugere a existência, ao menos em relação a esse órgão, de um “dever geral de informação”,

¹⁶⁷Original da Suprema Corte Americana (U.S. SUPREME COURT. *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819)). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/>), a teoria afirma que se a Constituição confere determinados objetivos a determinada instituição está implícito que ela conferiu a ela os poderes para realizá-los.

¹⁶⁸Veja-se que “seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração”, STF, HC 127.483-PR, Pleno, Rel. Dias Toffoli, 27.08.2015.

¹⁶⁹Art. 16, § 1º da Lei 8.429/92. Novidade legislativa em 2019 (Lei 13.964/2019).

¹⁷⁰CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 79-80.

¹⁷¹YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 223.

mencionado em tópicos precedentes. Dever que não resulta de normas de direito material, e que, nessa medida, pode ser considerado como tipicamente processual

A noção de um “dever geral de informação” é essencial de dela se abstrai que há um dever geral de embasamento fático, de informar-se, razão pela qual o direito à prova é logicamente anterior ao próprio processo – pois a lide já se propõe preferivelmente com a apreensão correta e completa da informação. Como visto, o Ministério Público carrega um dever geral de informação para cumprir sua função sócio-constitucional.

Viu-se que, portanto, o Estado em geral possui um poder-dever de informação, sendo que o principal ator cível desse poder-dever estatal será o Ministério Público, secundariamente ou subsidiariamente exercido pelo magistrado da causa, com as ressalvas feitas neste capítulo.

2.2.3.2. Direito à investigação como consectário do direito autônomo à prova

Nem sempre o direito à investigação se exerce em âmbito estatal. Ocorre que a observação do fenômeno da produção antecipada de provas apontará para o fato de que “buscar a fonte (de prova), no mais das vezes, é também produzir prova”.

Veja-se que, como o Ministério Público carrega um dever geral de informação em relação à sua função sócio-constitucional, o ordenamento jurídico-processual também parece impor um dever geral de informação ao particular. Isso porque o processo que se desenvolve sem lastro fático (ou probatório) não cumpre sua função de pacificação social, já que (por definição) descola-se da realidade. Por essa razão o CPC/15 afirma haver um dever de boa-fé e colaboração na relação processual¹⁷², que compreende um dever de informação e de informar¹⁷³, e por isso também a produção antecipada de provas, como visto, pode ser proposta mesmo para *evitar* o processo.

Reconhecem Antonio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover que “imperá, portanto, tanto no campo processual penal como no campo

¹⁷²Art. 5º, Código de Processo Civil de 2015.

¹⁷³EHRHARDT JR., Marcos Augusto de A. Deveres gerais de conduta nas obrigações civis: breves notas sobre o princípio da boa-fé objetiva e sua influência nas relações contratuais. *Revista Baiana de Direito*, v. 4, p. 375-385, 2009.

processual civil, o princípio da livre investigação das provas, embora com doses maiores de dispositividade no processo civil”¹⁷⁴.

Trata-se, portanto, de uma necessidade lógica do sistema: não há como exigir a litigância de boa-fé, a cooperação, que foi expressamente prevista no CPC/15, e mesmo a filtragem de demandas incabíveis ou evitáveis sem um mecanismo processual de obtenção de informações, busca e registro da prova. As demandas de busca e descoberta de prova são conteúdo legítimo da produção antecipada de provas nos moldes do Código de Processo Civil de 2015¹⁷⁵. Flávio Luiz Yarshell muito bem assevera que “não se deve limitar a ideia de investigação à busca e à pré-constituição da prova por agentes públicos. Pelo contrário, guardadas as diferenças já apontadas – que se justificam pelo exercício do poder estatal –, a investigação deve ser vista genericamente como prerrogativa que, tendo origem no direito à prova, ganha autonomia e não se limita à seara dos órgãos públicos.”¹⁷⁶

Sobre este direito à investigação, tem-se certamente que ele *não* se refere ao direito à investigação estatal decorrente da violação direta do Direito Penal Material. Pois, como visto, neste caso a investigação tem como fundamento o direito material à persecução penal¹⁷⁷. Excluem-se, também, os demais pleitos de origem no direito material, como o direito à informação do consumidor ou os casos de *habeas data*¹⁷⁸.

Em segundo lugar, é necessário excluir da análise também as demandas de natureza cautelar, pois elas pressupõem uma lide de direito material que virá a ser um *processo principal*.

Por exclusão, as demais demandas de descoberta da prova são exemplo de um direito à investigação autônomo e processual. É o caso, *exempli gratia*, da demanda não-cautelar para documentação de fato ou relação jurídica (procedimento de justificação), bem como o exemplo de determinadas demandas propostas pelo administrador judicial, quando não embasadas no direito material, mas no seu dever geral de informação. Assim, fica claro que o direito à investigação é plenamente exercido pelo administrador judicial, Ministério Público ou credor no incidente processual objeto deste estudo, descrito no item 2.1.

¹⁷⁴CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed., cit., p. 72.

¹⁷⁵CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*, 2015, cit., p. 238.

¹⁷⁶YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 217.

¹⁷⁷BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. *Processo penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 41.

¹⁷⁸YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 236-237.

Trata-se, portanto, de segundo consectário ao direito à prova autônomo, exigência lógica do sistema processual, desvinculado da cautelaridade e dos pleitos de direito material.

2.2.3.3. Do expreso direito de investigação concedido ao advogado em processo penal, conforme o Provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB

Considerando o enfoque dado, neste Capítulo, ao direito à investigação, entendemos que vale mencionar o Provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB, que trata da investigação defensiva que pode ser realizada pelo advogado na esfera da persecução criminal, o qual é um exemplo típico do exercício do direito à investigação. Além do exercício deste direito de defesa no processo criminal, o parágrafo único do artigo 3º. do referido Provimento deixa expreso que a atividade de investigação do advogado também pode ser destinada à produção de provas para o oferecimento de queixa, principal ou subsidiária. Tal previsão é sem dúvida alguma uma forma de produção antecipada de provas, o qual permite a obtenção de provas para avaliar se será ajuizada futura ação. Naturalmente, quaisquer provas obtidas nessa senda poderiam ser importadas para o processo civil como provas emprestadas, desde que respeitado o contraditório e a ampla defesa.

Não surpreende que a investigação defensiva na seara penal já encontre fundamentos normativos, quando – em verdade – já em 1997 a doutrina de Antonio Magalhães Gomes Filho lecionava, irretocavelmente, que “o direito à prova também deve ser reconhecido antes ou fora do processo, até como meio de se obter elementos que autorizem a persecução, ou possam evitá-la. Partindo dessa constatação, parece possível identificar, num primeiro momento, um direito à investigação, pois a faculdade de procurar e descobrir provas é condição indispensável para que se possa exercer o direito à prova; na tradição inquisitória, as atividades de pesquisa probatória prévia constituem tarefa confiada exclusivamente aos órgãos oficiais da investigação penal (Polícia Judiciária e Ministério Público), mas, no modelo acusatório, com a consagração do direito à prova, não ocorre ser possível negá-las ao acusado e ao defensor, com vistas à obtenção do material destinado demonstração das teses defensivas.”¹⁷⁹

Essa posição já adiantada da doutrina penal advém, certamente, do fato de que a paridade de armas no processo penal é seriamente prejudicada pela fase de investigação

¹⁷⁹GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, cit., p. 86 e ss.

preliminar, em que a potência investigativa do órgão policial e do *Parquet* em muito superam a capacidade do investigado de demonstrar a verdade dos fatos¹⁸⁰. No processo civil a mesma constatação¹⁸¹ virá mais tarde, através da linha argumentativa do direito autônomo à prova.

De fato, é o que ocorre com proeminência no sistema americano, onde as partes nutrem “tanto o poder de investigar os fatos, como o de instruir o feito, inquirindo testemunhas, consultando peritos e até mesmo determinando o que venha ser objeto de indagação”¹⁸².

O artigo 4º. do Provimento 188/2018 da OAB Federal especifica importantes diligências investigatórias que podem ser realizadas pelo advogado, tais como a colheita de depoimentos e a pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados.¹⁸³

Apesar de abranger apenas o processo penal, entendemos que tal provimento é um importante passo para o pleno exercício do direito à investigação pelas partes e, em alguns casos excepcionais, espera-se que também seja admitido em processos cíveis.

Naturalmente, como era de se esperar, tal provimento gerará muita discussão na doutrina e na jurisprudência, mas não há dúvidas sobre a sua relevância na matéria do direito autônomo à prova e que, aplicada corretamente e sem abusos, trará grandes benefícios para a busca da verdade dos fatos.

Em relação às divergências de sua aplicação, cabe mencionar recente e emblemático acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal – 3ª Região que deu provimento a recurso interposto por réu em processo criminal e reconheceu expressamente o exercício do direito de investigação do seu advogado, o qual invocara os direitos previstos no Provimento

¹⁸⁰Notavelmente, “nem mesmo por ficção se dirá que o acusado, ainda que representado por advogado, ostenta posição jurídica equivalente a do membro do Ministério Público no processo, ou dispõe das mesmas armas para encontrar e expor a sua verdade. A constante possibilidade de prisão processual, ou outra providência constritiva no curso do processo, ameaça qualquer tentativa de equilíbrio real entre as partes da persecução”, COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 90-101.

¹⁸¹“Parece possível reconhecer que é dado as pessoas, fora de um processo estatal, unilateralmente ou mediante atuação conjunta, realizar atividade de verificação, demonstração e registro de fatos”, YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova, cit.*, p. 27.

¹⁸²ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 44.

¹⁸³Provimento 188/2018 - Art. 4º Poderá o advogado, na condução da investigação defensiva, promover diretamente todas as diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento do fato, em especial a colheita de depoimentos, pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados, determinar a elaboração de laudos e exames periciais, e realizar reconstituições, ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição.

188/2018. Em referido acórdão foi ressaltado que “a investigação defensiva encontra amparo na Constituição Federal, devido não só a ausência de norma proibitiva, mas em razão de uma interpretação extensiva dos princípios da igualdade, ampla defesa e contraditório, de forma a assegurar ao acusado um legítimo e devido processo legal”¹⁸⁴. Asseverou-se, ainda, que “os advogados não dispõem dos mesmos poderes de requisição que possuem a autoridade policial e o próprio órgão do Ministério Público, devendo o condutor da investigação defensiva acionar o poder judiciário caso encontre óbice devido a relutância do particular em colaborar com sua atividade ou pela impossibilidade jurídica de obter determinada informação.”

Parece-nos que o entendimento exposto em aludido acórdão pode ser aplicado, por analogia, no direito de investigação a ser exercido no processo cível, em especial no processo de insolvência, pois, ante os interesses social e público inerentes ao processo concursal, deve-se permitir, por meio do acionamento do poder judiciário, a utilização de variados métodos de investigação. Neste sentido, é essencial rememorar que as partes no processo falimentar estão aptas a oferecer ação penal, conforme o art. 184, parágrafo único da Lei 11.101/05.

Além disso, a matéria surge novamente no projeto do novo Código de Processo Penal (*PLS 156/2009*), em seu artigo 13: “É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas”.

Atualmente, sobre os poderes investigativos do advogado na seara cível, pode-se inferir que, em um primeiro momento, limitam-se àqueles previstos no Estatuto da Advocacia (*Lei 8.906/94*), tais como ter vista de autos e procedimentos investigativos.

Parte da doutrina defende, inclusive, que a investigação é atividade exclusiva da polícia judiciária, o que não pode vingar no direito brasileiro uma vez que o Ministério Público exerce atividade investigativa¹⁸⁵.

Por outro lado, subsistem argumentos no sentido de que a investigação realizada pelo advogado da parte é aceita no direito brasileiro. Nota-se que a segurança pública, por exemplo, é direito e responsabilidade de todos (CF, art. 144), inclusive do advogado no exercício das suas funções (*Dias, 2018*), o que poderia ensejar atividade investigativa. No âmbito do direito comparado, nos países que adotam sistemas inclinados à *common law*,

¹⁸⁴ Apelação Criminal no. 5001789-10.2020.4.03.6181, 5ª Turma do TRF-3, Rel. Des. Fed. Mauricio Kato.

¹⁸⁵ STF RE 593727, Relator Min. Gilmar Mendes.

ainda, o advogado possui poderes substanciais de investigação, mesmo quando se trata de procedimento de natureza cível.

2.2.4. Limites do direito autônomo à prova

Viu-se amplamente, até então, qual a estrutura e conteúdo do direito autônomo à prova (ou apenas *direito à prova*, em contraste com *direito de provar*). Todo direito, entretanto, se considerado holisticamente encontrará limites ao seu exercício¹⁸⁶, principalmente aqueles expressos na Constituição Federal e nas respectivas leis de regência, bem como os limites inerentes ao uso e abuso de direitos. São limites externos ao exercício do direito. Paralelamente, os direitos possuem limites internos, decorrentes de sua própria estrutura e *raison d'être*.

Não é diferente em relação ao direito autônomo à prova, e, portanto, em relação aos direitos de investigação e pré-constituição da prova dele decorrentes. Se até agora nos prestamos a sistematizar o direito autônomo à prova para esclarecer qual sua posição dogmática no ordenamento processual e futura relevância nos processos de falência e recuperação judicial, agora passaremos a sistematizar seus limites.

Nas primeiras seções desta empreita avaliamos que o direito à prova é não-cautelar, não-preparatório e processual, sendo, portanto, considerado *autônomo*. No item 2.1.1. concluímos que essa natureza do direito à prova aproximava-se do direito de ação. A análise do direito de ação constitui então um ponto de partida científico para a análise dos limites do direito à prova.

Foi Adolf Wach quem idealizou o direito de ação autônomo, porém concreto, isto é dependente de um provimento judicial favorável, porque a ação só se realizaria plenamente com obtenção da tutela, na visão do alemão¹⁸⁷. Heinrich Degenkolb foi quem elaborou a ideia do direito de ação autônomo e abstrato, que independe do direito material e mesmo da natureza favorável ou desfavorável do provimento judicial¹⁸⁸. O mais moderno entendimento, por fim, afirma o direito de ação ser autônomo, independente do direito

¹⁸⁶Veja-se, sobre os próprios direitos fundamentais, que: “os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela carta Magna (princípio da relatividade)”, MORAIS, Alexandre de. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 61.

¹⁸⁷CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed., cit., p. 273.

¹⁸⁸*Id. Ibid.*, p. 274.

material, porém condicionado¹⁸⁹. Trata-se das condições da ação, hoje essencialmente duas¹⁹⁰: legitimidade e interesse.

Esta última característica muito interessa ao estudo do direito à prova. Assim como o direito de ação, o direito à prova também está intrinsecamente condicionado¹⁹¹, tendo em vista que tanto legitimidade quanto interesse deverão ser analisados sob a ótica própria do direito à prova.

Cabe trazer aqui o conceito tradicional de Enrico Tulio Liebman de interesse de agir, para quem ele se apresentava enquanto relação de utilidade entre o provimento jurisdicional e uma determinada situação antijurídica, isto é, a utilidade para a tutela do direito material violado/atingido¹⁹². Uma das ferramentas analíticas mais conhecidas de avaliar tal utilidade é o binômio necessidade-adequação “necessidade concreta da atividade jurisdicional e adequação de provimento e procedimento desejados”¹⁹³.

Oreste Nestor de Souza Laspro assevera muito bem que “o interesse de agir traduz-se, em última análise, na utilidade do provimento jurisdicional”. Complementa, ainda, Oreste

¹⁸⁹LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de direito processual civil, cit.*, v. 1, p. 153.

Cabe também mencionar os ensinamentos de Luigi Montesano, Francesco De Santis e Giovanni Arieta. “È bene chiarire che l’interesse ad agire (...) deve essere personale, concreto ed attuale e consiste nell’esigenza di ottenere un risultato utile, giuridicamente apprezzabile e non conseguibile senza l’intervento del giudice. (...) In altre parole, l’indagine che il giudice deve compiere circa l’esistenza dell’interesse ad agire è volta ad accertare se l’attore possa astrattamente ottenere, attraverso lo strumento processuale, il risultato ripromessosi, prescindendo da ogni esame di merito della controversia (...)”. MONTESANO, Luigi; DE SANTIS, Francesco; ARIETA, Giovanni. *Corso base di diritto processuale civile*. 7. ed. Milano: Wolter Kluwer Cedam, 2019. p. 164-165. Cita-se também a lição de Fabricio Adroaldo Furtado: “Um cuidado elementar, outrossim, é o de não se confundir o interesse processual com aquele de Direito Material, tal como o afirma a parte. Este interesse, o material, servirá, sim à apuração da legitimidade para causa: interessado (vale dizer, legitimado), nesse sentido, é aquele a quem o julgamento poderá trazer posição jurídica mais favorável, em oposição à qualidade de terceiro, a saber, aquele que nada tem a ganhar ou a sofrer com a sentença projetada. A pergunta a ser respondida poderia ser *cui prodest*. Tempo houve em que a própria lei do processo incidia nessa confusão, falando, como falava o primeiro código nacional de processo civil, de “interesse econômico ou moral”. Esse é, obviamente, o interesse substancial, pertinente à afirmada relação jurídica preexistente ao processo, não à relação processual que se estabelece com a formulação da demanda. (in FURTADO, Fabricio Adroaldo. O interesse de agir como pressuposto processual. *Revista Emerj*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 164-195, jan./abr. 2018. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v20_n1/revista_v20_n1_164.pdf).

¹⁹⁰Dinamarco esclarece que a *possibilidade jurídica do pedido* desapareceu após a terceira edição do manual (LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de direito processual civil, cit.*, v. 1, p. 160-161, nota 106). *Vide*, simultaneamente, o Enunciado nº 36 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (nota 108 deste trabalho).

¹⁹¹YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova, cit.*, p. 333.

¹⁹²LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de direito processual civil*. Trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 155-156.

¹⁹³DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 406.

Nestor de Souza Laspro, que “das condições da ação examinadas é aquela que mais reflete o caráter instrumental do processo na busca da efetividade na aplicação da justiça”.¹⁹⁴

A análise de um “interesse de provar antecipadamente”¹⁹⁵, entretanto, foge do conceito acima exposto originalmente para o direito de ação. Isso porque o direito à prova é não-cautelar e não-preparatório. Não presume, portanto, situação antijurídica no sentido material, mas tão somente uma situação antijurídica processual de não acesso à fonte de prova contida no âmbito do dever geral de informação, boa-fé e cooperação processual.

Tem-se que só não haverá necessidade se a própria tutela judicial for desnecessária¹⁹⁶, isto é, se a mesma prova puder ser obtida de forma eficaz e legítima por outros meios, no mesmo espaço de tempo e nas mesmas condições. Em paralelo, tem-se que somente não haverá adequação entre provimento e procedimento se a produção antecipada for pretendida em procedimento manifestamente incoerente, como, por exemplo, um mandado de segurança para produzir antecipadamente a prova¹⁹⁷.

Flávio Luiz Yarshell arremata a questão do liame de utilidade requerido pelo interesse de agir: “[A] correspondência exata entre a antecipação da prova, fora dos casos de urgência, e os escopos da jurisdição é dado amplamente demonstrado e que, a rigor, resulta da natureza das coisas: a investigação, a busca e a produção da prova permitem aos interessados uma visão mais clara acerca dos fatos, com projeções sobre ônus, riscos e chances no âmbito judicial.”¹⁹⁸

O limite interno *interesse* é, portanto, superado sempre que o procedimento for compatível em qualquer grau com a produção de provas e simultaneamente a tutela judiciária não for desnecessária. Nesse sentido, podemos concluir que o administrador judicial, o Ministério Público e o credor têm interesse no pedido de instauração do incidente processual descrito no item 2.1, quando presentes os indícios de fraude contra credor, em sentido amplo.

¹⁹⁴ LASPRO, Oreste Nestor de Sousa. Ação e suas condições no processo civil de cognição. *Revista do Advogado*, São Paulo, p. 191, 1995.

¹⁹⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 339.

¹⁹⁶ “Partindo-se da premissa de que existe um direito à prova como o conteúdo e com os contornos aqui preconizados, então, não parece sobrar espaço para eventual juízo negativo do órgão judicial a esse respeito, salvo se eventualmente a própria intervenção estatal se afigurar desnecessária para a obtenção da prova”, *Id. Ibid.*, p. 339.

¹⁹⁷ “O Mandado de Segurança não admite dilação probatória, por isso a inicial deve ser instruída com prova pré-constituída do alegado direito líquido e certo, sob pena de ser extinto e denegada a segurança”, STJ, R.O. em M.S. nº 32.625/MT, Min. Rel. Mauro Campbell Marques, j. 2010.

¹⁹⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 350.

Vejamos, então, a legitimidade. Tradicionalmente, a legitimidade *ad causam* pertencerá ao titular do direito material pretendido¹⁹⁹. Naturalmente, cabe mencionar que esse paradigma foi se alterando na esteira das ocasiões em que o ordenamento permite a legitimidade extraordinária, e principalmente com o advento da tutela de direitos supra individuais²⁰⁰.

Novamente, aqui tal conceito não se aplica integralmente à medida que não há uma ligação direta, por assim dizer, entre a titularidade desse direito, de um lado, e a titularidade da relação de direito material, de outro; não, ao menos, da forma como isso se passa no direito de ação (cujo objeto é a declaração do direito).²⁰¹

Flávio Luiz Yarshell esclarece que não há, no sentido estrito, terceiros em relação ao direito à prova²⁰². Utiliza exemplo de um hospital: se **A**, vislumbrando ação em face de **B**, demanda antecipação e descoberta de prova em face de certo hospital, aparentemente existiria a potencialidade de litígio de direito material entre **A** e **B**. Entretanto, não há que se negar que, em relação ao hospital, também se interfere em sua esfera jurídica, não no que tange ao conflito material, mas no que tange à disputa sobre a possibilidade ou não de descoberta e antecipação da referida prova. O direito é sensível, portanto, à esfera jurídica de **A**, **B** e do hospital²⁰³.

Ao analisar o exemplo do hospital, nota-se que a legitimidade do direito à prova é aberta. Está, em parte, ligada ao direito material²⁰⁴, mas essencialmente se estende aos demais envolvidos na atividade probatória, aos que estejam em posse da fonte de prova, e assim por diante.

Para além dos limites internos, sistematizaremos também os limites externos do direito à prova, que decorrem da visão holística do ordenamento jurídico, e não necessariamente das características inerentes daquele direito.

Naturalmente, tanto o direito de provar como o direito à prova encontram limites externos²⁰⁵. A produção de ofício pelo Magistrado, quando cabível, encontra limites na

¹⁹⁹CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed., cit., p. 282-283.

²⁰⁰*Id. Ibid.*, p. 282-283.

²⁰¹YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 363.

²⁰²*Id. Ibid.*, p. 365.

²⁰³*Id. Ibid.*, p. 354.

²⁰⁴*Id. Ibid.*, p. 367.

²⁰⁵“[A]lém de levar em conta elementos colhidos na relação de direito material subjacente, o exercício daquele direito deverá considerar limites contidos em normas constitucionais e, mesmo, legais”, *Id. Ibid.*, p. 338.

legalidade da prova; a investigação criminal pelo Ministério Público e pela Polícia Judiciária, nas prerrogativas do advogado, nas hipóteses de sigilo telefônico; a busca da prova realizada pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, nas hipóteses de reserva de jurisdição; e assim por diante, dentre outras.

Uma breve sistematização, frise-se, não exaustiva destes limites conclui a estruturação do direito à prova para os fins do presente trabalho e fornece importante ferramenta para o restante do desenvolvimento.

O primeiro limite e mais basilar é a própria reserva de jurisdição²⁰⁶ (ou controle jurisdicional) sempre inafastável, ainda que somente se trate de ameaça ou potencial lesão a direito²⁰⁷. É certo que a pré-constituição da prova (por meio da investigação, documentação, interrogação e demais procedimentos) realiza-se basicamente no bojo do procedimento de produção antecipada quando fundamentada no direito autônomo à prova, sob a supervisão do Estado-juiz.

Ressalte-se que, no entanto, “a cognição que se exerce no processo instaurado para a produção antecipada da prova sobre a relação de direito material deve ter o exclusivo escopo de determinar a admissibilidade e a extensão das medidas de instrução”²⁰⁸. A jurisprudência é pacífica no mesmo sentido, em que pese a contradição do julgado (grifos nossos). Vejamos: “Embora se reconheça, mais recentemente, a existência de um direito autônomo à prova, consistente na possibilidade que possuem as partes de esclarecer e investigar os fatos que lhe dizem respeito, não se pode olvidar que, no âmbito de um processo judicial, cabe ao juiz, com base em seu poder diretivo, aferir a pertinência e necessidade da dilação probatória para a formação de seu convencimento.”^{209 210}

Em sentido contrário ao julgado acima, entendemos que, apesar de ser submetida ao crivo do poder judiciário, o direito autônomo à prova deve estar totalmente dissociado à formação do convencimento do juiz.

²⁰⁶Constituição Federal de 1988, Art. 5º, inciso XXXV.

²⁰⁷MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2014. Livro digital, Capítulo 4, item V. No mesmo sentido, CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*, 1995, *cit.*, p. 5.

²⁰⁸YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, *cit.*, p. 361.

²⁰⁹STJ, REsp 1.619.289, Min. Rel. Nancy Andrighi, j. 07/11/2017.

²¹⁰Trata-se, claro, de contradição, pois o direito autônomo à prova é exatamente o direito à prova logicamente anterior ao Estado-juiz, direcionado à formação do convencimento dos sujeitos particulares.

Um segundo possível limite externo ao exercício do direito autônomo à prova são as sanções materiais por abuso de direito e processuais por litigância de má-fé.

O abuso de direito²¹¹, positivado no Código Civil de 2002²¹², de maneira clara na definição de Pablo Stolze é “o contraponto do seu exercício regular”²¹³. A primeira aplicação concreta é o caso Clement Bayard, julgado pela Corte de cassação francesa, que reconheceu o abuso do direito de propriedade, sendo que a forma final do instituto relaciona o uso regular e o abuso de direito a partir do parâmetro da finalidade social da potestade *in casu*²¹⁴. Nada impede, ademais, que o abuso de direito seja de um direito de natureza processual²¹⁵.

Por fim, o direito à prova encontrará limites também nas garantias constitucionais que tutelam a privacidade. A privacidade tutelada pela Constituição, de acordo com José Afonso da Silva, é “[O] conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito”.²¹⁶

As barreiras, neste sentido, serão várias, porém nem sempre intransponíveis. Elencando as mais importantes temos o sigilo telefônico²¹⁷, o sigilo de correspondências e de dados²¹⁸, o sigilo profissional²¹⁹ e assim por diante.

²¹¹Certamente pode haver também condenações, no âmbito da produção antecipada da prova e exercício do direito à prova em geral, em litigância de má-fé e ato atentatório à dignidade da justiça. “Pode ser de má-fé o pleito ainda quando se pede simples vistoria, arbitramento, ou inquirição ad perpetuam rei memoriam. Outrossim, quando se intenta ação declarativa, mesmo se incidental”, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2001. t. 1, art. 16 e ss. Veja-se, entretanto, que essas medidas são processuais por excelência e não dizem respeito à pretensão em si, mas tão somente à forma pela qual a parte processual a deduz. Não são, portanto, limites do direito à prova, mas limites de comportamento em sede de qualquer processo.

²¹²Código Civil de 2002, Art. 187. “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

²¹³GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 3, item 2.3.

²¹⁴RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1, p. 314.

²¹⁵THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 113. Ainda, *exempli gratia*, no processo do trabalho: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, cit.*, v. 1, p. 468.

²¹⁶SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 263.

²¹⁷“A derrogação desse princípio tutelar do sigilo telefônico somente legitimar-se-á, desde que a interceptação, sempre precedida de ordem judicial, venha a realizar-se no campo exclusivo da persecução penal e nas hipóteses a serem definidas em numerus clausus pelo legislador, a quem incumbe prescrever, de outro lado, o modo e a forma de sua execução” MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional, cit.*, item 2.2.2.

²¹⁸Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso XII.

²¹⁹“É expressa a lei processual, porém, em estabelecer que a parte não é obrigada a depor sobre fatos criminosos ou torpes que lhe tenham sido imputados; a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo”, CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*, 1995, *cit.*, p. 240.

Aplicar-se-ão, certamente, também as exceções e permissões relativas a cada uma das barreiras. O sigilo de dados, por exemplo, não se aplica a todo tipo de dados, já tendo a jurisprudência permitido o comércio dos chamados dados cadastrais²²⁰; o sigilo profissional não se aplica às ações de estado e de direito de família²²¹; o sigilo telefônico não abrange os registros telefônicos²²²; o sigilo de correspondências da empresa falida não se aplica ao administrador judicial em sede de falência²²³, entre outros. Contudo, há situações excepcionais, em que a proteção à privacidade é minimizada em contraponto com outros princípios, entre eles o princípio da efetividade, conforme demonstraremos em tópico mais adiante na análise destes limites no processo de insolvência, em especial no que diz respeito ao sigilo fiscal e bancário.

2.3. Aspectos relevantes que fortalecem o poder de investigação e a sua relevância no caso de fraude contra credor no processo de falência e de recuperação judicial

Temos até aqui que o direito à prova é processual, autônomo e tem como consectários o direito à pré-constituição da prova (produção antecipada da prova) e o direito à busca e descoberta da prova (direito à investigação). Ademais, analogamente ao direito de ação, o direito à prova não é absoluto ou incondicionado, esbarrando nos limites internos e externos já estudados.

Autônomo, no entanto, não significa alheio ao direito material. Cabe reafirmar que o exercício do direito à prova se dá “em função de uma dada situação posta no plano material e o que se projeta seja a declaração do direito à mesma; e não de forma absolutamente genérica ou indefinida”²²⁴, isto é, o exercício do direito à prova é instrumental.

Tem-se, portanto, que o direito material terá espaço importante para determinar a amplitude do direito à prova no contexto da recuperação judicial e falência. Primeiro, porque através dele se pode distinguir quais atividades investigativas são de fato exercício do direito

²²⁰BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 265.

²²¹Código de Processo Civil de 2015, Art. 388, parágrafo único.

²²²RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, 10-5-2006. No mesmo sentido, o HC 91.867, rel. o Min. Gilmar Mendes, DJe de 20-9-2012.

²²³Lei 11.101, Art. 22, inciso III, alínea d). “Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe: (...) III – na falência: (...) d) receber e abrir a correspondência dirigida ao devedor, entregando a ele o que não for assunto de interesse da massa”.

²²⁴YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 335.

autônomo à prova e quais são prerrogativas de direito material. Segundo, porque onde de fato houver exercício do direito autônomo à prova, o direito material também auxiliará na determinação do seu escopo concreto.

Nesse sentido, cabe elencar alguns aspectos do contexto da empresa em crise que serão especialmente relevantes para o restante do estudo, embora não com a mesma largueza com que se tratou do direito à prova, pois em última instância nosso objeto de estudo é essencialmente processual.

Uma vez descritos tais aspectos será possível determinar analiticamente qual a extensão do direito à prova e do direito de provar dos principais atores do processo de falência e recuperação judicial, levando-se em conta a forma de abertura e trâmite do incidente processual descrito no item 2.1, que alberga o pleno exercício do direito autônomo à prova. Uma primeira observação a respeito da Lei 11.101/2005, sem dúvida alvissareira, é de que nela estão previstas ambas as formas, material e procedimental, de definição do interesse social. O problema, como se verá mais adiante, é que não há estrita coerência entre esses instrumentos. Como afirmado na introdução, essa coerência deverá então ser construída a partir do trabalho doutrinário e interpretativo.²²⁵

2.3.1. Tutela do crédito e interesse público

A empresa em crise encontra-se, essencialmente, em situação em que seu passivo supera seu capital disponível, de forma que não há como honrar os credores e simultaneamente manter a atividade empresarial.

Uma forma legítima de se analisar a tutela do crédito é sob a ótica de cada credor individual, para quem a proteção ao crédito tende a ser²²⁶ de interesse puramente particular e pecuniário. Afinal de contas, está a se proteger a pretensão de ver adimplida a obrigação de determinado credor.

²²⁵SALOMÃO FILHO, Calixto. Recuperação de empresas e interesse social. In: SOUZA JR., Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coords.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 50.

²²⁶Tende a ser, mas nem sempre será, pois, como explora o item 2.2.1.1, o microsistema da falência e da recuperação judicial intrinsecamente lida com interesses públicos, por exemplo na tutela dos créditos trabalhistas e tributários.

No entanto, a tutela do crédito (bem como toda perspectiva histórica do direito civil e empresarial²²⁷) vem ganhando contornos de interesse social com o abandono do liberalismo jurídico²²⁸, ganhando vista como instituto de relevância para toda a sociedade.

Em primeiro lugar, o contrato, origem por excelência das obrigações da empresa²²⁹, passa a ser marcado no pós-positivismo jurídico pela obrigação de atender a sua função social²³⁰, o que afasta a tutela jurídica dos contratos da esfera puramente particular. No mesmo compasso a tutela do crédito em si também pode ser compreendida como senda de interesse social²³¹. Exatamente por isso a proteção ao crédito nem sempre significa proteção do interesse particular.

Assim, sendo essa a natureza dos contratos empresariais e da própria tutela do crédito, a falência e a recuperação judicial, entendidos como procedimentos para a tutela judicial do crédito na empresa em crise, veiculará nesse aspecto um interesse, em verdade, público²³², qual seja a preservação da atividade econômica: “Qualquer processo econômico que observe isoladamente do ponto de vista técnico é por sua vez uma parte da totalidade do processo social de produção e reprodução, separado pelo pensamento. Se esse processo for visto em conjunto, a função econômica torna-se função social do instituto jurídico.”²³³

Especificamente quanto à falência, cabe ressaltar que ela pode ser sim um instrumento efetivo de recuperação da empresa, entendida como atividade organizada, incluindo o seu patrimônio, que produz bens ou serviços. Nota-se que a recuperação na

²²⁷ “[D]iz respeito à própria concepção do direito moderno, chamado a romper esquemas e conceitos individualistas para centrar a atenção sobre aqueles mais idôneos para exprimir exigências de socialidade e de solidariedade”, PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Ed. bras. org. por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 905.

²²⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 101-117, especialmente p. 109.

²²⁹ “A firm consist of the system of relationships which comes into existence when the direction of resources is dependent on an entrepreneur.” COASE, Ronald. The nature of the firm. *Economica*, v. 4, n. 16, p. 393, Nov. 1937. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x>. Reconhece-se, portanto, “serem as empresas feixes de contratos que organizam atividades econômicas visando a reduzir custos de transação de operar em mercados” SZTAJN, Rachel. Notas sobre o conceito de empresário e empresa no Código Civil brasileiro. *Pensar*, Fortaleza, v. 11, p. 199, fev. 2006. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/791/1651>. doi: 10.5020/2317-2150.2006.v11n1p192.

²³⁰ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria geral dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2002. p. 53.

²³¹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 463.

²³² “O interesse público atual da recuperação encontra-se muito mais acentuado do que na Lei anterior. Veja-se que, antes de ser um processo de interesse restrito da comunidade de credores, a falência se apresentava e continua se apresentando na nova Lei como um instituto de interesse fundamentalmente público, em vista das repercussões malélicas para a economia como um todo, geradas pela quebra de empresas.” VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Do administrador judicial e do Comitê de Credores. In: SOUZA JR., Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coords.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 165.

²³³ RENNEN, Karl. *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale*. Bologna: Il Mulino, 1981.

falência é da empresa e não devedor, razão pela qual tal processo poderá representar a oportunidade de afastamento de um mau empresário, transferindo seu patrimônio para outro empresário em tese mais capaz, que fará novos investimentos e que poderá melhor administrar a empresa, mantendo empregos, gerando renda, pagando tributos e produzindo bens ou serviços. Diante disso, um processo de falência eficiente poderá ser benéfico para a sociedade, passando a atender não só aos interesses dos credores, mas também ao primordial interesse público.

Vale lembrar, ainda, que o juiz, nos termos do artigo 99, IX, da Lei 11.101/2005, poderá permitir a continuidade provisória da atividade da empresa, ficando claro, portanto, seu caráter social de proteção aos direitos trabalhistas, principalmente quando o encerramento das atividades pode gerar danos irreparáveis aos seus empregados e demais credores. Observa-se, assim, que tanto o processo de recuperação quanto o de falência têm em comum o princípio da conservação da atividade empresarial.

A Ministra Nancy Andrighi ressalta que a Lei 11.101/2005 transparece claramente que “a organização social deixa de ser vista como mera criatura, feita à imagem e semelhança do empresário, para ser encarada como um complexo de múltiplos interesses. A atividade empresarial não pode se desviar de sua função social, ou seja, não deve ser exercida pelo empresário em seu exclusivo interesse. Por isso, sancionam-se atos lesivos aos interesses de credores, consumidores e da sociedade. Ora, na medida em que pode favorecer a pluralidade de agentes que com ela se relacionam, a organização empresarial torna-se um bem em si mesma, devendo ser conservada.”²³⁴

Paulo Fernando Campos Salles de Toledo bem salienta que o “Banco Mundial, ao tratar dos princípios a serem observados pelos sistemas jurídicos em matéria de insolvência, anota que, não sendo viável a empresa, o objetivo deve ser o de propiciar a rápida e eficiente liquidação, para maximizar a recuperação dos créditos. E acrescenta que *‘liquidations can include the preservation and sale of the business, as distinct from the legal entity.’*”²³⁵ Paulo Fernando Campos Salles de Toledo complementa ainda que “a recomendação acima foi seguida pela lei brasileira. Esta não apenas procura acelerar a venda dos bens da empresa falida, de modo

²³⁴ ANDRIGHI, Fátima Nancy. Da falência. In: CORRÊA-LIMA, Osma Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Coords.). *Comentários à Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 491.

²³⁵ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A preservação da empresa, mesmo na falência. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (Coords.). *Direito recuperacional: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2009. p. 520.

a que os credores possam ser melhor aquinhoados, mas também, como foi visto, inclui no artigo 75, menção expressa à preservação dos bens. Serão estes vendidos a terceiros, uma vez que o devedor foi afastado de suas atividades, conforme enuncia o mesmo dispositivo. A alienação, por referir-se preferencialmente ao conjunto de bens, equivalerá a transferência do próprio negócio, como algo distinto da sociedade empresária que o explorou.”²³⁶

Desse modo, considerando o princípio da preservação da empresa, que consiste na manutenção da atividade e não do mau empresário, aliado aos benefícios inerentes a melhor satisfação dos créditos para um menor impacto na economia, fica clara existência do interesse público e a necessidade de uma maior amplitude do efetivo exercício do direito de investigação e ao direito autônomo à prova em geral nos processos de falência e recuperação judicial.

2.3.2. Natureza intermediária dos bens jurídicos protegidos

Outro relevante aspecto sobre o microsistema processual de recuperação judicial e falimentar diz respeito à natureza cível ou penal do bem jurídico protegido.

Como já exposto, em razão da evolução do direito da empresa em crise, tem-se que, agora na terceira fase histórica, o procedimento não se considera mais liquidatório-solutório ou de mera execução, mas é marcado pela função social da empresa e efetividade na continuação de suas atividades²³⁷. Tal papel da empresa está ligado ao saneamento do mercado, proteção aos postos de trabalho²³⁸ e, conseqüentemente, saúde fiscal do Estado.

Ocorre que a tutela judicial da empresa em crise passa simultaneamente pela seara cível e penal, tendo em vista que é essencial tal tutela conhecer “ as causas do fenômeno, para impedir, tanto quanto possível, que se renove ou passe a constituir um meio de exploração lucrativo, com grave prejuízo para o crédito nacional. Essas causas podem ser, por sua vez, efeitos de atos culposos ou dolosos do devedor, crimes [...]”²³⁹. Trata-se de

²³⁶ *Id. Ibid.*, p. 520.

²³⁷ VASCONCELOS, Ronaldo. *Direito processual falimentar (de acordo com a lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005)*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 32-45.

²³⁸ MOLINARO, Carlos Alberto. Valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e os incidentes da vida empresarial: Simetria constitucional capital/trabalho e a existência de um indispensável procedimento de recuperação da empresa. In: GARCIA, Ricardo Lupion (Org.). *10 anos da lei de falências e recuperação judicial de empresas: inovações, desafios e perspectivas* [recurso eletrônico]. Porto Alegre: Fi, 2016.p. 82. Disponível em: https://3c290742-53df-4d6f-b12f-6b135a606bc7.filesusr.com/ugd/48d206_f2efe94690764367a5442aa9a7ecb49e.pdf.

²³⁹ VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentários à Lei de Falências, v. 1, p. 415 *apud* PENTEADO, Mauro Rodrigues. Ministério Público na recuperação judicial, *cit.*, p. 125-126.

reconhecer que a empresa em crise, em um contexto de informação assimétrica e perspectiva de prejuízo econômico, é espaço frutífero para a prática de infrações também de ordem penal.

Diante disso, a todo momento a Lei 11.101/2005 disciplinará o bem jurídico protegido – a proteção da atividade empresarial e do mercado – tanto sob o aspecto civil quanto sob o aspecto penal. Compete ao administrador judicial, relatar sobre a responsabilidade penal dos envolvidos, sendo que a ação penal pública poderá ser proposta tanto pelo Ministério Público como, na inércia deste, pelos credores e pelo administrador judicial. Com efeito, o descumprimento da ordem do Estado-juiz relativo aos deveres do falido implica crime de desobediência; a fraude dolosa no âmbito da falência e da recuperação judicial constitui crime, além de outros crimes específicos, ilícito civil, e assim por diante.²⁴⁰

Por essa razão o microssistema processual aqui estudado é, de fato, intermediário, tendo pretendido o legislador proteger tanto o interesse civil e creditício quanto o interesse penal, o que diretamente influencia a necessidade de uma tutela conjunta: “Não obstante a tipificação das condutas [penais e outras, punitivas, da lei 11.101], a pena corporal não traz de volta o patrimônio que foi desviado, o que mantém, do ponto de vista material, a falência pobre de ativos, os credores sem receber seus créditos e o falido na posse de recursos financeiros que não lhe pertencem.”²⁴¹

Essa matéria de fundo, que veremos ao analisar especificamente a figura do administrador judicial e do credor na falência e recuperação judicial, pesará a favor de um direito autônomo à prova e um direito à investigação.

E mesmo para as questões exclusivamente vinculadas à esfera cível, em especial quanto à recuperação de ativos e pagamentos dos credores, diante do interesse público e relevância do processo concursal empresarial, não há dúvidas de que o direito à investigação deve estar bem próximo ao direito de investigação exercido no processo criminal, num patamar acima de um mero processo cível em que o interesse discutido está limitado às partes envolvidas no processo.

2.3.3 Assimetria de informações

²⁴⁰Respectivamente, art. 22, inciso III, alínea e); art. 184, caput e parágrafo único; art. 104, caput e parágrafo único; e art. 168, todos da Lei 11.101/2005.

²⁴¹SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Segredo de Justiça no incidente de investigação e arrecadação de bens nos processos falimentares. *In*: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Orgs.). *Dez Anos da Lei 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 549.

Em várias áreas do direito, em especial do direito constitucional²⁴² e civil²⁴³, a informação é tratada como bem jurídico digno de proteção. Viu-se que a informação decorrente das correspondências trocadas pela sociedade tem expressa proteção constitucional²⁴⁴. Da mesma forma, a informação decorrente das relações comerciais no âmbito pré-contratual, contratual e mesmo pós-contratual é protegida pelo princípio da boa-fé objetiva²⁴⁵. Mais recentemente com a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, tal proteção tornou-se mais relevante ainda e muito mais rigorosa.

No bojo da ciência econômica, a tutela da informação é decisiva para a regulamentação das relações comerciais. No texto clássico *Market For Lemons*²⁴⁶, que garantiu o prêmio nobel a George Akerlof, veicula-se a noção essencial de assimetria de informações, que nada mais é do que a diferença, quantitativa e qualitativa, entre as informações disponíveis para cada parte em uma determinada relação²⁴⁷. Quanto maior a assimetria maior os custos de transação, pois se aumenta o custo para obter informações confiáveis e reduz-se a eficácia do mercado em alocar corretamente os recursos.

Enquanto George Akerlof restringe-se aos aspectos econômicos do conceito, as noções de custos de transação e assimetria de informações não são estranhas ao direito²⁴⁸.

Na ciência processual, entretanto, são raras as menções à tutela da informação enquanto bem jurídico no processo. O processo, não obstante, especialmente o de cognição, encampa procedimento dialético de troca de peças informativas, argumentos, documentos, etc. A efetividade²⁴⁹ do processo será, portanto, diretamente proporcional à eficácia com que

²⁴²SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo, cit.*, p. 263.

²⁴³PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional, cit.*

²⁴⁴Constituição Federal de 1988, Art. 5º, XII, “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

²⁴⁵EHRHARDT JR., Marcos Augusto de A. Deveres gerais de conduta nas obrigações civis: breves notas sobre o princípio da boa-fé objetiva e sua influência nas relações contratuais, *cit.*, p. 375-385.

²⁴⁶AKERLOF, George A. The market for "lemons": quality uncertainty and the market mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, p. 488-500, Aug. 1970. doi. <https://doi.org/10.1016/B978-0-12-214850-7.50022-X>.

²⁴⁷O exemplo essencial do texto é o mercado de carros usados. Ali, a diferença entre as informações de comprador e vendedor passa a gerar custos de transações cada vez mais elevados. Em suma, para não adentrar em explanações que fogem ao objeto do trabalho, ocorre a chamada seleção adversa, em que passa a ser eficiente vender apenas automóveis ruins no mercado.

²⁴⁸A título de exemplo, ver ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). *Direito e economia*. Rio de Janeiro, Campus, 2005.

²⁴⁹“Processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material. Pretende-se aprimorar o instrumento estatal destinado a fornecer a tutela jurisdicional”, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 49.

se consegue direcionar o fluxo de informações na direção da autocomposição, da decisão de mérito justa ou outra forma de pacificação social do litígio.

Primeiro – sob o ponto de vista do contraditório entre as partes – nos polos parciais da ação, quanto menor a assimetria de informações entre as partes mais efetivo será o contraditório, por definição. Como consequência a cognição judicial ganha amplitude e profundidade, melhor amparando a coisa julgada na sua função social.

Segundo – sob o ponto de vista do livre convencimento motivado do Estado-juiz – quanto maior a qualidade e quantidade de informações disponíveis a um determinado juízo, menor serão os custos sociais no desenvolvimento do processo e consequente efetivação dos direitos.

A ideia central, portanto, é a de que havendo considerável assimetria de informações que coloquem em xeque o exercício de direitos postos, cabem flexibilizações procedimentais²⁵⁰, com fundamento no formalismo valorativo²⁵¹.

Em uma situação crítica, como na crise da empresa, o fluxo de informação, não raro, torna-se menos transparente²⁵², podendo a própria ausência de transparência ser fator que levou à crise, tendo em vista que a informação simétrica é decisiva para o posicionamento dos credores²⁵³.

A administração da companhia sempre terá mais informações sobre a gestão, o patrimônio, e as finanças da empresa em crise. Tem-se que a informação na empresa em crise será essencialmente assimétrica entre a administração da companhia e os demais atores

²⁵⁰GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. 2007. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, *passim*.

²⁵¹Sob tal paradigma, o processo e “seu poder ordenador, organizador e coordenador não é oco, vazio ou cego, pois não há formalismo por formalismo. [Deve] servir para alcançar as finalidades últimas do processo em tempo razoável e, principalmente, colaborar para justiça material da decisão”, OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 26, p. 63, 2006. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/74203/41899>. doi: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.74203>.

²⁵²Veja-se, por exemplo, que “dificilmente, por conta da responsabilidade penal, assumirá alguém que os atos de gestão nem sempre seguiram os padrões de diligência e cautela requeridos ou que providências deixaram de ser adotadas em tempo hábil para evitar ou minorar a crise.” SZTAJN, Rachel. Do pedido e do processamento da recuperação judicial. In: SOUZA JR., Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coords.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 251.

²⁵³ORPHÃO, Renata Santiago. *Direito e transparência na divulgação de informações: a regulamentação brasileira versus a americana (Lei Sarbanes – Oxley)*. São Paulo: Textonovo, 2003. p. 31. No mesmo sentido, INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA - IBGC. *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 4. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Governança Cooperativa, 2009. p. 55. Este trabalho foi desenvolvido pelo Comitê de Revisão do Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa. Coordenação do Comitê Eliana Lustosa. Disponível em: <https://ecgi.global/download/file/fid/9871>.

do processo de recuperação ou falência. Em razão disso, Daniel Cárnio Costa alerta que “a conduta processual da Recuperanda deve ser alinhada com a finalidade do procedimento e, portanto, deve ser sempre pautada pela mais absoluta transparência e boa-fé, como decorrência lógica da divisão equilibrada de ônus”.²⁵⁴

Especialmente na recuperação judicial, o procedimento legal tem por objetivo expresso sanar também a assimetria de informações que levou ao descompasso da atividade, sendo o plano de recuperação judicial essencialmente um instrumento de avaliação econômico-financeira e administrativa da empresa²⁵⁵. De acordo a Lei 11.101/2005, o plano de recuperação deverá conter discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a serem empregados, demonstração de sua viabilidade econômica e laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.²⁵⁶

No caso de indícios de condutas fraudulentas, a informação será assimétrica por definição, já que a fraude implica ocultação da informação verdadeira. Na definição clássica: “*It is fraud in law if a party makes representations which he knows to be false*”²⁵⁷. É muito recorrente nos casos de falência a situação em que o administrador judicial depara-se com uma documentação contábil e financeira caótica gerada propositadamente pelo devedor para dificultar a identificação da fraude.

Não raro o direito concederá benefícios de ordem processual para privilegiar uma parte desfavorecida na relação material²⁵⁸. Cabe rememorar: “se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório”²⁵⁹.

O direito de investigar e pré-constituir a prova não está fundamentado, certamente, na assimetria de informações, e sim no direito autônomo à prova. Contudo, se a assimetria de informações influencia na efetividade do processo na obtenção de seus objetivos

²⁵⁴ COSTA, Daniel Cárnio. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falências*. Curitiba: Juruá, 2015. v. 1.

²⁵⁵ LANCELOTTI, Renata Weingrill. *Governança corporativa na recuperação judicial: Lei nº 11.101/05*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 170.

²⁵⁶ Inteligência do art. 53 da Lei 11.101/2005.

²⁵⁷ Foster v. Charles (1830), 4 M. & p. 70.

²⁵⁸ Exemplo notório da inversão do ônus da prova no Código Consumerista, em seu art. 6º, inciso VIII. Concretização do princípio constitucional da igualdade material: “a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, dando a cada um o que é seu” ARISTÓTELES *apud*. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 213.

²⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 410.

constitucionais, então a tutela da informação assimétrica passa a ganhar relevância de interesse social e contornos de ordem pública²⁶⁰, inclusive sob o aspecto do direito à prova.

São, portanto, premissas que suportam o direito à prova na falência e na recuperação judicial: **i)** a natureza pública dos bens jurídicos tutelados; **ii)** o diálogo entre prerrogativas cíveis e penais; e **iii)** a assimetria de informações entre companhia e demais atores processuais. Tais premissas legitimam mais ainda os atos praticados no incidente processual descrito no item 2.1 e outros instaurados para o exercício do direito à investigação, em especial nas hipóteses excepcionais em que são necessários o contraditório diferido e a quebra dos sigilos bancário e fiscal.

Por fim, em relação aos titulares deste direito autônomo de investigação, como já visto, o magistrado não o exerce, pois lhe cabe apenas o direito (melhor enquadrado como poder-dever) de provar, ao passo que o Ministério Público exerce ambos direitos plenamente e na escala máxima, como também já expusemos. Resta, portanto, a análise de duas²⁶¹ figuras: administrador judicial, o que abrange todos seus auxiliares, e credores.

2.3.4. Administrador judicial

O administrador judicial é uma figura central e peculiar do microssistema processual da empresa em crise²⁶². O direito autônomo à prova, a princípio, é exercido pelas partes: sua *raison d'être* é a prevenção do litígio, a autocomposição, e o adequado posicionamento processual das partes. Se o administrador judicial, no caso da recuperação judicial, não for parte, não lhe caberia, também, a princípio, o exercício do direito autônomo à prova.

Essa posição, entretanto, merece ampliação. Primeiro, porque o direito autônomo à prova é anterior ao litígio, portanto anterior à noção de parte. Ser parte processual seria, em

²⁶⁰APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A ordem pública no direito processual civil*. 2010. 329f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

²⁶¹Acreditamos, por razões estruturais, que não seria frutífero dedicar um novo capítulo à atividade probatória do Ministério Público no microssistema processual da falência e da recuperação judicial tendo em vista que grande parte desta empreita seria retomar o já exposto anteriormente no item 2.1.3.1., segunda parte. Verdade seja dita, a atuação do *Parquet* nos processos de recuperação e falência cumpre relevante papel na proteção do interesse público, mas não há dúvidas científicas sobre os poderes investigativos da instituição, o que tornaria a análise mecânica e repetitiva.

²⁶²BORK, Reinhard. *Einführung in das Insolvenzrecht*. 4. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005. *passim*.

definição preliminar, demandar ou ser demandado em nome próprio²⁶³, o que poderia ser considerada uma definição estritamente formal. Sob a égide desta definição, o administrador judicial não seria parte no processo de recuperação judicial. No processo de falência, o administrador judicial é o representante legal da Massa Falida e, neste caso, tal análise perde relevância, apesar de excepcionalmente o administrador judicial poder exercer o direito autônomo à prova para a defesa de seus interesses exclusivos.

Embora referida definição formal de parte processual não perca sua utilidade, ela deixa de abarcar figuras processuais que possuem efetiva proatividade processual. São elas o assistente simples²⁶⁴, o *amicus curiae*²⁶⁵, o Ministério Público enquanto fiscal da lei²⁶⁶, aqueles que demandem em nome de outrem, *etc.* Todas estas figuras possuem interesses processuais, estão sujeitas aos mandamentos e princípios de cooperação e boa-fé do CPC/15 e algumas delas podem postular de maneira autônoma e mesmo recorrer (*mutatis mutandis*).

É preciso caminhar, portanto, para um conceito substantivo, mais amplo do que a parte formal, para abordagem da legitimidade para exercer o direito à prova.

James Goldschmidt retrata o processo essencialmente como a oposição de interesses que movimenta a prestação jurisdicional.²⁶⁷ Nessa senda, Piero Calamandrei entende que ser parte do processo é, na substância, ser movido no processo por interesses que não a própria justiça²⁶⁸, que seria o interesse (por assim dizer) do Estado-juiz e do processo em si.

²⁶³CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Tradução da 3. ed. por Jose Casais y Santaló. Madrid: Reus, 1977. t. 2, p. 6; e no exato mesmo sentido MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1975. v. 3, p. 172.

²⁶⁴Claro, pois é “a intervenção, no processo, de terceiros que vêm atuar para que a sentença seja favorável a uma das partes” COSTA *apud*. MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1971. v. 2, p. 212.

²⁶⁵O *amicus curiae*, como todo terceiro interveniente – lembrando que a “condição para a intervenção é, pois, o interesse de terceiro no resultado do processo” (LIEBMAN, *apud*. MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil, cit.*, v. 2, p. 214) – possui um interesse no desfecho do processo. Certamente seu interesse não é meramente circunstancial, mas sim um “interesse institucional” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1, p. 599). Contudo, não se cogita de participação desinteressada em determinado desfecho, como é notório, por exemplo, no caso da ADPF 54, que descriminalizou o aborto do feto anencefálico. Ali, em linhas gerais, os *amicus* instituições religiosas se opuseram ao pleito e as instituições de direitos da mulher defenderam sua possibilidade. O *amicus curiae* não é imparcial no sentido de que deve ouvir e ponderar o que foi dito por todos, como o Magistrado. Não raro, portanto, o *amicus curiae* possui sim um interesse institucional próprio que defenderá em juízo.

²⁶⁶Em determinadas situações o Ministério Público mesmo como fiscal da lei defende interesses parciais, como é notório nos casos de direito de incapazes, não podendo o *Parquet* se insurgir contra tais interesses, STJ, REsp: 604719/PB 2003/0197080-4, Rel. Min. Félix Fischer, j. 22/08/2006.

²⁶⁷GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso: teoria general del proceso*. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961. v. 1, p. 94.

²⁶⁸CALAMANDREI, Piero. O processo como jogo. Tradução: Roberto B. Del Claro. *Gênesis: revista de direito processual civil*, Curitiba, v. 7, n. 23, p. 191-209, jan./mar. 2002.

Determinar qual a natureza jurídica da posição processual do administrador judicial, em especial no processo de recuperação judicial, é, portanto, investigar qual seu interesse no processo. Fábio Ulhoa Coelho assevera que: “[O] administrador judicial (que pode ser pessoa física ou jurídica) é o agente auxiliar do juiz que, em nome próprio (portanto, com responsabilidade), deve cumprir com as funções cometidas pela lei. Além de auxiliar do juiz na administração da falência, o administrador judicial é também o representante da comunhão de interesses dos credores (massa falida subjetiva), na falência.”²⁶⁹

O administrador judicial deve auxiliar o juiz, mas atua em nome próprio com base nas atribuições legais. Responderá, portanto, em nome próprio, e simultaneamente representa o interesse da massa falida (falência) ou o interesse da continuidade da atividade econômica (recuperação judicial). É figura complexa e *sui generis*.

Podemos elencar ao menos quatro vetores de atuação do administrador judicial: **a)** representante dos interesses da massa falida; **b)** representante do interesse na preservação da atividade econômica; **c)** atuante em nome próprio com base nas atribuições legais; e **d)** atuante como auxiliar do juiz.

Portanto, os interesses do administrador judicial, que o qualificam substancialmente como titular do direito autônomo à prova²⁷⁰, são diversos, e cada um deles permitirá o exercício do direito de determinada maneira. É das diferentes formas de exercício de tal direito que trataremos a seguir, e veremos que uma visão ampla e profunda de todas essas formas aponta para a existência de um dever geral de informação.

A atuação do administrador judicial, enquanto representante dos interesses da massa falida, envolve diversas atribuições relacionadas ao direito à prova, principalmente as elencadas no art. 22 da Lei 11.101/2005. Dentre essas atribuições, destacam-se, primeiro, a prerrogativa de examinar a escrituração da devedora, cujo objetivo é fazer o administrador tomar “conhecimento da situação do devedor, sob os ângulos patrimonial e financeiro, bem como levantará importantes elementos para o exercício de sua fiscalização”.²⁷¹ Destaca-se, também, a prerrogativa de “receber e abrir a correspondência que tenha sido enviada ao

²⁶⁹COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas (Lei n. 11.101, de 9-2-2005)*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 57.

²⁷⁰Porque, como visto, o administrador judicial atua efetivamente enquanto sujeito autônomo do processo que cabe na definição substancial de parte. Ainda, possui interesses próprios e representa interesses parciais, o que justifica também o direito autônomo à prova do administrador judicial.

²⁷¹E complementa: “A simples inexistência de alguns ou de todos os livros obrigatórios, e omissões relativas a lançamentos que deveriam ter sido feitos, serão fatos imputados contra o devedor, pela configuração de crimes falimentares, tal como previsto, por exemplo, no art. 168 desta Lei”, VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Do administrador judicial e do Comitê de Credores*, *cit.*, p. 172 e ss. Ou seja, importante atribuição do administrador judicial inclusive sob o ponto de vista criminal.

devedor, seja ele empresário, seja sociedade empresária”.²⁷² Ambas denotam uma atuação ativa do administrador judicial na arrecadação e fiscalização documental da devedora. Essa atuação, entretanto, sequer precisa ser deduzida, tendo a Lei 11.101/2005 introduzido também uma cláusula genérica neste sentido, dando ao administrador judicial poderes para requerer todas as medidas e diligências que forem necessárias para o cumprimento de suas atribuições legais, a proteção da massa ou a eficiência da administração.²⁷³

Ainda na seara falimentar, é importante trazer à baila a alínea e) do referido art. 22, no seu inciso III, que afirma caber ao administrador judicial apresentar um relatório de causas e circunstâncias que conduziram à falência, apontando, inclusive, a responsabilidade civil e penal dos envolvidos. Desse modo, a lei atribuiu competência ao administrador para uma avaliação minuciosa do estado da falência, criando inclusive espaço para a indicação de responsabilidade criminal, que levará à intimação do Ministério Público para apurações posteriores e oferecimento da denúncia.²⁷⁴

Aqui surge uma das importantes intersecções com a esfera penal, pois caso o Ministério Público quede-se inerte, o administrador judicial possui competência para oferecimento de ação penal privada subsidiária da pública nos crimes previstos na lei 11.101/2005²⁷⁵, como decorrência da garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição. A referida ação, sem dúvidas, seguirá as regras do ordenamento penal²⁷⁶, dentre elas a necessidade de justa causa para oferecimento da ação.²⁷⁷

Chama-se atenção para a *justa causa*. Justa causa é um conceito concreto que funciona para evitar ações penais infundadas. A justa causa é uma peculiaridade da ação penal em relação à civil, porque em sede penal a ação já deve iniciar com lastro probatório mínimo²⁷⁸, obtido em investigação preliminar²⁷⁹.

²⁷²VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Do administrador judicial e do Comitê de Credores, *cit.*

²⁷³Alínea o) do dispositivo em voga.

²⁷⁴VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Do administrador judicial e do Comitê de Credores, *cit.*, p. 172.

²⁷⁵Na letra da própria LRF, em seu art. 184, parágrafo único.

²⁷⁶PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Do procedimento penal. In: SOUZA JR., Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coords.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 576 e ss.

²⁷⁷No Código de Processo Penal, art. 395, inciso III.

²⁷⁸“Justa causa é suporte probatório mínimo em que se deve lastrear a acusação, e que obrigatoriamente deve estar presente, tendo em vista que a simples instauração do processo penal já atinge o status dignitatis do imputado”, AVENA, Norberto. *Processo penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 275.

²⁷⁹A justa causa terá por base “elementos de informação colhidos na fase de investigação preliminar permitam um juízo de probabilidade”, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 162-167.

A legislação falimentar, portanto, atribui tamanha importância ao administrador judicial no âmbito da fiscalização da massa falida que o obriga²⁸⁰ a obter e analisar documentos que eventualmente apontem a responsabilidade do devedor e terceiros envolvidos em eventual fraude, inclusive, na esfera criminal.

O administrador judicial também age para que seja preservada a atividade econômica nas hipóteses viáveis e que não violam as regras contidas na Lei 11.101/2005. Nesse âmbito caberá analisar não só o art. 22 da Lei 11.101/2005, como também seu art. 64. Inicialmente, ambos ressaltam o papel fiscalizador do administrador judicial no decorrer da recuperação judicial, não só no que tange o cumprimento do plano, mas também toda e qualquer atividade empresarial²⁸¹. Ressalte-se, ainda, que “é preciso que tanto o Comitê de Credores quanto o administrador judicial exerçam supervisão ativa da atuação do controlador”²⁸², afastando-se a ideia de que fiscalizar significa meramente observar. Significa também buscar, inquirir, fazer. De fato, fiscalizar será um dos papéis centrais da figura do administrador judicial²⁸³ em busca da preservação da atividade econômica (efetiva recuperação).

Nesse sentido, o art. 64 da Lei 11.101/2005, que trata do controle da atividade empresarial durante o processo de recuperação judicial, estabelece o que é um “verdadeiro controle compartilhado entre o controlador, o Comitê (quando houver) e o administrador judicial”²⁸⁴, tendo em vista que se trata de fiscalização ativa e próxima e não de mera observação passiva e distante. Não por outra razão, caso se verifique no decorrer do mister fiscalizatório quaisquer das condutas elencadas no art. 64, o controlador originário será destituído dessa posição.

Em breve aprofundamento, cabe ressaltar que dentre tais condutas está o negar-se a prestar informações ao administrador judicial ou credores²⁸⁵. Ou seja, novamente a Lei

²⁸⁰Claro, pois há um “dever de diligência que reveste a atuação do administrador judicial em todos os seus aspectos, podendo gerar responsabilidade nos planos da ação e da omissão”, VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Do administrador judicial e do Comitê de Credores, *cit.*, p. 172 e ss.

²⁸¹Na inteligência do art. 22, inciso II, a) da LRF.

²⁸²No trecho completo, irreparável: “O traço comum entre todos eles a ser perseguido é a preservação da empresa. Essa definição dá um norte seguro a ser perseguido pelo intérprete e aplicador da lei. Em particular a função de supervisão judicial deve ser por ela pautada e os poderes a ela atribuídos se justificam com base exatamente na possibilidade de controle da atuação do administrador e do controlador da empresa. Isso significa que, para manter o paralelismo e a complementaridade necessária entre definição material e definição procedimental do interesse social, é preciso que tanto o Comitê de Credores quanto o administrador judicial exerçam supervisão ativa da atuação do controlador”. SALOMÃO FILHO, Calixto. Recuperação de empresas e interesse social, *cit.*, p. 52.

²⁸³VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Do administrador judicial e do Comitê de Credores, *cit.*, p. 171.

²⁸⁴SALOMÃO FILHO, Calixto. Recuperação de empresas e interesse social, *cit.*, p. 52.

²⁸⁵Inciso V do referido artigo, sempre da LRF.

11.101/2005 pugna por um administrador judicial plenamente ciente do fluxo de informações no microsistema da empresa em crise.

Dando continuidade, o administrador judicial também atuará em nome próprio conforme as demais atribuições da Lei 11.101/05, indistintamente na falência e na recuperação judicial. Aqui a 11.101/2005 cria uma atribuição ampla de obtenção de informações, estabelecendo que o administrador judicial poderá exigir (frise-se) dos credores, do devedor ou seus administradores quaisquer informações²⁸⁶.

Sobre essa prerrogativa genérica a toda informação relevante ao procedimento em voga, de recuperação ou falência, cabe mencionar alguns pontos. Primeiro, ela ratifica a visão do administrador judicial enquanto figura processual complexa à medida que reconhece o direito à informação frente ao devedor, ao administrador da empresa em crise e também frente aos credores. A atuação do administrador judicial é, portanto, multifacetada e não se confunde com o interesse de nenhuma das partes. Segundo, a existência de tal prerrogativa de acesso à informação não poderia deixar de existir, porque ela viabiliza o exercício das demais atribuições do administrador judicial²⁸⁷.

Sem poder obter as informações necessárias para efetivar seus deveres legais, o administrador judicial seria figura decorativa no procedimento. Ainda, neste mesmo âmbito, podemos ressaltar o importante papel do administrador judicial em processos transnacionais de insolvência²⁸⁸ em que haja suspeita de fraude contra credor, caracterizada pela dissipação ou ocultação de ativos com repercussões no exterior.

Por fim, tem-se a figura do administrador judicial atuando como auxiliar do Estado-juiz, como em vários momentos prevê a Lei 11.101/2005, geralmente tratando da apresentação de relatórios ou de requisições formais, como para a venda antecipada de bens ou convocação da recuperação judicial em falência. Nesse sentido, as inovações trazidas pela Lei 14.112, de 24 de dezembro de 2020, alteraram os paradigmas até então adotados pela Lei 11.101/2005 no que toca à obtenção de informações, arrecadação de documentos e fiscalização das atividades do devedor. Doravante, o Administrador Judicial deverá não somente apresentar ao juiz relatório mensal das atividades do devedor, mas também deverá incumbir-se de fiscalizar a veracidade e a conformidade das informações prestadas.²⁸⁹ Da

²⁸⁶Inteligência, novamente, do art. 22 da Lei 11.101/2005, agora no seu inciso I, alínea d).

²⁸⁷VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Do administrador judicial e do Comitê de Credores, *cit.*, p. 169.

²⁸⁸Objeto do capítulo 4 do presente trabalho.

²⁸⁹Art. 22, II, “c”, da Lei 11.101/2005, com a redação dada pela Lei 14.112, de 24 de dezembro de 2020.

mesma forma, o administrador judicial passou a ter o dever de apresentar relatório sobre o plano de recuperação judicial apresentado em juízo, tecendo opinião sobre a veracidade das informações prestadas pelo devedor.²⁹⁰ Para cumprir tais atribuições, o Administrador Judicial terá de assumir postura proativa no que toca às suas prerrogativas legais para a obtenção de informações, do próprio devedor ou de terceiros, a respeito da empresa em crise.

A reforma na lei de insolvência exige ainda iniciativa e diligência do administrador judicial para informar o juízo a respeito da ocorrência de quaisquer eventos que justifiquem o afastamento do devedor da condução da atividade empresarial. A nova redação dada pela Lei 14.112/2020 à alínea “h”, inciso II, do art. 22 da Lei 11.101/2005 exige que o administrador judicial fiscalize com mais proximidade o cumprimento do plano de recuperação, na medida em que lhe impõe a atribuição de reportar qualquer ato que importe o afastamento do administrador da gestão da empresa em recuperação judicial, como a realização de despesas vultuosas ou descapitalização do negócio.²⁹¹ Para cumprir tal mister, há necessidade de semelhante proatividade no que toca à exigência de acesso a informações financeiras, contábeis e operacionais relacionada às atividades desenvolvidas pelo devedor. Aliás, desde a promulgação da Lei 11.101/2005, “negar-se a prestar informações solicitadas pelo administrador judicial” já era motivo para afastamento do devedor da condução da atividade empresarial.²⁹²

Em breve conclusão, tem-se que, por todo o exposto, não cabe simplificar o administrador judicial na Lei 11.101/2005 como mero auxiliar da justiça ou mero administrador de negócios, quando em verdade o administrador é figura complexa, que detém inúmeros direitos e obrigações no processo de insolvência empresarial.

Nesse mesmo compasso, não há dúvidas de que o administrador judicial é detentor do direito autônomo à prova²⁹³, podendo, ainda, exercê-lo com mais força e autonomia que a parte em um processo cível, e, de forma inferior, mas próxima das atribuições concedidas ao Ministério Público na persecução criminal.

Além disso, há que ressaltar que existe o dever legal de eficiência do administrador na identificação dos bens a serem arrecadados pela massa falida, nos termos do artigo 22 da

²⁹⁰ Art. 22, II, “h”, da Lei 11.101/2005, com a redação dada pela Lei 14.112, de 24 de dezembro de 2020.

²⁹¹ Cf. art. 64 da Lei 11.101/2005.

²⁹² Art. 64, V, da Lei 11.101/2005.

²⁹³ Exemplos concretos da prática jurídica serão apresentados em momento oportuno, mais especificamente ao longo do item 3.4., em que serão estudados incidentes processuais em espécie para o exercício do direito à prova e direito de provar no âmbito da falência e recuperação judicial.

Lei 11.101/2005, que reforça o seu direito de exercício amplo à produção da prova. Especificamente quanto ao incidente descrito no item 2.1., a sua instauração pelo administrador judicial é, de fato, uma consequência da referida obrigação contida no artigo 22 sobre a identificação dos bens a serem arrecadados, cabendo trazer à lume expresso reconhecimento deste dever pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino²⁹⁴. Em acórdão proferido em recurso interposto pelo falido contra a instauração do incidente descrito no item 2.1 e a contratação de auxiliares, relatado pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, asseverou-se que o artigo 22 da Lei 11.101/2005 impõe ao administrador judicial agir com eficiência na identificação de ativos, podendo contratar empresas e profissionais para auxiliá-lo neste mister.

Uma vez esclarecidas as prerrogativas do administrador judicial, resta tratar das partes, no sentido formal, na falência e na recuperação judicial, especialmente credores e seus respectivos advogados, dando à luz questões relativas aos seus poderes investigativos e se os mesmos decorrem ou não do genuíno exercício do direito autônomo à prova, conforme já definido neste trabalho.

2.3.5. Direito à prova dos credores nos casos de fraude praticada pelo devedor

Os credores, no microssistema processual da empresa em crise, são por excelência partes do procedimento, seja sob o aspecto formal (demandando em nome próprio) ou substantivo (possuindo interesse e atuação autônomos no processo).

Sendo os credores certamente partes, e tendo em vista os contornos e efeitos do direito autônomo à prova, conforme exposto no presente trabalho, a pergunta não será se cabe ao credor exercer o direito autônomo à prova, mas sim *quando* e *como* se dará o referido exercício²⁹⁵. Ademais, no caso de processo de insolvência empresarial, há a figura do Comitê de Credores previsto no artigo 26 da Lei 11.101/2005, o qual obviamente pode exercer

²⁹⁴ Vide RMS 46.728/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 15/04/2015.

²⁹⁵ Relembremos que o direito autônomo à prova é o direito de natureza processual autônomo (mas não absoluto), independente da urgência ou da lide de direito material e que determina provimento em favor da busca, obtenção e pré-constituição da prova, sempre com o objetivo de permitir o posicionamento adequado de determinado ator processual, de acordo com os ditames da boa-fé e da cooperação, ou mesmo de prevenir ou reduzir a litigância. Já tendo o direito autônomo à prova sendo reconhecido pelo texto legal, doutrina e jurisprudência, não cabe questionar aqui se os credores da empresa em crise possuem tal direito (dúvida que poderia surgir em relação ao administrador judicial e, cremos, foi devidamente sanada). O objetivo aqui deve ser, portanto, sistematizar a forma de exercício daquele direito, ressaltando peculiaridades pertinentes ao tema.

plenamente o direito autônomo à prova, tendo inclusive legitimidade para requerer o incidente processual descrito no item 2.1. Dessa forma, quando se mencionar credores neste tópico, abrange-se também o Comitê de Credores.

Primeiro, no que diz respeito ao momento, o exercício do direito autônomo à prova pelas partes credoras pode ser exercido antes, durante e mesmo depois do procedimento de falência ou recuperação judicial. Isso porque aquele direito é eminentemente independente de uma violação de direito material, dependendo somente da demonstração da legitimidade e interesse²⁹⁶. O mesmo não ocorre em relação ao administrador judicial, que só existe enquanto perdurar o processo em si.

Além disso, exatamente por ser um direito processual, é importante distinguir o direito autônomo à prova de pretensões de direito material relacionadas a informações, documentos, e meios de prova em geral, o que é de especial importância porque, como visto, ao tratarmos da assimetria de informações, o direito empresarial em geral dá importância ao gerenciamento do fluxo de informações nas relações jurídicas. A previsão contratual de compartilhamento de determinada informação, por exemplo, não fundamenta um direito autônomo à prova, mas sim uma pretensão de direito material àquela informação prevista no contrato firmado entre as partes. O mesmo pode ser dito das diversas pretensões da mesma natureza decorrentes da Lei das Sociedades Anônimas²⁹⁷, do Código Civil²⁹⁸, e assim por diante. Essas pretensões não podem ser classificadas como direito autônomo à prova, embora sejam legítimas para justificar um direito de provar, igualmente possível de ser exercido pelas partes.

Segundo, no que diz respeito ao modo, entendemos haver no mínimo duas formas distintas para o exercício do direito à prova. A primeira delas (procedimentos extrajudiciais de produção de provas) será tratada *en passant*, não constituindo propriamente o objeto do estudo. A segunda (uso das vias judiciais) será objeto de análise mais aprofundada.

Ora, se o núcleo axiológico do direito à prova está nos sujeitos (e não no Estado-juiz), pode-se cogitar o seu exercício sem o intermédio da jurisdição estatal? A princípio não, sob pena de configurar-se a autotutela, levando sempre em consideração a inafastabilidade da jurisdição, inscrita na Constituição Federal de 1988 na notória passagem “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”²⁹⁹.

²⁹⁶Conforme estudado no item 2.2.

²⁹⁷Lei 6.404/76, por exemplo, aquela relativa ao agente fiduciário, prevista no seu art. 68, parágrafo 1º, alínea b).

²⁹⁸Notório o exemplo da boa-fé objetiva material, que impõe o dever de informar, como visto no item 2.2.1.3.

²⁹⁹Art. 5º, inciso XXXV da Carta Fundamental.

No entanto, indaga-se: qual é, efetivamente, a ameaça ou lesão a direito em que pese o direito à prova ser independente da controvérsia de direito material? Viu-se ao longo deste trabalho que o direito à investigação, obtenção e pré-constituição da prova contrasta, de fato, com certas garantias do ordenamento jurídico, que devem ser respeitadas ou que só podem ser afastadas em sede jurisdicional. Esse não é o caso, entretanto, de todas as medidas de busca ou investigação da prova. Veja-se, por exemplo, que a colheita de um depoimento voluntário não esbarra em qualquer garantia. O mesmo ocorre no caso de notificações e interpelações extrajudiciais requerendo a vista de documentos ou quaisquer esclarecimentos.

Cabe rememorar que o legislador brasileiro entendeu expressamente que o bem jurídico protegido pelo microssistema processual da empresa em crise é intermediário entre cível e penal, ora sendo protegido pela jurisdição cível, ora pela jurisdição penal. Enquanto na passagem de uma para a outra se caminha para outro segmento da competência do Estado-juiz, em verdade as partes mantêm-se, no mínimo, semelhantes. Não raros prepostos da empresa em crise se tornarão réus e credores se tornarão assistentes de acusação, ou vice-versa.

Ao permitir que os credores, além do administrador judicial, ofereçam denúncia subsidiária por crimes ali contidos, a Lei 11.101/2005 trouxe para o âmbito de sua aplicação possibilidade de investigação defensiva pelo advogado das partes, sempre que houver indícios de fraude³⁰⁰ ou outras condutas de ordem penal.

Resta, portanto, reconhecer que, por ora, a segunda alternativa, a instauração de um procedimento jurisdicional específico para a busca e pré-constituição da prova, o qual foi exemplificado no item 2.1, é a mais pertinente para garantir a legitimidade técnico-científica do procedimento.

³⁰⁰Veja-se que as condutas fraudulentas em sede de falência e recuperação judicial, se dolosas, são potencialmente criminosas, na inteligência dos arts. 168 e ss. da lei 11.101/2005.

3. ANÁLISE DE QUESTÕES PROCESSUAIS RELEVANTES NO TRÂMITE DO INCIDENTE PROCESSUAL INSTAURADO PARA OBTENÇÃO DA PROVA DA FRAUDE CONTRA CREDOR NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA

O capítulo anterior abordou o direito autônomo à prova no direito processual brasileiro, bem como explorou a possibilidade e contexto de seu exercício no microssistema processual de falência e recuperação judicial, em especial quanto ao incidente processual descrito no item 2.1. Ali se concluiu: **i)** que o direito autônomo à prova é amplamente reconhecido no direito brasileiro; **ii)** que ele abrange tanto o direito à busca (investigação) como o direito à pré-constituição da prova; **iii)** que na empresa em crise é especialmente importante o exercício do direito à prova, por ser espaço de assimetria de informações, eventual cometimento de fraudes, interesse público e bens jurídicos civil e penalmente relevantes; **iv)** que as partes no processo em falência e recuperação judicial, bem como o administrador judicial, estão aptos ao seu exercício; e, por fim, **v)** que o instrumento mais adequado para tanto é o jurisdicional, destacando-se a antecipação de provas requerida em incidente processual.

Este Capítulo 3 trabalhará em quatro seguimentos distintos: primeiro, a abordagem da via processual adequada para exercício do direito à prova nos termos expostos no Capítulo 2; segundo, refletir-se-á sobre as questões relacionadas ao pedido de tramitação sigilosa; terceiro, será avaliado qual o impacto do ônus da prova enquanto regra de julgamento na utilização do veículo processual; quarto, será abordada a possibilidade de quebra do sigilo fiscal e bancário do devedor e partes relacionadas que praticaram a fraude. Saliente-se, ainda, que o enfoque dos temas acima será sempre realizado no contexto do incidente processual descrito no item 2.1, que está direcionado ao desvendamento de eventual fraude praticada por devedores contra seus credores, com foco principalmente na minimização dos prejuízos sofridos pelos credores.

3.1. Processo autônomo, processo incidental ou incidente processual

Ação autônoma (ou processo³⁰¹ autônomo) é o ponto de partida a partir do qual tratamos dos demais conceitos (processo incidental ou incidente processual), aqui qualificado³⁰² enquanto relação jurídica entre partes e Estado-juiz para obtenção do provimento jurisdicional material³⁰³, bem como o procedimento subjacente. Ensina Cândido Rangel Dinamarco, por outro lado, que: “Processo incidente é um processo novo, nova relação processual, que se instaura por causa de outro já pendente e destinado a exercer influência sobre ele. Como todo processo, principia por iniciativa da parte (demanda) e é regido pelo procedimento que a lei indicar, apontando sempre a um provimento a ser dado pelo juiz. O provimento preparado nos processos incidentes será sempre a sentença, pois põe fim a eles – e eles não se confundem com o processo principal e dele não fazem parte.”³⁰⁴

O processo incidente envolve, portanto, nova demanda de direito material³⁰⁵, só estando ligado ao processo “principal” (por assim dizer) pela relação entre os pleitos (um dando causa ao outro), sem que haja de fato interdependência jurídica entre ambos.

Processo autônomo e processo incidental ambos diferem, ainda, do mero incidente processual. O mero incidente, em verdade, não gera uma nova relação processual, mas apenas “é procedimento apto a solucionar questão surgida no curso de determinada relação processual. Não se discute no incidente a existência do direito material. Apenas se persegue a decisão final quanto a uma questão processual”³⁰⁶. Não se pode confundir o incidente

³⁰¹É preferível falar em *processo* (em vez de *ação*) para não gerar indevida confusão entre processo e direito de ação, conceitos evidentemente distintos. Essa terminologia será adotada ao longo deste *item 3.1*.

³⁰²Não se trata do objeto deste item aprofundar os diferentes conceitos de processo, portanto aqui colacionamos aquele que parece ser, não obstante respeitáveis discordâncias, relativamente pacífico. Oreste Nestor de Souza Laspro, em *Ação e suas condições no processo civil de cognição*, *cit.*, p. 194, ensina-nos que “Os homens, em seus primórdios, antes da organização dos grupos e a natural evolução das sociedades, buscavam na autotutela a solução de suas controvérsias. À medida em que surgia um órgão superior, com o poder necessário para impor suas decisões, o Estado, essa forma de composição dos litígios acaba sendo afastada, se não de modo absoluto, acaba se tornando excepcional. A proteção do direito através da autotutela corresponde à ação direta. Caso contrário temos a ação indireta.”

³⁰³CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 293.

³⁰⁴DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 2, p. 462.

³⁰⁵VASCONCELOS, Ronaldo. *Direito processual falimentar (de acordo com a lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005)*, *cit.*, p. 236 e ss.

³⁰⁶*Id. Ibid.*, p. 236 e ss.

processual com questão incidental, que não passa de uma dúvida surgida no curso do processo³⁰⁷, enquanto aquele conta com procedimento próprio.

Qual dos conceitos, no entanto, melhor se amolda para o processo específico para o direito autônomo à prova? Entendemos que ele pode ser exercido tanto em ação autônoma ou, em situações excepcionais, por meio de incidente processual. Em que pese a pré-constituição da prova não busque um provimento jurisdicional material, “a produção antecipada de provas é ação (veicula um pedido de tutela jurisdicional) geradora de processo próprio”³⁰⁸.

Por outro lado, a produção antecipada de prova pode ser exercida por meio de um incidente processual não só para os casos clássicos de conservação da prova quando já iniciado o processo que se discute o direito material, mas também para as hipóteses em que já há um litígio instaurado e uma das partes pretende produzir novas provas para avaliar, como exemplo, a responsabilização de terceiros. Há uma evidente complexidade de classificação para esta última hipótese em que há alterações no polo subjetivo da demanda probatória. “A depender da circunstância de o documento ou coisa estar em mãos da parte adversária ou de terceiro particular, o procedimento a ser seguido será distinto, porque distinta será a natureza jurídica do instituto em cada caso: contra a parte adversária, tem-se um incidente processual; contra o terceiro particular, um verdadeiro processo incidente.”³⁰⁹

Contudo, embora o direito autônomo à prova novamente se mostre *sui generis*, não é caso para que se abandone o empreendimento de definir sua posição em relação aos conceitos apresentados. Neste trabalho, adotaremos (sempre cientes das particularidades veiculadas acima) a postura de que o direito autônomo à prova poderá ser exercido na recuperação judicial e na falência por meio de incidente processual. Vale relembrar o exposto até aqui que a hipótese prática tratada neste trabalho, descrita no item 2.1, é uma espécie atípica que contém inúmeras semelhanças à produção antecipada de provas prevista no artigo 381 do CPC vigente.

³⁰⁷VASCONCELOS, Ronaldo. *Direito processual falimentar (de acordo com a lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005)*, cit.

³⁰⁸TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova. *Migalhas*, 10 mar. 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/235462/producao-antecipada-de-prova>.

³⁰⁹DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 19. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 2, p. 229.

Com efeito, o procedimento de produção antecipada de provas pode ser utilizado para ambos os polos da dicotomia já vista entre *direito à prova* e *direito de provar*. Por essa razão, pode-se inferir que parte³¹⁰ da doutrina entende acriticamente que a produção antecipada de provas pode ser qualificada como incidente processual. Nesse sentido, podemos citar Humberto Theodoro Júnior³¹¹, Arakén de Assis³¹² e Bruno Fuga³¹³.

O primeiro argumento para que se exercite o direito autônomo à prova por meio de incidentes processuais é, portanto, o consenso doutrinário diante do silêncio normativo. Notavelmente, é assim que vem aceitando a jurisprudência dos Tribunais Superiores³¹⁴.

Ora, como já foi visto, o direito à prova, embora seja autônomo, não está totalmente desconectado do plano substancial³¹⁵. Isto é, da mesma forma, trata-se de matéria diversa, porém correlata. Essa analogia constitui um segundo argumento para a utilização da forma incidente processual para o exercício daquele direito.

Um terceiro argumento em favor da utilização do incidente processual é a complexidade dogmática desnecessária que a questão terminológica provocaria caso o operador do direito caso a caso – a depender de tratar-se de *direito à prova* ou de *direito de provar* – precisasse adaptar o instrumento adequado.

Tem-se, portanto, que a busca e pré-constituição fundadas no direito autônomo à prova são, em sua substância, *sui generis*. Não obstante, deverão ser representadas processualmente, quando propostas orbitando o contexto de um processo paralelo – o que bem descreve a situação da recuperação judicial e da falência – pela forma de incidente processual, conforme os fundamentos acima expostos.

Por fim, há ainda um argumento de ordem prática. É notório que o processo de falência e recuperação, em geral, é muito volumoso e é objeto de inúmeros incidentes processuais, nos quais se discutem variadas matérias. Assim, para a hipótese descrita no item

³¹⁰Parte da doutrina não aceita a produção antecipada incidental. Essa posição é minoritária e geralmente relacionada ao CPC/73. A título de exemplo, SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 406.

³¹¹THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 58. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1, p. 944.

³¹²ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral: institutos fundamentais*. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. v. 2, t. 2, p. 323-324.

³¹³FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *A prova no processo civil: principais inovações e aspectos contraditórios*, cit., cap. 3.4.

³¹⁴*Leading case*: STJ, RMS 46.628/SP, 2014/0264074-1, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, J. 07.04.2015, DJe 15.04.2015.

³¹⁵YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 367.

2.1, não obstante a sua autonomia e o evidente intuito de se apurar os fatos para eventual propositura de uma nova ação, a instauração do incidente está intimamente ligada ao processo de falência ou de recuperação judicial e se origina em função destes procedimentos, razão pela qual nos parece adequada a terminologia adotada de incidente processual.

3.2. Sigilo - contraditório diferido

Para além da natureza e terminologia adotadas, é importante fazer considerações acerca do procedimento em si de investigação, obtenção e pré-constituição da prova, especialmente no que diz respeito ao contraditório.

É incontestável que o direito à prova encontra limites em diversos aspectos do ordenamento jurídico³¹⁶, sendo um deles a garantia fundamental do contraditório, essencial ao próprio conceito de devido processo legal³¹⁷. O contraditório é compreendido geralmente através do binômio ciência-resistência³¹⁸, ou seja, informação seguida da possibilidade de manifestação a respeito. “No sistema brasileiro, como regra geral, ‘os litigantes têm o direito de participar no deferimento, formação e produção de todos os meios de prova. Como ressalta Rogério Lauria Tucci, para a concretização do direito de defesa exige-se ‘a) o direito à informação (*nemo inauditus potest*); b) a bilateralidade da audiência (contraditoriedade); e c) o direito à prova legitimamente obtida ou produzida”³¹⁹.

Esbarramos, entretanto, em uma incompatibilidade fundamental que o direito processual, essencialmente instrumental, não poderia ignorar: a busca, obtenção e pré-constituição da prova perdem efetividade, em certos casos, caso haja contraditório prévio. Em linhas gerais, no processo de recuperação judicial e falência, como já se ressaltou, há relevante assimetria de informação entre credores e controladores bem como entre controladores e o administrador judicial. Nas hipóteses em que há indícios de fraude, de má gestão, extravio de documentos (e muitas outras), a informação prévia ao investigado (devedor) sobre a busca ativa e legítima da prova, em especial quanto à localização de ativo

³¹⁶ Objeto do item 2.2.4 deste trabalho.

³¹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2019. p. 2.

³¹⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*, cit.

³¹⁹ DUARTE FILHO, Octaviano Bazilio. Medidas eficazes para a produção de provas destinadas a desvendar fraudes complexas, com reflexos em jurisdições estrangeiras. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 43, n. 277, p. 235-253, mar. 2018.

facilmente circulável, mediante a utilização de um incidente processual – o que seria o primeiro aspecto do binômio ciência-resistência – permitiria a rápida ocultação ou ulterior camuflagem da informação ou do ativo procurado.

Neste caso, o incidente para o exercício de direito autônomo precisaria ser sigiloso não só para terceiros, mas também para o próprio devedor que está sendo investigado. Constata-se, portanto, que o elemento surpresa, em alguns casos, é fundamental para o exercício do direito à investigação, assim como ocorre com frequência na investigação criminal sigilosa.

José Marcelo Magalhães Bonizzi bem explica, em sua obra *Princípios Processuais no Novo Código de Processo Civil*, que “há situações em que o processo deve ser iniciado sem contraditório, normalmente porque alguma providência de natureza cautelar ou antecipatória precisa ser adotada antes que o réu tenha ciência da existência do processo.”³²⁰ No mesmo sentido Nelson Nery Junior afirma que o contraditório diferido “não fere o princípio da bilateralidade da audiência, dizíamos, porque ditada no interesse superior da justiça, dado que em certas ocasiões a ciência dos atos processuais à parte adversa e mesmo a demora na efetivação da medida solicitada poderiam resultar em ineficácia da atividade jurisdicional. Essa potencial ineficácia, se caracterizada, viria ofender o princípio da paridade das partes no processo, de sorte que o *periculum in mora* autoriza a concessão da medida liminar³²¹.

Como bem salienta Oreste Nestor de Sousa Laspro, “no momento em que a Constituição Federal garante a inafastabilidade da tutela jurisdicional, e como consequência a garantia do direito de ação, a regra passa a ser de que o Estado-Jurisdição deve fornecer todos os meios de proteção efetiva do direito contra ameaças ou lesões”³²².

Como bem assevera Daniel Mitidiero³²³, “o direito fundamental ao contraditório importa a organização de procedimentos que possibilitem a efetiva influência das partes sobre a decisão judiciária”.

A análise da concessão do sigilo *ex parte* merece mais aprofundamento. Serão apresentados três argumentos distintos que convergem para a possibilidade de sigilo e

³²⁰ In BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*, cit., p. 104.

³²¹ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 145.

³²² LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Processo societário: da restrição à concessão de tutelas de urgência na lei de recuperações judiciais*, cit., v. 1, p. 571-590.

³²³ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com o novo Código de Processo Civil São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 129.

contraditório diferido nos incidentes processuais de busca, obtenção e pré-constituição da prova no contexto da empresa em crise, quais sejam: **i)** há possibilidade dogmática e mandamento legislativo neste sentido; **ii)** os bens jurídicos em jogo exigem que se faça uma ponderação de princípios no caso concreto; **iii)** os procedimentos são flexíveis em razão do princípio da instrumentalidade.

A doutrina processualista majoritária entende que o contraditório aparece sob as modalidades “*prévio, diferido ou eventual*”³²⁴. Veja-se também ser essa a posição do Superior Tribunal de Justiça em processo penal e também, excepcionalmente, em processo cível: “Consoante iterativa jurisprudência desta Corte, não incorre em nulidade a sentença condenatória por crime de sonegação fiscal que se funda exclusivamente em robusta documentação colhida durante o Inquérito, oriunda de procedimento administrativo-fiscal, se foi disponibilizada às partes, durante a instrução criminal, para exercerem o contraditório diferido, ou postergado, e a ampla defesa”³²⁵.

Igualmente o Superior Tribunal de Justiça manteve o sigilo decretado em incidentes processuais instaurado em emblemático processo de falência, cujo procedimento foi muito semelhante ao incidente narrado no item 2.1.³²⁶ A leitura da ementa de tal acórdão permite a visualização dos diversos vetores em jogo, como a necessidade de sigilo para a efetividade do incidente, a relação entre o bem jurídico penal e o bem jurídico cível, bem como o diferimento do contraditório. Essa realidade, que buscamos sistematizar dogmaticamente no presente trabalho, também aparece em parte da doutrina especializada³²⁷. Em linhas gerais,

³²⁴THAMAY, Rennan. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Cap. 2.2.1.

³²⁵AgRg no AgRg no REsp 1515946 / PR, Rel. Min. Felix Fischer, j. 23/08/2018 (grifamos).

³²⁶RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. FALÊNCIA. BANCO SANTOS. WRIT CONTRA DECISÃO JUDICIAL. INCIDENTE PARA INVESTIGAÇÃO DE BENS DESVIADOS PARA O EXTERIOR. SIGILO. CONTRADITÓRIO DIFERIDO. 1. Mandado de segurança impetrado pelo controlador de banco falido, em nome próprio, contra a autorização concedida à massa falida para contratar empresa especializada na investigação de desvio de bens direcionados ao exterior. 2. Simple incidente, mesmo sob segredo de justiça, não viola direito líquido e certo do impetrante. [...] 4. Ao lado do direito do falido de fiscalizar a falência, existe o dever legal de eficiência do administrador na identificação dos bens a serem arrecadados pela massa falida. 5. Necessidade do sigilo do incidente para atender à finalidade por ele proposta (identificação de ativos no exterior). 6. Razoável a cautela do magistrado no processamento sigiloso do incidente, buscando assegurar sua efetividade, especialmente em face da condenação criminal do falido por desvio patrimonial via empresas atingidas pelos efeitos da falência do banco falido. 7. Direito ao contraditório e a ampla defesa assegurados de forma diferida. Precedentes do STJ. [...] (RMS 46.728/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 15/04/2015, grifos adicionados).

³²⁷“Constatado, no curso do processo falimentar, a existência de indícios de desvio ou ocultação de bens, a questão que se coloca é como deve agir o administrador judicial para localizá-los e arrecadá-los. Note-se que não se está tratando de bens cuja localização se conhece mas de bens ocultados, desviados, muitas vezes remetidos para fora do País através de manobras escusas. Premidos pela realidade, os administradores

aplica-se o contraditório diferido quanto estão presentes os requisitos previstos no artigo 300 do Código de Processo Civil, ou seja, o requerente deve demonstrar os indícios da fraude e o risco ao resultado útil da antecipação da prova caso o devedor tenha acesso imediato. Além disso, em situações excepcionais, a investigação sigilosa poderá ensejar, também, a tutela de evidência prevista no CPC/2015, que enseja a concessão da tutela provisória (art. 294).

Cabe frisar, ainda, que o Tribunal de Justiça de São Paulo, também em complexos e relevantes processos de falência, admitiu o contraditório diferido na investigação realizada em incidentes processuais muito semelhantes ao incidente descrito no item 2.1.³²⁸

Assim, apesar da irrefutável premissa de que não é constitucional o trâmite de um processo sem o contraditório³²⁹, nada impede que determinado procedimento não possua contraditório atual ou prévio, mas somente diferido ou postergado.

Há situações excepcionais em que a medida é ineficaz quando submetida ao contraditório prévio, havendo, portanto, um conflito entre o contraditório prévio e a própria efetividade do processo. Veja-se que o conflito de bens jurídicos é intrínseco ao direito contemporâneo: “As cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. [...]”. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido³³⁰.

E prevê ainda o Ministro Luís Roberto Barroso, que a mera aplicação de determinado princípio constitucional – a exemplo do contraditório – nem sempre realiza a finalidade

judiciais passaram a requerer a instauração de incidentes ao processo de falência com o objetivo de apurar a existência desses bens para ao final poder arrecadá-los, porém com uma particularidade, que esses incidentes tramitem em segredo de justiça”, SACRAMONE, Marcelo Barbosa; SANTOS, Eronides Aparecido Rodrigues dos. Segredo de Justiça no incidente de investigação e arrecadação de bens nos processos falimentares, *cit.*, p. 549.

³²⁸ Também o E. Tribunal de Justiça de São Paulo, em emblemáticos casos falimentares em que há suspeitas de fraude, vem decidindo pela legalidade do diferimento do exercício do contraditório para momento ulterior (v. TJSP, Agravo de Instrumento nº 0198994-91.2011.8.26.0000; Relator: Antônio Vilenilson; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 19ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/03/2012; TJSP, Agravo de Instrumento nº 2025493-23.2015.8.26.0000; Relator: Carlos Alberto Garbi; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/05/2015).

³²⁹ Em respeito ao mandamento clássico do art. 5º, inciso LV da Constituição Federal.

³³⁰ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios constitucionais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 232, p. 144, abr./jun. 2003.

constitucionalmente prevista³³¹. Em outras palavras, o Estado-juiz é obrigado³³² a considerar as consequências práticas da decisão judicial, podendo em prol da efetividade diferir o contraditório.

Essa posição reflete a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal. Veja-se (grifamos): “Há, é verdade, diligências que devem ser sigilosas, sob risco de comprometimento do seu bom sucesso. Mas, se o sigilo é aí necessário à apuração e à atividade instrutória, a formalização documental de seu resultado já não pode ser subtraída ao indiciado nem ao defensor, porque, é óbvio, cessou a causa mesma do sigilo.”³³³ E também (grifamos): “Há precedentes desta Suprema Corte validando a disciplina da Resolução 9 do STJ, em que se assentou ser legítima, em carta rogatória, a realização de diligência sem a prévia audiência e sem a presença do réu da ação penal, quando essas possam frustrar o resultado da diligência, isso sem prejuízo da possibilidade do que se chama de exercício pleno do direito de defesa diferido, através de embargos, cabendo agravo regimental da decisão desses embargos.”³³⁴

Deve-se ponderar também que nos casos em que há interesse público ou social, como em processos de falência ou recuperação judicial, nas hipóteses em que o segredo de justiça é necessário para a efetividade da medida, pode-se sustentar tal medida pela própria previsão contida no inciso I do art. 189 do CPC/2015, o qual seria estendido para o devedor investigado.³³⁵

Por fim, um terceiro e último argumento que sustenta o contraditório diferido nos incidentes para a busca, obtenção e pré-constituição da prova é a instrumentalidade do processo. Tendo em vista que o aparato do Direito Processual é instrumental³³⁶, cresce o espaço para a flexibilidade do procedimento³³⁷. Não se trata, entretanto, do mesmo argumento da ponderação de princípios, apresentado anteriormente. Enquanto lá o escopo

³³¹*Id. Ibid.*, p. 145.

³³²Lembre-se que o paradigma do pós-positivismo de que o direito só se realiza plenamente à luz do caso concreto foi positivado pela Nova Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, que em seu art. 20 assevera: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

³³³HC 88.190, voto do rel. min. Cezar Peluso, 2ª T, j. 29-8-2006, DJ de 6-10-2006.

³³⁴HC 89.171, rel. p/ o ac. min. Menezes Direito, j. 24-3-2009, 1ª T, DJE de 8-5-2009.

³³⁵ Art. 189: “Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos: I – em que o exija o interesse público ou social; (...)”

³³⁶CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed., cit., p. 65.

³³⁷GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, cit., passim.

da jurisdição (efetividade da jurisdição) é parâmetro para a ponderação do princípio do contraditório, aqui é a própria natureza do processo (instrumental) que autoriza a flexibilidade no procedimento.

Em suma, ainda que o ideal seja (e sempre será) o contraditório atual e a publicidade, o direito processual civil reconhece a necessidade e possibilidade do contraditório diferido em determinadas ocasiões. Uma delas será o incidente processual para busca, obtenção e pré-constituição da prova, especialmente nos casos de fraudes complexas praticadas contra o credor em processo de falência e recuperação judicial, tendo em vista o risco de ineficácia do incidente, a assimetria de informações e a natureza cível e penal do bem jurídico protegido.

Por fim, a aplicação excepcional do contraditório diferido está em consonância com o princípio da razoável duração do processo, pois certamente a efetividade na obtenção das provas acarretará num julgamento mais célere e assertivo. Neste sentido, cabe trazer a lição de Sérgio Seiji Shimura: “O princípio da razoável duração do processo, com raiz constitucional (art. 5º, LXXVIII, CF) estabelece que é preciso outorgar a tutela jurisdicional no menor tempo possível, razão pela qual se deve extrair o adequado rendimento dos atos processuais, maximizando e otimizando tudo o que for praticado”.³³⁸

Enfim, o diferimento do contraditório e o sigilo de investigação, respeitadas as cautelas necessárias para a sua aplicação, devem ser vistos, segundo Paulo Henrique dos Santos Lucon e Daniela Monteiro Gabbay, “sob um olhar mais moderno, diante dos valores sociais que o processo congrega, tendo por objetivo pacificar efetivamente litígios e situações concretas da vida”.³³⁹

3.2.1. Diferenciação entre sigilo para o investigado (devedor) e sigilo para terceiros

Para Fernando da Costa Tourinho Filho “*não se concebe investigação sem sigilação*”. Sem esta última, criam-se chances para ocultação de produtos, instrumentos, testemunhas e informações em geral³⁴⁰. É neste mesmo sentido que acima se demonstrou a possibilidade e necessidade de contraditório diferido, consequência do sigilo operacional na primeira fase do

³³⁸ SHIMURA, Sérgio Seiji. *Considerações sobre a teoria geral dos recursos no Código de Processo Civil de 2015. Cadernos Jurídicos*, Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, v. 16, n. 41, p. 118, jul./set., 2015.

³³⁹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos; GABBAY, Daniela Monteiro. Coisa julgada *secundum eventum probationes* e pedido nas ações coletivas, *cit.*, p. 176.

³⁴⁰ Tudo em TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1, p. 92.

incidente de busca e pré-constituição da prova, no contexto do microsistema processual da empresa em crise.

Não se busca aqui, no entanto, um repúdio genérico à publicidade. A publicidade é a alma da justiça, como afirma Jeremy Bentham³⁴¹, garantia constitucional imperativa³⁴² e princípio fundamental do Direito Processual Civil³⁴³. Nessa senda é que a doutrina penalista debate a constitucionalidade do sigilo do inquérito policial³⁴⁴.

Fato é, contudo, que mesmo na seara penal a investigação ocorrerá, já por decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal,³⁴⁵ sob sigilo até que sejam documentados os elementos de prova angariados. Ou seja, mesmo que o bem jurídico em jogo seja liberdade humana³⁴⁶ a constituição reconhece, através do Supremo Tribunal Federal, a ineficácia da busca de provas sem sigilo.

Embora tal análise seja natural, quando se fala de investigação, do direito processual penal, o direito autônomo à prova traz à baila o direito à investigação também no processo civil, de forma que não é estranho se falar de publicidade e eventuais exceções no direito processual civil. A publicidade e suas exceções aparecem também no CPC/2015, que respectivamente consagra a publicidade enquanto princípio em seu art. 8º e estabelece sua principal exceção – o segredo de justiça – em seu art. 189.

Para Pontes de Miranda, deve haver limitação da publicidade “que dificulte o prosseguimento do ato, a consecução da finalidade do processo, ou possa envolver revelação prejudicial à sociedade, ao Estado, ou a terceiro”³⁴⁷.

É aí então que se torna importante distinguir sigilo para o próprio investigado (devedor) e sigilo para terceiros, pois o segredo de justiça – estudado como a exceção por excelência ao princípio da publicidade – compreende tão somente o chamado sigilo externo.

³⁴¹BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Obra compilada de los manuscritos del autor por E. Dumont; traducción del francés por Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: EJE, 1971. v. 1, p. 140.

³⁴²MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*, cit., Cap. 2.2.3.

³⁴³CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*, 5. ed., cit., p. 12.

³⁴⁴LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book. E mesmo TORON, Alberto Zacharias; SZAFIR, Alexandra Lebelson. *Prerrogativas profissionais do advogado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 86.

³⁴⁵STF, S.V. nº 15: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

³⁴⁶Tendo em vista que a investigação policial pode levar à prisão em flagrante, temporária ou preventiva, diferente do que ocorreria em investigação pelo administrador judicial ou quaisquer credores em falência ou recuperação judicial, sem a intervenção do Ministério Público.

³⁴⁷MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes, 2001, t. 3, cit., art. 155.

Isto é, os autos serão visíveis ainda por todas as partes e respectivos advogados, estando vedados de acessá-los somente terceiros.

Por outro lado, o sigilo para o próprio devedor – que condiciona a efetividade de uma investigação qualquer – é aquele em que o investigado e seus procuradores não podem também acessar os autos. Em linhas gerais, essa modalidade de sigilo só ocorre no processo civil nas chamadas medidas *inauditis alteribus partibus*, onde – assim como nos incidentes investigativos na falência e recuperação judicial – a efetividade da medida fica comprometida se ocorrer audiência prévia da parte contrária³⁴⁸.

Fato é que, tanto o incidente investigativo como as medidas *inauditis alteribus partibus* representam o mesmo problema de ordem constitucional, o que o Ministro Gilmar Ferreira Mendes chama expressamente de “colisão de direitos fundamentais”, em que se abre espaço legítimo para flexibilização da regra da publicidade: “Assim, a regra da publicidade comporta exceções, tendo em vista o interesse público ou a defesa da intimidade. A questão torna-se melhor posta como mais um quadro de colisão de direitos fundamentais, em que de um lado se apresentam o direito constitucional à informação e ao conhecimento dos processos existentes em razão da publicidade, e de outro a intimidade, a privacidade e, em diversas ocasiões, o direito à segurança e à realização da justiça criminal.”³⁴⁹

Neste mesmo sentido despontam teses na doutrina especializada³⁵⁰ e mesmo em casos paradigmáticos na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que ao julgar incidente sigiloso que pré-constituiu provas para extensão dos efeitos da falência da investigada, decidiu que: “O exercício do contraditório foi, com isso, diferido, possibilitando-se a defesa da recorrente apenas por meio de recurso. A análise da regularidade desse procedimento não pode, naturalmente, desprender-se das peculiaridades da espécie. (...) Hoje está muito claro, tanto na doutrina como na jurisprudência, que as regras processuais devem estar a serviço do direito material, nunca o contrário. (...) A condução do processo, portanto, deu-se de

³⁴⁸Trata-se de “exceção legitimada pelo princípio constitucional do acesso à justiça, já que a urgência na obtenção da medida exige que esta seja deferida inaudita altera parte, sem oitiva da parte contrária, sob pena de, respeitada a exigência de oitiva prévia da parte contra quem se decide, não ter a decisão qualquer efetividade”, CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 5. ed., cit., p. 10. No mesmo sentido: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutelas de urgência – individuais e coletivas – teoria geral*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 84, e também SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Segredo de Justiça no incidente de investigação e arrecadação de bens nos processos falimentares, cit., p. 553.

³⁴⁹MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*, cit., Cap. 2.2.3.

³⁵⁰SACRAMONE, Marcelo Barbosa; SANTOS, Eronides Aparecido dos. Segredo de Justiça no incidente de investigação e arrecadação de bens nos processos falimentares, cit., p. 554, *passim*.

modo a garantir o pleno exercício, pela recorrente, de seu direito de defesa, não havendo que se falar em violação dos arts. 213 do CPC e 11 e 12 do DL 7.661/45”.³⁵¹

Tem-se afirmada e reafirmada, portanto, a possibilidade e necessidade da atribuição excepcional do segredo absoluto no incidente processual para busca e pré-constituição da prova no microsistema processual da empresa em crise em casos de fraude contra credor, como na hipótese prática descrita no item 2.1, fundado na evolução histórica do direito autônomo à prova e no contexto normativo dos processos de falência e recuperação judicial.

Verificar-se-á, a seguir, qual impacto o ônus da prova, enquanto regra de julgamento, sobre as conclusões até aqui retiradas.

3.3. Possibilidade de inversão do ônus da prova para o devedor em casos de fraude

Abordamos nos tópicos anteriores que, no direito da empresa em crise, existe uma natural assimetria de informação entre o devedor e o administrador judicial e as demais partes no processo. Viu-se, da mesma forma, que há uma recorrência fática de fraudes e desvios que, por razões inclusive de interesse público, não podem ser ignoradas pelas partes. Como visto, nesse contexto a busca da prova se torna complexa, passa a requerer sigilo e também pode ganhar ramificações internacionais. Isso gera custos elevados para as partes, principalmente quando se trata de atuação internacional.

Logo, uma questão relevante é avaliar em que hipóteses seria aplicável a inversão do ônus da prova, nos termos do artigo 373, inciso II, parágrafo primeiro, para que o devedor demonstre a ausência de relação com empresas ou terceiros que supostamente estariam agindo em conluio com o devedor.

Primeiramente, é importante transcrever o importante alerta de José Carlos Baptista Puoli sobre o uso indevido da dinamização do ônus da prova: “Contudo, e como será exposto neste texto, a banalização de seu uso será descabida e mesmo inconstitucional, por impedir que as partes possam previamente ter noção precisa e, portanto, previsibilidade a respeito da consequência de suas condutas ao longo da demanda. Diga-se, ainda, que o Novo Código de Processo Civil também busca estimular que na sociedade haja uma litigância responsável, de forma que não é lícito, nem razoável, estimular que os sujeitos recorram ao Judiciário

³⁵¹STJ, REsp 1.259.020, Ministra Relatora Nancy Andriighi, j. em 09 de agosto de 2011.

sem quaisquer condições de provar suas alegações, na esperança de obter melhor sorte mediante uma dinâmica alteração que se faça no curso do processo, do ônus de provar.”³⁵²

Este importante alerta de José Carlos Baptista Puoli revela que, em muitas situações, é necessário o exercício prévio do direito autônomo à prova, para que seja possível o eventual pedido de dinamização do ônus da prova. É preciso verificar se realmente tratamos de uma prova diabólica a uma das partes, ou seja, uma prova impossível ou extremamente difícil de ser obtida (art. 373, parágrafo primeiro, do CPC/2015). Cada caso concreto apresentará um palco diferente para a atuação do operador do direito e não raro a obtenção da prova se resolve num breve incidente sigiloso capaz de recuperar documentos societários relevantes, ou o registro de titularidade de uma conta bancária anônima, dentre outros. Medidas dessa índole não são provas de difícil obtenção e o Direito Processual titulariza instrumentos adequados para sua execução – notavelmente o próprio procedimento de antecipação da prova, os sistemas BACENJUD³⁵³, INFOJUD³⁵⁴ e muitos outros.

É importante analisar, também, a dinamização do ônus da prova sob a premissa da colaboração que deve existir entre as partes e o juiz, conforme exposto expressamente no artigo 6º do Código de Processo Civil de 2015, que a qualificou como norma fundamental. Como esclarecido por Daniel Mitidiero, a dinamização da prova, quando manejada de maneira adequada, “encontra-se em total consonância com a ideia de processo civil pautado pela colaboração, pressupondo mesmo para sua aplicação um modelo de processo civil cooperativo”.³⁵⁵ Sob essa ótica, o juiz, em certas ocasiões, deve exigir a cooperação do devedor na busca da verdade, quando este tem muito mais facilidade de produzir a prova necessária para tal busca. Entretanto, é preciso mais uma vez evitar o abuso na aplicação da dinamização do ônus da prova com base no princípio da colaboração das partes. Como muito bem salientado por José Carlos Baptista Puoli, “tal instituto não pode banalizado, nem mesmo sob o pretexto de, com isso, realizar-se uma ideia de colaboração processual, eis que isso desnatura o conceito de ônus (posto que este se encontra fundado num ideal de liberdade de escolha), bem como fere o devido processo legal (que permite às partes legítima escolha de uma estratégia processual, sendo vedado apenas o extremo da litigância de má-fé) e a

³⁵² PUOLI, José Carlos Baptista. O ônus da prova e a sua distribuição dinâmica no novo Código de Processo Civil. *In*: O NOVO Código de Processo Civil: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015. p. 232.

³⁵³ Interface do poder judiciário com o Banco Central do Brasil para o bloqueio de contas e obtenção de informações bancárias.

³⁵⁴ Interface do Poder Judiciário com a Receita Federal do Brasil para obter relações de bens das partes envolvidas em processos, dados cadastrais, dentre outros.

³⁵⁵ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, *cit.*, p. 134-135.

segurança jurídica (que veda a inexistência de previsibilidade e estabilidade, como regra, para a positivação de regras no processo).³⁵⁶

Por outro lado, a mera inversão do ônus da prova reforça a assimetria de informações no processo, ao invés de elidi-la. Isso porque a parte contrária, uma vez intimada da inversão do ônus da prova, agora não só está em posse dos documentos e informações que possuía anteriormente, mas também passa a estar ciente dos indícios trazidos pelas outras partes do processo para justificar a inversão do ônus. Acrescente-se a isso a abertura de prazo regimental, possibilitando no mais das vezes a realocação de bens, documentos e a ulterior ocultação de capital, tornando desertos os indícios trazidos pelas outras partes ou pelo administrador judicial.

Outro ponto relevante a ser analisado neste tema é que o ônus da prova pode ser entendido sob dois prismas diversos. Primeiro, aquele segundo o qual o ônus da prova nada mais é do que “o encargo que se atribui a um sujeito para demonstração de determinadas alegações de fato. Esse encargo pode ser atribuído (i) pelo legislador, (ii) pelo juiz ou (iii) por convenção das partes”³⁵⁷. Logo, o objetivo da parte de obter o provimento jurisdicional favorável implica o ônus de eleição dos meios adequados e o esforço para concretizá-los no processo³⁵⁸.

Não é neste sentido, entretanto, que o Estado-juiz utiliza as regras do ônus da prova para emitir um julgamento³⁵⁹. Trata-se do conjunto de regras do ônus da prova “em sua dimensão objetiva [...]”. São regras de juízo, isto é, regras de julgamento: conforme se viu, orientam o juiz quando há um *non liquet* em matéria de fato³⁶⁰. Algumas questões se sobrepõem ao ônus da prova e sua inversão no sentido de regras objetivas de julgamento. A primeira delas é a sensibilização da imparcialidade do magistrado³⁶¹. A segunda delas é a

³⁵⁶ PUOLI, José Carlos Baptista. O ônus da prova e a sua distribuição dinâmica no novo Código de Processo Civil, *cit.*, p. 249.

³⁵⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 19. ed., v. 2, *cit.*, p. 107 e ss.

³⁵⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da prova. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual civil: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 74-75.

³⁵⁹ Veja-se que, “sob o prisma puramente lógico, desvincular essa posição jurídica dos sujeitos parciais importaria descaracterizá-la como um autêntico ônus, que a toda evidência não pode ser de titularidade do juiz (que, no processo, exerce essencialmente poderes e se sujeita a deveres)”, YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, *cit.*, p. 65.

³⁶⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 19. ed., v. 2, *cit.*, p. 110.

³⁶¹ Esse ponto já foi devidamente desenvolvido no item 2.1.3.1., e reforça o argumento de que o ônus da prova e sua inversão não constituem caminho ideal para a realização do direito à prova no contexto dos processos objeto deste trabalho.

subsidiariedade (grifamos): “[E]ssas regras só devem ser aplicadas subsidiariamente. Por essa razão, diz-se que: a) com o juízo de verossimilhança, deixa de existir o motivo para a aplicação de qualquer regra de distribuição do ônus da prova – pois está o juiz autorizado a julgar com base em prova *prima facie* ou prova de verossimilhança; b) da mesma forma, quando as partes se tenham desincumbido do ônus da prova, não haverá possibilidade de *non liquet* - e, portanto, o juiz julgará de acordo com as provas e seu convencimento”.³⁶² Este seria, portanto, o segundo prisma de análise do ônus da prova.

Desse modo, essencialmente o julgamento deve ser feito com base na evidência, ainda que indiciária ou por verossimilhança, só cabendo a utilização do julgamento com base no ônus da prova caso as partes não venham invocar cada uma seu respectivo direito à prova, ocasionando *non liquet* de fato.

Essa posição, pode-se inferir, é aquela que melhor se adéqua à teoria do direito autônomo à prova, tendo em vista que – de fato –, se o direito à prova é de titularidade primeira das partes, a utilização dos mecanismos do ônus da prova como razão para não conceder tutela probatória configuraria supressão do direito da parte. Essa posição se sustenta mesmo quando se trata de prova de difícil obtenção: “Quando se está diante de uma prova diabólica, algumas soluções podem ser adotadas. Dentre essas soluções, pode-se utilizar a prova indiciária, a prova por amostragem ou ainda a chamada *probatio levior* [:] [...] diante de certos fatos cuja prova é difícil, reputá-los ocorridos com base num juízo de aparência, calcado nas máximas de experiência.”³⁶³

Em suma, antes de inverter ou aplicar as regras de julgamento do ônus da prova, é necessário viabilizar o instrumento de busca e obtenção da prova, em respeito ao direito autônomo à prova e à preservação da imparcialidade da jurisdição. Esse argumento não impede - na verdade pode viabilizar - que em algumas hipóteses de fraudes cometidas contra credores, o magistrado, quando do julgamento da ação eventualmente proposta determine a inversão do ônus da prova.

Como exemplo da situação acima, em que a parte exerceu plenamente o direito autônomo, permitindo-lhe posteriormente a inversão do ônus da prova em desfavor do

³⁶²DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 19. ed., v. 2, cit., p. 110.

³⁶³*Id. Ibid.*, p. 115 e ss.

devedor, vale mencionar emblemático julgamento do Superior Tribunal de Justiça³⁶⁴ em recurso relacionado ao processo de falência de grande empresa do setor de distribuição de combustível. Neste caso também foi instaurado o incidente processual descrito no item 2.1 para a produção antecipada de provas que evidenciaram estrutura complexa de empresas estrangeiras *offshore* para a ocultação de patrimônio do devedor.

Após a demonstração de que importante imóvel estava sob o controle de uma empresa *offshore*, a qual, segundo sustentado pelo administrador judicial, tinha como beneficiário final o controlador da empresa falida, a Ministra Nancy Andrichi, mesmo antes da expressa previsão de inversão do ônus da prova artigo 373, inciso II, parágrafo primeiro, determinou que a empresa que se dizia controladora da *offshore* apontasse quem era o seu beneficiário final (pessoa física), sob pena de ser acolhida a pretensão da massa falida. Tal empresa apontou tais beneficiários, mas a massa falida, por meio da obtenção de provas no exterior, demonstrou que tais pessoas físicas não tinham qualquer capacidade financeira para tal posição e que eram apenas interpostas pessoas do devedor.

A utilização de empresas *offshore*, aliás, é uma situação típica em que a inversão do ônus da prova pode ser muito bem aplicada. Caso o credor aponte indícios de que referida *offshore* tem relação com o devedor na hipótese de fraude, não há dúvidas de que a inversão do ônus da prova é medida adequada, pois é muito mais fácil para o beneficiário final da *offshore* comprovar que não é e não tem vínculo com o devedor.³⁶⁵ Por outro lado, para que

³⁶⁴ STJ, REsp 1.259.020, Ministra Relatora Nancy Andrichi, j. em 09/08/2011, cuja se transcreve na íntegra em razão da relevância do acórdão, que foi considerado um *leading case* para as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica para grupo econômico de fato, que envolvia inúmeras empresa criadas para ocultar patrimônio original do devedor: “PROCESSO CIVIL. FALÊNCIA. EXTENSÃO DE EFEITOS. SOCIEDADES COLIGADAS. POSSIBILIDADE. AÇÃO AUTÔNOMA. DESNECESSIDADE. DECISÃO 'INAUDITA ALTERA PARTE'. VIABILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. Em situação na qual dois grupos econômicos, unidos em torno de um propósito comum, promovem uma cadeia de negócios formalmente lícitos mas com intuito substancial de desviar patrimônio de empresa em situação pré-falimentar, é necessário que o Poder Judiciário também inove sua atuação, no intuito de encontrar meios eficazes de reverter as manobras lesivas, punindo e responsabilizando os envolvidos. 2. É possível ao juízo antecipar a decisão de estender os efeitos de sociedade falida a empresas coligadas na hipótese em que, verificando claro conluio para prejudicar credores, há transferência de bens para desvio patrimonial. Não há nulidade no exercício diferido do direito de defesa nessas hipóteses. 3. A extensão da falência a sociedades coligadas pode ser feita independentemente da instauração de processo autônomo. A verificação da existência de coligação entre sociedades pode ser feita com base em elementos fáticos que demonstrem a efetiva influência de um grupo societário nas decisões do outro, independentemente de se constatar a existência de participação no capital social. 4. Na hipótese de fraude para desvio de patrimônio de sociedade falida, em prejuízo da massa de credores, perpetrada mediante a utilização de complexas formas societárias, é possível utilizar a técnica da desconsideração da personalidade jurídica com nova roupagem, de modo a atingir o patrimônio de todos os envolvidos. 5. Recurso especial não provido”.

³⁶⁵ Neste sentido foi o entendimento do Ministro Luis Felipe Salomão no julgamento monocrático do AREsp 2235230-95.2017.8.26.0000, julgado em 15 de junho de 2020, no qual se confirmou a decisão que tinha determinado a inversão do ônus da prova em situação fática muito semelhante à narrada aqui.

se obtenha indícios desta vinculação que justifique a inversão do ônus da prova, é fundamental, em muitos casos, o exercício do direito de investigação pela vítima da fraude.

Enfim, nas hipóteses de fraude complexas nos processos de insolvência, onde há uma gama enorme de informações, a inversão da prova nos termos do artigo 373, parágrafo primeiro, do CPC é mais uma ferramenta que pode ser utilizada pelo credor e que complementa a investigação já realizada.

3.4. Obtenção de informações protegidas por sigilo fiscal e bancário em casos de fraude contra credores

Em item precedente, viu-se que todo direito, aí incluído o direito autônomo à prova, encontrará limites ao seu exercício: sejam os limites externos, aqueles expressos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, assim como aqueles inerentes ao uso e abuso de direitos; sejam os limites internos, decorrentes de sua própria estrutura e *raison d'être*. Esses limites são naturalmente aplicáveis ao direito autônomo à prova, e, portanto, em relação aos direitos de investigação e pré-constituição da prova dele decorrentes.

Relativamente ao direito à produção de prova consubstanciada em informações fiscais ou bancárias, há limites externos e internos claramente estabelecidos, conquanto não absolutos e, por corolário, passíveis de relativização, sobretudo no âmbito do processo concursal.

A Constituição resguarda os sigilos fiscal e bancário, com amparo na inviolabilidade do direito à vida privada e à intimidade das pessoas, direitos considerados fundamentais.³⁶⁶ Especificamente quanto ao sigilo fiscal, a lei tributária veda a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros.³⁶⁷ De modo análogo, o sigilo bancário é resguardado pela legislação complementar à Constituição Federal, segundo a qual as instituições financeiras deverão conservar o sigilo em suas operações ativas e

³⁶⁶ Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso X.

³⁶⁷ Código Tributário Nacional, art. 198, *caput*.

passivas, bem como nos serviços prestados.³⁶⁸ Sob o prisma o direito autônomo à prova, cuida-se de categóricos limites externos em relação aos direitos de investigação e pré-constituição da prova.

De outro lado, é assente que os sigilos fiscal e bancário não são absolutos, havendo exceções normativas que visam a tutelar bem jurídico igualmente relevante. A lei tributária, nesse sentido, dispõe expressamente que se excetua da proteção geral de sigilo fiscal a “requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça”.³⁶⁹ Semelhantemente, a quebra de sigilo bancário poderá ser decretada a qualquer tempo, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase de inquérito ou do processo judicial.³⁷⁰ Independentemente de requisição judicial, autoriza-se a quebra do sigilo bancário inclusive quando houver evidências de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa.³⁷¹ Em todos esses casos, relativiza-se o direito à vida privada e à intimidade a fim de resguardar interesse maior, assim considerado pelo Estado-Juiz. Quando a garantia fundamental à vida privada subsistir como empecilho à apuração de ilegalidade, ao magistrado cabe ponderar até que medida o afastamento momentâneo dessa garantia deve prevalecer, tendo em vista a gravidade e natureza da ilegalidade aventada.

Em consonância com o exposto acima, cabe mencionar trecho de acórdão de lavra do Ministro Mauro Campbell Marques, do Superior Tribunal de Justiça: “(...) Como se vê, a norma que se extrai do texto legal é a seguinte: qualquer processo judicial comporta a quebra de sigilo, sem restrições feitas quanto à natureza do ilícito apurado (civil ou criminal). Eis a norma geral, explicitada no caput, a qual sofre, em seguida, processo de alguma densificação: a apuração dos crimes citados não exaure o âmbito material em que se pode suscitar a quebra de sigilo bancário; ao contrário, tem-se aí mero rol exemplificativo (...)”.³⁷² Também vale mencionar o entendimento do Desembargador Roberto Maia, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em julgamento de recurso que questionava a quebra do sigilo

³⁶⁸ Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001.

³⁶⁹ Código Tributário Nacional, art. 198, §1º, I.

³⁷⁰ Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, art. 1º, §4º.

³⁷¹ Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, art. 1º, §3º, IV.

³⁷² STJ - REsp 2011/0040682-4, de Relatoria do Min. Marco Campbell Marques, acórdão publicado em 09/12/2011. O Supremo Tribunal Federal também já firmou precedente no sentido de que a quebra de sigilo bancário não se restringe somente à apuração de ilícitos de natureza criminal, fato que se deu em 24 de fevereiro de 2016, em sessão de julgamento conjunto da ADI 2390/DF, ADI 2.386/DF, ADI 2.397/DF e ADI 2.859/DF, todas de relatoria do Min. Dias Toffoli, além do RE 601.314/SP, de repercussão geral, relatado pelo Min. Edson Fachin.

bancário em processo cível: “O sigilo bancário deve, pois, ser mitigado em razão de outros princípios constitucionais, como do acesso à justiça, da efetividade processual e da duração razoável do processo (...) A proteção constitucional do sigilo bancário não deve servir para que os executados dele tirem proveito no intuito de não honrar com o pagamento de seu débito.”³⁷³

No campo da recuperação judicial e da falência, cuja lei de regência tutela, como visto, a função social da empresa, a manutenção da atividade produtiva e, especificamente quanto à falência, a realocação eficiente de recursos na economia, o princípio contraposto à garantia da intimidade e da vida privada ganha maior relevo. Nesse contexto, pondera-se o interesse público que permeia o concurso de credores, consubstanciado inclusive na proteção à coletividade de credores. É por isso que o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo reiteradamente que, no âmbito do direito concursal, “a proteção ao sigilo bancário e fiscal não consubstancia direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de interesse público relevante ou de elementos aptos a indicar a possibilidade de prática delituosa.”³⁷⁴ Os precedentes do Tribunal Superior indicam que a quebra do sigilo justifica-se não somente para a apuração de prática criminosa, mas também para tutelar o interesse patrimonial dos credores. Nesse sentido, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça ratificou ordem de quebra de sigilo bancário e fiscal motivada por requerimento do Parquet “ante a existência de relevantes indícios de ser a empresa impetrante sucessora de fato da [sociedade falida], bem como da existência de irregularidades outras que poderiam resultar em prejuízo direto aos credores”.³⁷⁵ Na mesma linha, a Quarta Turma deferiu a quebra dos sigilos “em face de indícios de evasão de receita e apropriação de recursos de empresa por sócio gerente em detrimento dos demais, destacado ainda o valor probante dos documentos e a ausência de publicidade, não se vislumbra a prática de ato judicial autoritário e ilegal”.³⁷⁶

É justamente dado o interesse público que permeia o concurso universal de credores que se devem creditar, seja ao Ministério Público, ao Administrador Judicial ou aos próprios credores, os direitos de investigação e pré-constituição da prova, nomeadamente no que toca

³⁷³ TJSP – AI n.º 2244220-75.2017.8.26.0000, Relator: Des. Roberto Maia, acórdão publicado em 27/03/2018.

³⁷⁴ Trecho do voto condutor do Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado) no AgRg no RMS Nº 14.344 – MG (2002/0005886-0), julgado em 17 de novembro de 2009.

³⁷⁵ Trecho do voto condutor do Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado) no AgRg no RMS Nº 14.344 – MG (2002/0005886-0), julgado em 17 de novembro de 2009.

³⁷⁶ Trecho do voto condutor do Ministro Aldir Passarinho Junior no RMS 20892 / RJ RECURSO ORDINÁRIO EM MS (2005/0177926-8), julgado em 20 de novembro de 2008.

à quebra do sigilo bancário e fiscal, determinada por ordem judicial, de quem haja prejudicado a coletividade de credores. Cuida-se de claro desdobramento do direito autônomo à produção de prova referido no capítulo 2.2 deste trabalho, aplicado particularmente no contexto de um processo de recuperação judicial ou falência.

Aqui, vislumbram-se *legitimidade e interesse*, os aludidos limites *internos* à atuação probatória: para o Ministério Público, porque ostenta o *munus* legal de fiscalizar o processo e tutelar os interesses das partes; para o Administrador Judicial, porque a lei lhe atribui o dever de requerer todas as medidas e diligências que forem necessárias para a proteção da massa insolvente; e para os credores, porque são estes os diretamente prejudicados por qualquer ato que importe na diminuição ilícita do acervo patrimonial disponível para satisfazer as obrigações da massa. Também os limites *externos* referidos nos parágrafos precedentes podem ser transpostos para resguardar os bens jurídicos tutelados pela legislação de insolvência. Como visto, tanto a lei federal quanto a legislação complementar à Constituição admitem exceções ao sigilo fiscal ou bancário, na medida em que haja requisição de autoridade judicial no interesse da Justiça. Havendo indícios de ilícitos, não necessariamente criminais, defere-se ao juiz requisitar as informações fiscais e bancárias de quem os pode ter cometido.

Há que ressaltar ainda que o magistrado deve sopesar o interesse social e público que envolve o processo de insolvência, bem como o respeito à intimidade e à dignidade humana, este último e o primeiro (fim social) expressamente previstos no artigo 8º. do Código de Processo Civil.

Neste ponto vale trazer a lição de Marcelo José Magalhães Bonizzi no sentido de que “os princípios processuais, inclusive, os de natureza constitucional, convergem – ou devem convergir – para a efetividade do processo. A partir da ‘instrumentalidade do processo’, que tem sido uma grande inspiração para os estudos do processo civil há algum tempo, tornou-se comum a chamada busca pela efetividade, ou seja, pela otimização de seus resultados na vida das pessoas que necessitam de tutela jurisdicional, aí incluídos o respeito à duração razoável do processo e o repúdio ao formalismo desnecessário. Nessa perspectiva, recomenda-se que o estudo dos princípios do processo sempre leve em consideração essa busca pela efetividade do processo, que passa a ser, portanto, um princípio preponderante,

com intensidade suficiente para servir de orientação a todos os demais princípios do processo.”³⁷⁷

Sob a ótica acima mencionada de se prevalecer a efetividade do processo, em situação excepcionais como fraudes envolvendo processos de insolvência, entendemos que é perfeitamente cabível a quebra do sigilo bancário e fiscal, por exemplo, para obtenção de provas que demonstrem o cometimento de tal ilícito ou aponte a existência de ativos que podem ser utilizados para pagamento dos credores lesados.

Contudo, é importante ressaltar que não pode haver a banalização da quebra do sigilo bancário e fiscal, sendo que somente pode ocorrer em situações excepcionais e desde que o postulante deste pleito apresente fortes indícios da fraude cometida.

Em suma, os limites internos e externos inerentes ao direito à prova, sobretudo no que toca às informações fiscais e bancárias de terceiros, podem ser superados no âmbito do processo concursal, desde que a autoridade judicial pondere, na situação concreta, bem jurídico relevante a ser tutelado em benefício da coletividade de credores.

3.5. A obtenção de provas no exterior

Não há dúvidas sobre a possibilidade em abstrato de obtenção de provas no exterior. É sabido que o ordenamento nacional busca integrar-se, cada vez mais amplamente, à possibilidade de cooperação na esfera judicial. O Código de Processo Civil de 2015 dedicou-se a regulamentar devidamente, por exemplo, o auxílio direto e a carta rogatória³⁷⁸. Há, inclusive, sítio eletrônico do Ministério da Justiça dedicado tão somente a processar pedidos de cooperação internacional ativa, consistente em produção probatória no exterior, instruindo os interessados a respeito do procedimento a ser adotado em diferentes jurisdições³⁷⁹.

É preciso ter em mente, entretanto, que instrumentos como a carta rogatória e o auxílio direto, apesar de possíveis e previstos, são significativamente morosos. A carta

³⁷⁷ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*, cit., p. 209.

³⁷⁸ Veja-se, inclusive, que o Art. 27 do CPC, em seu inciso II, aponta expressamente como objeto da cooperação jurídica internacional a “colheita de provas e obtenção de informações”.

³⁷⁹ OBTENÇÃO de provas no exterior. Convenção da Haia sobre Provas; Outros acordos aplicáveis; Orientações por diligência. *Ministério da Justiça e Segurança Pública, Seus Direitos*. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-civil/acordos-internacionais/obtencao-de-provas-no-exterior>.

rogatória, “meio de cooperação judicial entre Nações, fundamentada no Direito Internacional, representando instrumento de intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais”^{380 381}, implica procedimento complexo que, em determinadas situações, dependerá da observação da Portaria Interministerial nº 26, de 14 de agosto de 1990, do Ministério da Justiça e do Ministério das Relações Exteriores, afora os específicos tratados internacionais. O auxílio direto³⁸², por outro lado, é desenhado no intuito de obter maior celeridade na cooperação internacional. O procedimento do auxílio direto, entretanto, segue necessitando do intermédio da autoridade central³⁸³. Trata-se, na verdade, de uma figura contraditória da qual se pode concluir que se caracteriza como um “auxílio indireto”.

Como já tivemos a oportunidade de sustentar, “exigir a participação da autoridade central para a colheita de provas em jurisdições estrangeiras nas hipóteses de fraude internacionais, para fins de reparação civil de um ente privado, seria violar o princípio da efetividade do processo, assim como o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, advindo da Emenda Constitucional 45, e o art. 4º do CPC (norma fundamental) que asseguram o direito de obter em prazo razoável a decisão de mérito.³⁸⁴ (...) A dispensa da carta rogatória para colheita de provas em jurisdições estrangeiras já foi objeto de debate no Tribunal de Justiça de São Paulo. O sócio controlador de pessoa jurídica falida, que foi objeto de investigação nas jurisdições estrangeiras, defendeu que a investigação apenas poderia ocorrer via carta rogatória e nunca por medidas ajuizadas diretamente pela massa de credores naquelas jurisdições. A 2ª. Câmara de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu corretamente, em julgamento de mandado de segurança impetrado pelo investigado, que, ‘mesmo sendo possível a expedição da Carta Rogatória, a medida pleiteada

³⁸⁰Carta Rogatória Nº 438 - BE (2005/0015196-0), Min. Rel. Luiz Fux.

³⁸¹Pontes de Miranda não classifica a carta rogatória como auxílio entre Nações, mas sim entre juízes (MIRANDA, Pontes *apud*. DIPP, Gilson Langaro. Carta rogatória e cooperação internacional. *Revista CEJ*, Brasília, ano 11, n. 38, p. 39-43, jul./set. 2007). Essa visão talvez imprimisse maior celeridade ao procedimento. No entanto, reina a noção de que a Carta Rogatória é procedimento formal de cooperação entre nações, dependendo cada uma delas do exequatur do Superior Tribunal de Justiça do Estado Brasileiro.

³⁸²“O auxílio direto é um mecanismo de cooperação pelo qual o Estado abre mão de dizer o direito sobre determinado objeto de cognição para transferir às autoridades de outro Estado essa tarefa. Ele possibilita o intercâmbio direto entre autoridades administrativas e judiciais de estados diversos, sem o rótulo de carta rogatória”. DIAS, Pietro De Biase. Mecanismos de cooperação jurídica em matéria civil para obtenção de provas em sistemas de integração regionais: análise da experiência da União Europeia e do Mercosul. *Revista do Programa de Direito da União Europeia*. FGV, n. 4, p. 154, 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rpduc/article/view/68149/65779>.

³⁸³Código de Processo Civil de 2015, Art. 31. “A autoridade central brasileira comunicar-se-á diretamente com suas congêneres e, se necessário, com outros órgãos estrangeiros responsáveis pela tramitação e pela execução de pedidos de cooperação enviados e recebidos pelo Estado brasileiro, respeitadas disposições específicas constantes de tratado.”

³⁸⁴DUARTE FILHO, Octaviano Bazilio. Medidas eficazes para a produção de provas destinadas a desvendar fraudes complexas, com reflexos em jurisdições estrangeiras, *cit.*, p. 248.

diretamente no País da diligência mostra-se mais rápida e também não fere direito algum'.³⁸⁵ E este entendimento foi referendado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Ordinário.”

Além disso, como se viu, lida-se com a possibilidade – e muitas vezes uma real necessidade – de obter o provimento investigativo sob o manto do sigilo, sempre precedido da análise do juízo e seguido do contraditório na efetiva utilização da prova no processo³⁸⁶, o que por diversas vezes conflitará com o trâmite administrativo e judicial dos instrumentos previstos no Código Processual.

Tratados internacionais sobre o tema, como a Convenção de Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial³⁸⁷, seguem anacrônicos ao destinarem-se principalmente às cartas rogatórias, do que decorre que a maior parte dos tratados em matéria probatória cível é destinado ao diálogo entre Estados e instituições, mas pouquíssimos são destinados à cooperação entre particulares de um país e cortes diretamente³⁸⁸, o que é extremamente útil ao processo de recuperação de ativos fraudulentamente desviados.

Apesar da existência de mecanismos oficiais de intercâmbio de informações entre autoridades estatais, não há dúvidas na doutrina e na jurisprudência de que as partes não estão obrigadas a utilizar tais expedientes, podendo adotar medidas diretamente na jurisdição estrangeira como ficará explicitado no Capítulo 4 deste trabalho.

Logo, na hipótese do incidente processual descrito no item 2.1, é perfeitamente possível a coleta de provas produzidas em jurisdições estrangeiras. Em primeiro lugar, é preciso compreender que os particulares, a depender da legislação de cada Estado, possuem capacidade de postular diretamente em juízo. Não há nenhum óbice legislativo ou político

³⁸⁵ Mandado de Segurança nº 0226202-16.2012.8.26.0000, Rel. Des. Araldo Telles. Vide também Mandado de Segurança 0226710-59.2012.8.26.0000, Mandado de Segurança 0226681-09.2012.8.26.0000, Mandado de Segurança 0226677-69.2012.8.26.0000, Mandado de Segurança 0226203-98.2012.8.26.0000 e Mandado de Segurança 0226204-83.2012.8.26.0000, todos tramitaram perante o Tribunal de Justiça de São Paulo.

³⁸⁶ *vide* item 3.2 do presente trabalho.

³⁸⁷ Decreto 9039/2017, Promulga a Convenção sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial, firmada em Haia, em 18 de março de 1970.

³⁸⁸ Não consta dos seguintes acordos esta espécie de medida, por exemplo: Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias. Decreto nº 1.899 de 9 de maio de 1996; Mercosul – Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa. Decreto nº 2.067 de 12 de novembro de 1996; Convenção da Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial. Decreto nº 9.039 de 18 de março de 1970.

(e nem poderia haver) a que cidadãos brasileiros postulem em juízo no exterior, desde que atendam aos requisitos processuais do Estado estrangeiro.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e da Convenção de Haia para Obtenção de Provas no Exterior^{389 390} preveem expressamente³⁹¹ que a prova deve ser produzida de acordo com lei do país onde ela foi produzida (“*lex diligentiae*”). Essa solução consta também do Código Bustamante, cujo art. 399 estabelece que a lei do lugar em que se realizar o ato ou fato objeto da prova deve reger os meios de prova, salvo se esses meios não forem autorizados pela lei do lugar do processo (*lex fori*).

Assim, a prova legítima no exterior será também legítima no Brasil, por força de lei, ressalvadas as provas que ferem a ordem pública, a soberania nacional e os bons costume, nos termos do artigo 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. A título de exemplo, não podem ser admitidas aquelas obtidas mediante tortura ou outra grave quebra de garantias constitucionais. Ressalte-se, contudo, que a inadmissibilidade da prova por estas razões deve ser tratada como exceção e não pode estar sujeito a julgamento subjetivos e ampliação indevida dos termos “ordem pública” e “bons costumes”.

Além disso, há que se interpretar de forma restritiva a exceção contida no próprio artigo 13 da LINDB no sentido de que não se admite no Brasil provas que a lei brasileira (*lex fori*) desconheça. Parece-nos que tal previsão é incompatível com o próprio sistema de provas brasileiro, pois o sistema processual prevê a produção de provas atípicas, conforme expressa disposição do artigo 369 do Código de Processo Civil de 2015. Logo, ainda que desconhecido no Brasil, eventual meio de prova da lei estrangeira pode ser aceito aqui, desde que “moralmente legítima”.

Apesar da positivação ampla dessa realidade, silenciosamente tribunais brasileiros defendem a aplicação da lei do direito local para a produção de prova no exterior (“*lex fori*”). É o que André de Carvalho Ramos chama de o “*predomínio oculto da ‘lex fori’*”³⁹², e reitera que a prática gera insegurança jurídica, na medida em que a parte que cumpriu com a lei do país

³⁸⁹RAMOS, André de Carvalho. Obtenção de provas no exterior: para além da *lex fori* e *lex diligentiae*. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 698, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/download/3742/pdf>. doi: 10.5102/rdi.v12i2.3742.

³⁹⁰Também se verá mais sobre a referida Convenção no item 4.2.5.

³⁹¹Conforme previsão da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro “Art. 13. A prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar, quanto ao ônus e aos meios de produzir-se, não admitindo os tribunais brasileiros provas que a lei brasileira desconheça.”.

³⁹²RAMOS, André de Carvalho. Obtenção de provas no exterior: para além da *lex fori* e *lex diligentiae*, *cit.*, p. 698.

em que a prova foi produzida (“*lex diligentiae*”), como requer a própria lei brasileira, “pode ser surpreendida depois com a alegação de ofensa à ordem pública [e] descarte da prova”³⁹³.

Felizmente, no emblemático caso Banestado, o Superior Tribunal de Justiça posicionou-se de forma contundente e assertiva na aplicação da lei onde a prova foi produzida. Nesse sentido, cabe salientar o entendimento das Turmas competentes para a matéria criminal do Superior Tribunal de Justiça³⁹⁴ (5ª. e 6ª. Turma), que julgaram questões envolvendo o uso de provas obtidas no exterior relacionadas ao caso do extinto Banco Banestado, cujas remessas ilegais de divisa³⁹⁵ foram apreciadas inclusive por uma Comissão Parlamentar de Inquérito no Congresso Nacional. Merece destaque o recente acórdão de julgamento ocorrido em 04 de maio de 2021, de lavra do Ministro Ribeiro Dantas, da 5ª. Turma, que enfrentou com profundidade o princípio da “*lex diligentiae*” e a exceção prevista no artigo 17 da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro.

Tal acórdão paradigmático trata da obtenção de provas pela Polícia Federal brasileira relativas às operações realizadas pelo referido Banco Banestado. O ponto fulcral da discussão diz respeito sobre a possibilidade de se utilizar informações bancárias do réu obtidas nos Estados Unidos da América por meio da Procuradoria de Nova Iorque, sem que tenha havido ordem judicial prévia, tendo em vista que a lei local permite a obtenção dessa forma. Apesar de se tratar de um caso da esfera criminal, há relevantes premissas postas em referido acórdão que devem ser aplicadas também na obtenção de provas no exterior para processos na esfera cível, em que a parte aciona diretamente a jurisdição estrangeira.

O primeiro ponto que chama a atenção de referido acórdão é o entendimento correto, ao nosso ver, sobre a ausência da obrigatoriedade das provas serem produzidas mediante o acionamento de autoridades centrais, conforme se verifica do trecho a seguir descrito: “não se nega a relevância do papel atribuído às autoridades centrais, a quem foi delegada a importante tarefa de dinamizar e facilitar o intercâmbio de informações entre países

³⁹³ *Id. Ibid.*

³⁹⁴ AREsp 701.833, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 04/05/2021, DJE de 10/05/2021; AgRg no AREsp 547.028/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/8/2018, Dje 10/8/2018; AgRg nos EDcl no REsp 1714644/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 13/11/2018, DJe 30/11/2018; REsp 1497041/PR, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, da Sexta Turma, DJe 9/12/2015; REsp 1460561/PR, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 26/11/2018.

³⁹⁵ A Comissão Parlamentar (Mista) de Inquérito (CPI) de Evasão de Divisas, ou CPI do Banestado foi criada pela Câmara dos Deputados em 26 de Junho de 2003 a fim de investigar as responsabilidades sobre a evasão de divisas do Brasil para paraísos fiscais, entre 1996 e 2002, quando foram retirados indevidamente do país bilhões de dólares através de contas CC5 do Banestado. O presidente da CPI foi o senador Antero Paes de Barros (PSDB), o vice-presidente foi o deputado Rodrigo Maia (PFL) e o relator foi o deputado José Mentor (PT).

soberanos, providência bastante difícil no vetusto sistema de cartas rogatórias. O que não se pode é, com as devidas vênias, entender que a falta de intervenção das autoridades centrais, instituídas para agilizar a assistência jurídica, seria suficiente para impor um entrave burocrático adicional e anular as provas compartilhadas”.³⁹⁶

Para se entender exatamente a questão posta em julgamento, cabe transcrever trecho do acórdão que trata da prova questionada pelo réu: “No direito brasileiro, como se sabe, a quebra do sigilo de tais informações se submete à reserva de jurisdição, na forma dos arts. 1º, § 4º, e 3º da Lei Complementar 105/2001. Esta peculiaridade do ordenamento pátrio, contudo, não encontra par na legislação nova-iorquina. Em Nova Iorque, ainda na década de 1970, a Suprema Corte daquele Estado afirmou que a acusação tem a prerrogativa de encaminhar, ela própria, intimação (*subpoena*) para a entrega de documentos bancários (*Shapiro v. Chase Manhattan Bank*, 53 A.D. 2d 542, julgado em 15/6/1976); este entendimento, inclusive, tem sido confirmado em casos mais recentes (por exemplo: *People v. Lomma*, 35 Misc. 3d 396, julgado em 1/2/2012).”

Questão de extrema relevância tratada em aludido acórdão é o cuidado que o julgador deve ter na aplicação das exceções previstas no artigo 17 da LINDB quanto à aceitação da prova produzida no exterior. O Ministro Relator Ribeiro Dantas bem alerta que “levada ao extremo, a interpretação deste conceito jurídico indeterminado do artigo 17 da LINDB terminaria por inutilizar o art. 13 da mesma Lei, porque qualquer diferença procedimental na legislação estrangeira (em relação à brasileira) sobre o rito de produção de uma prova a tornaria inválida. Seria instituída, assim, uma espécie de extraterritorialidade incondicionada da lei pátria em matéria probatória, resultado oposto ao esperado pela aplicação do art. 13 da LINDB.”

Ainda sobre a necessidade de se evitar a banalização da exceção da ordem pública, é mencionado no referido julgado importante lição de Gustavo Ferraz Monaco: “Dizer que a ordem pública é excepcional é reconhecer que a ela não se deve recorrer cotidianamente. Se assim se faz, se age não no extremo do ‘tudo é permitido’ das angústias de Raskolnikov, mas no extremo oposto, o extremo do ‘tudo é proibido’, de tudo que vem de outra cultura ou de outro modo de pensar os problemas da vida humana em sociedade nos assusta; no extremo nacionalista e “*lex fori*” em que se interdita no foro a incidência de qualquer lei estrangeira

³⁹⁶ AREsp 701.833 *cit.*

pelo simples fato de ela apresentar diferenças, estaremos diante de outra coisa, mas nunca de uma exceção".³⁹⁷

Nota-se, portanto, que os fundamentos adotados no mencionado acórdão do Superior Tribunal de Justiça são perfeitamente aplicáveis para o uso das provas obtidas no exterior para a demonstração de fraude contra credor e localização de ativos ocultos do devedor, reiterando-se a possibilidade da parte acionar diretamente a jurisdição estrangeira e a amplitude limitada do termo “ordem pública”.

Logo, entendemos que qualquer que seja o caminho dogmático escolhido, a obtenção de provas no exterior pela via incidental é possível, ainda que o procedimento alienígena não conceba da mesma maneira o procedimento de investigação, busca e obtenção da prova (no sentido amplo), ou do meio de prova (no sentido estrito).

³⁹⁷ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. A exceção de ordem pública internacional. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 114, p. 233, jan./dez. 2019. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/176584/164057>. doi: <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v114p231-249>.

4. A INVESTIGAÇÃO DA FRAUDE COM REFLEXOS EM OUTRAS JURISDIÇÕES E MEDIDAS PROCESSUAIS CABÍVEIS

Tendo em vista tudo o quanto foi exposto nas páginas anteriores deste trabalho, e tendo em vista a tendência de transnacionalidade da fraude, o presente estudo não poderia deixar de se debruçar sobre parte do verdadeiramente infundável contexto normativo do direito à prova e investigação em jurisdições estrangeiras³⁹⁸.

Como devidamente aprofundado nos capítulos anteriores, o direito processual civil no contexto da empresa em crise tem sido campo de concretização das mais recentes concepções quanto ao direito à prova e ao direito de provar.

Será necessário verificar, agora, o quão alinhado está o compasso dessa concretização em relação a outras jurisdições. O maior fruto desta análise será, sem dúvida, abrir as portas do ordenamento jurídico brasileiro para a possibilidade de coleta de material probatório por meio dos institutos estrangeiros, que posteriormente poderá ser juntado no incidente processual descrito no item 2.1 e poderá ser utilizado em eventual ação proposta para recomposição de patrimônio da massa falida ou responsabilização de terceiros, entre outras medidas de direito material.

Cabe ressaltar a relevância das operações transnacionais, pois “[E]n los últimos tiempos se observa que las actividades económicas tales como la presencia de las transnacionales, las transacciones financieras internacionales, la inversión extranjera, los procesos de privatización, han alcanzado un relieve especial, aspecto éste que se ha presentado en la mayoría de los países con una interrelación particular entre ellas.”³⁹⁹

Para tanto será percorrido o seguinte caminho: primeiro analisaremos a lei modelo da UNCITRAL, recentemente incorporada no ordenamento jurídico pátrio, que se apresenta como referência para a cooperação internacional no direito processual da empresa em crise. Em seguida, passaremos ao estudo de um rol de institutos estrangeiros representativos das

³⁹⁸ “A ciência processual brasileira vive, em tempos presentes mais o que nunca, uma grande necessidade de tomar consciência das realidades circundantes representadas pelos institutos e conceitos processuais de outros países, para a busca de soluções mais adequadas aos problemas da nossa justiça [...] tais fatores de pressão tornam imperiosas as comparações jurídicas que sempre foram úteis ao aprimoramento institucional do direito de um país e agora revelam-se como verdadeira necessidade e tornam-se indispensáveis sob pena de se caminhar às cegas e correr desnecessários riscos de fracasso e de injustiças”, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. v. 1, p. 762-763.

³⁹⁹ MONTROYA ALBERTI, Ulises. La globalización jurídica. *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, LexisNexis-Depalma, ano 33, n. 202, p. 280, 2003.

possibilidades processuais à disposição do operador do direito processual falimentar ou concursal, especialmente (mas não somente), oriundos dos países que adotam a *common law*, tendo em vista sua liderança e inovação no campo da insolvência internacional, provendo modelos concretos que são tradicionalmente adotados por jurisdições estrangeiras⁴⁰⁰.

4.1. Principais aspectos processuais da falência transnacional – a lei modelo da UNCITRAL

As medidas de controle, investigação e recuperação de ativos nos processos de falência e recuperação judicial ganham complexidade quando a ocultação ou dissipação de patrimônio ocorre em jurisdições estrangeiras.

Temendo a arrecadação de seus ativos em benefício da massa insolvente, ou como estratégia prévia de proteção patrimonial, o devedor, seus sócios ou administradores podem ilegalmente transferir ou manter seus recursos no exterior, comumente sob estruturas *offshore* encobertas por sigilo societário. Nessas hipóteses, pesam em favor do fraudador as dificuldades de cooperação e coordenação entre as autoridades judiciais ou administrativas de diferentes países, particularmente daqueles cuja legislação não regula o tratamento a ser dado a um procedimento transnacional de insolvência⁴⁰¹.

A repressão à fraude em processos transnacionais de insolvência é precisamente um dos mais importantes alicerces do movimento que busca estabelecer mecanismos de cooperação entre cortes de diferentes países.⁴⁰² Em 1997⁴⁰³, a UNCITRAL publicou uma lei modelo para orientar a criação de sistemas nacionais colaborativos e harmonizados no que diz respeito a procedimentos internacionais de insolvência. Em 2004 um guia de

⁴⁰⁰O'FLYNN, Megan R. The scorecard so far: emerging issues in crossborder insolvencies under Chapter 15 of the U.S. Bankruptcy Code. *Northwestern Journal of International Law & Business*, v. 32, n. 2, p. 415, 2012. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1018&context=njilb>.

⁴⁰¹Entende-se por transnacional ou transfronteiriça a insolvência com repercussões em mais de uma jurisdição. Tipicamente, é considerado transnacional o procedimento judicial ou administrativo de reorganização de dívidas ou de liquidação forçada em que o devedor possui ativos ou credores em mais de um país.

⁴⁰²DUARTE FILHO, Octaviano Bazilio *et al.* Insolvência transnacional e recuperação de ativos. In: SANTOS, Eronides Aparecido Rodrigues dos (Org.). *II Congresso Internacional de Insolvência Empresarial - IBAJUD: temas do direito da insolvência na visão de seus operadores*. Curitiba: Editorial Juruá, 2020. p. 134.

⁴⁰³A lei modelo foi aprovada após apenas cinco anos após o início dos debates internacionais entre os trinta e seis países envolvidos, o que fala pela sua necessidade institucional, *vide* WESSELS, Bob; MARKELL, Bruce A.; KILBORN, Jason J. *International cooperation in bankruptcy and insolvency matters*. New York: Oxford University Press, 2009. p. 199.

implementação foi publicado⁴⁰⁴. Segundo a UNCITRAL, na medida em que existe falta de comunicação e coordenação entre cortes e administradores de jurisdições diferentes, é mais provável que ativos “sejam dissipados ou fraudulentamente ocultados”⁴⁰⁵. Até o momento, 49 países adotaram legislações internas baseadas na lei modelo, inclusive Estados Unidos⁴⁰⁶, Reino Unido⁴⁰⁷, Colômbia⁴⁰⁸, Japão, Chile, México, dentre outros.⁴⁰⁹ O Brasil adotou recentemente as principais diretrizes da lei modelo por meio da Lei 14.112/2020, conforme ressaltaremos mais adiante.

Ainda em 1997, o plenário da Organização das Nações Unidas recomendou a adoção da lei modelo inclusive para países que não fossem membros, mas desejassem aprimorar sua legislação interna. Tal lei consiste em documento simples com 32 modelos de dispositivos legais, incluindo uma explicação para cada um deles e também acompanhado de um Guia para Promulgação. Ela fornece, assim, todos os subsídios necessários para que os países aderentes confeccionem, apliquem e interpretem sua legislação interna com base nela.⁴¹⁰ Não se trata, naturalmente, de um tratado ou convenção, mas sim de um esboço de texto normativo, permitindo que os Estados aderentes adaptem os modelos sugeridos de acordo com o ordenamento local.⁴¹¹ Conforme assevera Marcelo Barbosa Sacramone, “pela Lei Modelo da UNCITRAL, estabeleceu-se um universalismo mitigado ou modificado”.⁴¹²

⁴⁰⁴Ver UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW - UNCITRAL. *Legislative Guide on Insolvency Law* (Provisional Final Edition). 2004. Disponível em: <https://www.UNCITRAL.org/english/texts/insolven/insolvencyindex.htm>.

⁴⁰⁵UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW - UNCITRAL. *Model law on cross-border insolvency with guide to enactment and interpretation*, cit.

⁴⁰⁶Implementada no US Bankruptcy Code, título 11, Chapter 15.

⁴⁰⁷Implementada no Cross-Border Insolvency Regulations, de 2006 (conhecida como “CBIR”). UNITED KINGDOM - UK. *The Cross-Border Insolvency Regulations 2006*. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2006/1030/contents/made>.

⁴⁰⁸Implementada no Título III (“De la Insolvencia Transfronteriza”), dos artigos 85 a 116 (divididos, assim como a lei modelo, em cinco capítulos) da Lei 1.116 de 27 de dezembro de 2006. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Ley 1116 de 2006*. Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 1910 de 2009. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Disponível em: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=22657>.

⁴⁰⁹A própria UNCITRAL mantém observatório que monitora o grau de implementação em diversos países. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW - UNCITRAL. *Status: UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency (1997)*. Disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency/status.

⁴¹⁰UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW - UNCITRAL. *Model law on cross-border insolvency with guide to enactment and interpretation*, cit.

⁴¹¹Cf. DUARTE FILHO, Octaviano Bazilio *et al.* Insolvência transnacional e recuperação de ativos, cit., p. 136.

⁴¹²SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p.629. Segundo Marcelo Barbosa Sacramone, nesta mesma obra (p. 626), para o sistema falimentar denominado universalismo, “o conjunto de ativos e de passivos de um mesmo devedor, independentemente do local onde estejam, deve ser avaliado por uma Corte única, sob uma única legislação, a do domicílio principal do devedor (*Center of Main Interest*). O Estado em que estão localizados os principais

Como descrito com mais detalhes adiante, a lei modelo foi construída sob a premissa de que haverá um “Representante Estrangeiro” atuando como representante do próprio procedimento concursal (e não da massa insolvente ou do devedor em recuperação). O Representante Estrangeiro é definido como a pessoa ou órgão, inclusive designado interinamente, autorizado no procedimento estrangeiro a administrar a reorganização ou a liquidação dos ativos e negócios do devedor, ou a agir como representante do procedimento estrangeiro. O Representante Estrangeiro (cujo papel, a partir da Lei 14.112/2020, deve ser exercido como regra pelo próprio Administrador Judicial) é peça fundamental na condução dos procedimentos internacionais de insolvência.

A lei modelo declaradamente baseia-se em quatro enunciados: (a) acesso aos tribunais locais para representantes estrangeiros e também para credores, assim como autorização para representantes de procedimentos locais pleitearem assistência no exterior; (b) reconhecimento de ordens emitidas por tribunais estrangeiros; (c) tutelas judiciais em auxílio a procedimentos estrangeiros; e (d) cooperação entre os tribunais dos Estados em que os bens do devedor estão localizados e coordenação de processos concomitantes.⁴¹³

Atualmente, seja por legislações formuladas com base na lei modelo ou outro conjunto normativo, as mais importantes economias mundiais tutelam os procedimentos brasileiros de insolvência, possibilitando que o administrador judicial brasileiro busque o apoio de cortes estrangeiras, sobretudo no contexto de fraude. Nesse sentido, o reconhecimento do processo brasileiro de recuperação judicial ou de falência como um “procedimento principal” nos países que adotaram a lei modelo da UNCITRAL pode servir como importante medida para a extensão da atividade probatória para jurisdições estrangeiras, inclusive para fins de recuperação de ativos desviados ou ocultados pelo devedor insolvente ou em estado pré-falimentar.⁴¹⁴ Com o reconhecimento do processo brasileiro de recuperação judicial ou falência no exterior, o administrador judicial poderá investigar os negócios do devedor no país estrangeiro, arrecadar e repatriar seus ativos, obter

interesses do devedor teria jurisdição mundial para a arrecadação de todos os ativos, ainda que localizados em outros países, e para a distribuição de valores entre todos os credores do devedor em comum.” Em relação à teoria territorialista, Marcelo Barbosa Sacramone salienta que o processo de insolvência empresarial “apenas poderia regular as obrigações e os direitos aqui localizados, haja vista que não poderia interferir na jurisdição de outro país.”

⁴¹³Cf. MOHAN, S. Chandra. Cross-border insolvency problems: is the UNCITRAL Model Law the answer? *International Insolvency Review*, v. 21, n. 3, p. 199-223, 2012. Cf. também DUARTE FILHO, Octaviano Bazilio *et al.* Insolvência transnacional e recuperação de ativos, *cit.*, p. 136.

⁴¹⁴DUARTE FILHO, Octaviano Bazilio *et al.* Insolvência transnacional e recuperação de ativos, *cit.*, p. 135.

elementos para a propositura de medidas de responsabilização e buscar a desconstituição de atos fraudulentos.⁴¹⁵

Como discutido com mais detalhes adiante, a possibilidade de um tribunal reconhecer a validade e existência de procedimento estrangeiro de insolvência mostra-se de suma importância no contexto de fraude e viabiliza um amplo e efetivo exercício ao direito autônomo à prova. Com efeito, quando verificado que, anteriormente ou no curso do processo de insolvência, o devedor dissipou seus ativos ou de qualquer outra forma fraudou seus credores, o aparato estatal passa a servir não somente para supervisionar ou administrar o procedimento judicial, mas também para viabilizar medidas de reconstituição do patrimônio dilapidado.⁴¹⁶ Nesse contexto, as medidas deferidas pela lei modelo são fundamentais para que, também em casos internacionais, seja possível coibir as fraudes cometidas pelo devedor e ou seus agentes, anteriormente ou no curso do processo de insolvência.

Em janeiro de 2021, entrou em vigor a já mencionada Lei nº 14.112, promulgada para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Dentre as principais novidades instituídas pela nova lei, destaca-se o delineamento de um extenso e detalhado capítulo, declaradamente inspirado na lei modelo da UNCITRAL referida acima. Ao suprir longo período de vácuo normativo sobre insolvência transnacional, o Brasil passou a oferecer maior segurança jurídica a investidores e autoridades estrangeiras, com reflexos decisivos na coibição de atividade fraudulenta.

Disciplinando a insolvência transnacional, a nova legislação incorporou os princípios fundamentais previstos no preâmbulo da lei modelo, já referidos sinteticamente acima, com o propósito de promover: (i) a cooperação entre juízes e outras autoridades competentes do Brasil e de outros países em casos de insolvência transnacional; (ii) o aumento da segurança jurídica para a atividade econômica e para o investimento; (iii) a administração justa e eficiente de processos de insolvência transnacional, de modo a proteger os interesses de todos os credores e dos demais interessados, inclusive do devedor; (iv) a proteção e a maximização do valor dos ativos do devedor e (v) a promoção da recuperação de empresas em crise econômico-financeira, com a proteção de investimentos e a preservação de empregos. Tais princípios estão previstos no novo art. 167-A da Lei 11.101/2005, que, a

⁴¹⁵ *Id. Ibid*, p. 135.

⁴¹⁶ DUARTE FILHO, Octaviano Bazilio *et al.* Insolvência transnacional e recuperação de ativos, *cit.*, p. 133.

propósito, foi além ao estabelecer que a insolvência transnacional tem por escopo, ainda, promover a “liquidação dos ativos da empresa em crise econômico-financeira, com a preservação e a otimização da utilização produtiva dos bens, dos ativos e dos recursos produtivos da empresa, inclusive os intangíveis”.

4.1.1. Acesso à jurisdição brasileira

Nos termos do art. 167-B, inciso IV da Lei 11.101/2005, confere-se acesso à Jurisdição Brasileira ao Representante Estrangeiro, assim considerado “a pessoa ou órgão, inclusive o nomeado em caráter transitório, que esteja autorizado, no processo estrangeiro, a administrar os bens ou as atividades do devedor, ou a atuar como representante do processo estrangeiro”. O Representante Estrangeiro tem, portanto, legitimidade para postular diretamente ao juiz brasileiro, inclusive para: (i) ajuizar pedido de falência do devedor, desde que presentes os requisitos para isso, de acordo com a Lei nº 11.101/05, (ii) participar do processo de insolvência do mesmo devedor, em curso no Brasil; e (iii) intervir em qualquer processo em que o devedor seja parte, atendidas as exigências do direito brasileiro. Igualmente importante é a garantia expressa de que “os credores estrangeiros têm os mesmos direitos conferidos aos credores nacionais nos processos de recuperação judicial, de recuperação extrajudicial ou de falência”, prevista pelo novo art. 167-G.

Além disso, as regras atinentes ao processo falimentar principal brasileiro também instituem mecanismos ágeis e desburocratizados de comunicação entre os sujeitos atuantes nos casos de falência transnacional. Com evidente inspiração no Artigo 14 da lei modelo da UNCITRAL, os §§ 2º e 4º do art. 167-G da Lei 11.101/2005 agora dispõem que “o juiz deve determinar as medidas apropriadas, no caso concreto, para que os credores que não tiverem domicílio ou estabelecimento no Brasil tenham acesso às notificações e às informações dos processos de recuperação judicial, de recuperação extrajudicial ou de falência” e “a comunicação do início de um processo de recuperação judicial ou de falência para credores estrangeiros deverá conter as informações sobre providências necessárias para que o credor possa fazer valer seu direito, inclusive quanto ao prazo para apresentação de habilitação ou de divergência e à necessidade de os credores garantidos habilitarem seus créditos”. Trata-se de importantes ferramentas para a efetividade do processo judicial, inclusive no que diz

respeito à coibição de fraude internacional, concretizando o princípio de que deve haver cooperação entre juízos presidindo processos concorrentes.

4.1.2. Reconhecimento do procedimento estrangeiro

Antes de adentrar no mérito da inovação legislativa incorporada ao direito brasileiro, cabe brevíssimo aparte para investigar a justificação adotada pela própria lei modelo da UNCITRAL no que toca ao reconhecimento do procedimento estrangeiro dentro do Estado aderente à lei modelo. Sobre o assunto, o Guia para Promulgação dispõe que “um dos principais objetivos da lei modelo é estabelecer procedimentos simplificados para o reconhecimento de processos estrangeiros qualificados, que evitem a legalização demorada ou outros processos e forneçam segurança quanto à decisão de reconhecer”.⁴¹⁷ O artigo 17 da lei modelo estabelece que, em se tratando de procedimento de insolvência em que foram fornecidos os documentos necessários, o tribunal estrangeiro deve conferir reconhecimento ao processo estrangeiro sem maiores exigências. O processo de reconhecimento é ainda simplificado pelas presunções previstas no artigo 16, que permitem ao Tribunal estrangeiro presumir a autenticidade e a validade dos certificados e documentos apresentados pelo Representante Estrangeiro. Como será visto no tópico seguinte deste trabalho, tais mecanismos foram incorporados na lei brasileira, buscando-se evitar, assim, burocracias exageradas e esperas prolongadas, que historicamente representaram um entrave ao sucesso de procedimentos complexos com repercussões em vários países.⁴¹⁸

O Artigo 6 permite que o reconhecimento seja recusado quando for “*manifestamente contrário à ordem pública*” do Estado no qual o reconhecimento é requerido. Essa restrição incentiva a aderência à lei modelo por parte de mais países, na medida em que assegura que questões internas de ordem pública sobrepor-se-ão a quaisquer pedidos de colaboração de tribunais ou representantes estrangeiros. O conceito de “ordem pública”, de outro lado, é complexo e controverso, como referido na anteriormente neste trabalho. Tal disposição encontra-se em linha com o art. 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que estabelece que “as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de

⁴¹⁷UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW - UNCITRAL. *Model law on cross-border insolvency with guide to enactment and interpretation, cit.*

⁴¹⁸Cf. DUARTE FILHO, Octaviano Bazilio *et al.* Insolvência transnacional e recuperação de ativos, *cit.*, p. 137.

vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

Como já discorrido neste trabalho, segundo a dinâmica da lei modelo, um processo estrangeiro deve ser reconhecido como um “procedimento principal” ou um “procedimento não principal”. Um procedimento principal é aquele que tramita no local em que o devedor tem seu “centro de principal interesse” (conhecido pelo acrônimo inglês COMI – “*Center of Main Interest*”) na data de início do procedimento estrangeiro. O conceito de “centro de principal interesse” foi incorporado, inclusive, nas diretrizes da União Europeia a respeito de insolvência na respectiva jurisdição.⁴¹⁹ O procedimento principal terá a atribuição de administrar a insolvência do devedor, coordenando os esforços das demais cortes onde o devedor atue. Na lei modelo, não há definição do conceito de “centro de principal interesse”, mas há uma presunção relativa de que se trata da sede ou a da residência habitual do devedor. O procedimento não principal, secundário, acessório ou auxiliar tramita onde o devedor possui um estabelecimento. Este é definido como “qualquer local de operação em que o devedor exerça atividade econômica não-transitória com meios e bens ou serviços humanos” De acordo com a lei modelo da UNCITRAL, poderá haver vários procedimentos auxiliares, mas somente um procedimento principal, que centralizará a administração da insolvência do devedor. Por conseguinte, admite-se que a lei modelo adotou uma espécie de universalismo modificado ou relativizado, como já exposto, distanciando-se das tradicionais teorias territorialistas.⁴²⁰

4.1.3. Procedimento Falimentar Secundário Brasileiro e Reconhecimento de Processo Estrangeiro Principal

As regras propostas pela UNCITRAL quanto ao reconhecimento de procedimento estrangeiro foram incorporadas, com poucas adaptações, ao direito brasileiro. Doravante, a Lei 11.101/05 prevê a possibilidade de início de um procedimento de insolvência não principal em território nacional, quando o devedor também possuir bens ou estabelecimento no Brasil (artigo 167-C, inciso I e 167-R). As alterações legislativas decorrentes da Lei nº 14.112/2020 não revogam a necessidade de que os demais pressupostos legais para a

⁴¹⁹ Cf. EC Regulation on Insolvency Proceedings 2000.

⁴²⁰ Cf. DUARTE FILHO, Octaviano Bazilio *et al.* Insolvência transnacional e recuperação de ativos, *cit.*, p. 138.

instauração de processo de recuperação judicial ou falência, em especial os previstos no artigo 2º da Lei 11.101/2005, estejam presentes. Cuida-se de clara inovação no direito concursal brasileiro, que, até então, desconhecia semelhante procedimento de cooperação internacional. Antes de tratar do procedimento nacional secundário, é imprescindível tratar antes do *reconhecimento de processo estrangeiro principal*.

Como já referido acima, nos termos do Guia de Promulgação da Lei Modelo de Insolvência Transnacional da UNCITRAL: “um dos principais objetivos da lei modelo é estabelecer procedimentos simplificados para o reconhecimento de processos estrangeiros qualificados, que evitem a legalização demorada ou outros processos e forneçam segurança quanto à decisão de reconhecer”. Por esse motivo, a nova legislação prevê a possibilidade de o Representante Estrangeiro de Processo Principal postular diretamente ao Juízo Brasileiro (artigo 167-F) e apresentar perante a Justiça Brasileira pedido de Reconhecimento de Processo Estrangeiro (artigo 167-H), o qual deverá ser realizado perante o Juízo do local do principal estabelecimento do devedor no Brasil (artigo 167-D), que remanescerá prevento (artigo 167-D, § 1º).

A inserção do procedimento de reconhecimento de processo de insolvência estrangeiro no ordenamento jurídico nacional finalmente concede a esperada reciprocidade, pelo Brasil, em matéria de insolvência transnacional, alinhando o Brasil com as mais importantes economias mundiais.

Nesse mesmo sentido, a UNCITRAL propôs iniciativa para ampliar as medidas de cooperação a fim auxiliar e facilitar a célere adoção e reconhecimento das decisões proferidas em procedimentos concursais, com repercussões internacionais. A entidade, por conseguinte, elaborou a Lei Modelo sobre Reconhecimento e Execução de Julgamentos Relacionados à Insolvência, a qual tem por objetivo tornar os procedimentos de insolvência transnacionais mais eficientes.⁴²¹ Dentre as diversas disposições previstas nessa segunda lei modelo, destacam-se as facilidades em torno do reconhecimento e da execução de

⁴²¹ Cf. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW – UNCITRAL. *Model law on recognition and enforcement of insolvency-related judgements with guide to enactment*. Vienna, United Nations, 2019. p. 3. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/ml_recognition_gte_e.pdf. “*The purpose of this Law is: (a) To create greater certainty in regard to rights and remedies for recognition and enforcement of insolvency-related judgments; (b) To avoid the duplication of insolvency proceedings; (c) To ensure timely and cost-effective recognition and enforcement of insolvency related judgments; (d) To promote comity and cooperation between jurisdictions regarding insolvency related judgments; (e) To protect and maximize the value of insolvency estates; and (f) Where legislation based on the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency has been enacted, to complement that legislation.*”.

juízos estrangeiros, limitando-se as hipóteses em que a autoridade judiciária local poderá indeferir a referida pretensão.

Com a incorporação da lei modelo ao ordenamento jurídico brasileiro, possibilitou-se, inclusive, que o magistrado defira tutela de urgência fundada em urgência ou evidência, mesmo enquanto ainda não reconhecido o procedimento estrangeiro de insolvência, com o intuito de viabilizar a proteção da massa falida ou eficiência da administração dos bens do devedor (artigo 167-L da Lei 11.101/2005).

Uma vez inexistente qualquer ofensa à ordem pública (artigo 167-A, § 4º), a respeito da qual remetemos o leitor ao quanto esclarecido no capítulo 4.1.3 deste trabalho, e cumpridos os demais requisitos legais, o processo de insolvência estrangeiro poderá ser reconhecido como principal, quando aberto no país em que o devedor tenha o centro de seus interesses principais, ou secundário, nos demais casos. De forma semelhante ao regime jurídico já antes existente no país em decorrência do deferimento do processamento da recuperação judicial ou da decretação da quebra, automaticamente após o reconhecimento do processo estrangeiro (artigo 167-M), todas as execuções individuais propostas contra o patrimônio do devedor no Brasil serão suspensas, bem como o curso da prescrição de todas as execuções judiciais contra o devedor. Além disso, serão consideradas ineficazes todas as transferências, onerações ou operações de disposição de bens do ativo não circulante do devedor quando não autorizadas judicialmente. Tais previsões estão em consonância com o Artigo 20.1.(a), (b) e (c) da lei modelo da UNCITRAL, viabilizando a preservação dos ativos do devedor no território nacional.

Ressalva-se, contudo, que estes efeitos podem ser modificados, estendidos ou cessados, respeitando-se sempre as disposições da Lei 11.101/2005 (artigo 167-M, § 1º). Ademais, de forma consonante com o regime jurídico existente para os procedimentos locais de insolvência, os credores conservam seu direito de ajuizar e prosseguir processos de conhecimento (judiciais ou arbitrais) e/ou para liquidação de seus direitos, até a fase executiva, que permanecerá suspensa (artigo 167-M, § 2º).

4.1.4. Trâmite do Procedimento Falimentar Secundário Brasileiro

Uma vez reconhecido o procedimento principal estrangeiro, a não ser que existam provas do contrário (artigo 167-U, caput; Artigo 31 da lei modelo da UNCITRAL), presume-

se a insolvência do devedor. Tal presunção tem o propósito sobretudo de justificar a instauração de procedimento secundário de insolvência no Brasil, desde que presentes os respectivos requisitos legais. Com o reconhecimento, o Representante Estrangeiro poderá intervir nos processos judiciais que envolvam o devedor (artigo 167-F, § 2º, inciso III; Artigo 12 da lei modelo DA UNCITRAL) e requerer uma série de medidas visando à proteção dos seus bens e ativos e, por decorrência lógica, do interesse dos credores nacionais e estrangeiros. O art. 167-N estabelece que o juiz poderá determinar, a pedido do representante estrangeiro e desde que necessárias para a proteção dos bens do devedor e no interesse dos credores, entre outras, as seguintes medidas: (i) a declaração de ineficácia de atos de disposição de bens do ativo não circulante do devedor; (ii) a produção de provas e fornecimento de informações a respeito de bens, direitos, obrigações, responsabilidades e da atividade do devedor no Brasil⁴²²; (iii) a autorização para que o próprio Representante Estrangeiro ou a nomeação de terceiro para administrar e/ou liquidar o ativo do devedor no Brasil⁴²³; (iv) a conversão, em definitiva, de qualquer tutela provisória deferida no curso do procedimento de reconhecimento do processo estrangeiro⁴²⁴; e (v) a destinação dos ativos do devedor localizados no Brasil⁴²⁵.

Observados os requisitos da Lei 11.101/05, sobretudo aqueles previstos em seus artigos 1º, 2º e 3º, tendo sido reconhecido o processo estrangeiro principal, o Representante Estrangeiro, o próprio devedor ou os credores podem requerer a instauração do processo de falência do devedor (artigo 167-F, § 2º, inciso I e 167-U, parágrafo único), o qual se processará na forma da Lei 11.101/2005, observadas as especificidades existentes no Capítulo VI-A.

Mesmo que haja ativos ou negócios no Brasil, justificando-se, portanto, o reconhecimento do processo estrangeiro, a legislação brasileira não autoriza, automaticamente, a instauração de novo procedimento falimentar ou de recuperação judicial, mesmo que de caráter secundário. Para tanto, exige-se que os respectivos requisitos legais tenham sido preenchidos. Por evidente, exige-se que o devedor seja considerado empresário ou sociedade empresária, em linha com a moderna teoria da empresa adotada pelo direito comercial brasileiro. Assim, não se admite a instauração de procedimento secundário, seja

⁴²² Artigo 21.1, (d), Lei Modelo UNCITRAL.

⁴²³ Artigo 21.1, (e), Lei Modelo UNCITRAL.

⁴²⁴ Artigo 21.1, (f), Lei Modelo UNCITRAL.

⁴²⁵ Artigo 21.2, Lei Modelo UNCITRAL.

de recuperação ou falência, para pessoas jurídicas não-empresárias, como sociedades simples e fundações. Ainda, excluem-se da proteção legal as entidades expressamente excluídas pelo referido art. 2º, quais sejam, instituição financeira, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores. Por fim, impõe-se a observância da regra de competência estabelecida no art. 3º, daí inferindo-se que não cabe a instauração de procedimento de insolvência secundário para devedor que não possua estabelecimento comercial no país.

4.1.5. Produção de provas sob supervisão do juízo falimentar

Com a decisão de reconhecimento do processo estrangeiro, tanto principal como não principal, a autoridade judicial brasileira poderá determinar, a pedido do representante estrangeiro e desde que necessária para a proteção dos bens do devedor e no interesse dos credores, uma série de medidas probatórias de natureza autônoma, independente da pré-existência de litígio instaurado, no Brasil ou no exterior. A nova legislação faz expressa referência à possibilidade de o representante estrangeiro requerer a oitiva de testemunhas, a colheita de provas e o fornecimento de informações relativas a bens, a direitos, a obrigações, à responsabilidade e à atividade do devedor (art. 167-N, II). Cuida-se de claro desdobramento do direito autônomo à prova referido neste trabalho.

Nos capítulos precedentes, viu-se que o direito à prova é autônomo e tem como corolários o direito à pré-constituição da prova e o direito à busca e descoberta da prova (direito à investigação). Como visto, o exercício do direito à prova se dá “em função de uma dada situação posta no plano material e o que se projeta seja a declaração do direito à mesma; e não de forma absolutamente genérica ou indefinida”⁴²⁶, isto é, o exercício do direito à prova é instrumental.

No contexto de insolvência transnacional, o direito autônomo à prova ganha distinção relevante, na medida em que, aos aspectos de direito material relativos à crise da empresa, já estudados em capítulo precedente deste trabalho, somam-se as complexidades atinentes à

⁴²⁶YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 335.

administração de um processo concursal com repercussões em várias jurisdições. Assim, a par da tutela do crédito, da natureza intermediária dos bens jurídicos e da assimetria de informações no processo, ganham relevo as dificuldades relativas à falta de comunicação e coordenação entre cortes e administradores judiciais nacionais e estrangeiros. Aliás, segundo a própria UNCITRAL, na medida em que exista falta de comunicação e coordenação, é mais provável que ativos “sejam dissipados ou fraudulentamente ocultados”⁴²⁷.

Nesse contexto, na mesma medida em que o administrador judicial é detentor do direito autônomo à prova, como visto no capítulo 2.2.2 deste trabalho, o representante estrangeiro ostenta semelhante prerrogativa. Tanto o administrador judicial quanto o representante estrangeiro são atores processuais autônomos e não meros auxiliares da justiça. A Lei 11.101/2005 (com as alterações decorrentes da Lei 14.112/2020) a eles conferiu protagonismo na obtenção de documentos, informações e fiscalização, criando um *dever geral de informação* para benefício dos dois. Logo, para ambos, abre-se a possibilidade de exercerem amplamente o direito autônomo à prova, com mais força e autonomia que a parte em um processo cível, inclusive de forma mais próxima das atribuições concedidas ao Ministério Público na persecução criminal.

Ao estabelecer o direito de o Representante Estrangeiro produzir provas no Brasil, de forma desvinculada a qualquer litígio pré-existente ou causa de pedir pré-comprovada, a lei brasileira incorporou textualmente recomendação expressa na Lei Modelo. Assim, poderá o Representante Estrangeiro investigar profundamente os negócios envolvendo, direta ou indiretamente, o devedor no país, inclusive para justificar a propositura (ou abstenção) de determinada medida legal ou para viabilizar a composição de litígio.

As regras relativas ao exercício dessa prerrogativa devem ser adaptadas ao regime jurídico aplicável no Brasil. Diferentemente daquilo estabelecido pelo Capítulo 15 americano, que será abordado mais adiante, a produção de prova oral deve ser feita mediante supervisão do juízo falimentar, em linha com a técnica processual aplicável. Para tanto, basta que o Representante Estrangeiro demonstre possuir *interesse* na produção da prova oral. Tal limite interno, como visto, é superado sempre que o procedimento for compatível em qualquer grau com a produção de provas e, por evidente, a tutela judiciária mostre-se necessária.

⁴²⁷UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW - UNCITRAL. *Model law on cross-border insolvency with guide to enactment and interpretation*, cit.

De outro lado, a iniciativa do Representante Estrangeiro para obter informações relativas a bens, direitos, obrigações, responsabilidades e atividades do devedor não carece de intervenção judicial, salvo para sanar resistência indevida de terceiros. É que ao Representante Estrangeiro aplicam-se *mutatis mutandis* as atribuições do art. 22 da Lei no que toca às prerrogativas para: “exigir dos credores, do devedor ou seus administradores quaisquer informações”; “praticar os atos necessários à realização do ativo e ao pagamento dos credores”; “praticar todos os atos conservatórios de direitos e ações, diligenciar a cobrança de dívidas e dar a respectiva quitação”; e “requerer todas as medidas e diligências que forem necessárias para o cumprimento desta Lei, a proteção da massa ou a eficiência da administração”. Em caso de resistência injustificada, pode o Representante Estrangeiro pleitear ao juízo falimentar para que determine a terceiros, inclusive órgãos públicos, que forneçam informações ou documentos no interesse do procedimento de insolvência, sob pena de medidas de coerção.

Assim, a regra atinente à produção de provas pelo Representante Estrangeiro, prevista na Lei Modelo e incorporada textualmente no ordenamento jurídico brasileiro, consiste em claro desdobramento da moderna teoria segundo a qual o direito à prova é direito autônomo, isto é, independente da pendência de um processo ou litígio específico⁴²⁸, e, portanto, desligado, ao menos a princípio, da convicção do magistrado⁴²⁹.

4.1.6. Cooperação

Um dos principais aspectos da lei modelo, igualmente incorporada pela nova legislação brasileira, diz respeito à cooperação⁴³⁰ entre cortes e administradores de diferentes países, consolidando a visão de que o microssistema do direito processual da insolvência empresarial, para efetivação de sua própria instrumentalidade, depende da cooperação:

⁴²⁸YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 318.

⁴²⁹*Id. Ibid.*, p. 319.

⁴³⁰Sobre a necessidade de cooperação internacional no âmbito da insolvência empresarial: “*Cooperation between courts and insolvency representatives in insolvency proceedings involving multinational enterprise groups may help to facilitate commercial predictability and increase certainty for trade and commerce, as well as fair and efficient administration of proceedings that protects the interests of the parties, maximizes the value of the assets of group members to preserve employment and minimizes costs (...) for many groups cooperation may be the only way to reduce the risk of piecemeal insolvency proceedings that have the potential to destroy going-concern value and lead to asset ring-fencing, as well as asset shifting or forum shopping by debtors*”, UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW - UNCITRAL. *UNCITRAL Legislative Guide on insolvency law*: part three - treatment of enterprise groups in insolvency. United Nations, 2012. p. 86.

*“Over the past 20 years, communication, coordination and cooperation have become key concepts in international insolvency law”*⁴³¹.

Esse processo de modernização e cooperação deixa de ocorrer, principalmente, por conta da ausência de estrutura legislativa adequada⁴³². O guia da UNCITRAL esclarece a possibilidade de cooperação em principalmente em três âmbitos diferentes: a cooperação entre cortes, a cooperação através dos representantes dos processos de insolvência e a cooperação através de acordos.

A lei modelo autoriza expressamente tribunais e representantes estrangeiros a cooperarem na área de insolvência e a se comunicarem diretamente com suas contrapartes estrangeiras. De acordo com seu Artigo 27, a cooperação deve ser realizada pelos “meios adequados”, inclusive: (a) designação de pessoa ou entidade para agir sob o direcionamento da corte; (b) comunicação de informações por quaisquer meios julgados adequados pela corte; (c) coordenação da administração e supervisão dos ativos e negócios do devedor; (d) aprovação e implementação de acordos entre as cortes relativamente à coordenação de múltiplos procedimentos de insolvência; (e) coordenação de procedimentos concomitantes relacionados ao mesmo devedor.⁴³³ Nesse mesmo sentido, o Art. 167-P da Lei 11.101/2005 dispõe que o juiz deverá cooperar diretamente ou por meio do administrador judicial, na máxima extensão possível, com a autoridade estrangeira ou com representantes estrangeiros, na persecução dos objetivos estabelecidos no art. 167-A da Lei, referidos acima neste trabalho.

A cooperação entre autoridades estrangeiras acarreta benefícios mútuos no que diz respeito ao combate à fraude internacional. No próprio Guia, a UNCITRAL reconhece que “fraude por devedores insolventes, particularmente pela ocultação ou transferência de ativos para jurisdições estrangeiras, é um problema crescente, tanto em termos de frequência

⁴³¹SANTEN, Bernard. Communication and cooperation in international insolvency: on best practices for insolvency office holders and cross-border communication between courts. *ERA Forum*, n. 16, p. 229-240, 2015. Disponível em: <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s12027-015-0398-8.pdf>. doi 10.1007/s12027-015-0398-8.

⁴³²“A widespread limitation on cooperation between courts and insolvency representatives from different jurisdictions in cases of cross-border insolvency derives from the lack of a legislative framework, or from uncertainty regarding the scope of any existing legislative authorization, for pursuing cooperation with foreign courts and insolvency representatives”. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW - UNCITRAL. *UNCITRAL Legislative Guide on insolvency law: part three - treatment of enterprise groups in insolvency, cit.*, p. 86.

⁴³³Cf. DUARTE FILHO, Octaviano Bazilio *et al.* Insolvência transnacional e recuperação de ativos, *cit.*, p. 139.

quanto magnitude”, de modo que “os mecanismos transfronteiriços de cooperação estabelecidos pela lei modelo são designados para confrontar a fraude internacional”⁴³⁴.

Comumente, nas operações de ocultação de patrimônio realizada por um devedor, são utilizadas pessoas jurídicas denominadas *offshore*, sediadas em centros financeiros, cujos sócios não são identificados mediante mera consulta no órgão de registro de empresas, sendo necessária a adoção de medidas judiciais para a descoberta do seu beneficiário final.

Iniciada a investigação pelo credor, via incidente em processo de falência, sob sigilo, como já defendemos aqui, mostra-se desnecessária para a colheita da prova pretendida a expedição da morosa carta rogatória, a qual, inclusive inviabilizaria a manutenção do necessário sigilo, conforme já explorado em tópico anterior.

Acrescenta-se, ainda, que o DRCI (Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional), órgão integrante da Secretaria Nacional de Justiça, do Ministério da Justiça, tinha competência para atuar apenas em questões criminais antes da vigência do novo Código de Processo Civil. E mesmo com a louvável inclusão da cooperação jurídica internacional e do auxílio direto no CPC/2015, aplicáveis, portanto, também para questões da esfera cível, nos quais há previsão expressa de colheita de provas (artigo 27, inciso II, e art. 30, inciso II) e é exigida a presença da autoridade central (artigos 26, inciso IV e 29) para recepção e transmissão dos pedidos de cooperação, ainda sim entendemos que não há vedação para que o jurisdicionado brasileiro ajuíze medidas diretamente nas jurisdições estrangeiras, sem a participação da autoridade central.

Mesmo por intermédio do auxílio direto previsto no artigo 28 do CPC/2015, há que se reconhecer que tal procedimento não é ágil e eficaz o suficiente para se desvendar uma fraude complexa e internacional, uma vez que é obrigatória a presença da autoridade central, que naturalmente age de acordo com o notório ritmo mais lento das entidades estatais. Logo, exigir a participação da autoridade central para a colheita de provas em jurisdições estrangeiras nas hipóteses de fraudes internacionais, para fins de reparação civil de um ente privado, seria violar o princípio da efetividade do processo, assim como o inciso LXXVIII do artigo 5º, advindo da Emenda Constitucional nº 45) e o artigo 4º do CPC (norma fundamental) que asseguram o direito de obter em prazo razoável a decisão de mérito.

⁴³⁴UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW - UNCITRAL. *Model law on cross-border insolvency with guide to enactment and interpretation*, cit., v. nota 421. Cf. DUARTE FILHO, Octaviano Bazilio *et al.* Insolvência transnacional e recuperação de ativos, cit., p. 139.

Em suma, a abertura de um procedimento auxiliar de insolvência em países que adotam a lei modelo, como os Estados Unidos, é fundamental quando houver suspeitas de que o devedor, seus controladores e/ou administradores praticaram atos fraudulentos com repercussões no exterior. A abertura de tal procedimento é igualmente útil quando for necessária a obtenção de documentos e informações na posse de pessoas sujeitas à jurisdição estrangeira, sobretudo quando esses elementos forem utilizados para subsidiar pedidos de responsabilização no Brasil e no exterior. Com o reconhecimento internacional da falência ou da recuperação judicial, o Administrador Judicial estará um passo à frente para coibir atos fraudulentos e recuperar ativos desviados, sujeitando-os ao processo concursal brasileiro.

4.2. Medidas processuais de investigação para demonstração de fraude internacional, localização e recuperação de ativos em jurisdições estrangeiras

Colhemos, portanto, alguns frutos em relação à insolvência transnacional de empresas ao analisar os principais aspectos da Lei Modelo da UNCITRAL, recentemente incorporada no direito brasileiro.

Em primeiro lugar, pode-se concluir que há uma tendência internacional no sentido de valorizar a atuação internacional do juízo falimentar. A adoção da lei modelo da UNCITRAL, em cerca de 50 diferentes jurisdições, é o exemplo mais proeminente dessa assertiva. Em segundo lugar, há a possibilidade de que a atuação da jurisdição brasileira seja reputada legítima em outros territórios com fundamento nestas tendências, principalmente no que diz respeito ao incidente processual delimitado no item 2.1 deste trabalho. Em terceiro lugar, como já exposto, os meios tradicionais de cooperação internacional, especificamente quanto à produção de provas via carta rogatória ou outro mecanismo previsto em tratado internacional, não excluem a possibilidade de o jurisdicionado brasileiro pleitear diretamente perante a corte estrangeira, a fim de concretizar seu direito autônomo à atividade probatória.

Sem prejuízo das medidas tradicionais de cooperação internacional, o conteúdo principal do incidente para obtenção de provas no exterior em sede de falência ou recuperação judicial será, como já visto, obter o reconhecimento judicial prévio do magistrado competente da possibilidade jurídica da obtenção da prova (direito autônomo à prova, ou

direito de provar, conforme o caso), com fulcro nos arts. 27, II e 369, 370 e 372 do Código de Processo Civil, bem como no art. 13 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Uma vez considerado este contexto passa a ser ainda mais relevante o estudo da busca pela prova na jurisdição estrangeira pois, tendo em vista que a comunicação entre as cortes fica aquém do esperado por uma visão universalista, o incidente processual que autoriza a busca da prova por meios internacionais servirá verdadeiramente de pontilhão entre as jurisdições, sendo que as partes, o Administrador Judicial, ou o Ministério Público – através do intermédio judicial nos termos propostos no item 2.1 deste trabalho – coordenarão o fluxo de informações da referida via, observando a boa-fé⁴³⁵ e as balizas e garantias anteriormente estudadas neste trabalho.

4.2.1. Os mecanismos de instrução preliminar dos sistemas de *common law*

Ao falar de obtenção e pré-constituição da prova em âmbito internacional, merecem destaque os procedimentos de instrução preliminar nos países em que predominam práticas ligadas à *common law*.

O sistema jurídico conhecido como *civil law*, muito influenciado pelo movimento da revolução francesa do sec. XVIII, adere a longos estatutos, ao processo dedutivo de aplicação legal e a outras características que futuramente passariam a constituir o que se convencionou chamar de positivismo legal⁴³⁶. É neste contexto que floresce a ideia de um processo racional para obtenção do provimento jurisdicional adequado, o que certamente incluirá a obtenção de evidências, ou seja, aquilo que inicialmente permitirá ao Estado-juiz

⁴³⁵Trata-se da muito conhecida imposição da boa-fé objetiva na sua função integrativa. Ver GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, item 3.6.2.2.3. O princípio da boa-fé foi expressamente acolhido pelo Código Processual de 2015, no seu art. 5º. Sobre o tema “Não se trata, pois, apenas de se exigir dos sujeitos do processo que atuem com boa-fé subjetiva (assim entendida a ausência de má-fé), mas com boa-fé objetiva, comportando-se da maneira como geralmente se espera que tais sujeitos se conduzam. A vedação de comportamentos contraditórios (*nemo venire contra factum proprium*), a segurança resultante de comportamentos duradouros (*supressio e surrectio*), entre outros corolários da boa-fé objetiva, são expressamente reconhecidos como fundamentais para o desenvolvimento do processo civil.” CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*, 2015, *cit.*, p. 11.

⁴³⁶Nota-se que o movimento iluminista representou um processo de racionalização e abandono do absolutismo. O movimento na Europa continental, dentre outras coisas, reavivou e reconstruiu ideias e práticas já presentes no pensamento antigo, como a democracia grega, a república romana, a lógica formal, estatutos legais (como aqueles da índole do *digesto*) e outras. Essa racionalização ocorre, portanto, simultaneamente aos efeitos institucionais da revolução, como a formação dos parlamentos europeus e separação dos poderes, e influência na edição das leis e organização judiciária da época.

racional subsumir o fato à lei, decidindo a questão posta no processo. É o que se chama de instrução processual. A instrução processual é, portanto, parte do processo na *civil law*. É por isso que quando se fala na produção de uma prova antes do processo, ou alheia a ele, ainda se fala em *pré-constituição* (*prévia* constituição) da prova – partindo da noção de que a prova deveria ser produzida durante a instrução processual.

Por outro lado, nos países *common law* observa-se um sistema fundamentalmente diverso. Isso porque a organização judicial e legislativa não é diretamente impactada pela revolução francesa – o que é fato notório quando se fala na Europa continental – sendo que a Magna Carta inglesa, já no ano 1215, esboçava o final do absolutismo na Inglaterra. Como consequência⁴³⁷, não há exatamente no *common law*, o mesmo conceito de processo. *Trial*⁴³⁸, lembramos, não é processo, mas somente uma sessão de julgamento, e somente ali é que o Estado-juiz, em tese, entra em contato com a evidência. Previamente à sessão formal de julgamento, a prova é obtida através da fase denominada *pretrial* originada com o *discovery*⁴³⁹, o qual veio a ser denominada no sistema inglês como *disclosure* e nos Estados Unidos da América como *Discovery*, sendo que comumente ambas as expressões são utilizadas para tratar do mecanismo de instrução preliminar nos sistemas de *common law*.

Na simplificação máxima: no princípio da *civil law* a instrução é parte integrante do processo e está sujeita à coordenação racional do magistrado; por outro lado, na *common law*, o Estado-juiz se encarrega de julgar, enquanto a obtenção das provas não passa diretamente pelo escrutínio material do magistrado e fica a cargo das partes⁴⁴⁰, só atuando o juiz caso uma parte interfira no direito à evidência da outra ou quando há abusos de uma das partes na produção das provas. Não por outra razão durante muitos séculos nos países de “civil law” não se admitiu haver um direito autônomo à prova, próprio das partes e não ligado diretamente ao Estado-juiz, enquanto tal direito sempre⁴⁴¹ foi reconhecido na *common law*.

⁴³⁷Mas certamente não se trata da causa única para tanto.

⁴³⁸“*A trial is a formal meeting in a law court, at which a judge and jury listen to evidence and decide whether a person is guilty of a crime.*”, TRIAL. In: COLLINS English Dictionary. Disponível em: <https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/trial>. O conceito se aproxima da sessão de julgamento.

⁴³⁹“*discovery is the principal fact-gathering method in the formal litigation process. An active discovery period is when parties fight most of their battles, when parties incur most of their litigation costs, and when the war is often won or lost*”, *vide* MAUET, Thomas; MARCUS, David. *Pretrial*. 9. ed. New York: Wolters Kluwer, 2015. p. 195.

⁴⁴⁰MAUET, Thomas; MARCUS, David. *Pretrial, cit.*, p. 195.

⁴⁴¹No texto histórico datado do século XVI *A Little Treatise Concerning Writs of Subpoena* já se sustentava, em inglês arcaico, que se as declarações das partes precisam ser verdadeiras, então há um direito à prova de cada uma delas. E caso a prova importante para uma das partes esteja na mão de outra, caberá um *writ* para obtê-la. Veja-se: “*There ys a grounde in the common lawe that a declaration muste be certeyn (...) And bycause it happenyth many tymes that sume man that hath right to evidences that be in another mans hande*

Feita a distinção entre os dois sistemas, cabe fazer importante ressalva de que há um nítido movimento em que os países mesclam as características de cada sistema (*common law e civil law*), havendo, contudo, uma preponderância de um deles. Neste sentido, é preciso evitar uma divisão estanque e imutável na aplicação destes dois sistemas e apenas apontar a característica mais preponderante em cada país.

Relativamente ao mencionado *discovery*, há autonomia das partes na condução deste procedimento, sendo que geralmente a própria parte, por seu advogado, emite *subpoena*⁴⁴², a não ser que a corte impeça por decisão prévia: “*Unless otherwise limited by court order [...] Parties may obtain discovery regarding any nonprivileged matter that is relevant to any party’s claim or defense [...]*”⁴⁴³.

Pode-se dizer, assim, que *discovery* ou *disclosure* é o procedimento preliminar (anterior ao *trial*) de obtenção de evidências, análogo à instrução processual, conduzido essencialmente pelas partes, e que não encontra paralelo⁴⁴⁴ e não pode ser adequadamente traduzido⁴⁴⁵ nos sistemas da *civil law*. Através do incidente para obtenção de prova internacionalmente é possível acessar o *discovery* da *common law*, e produzir prova válida.

É preciso esclarecer também, que *discovery* e *disclosure* são ligeiramente diferentes. Enquanto o *discovery* é um procedimento essencialmente que ocorre mediante requisição formal (uma parte é impelida a entregar evidência a outra)⁴⁴⁶, o *disclosure* ocorre em momentos processuais específicos⁴⁴⁷, sem a necessidade de requerimento prévio para compartilhar as

(...) *There it hath been thought reasonable in tyme paste, that a sub pena shuld lye for hym that hath ryght*”, **vide** GERMAN *apud*. BESSO, Chiara. La *discovery* anglo-americana: un insospettato trapianto dal processo romano-canonic. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 13, p. 126-140. 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/11917/9329>.

⁴⁴²A subpoena é uma espécie de intimação ou comando, melhor estudada no item 4.2.2.3.

⁴⁴³*Rule 26 (b)(1)* do compêndio das *Federal Rules of Civil Procedure*, nos Estados Unidos da América.

⁴⁴⁴Exceto as próprias demandas de direito autônomo à prova. Explorou-se anteriormente como parte da doutrina entende que a produção antecipada de provas no CPC/15 representa uma positivação do sistema do *discovery* e *disclosure* no Brasil, **vide** nota 135, dentre outras.

⁴⁴⁵Chiara Besso afirma que não há termo equivalente na Itália ou na França para *discovery*. **vide** que: “*pensiamo che il nostro linguaggio giuridico – al pari di quello francese o tedesco – non conosce un termine equivalente, tanto che siamo costretti ad utilizzare il termine inglese*”, BESSO, Chiara. La *discovery* anglo-americana: un insospettato trapianto dal processo romano-canonic, *cit.*, p. 126-140.

⁴⁴⁶EMSON, Raymond. *Evidence*. London: Macmillan, 1999. p. 316.

⁴⁴⁷Por exemplo, conforme previsto na *Rule 26 (a)(1)(A)* do compêndio das *Federal Rules of Civil Procedure*, nos Estados Unidos da América, a liberação de nomes, telefones, cálculos da quantidade de indenização pretendida, cópia ou indicação de todos os documentos relevantes, dentre outros. UNITED STATES. *Federal Rules of Civil Procedure*. The Committee on the Judiciary House of Representatives. December 1, 2019. Disponível em: https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_civil_procedure_dec_1_2019_0.pdf.

informações⁴⁴⁸. Essa diferença também é mais marcada no direito americano⁴⁴⁹, enquanto no direito inglês não raro os termos são utilizados de forma intercambiável.

Há que ressaltar também que tal sistema de produção de prova nos últimos anos tem tido mais influência do judiciário na sua condução (“*caseflow management*”), principalmente em razão dos abusos, da demora da produção em alguns casos e também por muitas vezes ser altamente custoso e ineficiente. Foram adotados novos mecanismos de interferência do juiz nas legislações processuais dos Estados Unidos da América e Inglaterra e tais ajustes tiveram como intuito tornar o *disclosure* ou *discovery* “um instrumento eficaz e menos sujeito ao abuso”.⁴⁵⁰

Compreender a fundo tais procedimentos é importante, como visto, pois representam o principal exemplo de um direito à prova de titularidade das partes, e poderão ser acessados também em processos de falência e recuperação judicial em que surjam incidentes para a obtenção internacional de provas. Se é este o caso, então é preciso analisar a sua compatibilidade com o direito brasileiro⁴⁵¹.

Primeiro, há uma relação direta com a efetividade do processo e a economia processual no *discovery*. Trata-se de um caminho para a obtenção rápida de provas essenciais⁴⁵², conciliação e desoneração. César Cardoso explora com completude o tema : “Tal procedimento obviamente alivia a Justiça e encurta a duração do processo. Ora, primeiro, é realizado fora da Corte, sem a presença do juiz, o que poupa tempo e recursos da Justiça; segundo, a causa só vai a julgamento se efetivamente madura: se o autor (*plaintiff*) não possuir um mínimo de provas que sustentem a sua alegação e indiquem a possibilidade de um júri decidir a seu favor, o réu (*defendant*) pode requerer julgamento sumário negando o pedido e encerrando o processo (*motion for summary judgment*); terceiro, ele permite que os advogados elaborem mais adequadamente as suas teses e as provas que a sustentam, submetendo à decisão

⁴⁴⁸KERLEY, Peggy; HAMES, Joanne B.; SUKYS, Paul A. *Civil litigation*. 4. ed. New York: Thomson & Delmar Learning, 2005. p. 226.

⁴⁴⁹*Id. Ibid., passim.*

⁴⁵⁰YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 76.

⁴⁵¹Se, por um lado, viu-se no item 3.4.5. que sob qualquer aspecto (seja da prova emprestada, da atipicidade dos meios de prova, da letra expressa da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro) são admissíveis provas produzidas no estrangeiro; então agora buscamos avaliar – pecando pelo excesso – se ainda assim não haveria algum desencontro fundamental que afastasse o *discovery* do rol de procedimentos aceitáveis em cortes nacionais.

⁴⁵²NEW YORK (State). *First report of commissioners on practice and pleadings*. Albany: Charles Van Benthuyzen, public printer, 1848. Code of Procedure. Disponível em: <https://play.google.com/store/books/details?id=LVRSAACAAJ&rdid=book-LVRSAACAAJ&rdot=1>.

da Corte apenas o que for controverso; e, quarto, e talvez o mais importante, permite que os advogados avaliem os pontos fortes e fracos que sustentam as suas teses e os riscos jurídicos decorrentes bem como negociem um acordo no intuito de minimizar esses riscos.”⁴⁵³

Abre os olhos a análise de James Fleming, Geoffrey Hazard e John Leubsdorf, para quem, anteriormente à ampla implementação do procedimento de *Discovery*, a maior parte do tempo de julgamento era dedicado a “*objeções hipertécnicas em relação às provas apresentadas para compensar a ignorância das partes em relação aos fatos*”⁴⁵⁴.

Além disso, como ressaltado por Adrian Zuckerman⁴⁵⁵, o direito à evidência das partes envolve toda prova relevante para a comprovação de seu direito material. Se assim não fosse, estariam prejudicados o acesso à justiça e a própria possibilidade de um julgamento justo. Possui, portanto, relevância constitucional. Ou seja, o *discovery* possui fortes fundamentos dogmáticos, de grande semelhança com o direito autônomo à prova. Sua própria origem, como visto⁴⁵⁶, está no fato de que a declaração das partes no *trial* deve ser verdadeira e certa, sustentando a cooperação e boa-fé processuais.

Por fim, é importante ressaltar: o *pre-trial discovery of evidence* não ocorre, certamente, ao descalabro de determinados privilégios. São limites do procedimento, por exemplo, a relação entre cliente e advogado, cliente e médico, a informação confessional religiosa e mesmo o sigilo concorrencial de produtos e tecnologias⁴⁵⁷.

Veja-se, portanto, que a efetividade do *discovery* está, certamente, **não** na violação de quaisquer direitos fundamentais, mas sim na possibilidade de dar às partes amplitude e autonomia na busca da evidência. Na verdade, tanto se privilegia a autonomia probatória,

⁴⁵³CARDOSO, César. O pré-julgamento (pretrial) e a conciliação como instrumentos de desoneração do sistema judicial norte-americano: um paralelo com o sistema brasileiro. *Publicações da Escola da AGU*, Escola da Advocacia-Geral da União, n. 12, p. 77-89, set./out., 2011. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/9923695.

⁴⁵⁴Tradução livre. Original em: “*The benefits can be fully understood only by bringing to mind what trials were like without discovery. Much trial time, if not most of it, was spent compensating for ignorance of the opponent's case by such means as hypertechnical objections to the other side's presentation of evidence*”, JAMES, Fleming; HAZARD JR., Geoffrey C.; LEUBSDORF, John. *Civil procedure*. Brown: Foundation, 1985. p. 194.

⁴⁵⁵“*it is a fundamental principle in the administration of justice that parties to litigation have a right to bring before the court all evidence relevant to their case and to call on others to produce such evidence as they may have. This right is derivative from the right to equal and just trial. Without it the efficacy of substantive rights would be much reduced and rendered uncertain. This principle - which may for convenience be termed the principle of unimpeded access to evidence - is therefore of cardinal constitutional significance and bears close relation to the constitutional right of unimpeded access to the courts generally*”, ZUCKERMAN, Adrian A. S. Privilege and public interest. In: TAPPER, Colin (Ed.). *Crime proof and punishment: essays in memory of Sir Rupert Cross*. London: Butterworths, 1981. p. 248.

⁴⁵⁶v. nota 426.

⁴⁵⁷KERLEY, Peggy; HAMES, Joanne B.; SUKYS, Paul A. *Civil litigation*, cit., p. 219.

que não é necessário sequer que um determinado documento ou informação possa ser utilizada como prova formal no *trial* para que caiba o *discovery*⁴⁵⁸. Mesmo evidências incapazes de serem admitidas na corte, evidências indiciárias e outras podem ser descobertas desde que **a)** sejam relevantes para o direito material da parte; e **b)** haja proporcionalidade no pedido. Além disso, caberá ao magistrado orientar a amplitude de acordo com o acesso relativo de informação que cada parte possui (portanto, assimetria de informação) e a economicidade do procedimento.

Não há que se falar em incompatibilidade na obtenção das provas entre os sistemas de *common law* e *civil law*. Na verdade, cada vez mais *civil law* e *common law* se espelham uma na outra⁴⁵⁹, bem como existem diversas jurisdições efetivamente mistas⁴⁶⁰.

Por outro lado, não se busca divinizar o procedimento. Se o *discovery* envolve a liberação de evidência pela parte contrária, o que impede a ocultação da evidência relevante? Essa, diga-se de passagem, é uma das razões pelas quais é necessário o sigilo em certos incidentes para a produção da prova no processo falimentar ou de recuperação judicial, como já visto. De fato, como já expusemos, o *discovery* não é perfeito, como se depreende da análise do caso paradigmático *Qualcomm Inc. v Broadcom Corp*, 2007, onde a Qualcomm efetivamente ocultou centenas de documentos relevantes no processo de *discovery*⁴⁶¹. A empresa foi severamente punida⁴⁶². O caso denota a necessidade de avanços no campo do *electronic discovery* (ou apenas *e-discovery*), através do qual se acessa diretamente documentos e informações digitais⁴⁶³.

Nessa mesma linha, de que todos os modelos probatórios possuem imperfeições, o *document dump* é o oposto da ocultação. Trata-se de termo utilizado para a hipótese em que

⁴⁵⁸ *Rule 26 (b)(1)* do compêndio das *Federal Rules of Civil Procedure*, nos Estados Unidos da América.

⁴⁵⁹ Hoje as jurisdições clássicas da *common law* (Estados Unidos e Inglaterra) possuem todas codificações relevantes e um determinado nível de processualização. Ao mesmo tempo, jurisdições da *civil law* (como o Brasil) passam a reconhecer os benefícios de um sistema jurisprudencial e de produção probatória autônoma (como é notório da índole do CPC/15).

⁴⁶⁰ TETLEY, William. *Mixed jurisdictions: Common Law v. Civil Law (Codified and Uncodified)*. *Louisiana Law Review*, v. 60, n. 3, *passim*, 2000. Disponível em: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5822&context=lalrev>.

⁴⁶¹ LUOMA, Milton H.; LUOMA, Vicki M. *Qualcomm v. Broadcom: implications for electronic discovery*. *Australian Digital Forensics Conference*, 2009. Disponível em: <https://ro.ecu.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1068&context=adf>.

⁴⁶² Na ordem de 8,5 milhões de dólares, FLIEGEL, Jason. *Qualcomm Court imposes multi-million dollar sanctions for electronic discovery failures*. *Wall Street Lawyer*, v. 12, n. 2, Feb. 2008. Disponível em: https://www.mayerbrown.com/-/media/files/perspectives-events/publications/2008/03/qualcomm-court-imposes-multimillion-dollar-sanctio/files/news1wslfeb08pdf/fileattachment/news1_wsl_feb08.pdf.

⁴⁶³ THE GROSSMAN-Cormack Glossary of Technology-Assisted Review. *Federal Courts Law Review*, v 7, n. 1, p. 15, 2013. Disponível em: <https://www.fclr.org/fclr/articles/html/2010/grossman.pdf>.

uma parte disponibiliza milhares ou milhões de documentos desnecessários, para atrapalhar a parte contrária, na tentativa de ganhar tempo e ocultar as provas verdadeiramente importantes.

O próprio governo americano, no caso *SEC v. Collins & Aikman Corporation*, entregou no processo de *discovery* 10 milhões de páginas⁴⁶⁴, tornando efetivamente impossível a descoberta de informações relevantes. Uma das razões para o *e-discovery* e a revisão eletrônica de documentos por inteligência artificial é, inclusive, lidar com o *document dump*⁴⁶⁵.

Em atenção a essa realidade, Flávio Luiz Yarshell lida com tal prática no contexto brasileiro, associando o interesse processual ao conceito de materialidade, “vocábulo que expressa a conexão entre a prova oferecida e os fatos controvertidos”, para concluir que a dogmática do Direito Processual Brasileiro proíbe, certamente, o *document dump*.

Em suma, apesar de *discovery* e *disclosure* serem modalidades intrínsecas à *common law*, a recepção dos institutos no Brasil é viável e compatível com o reconhecimento do direito autônomo à prova. Tem-se que a doutrina já faz referência às demandas de *discovery* e *disclosure* ao mencionar a produção antecipada de provas⁴⁶⁶. O Fórum Permanente de Processualistas Civis já consagrou, também, a possibilidade de aplicação dos institutos, apesar de tratar o procedimento como forma de negócio jurídico processual⁴⁶⁷. Essa incorporação, no entanto, traz consigo seus próprios problemas, que devem ser enfrentados pela doutrina e jurisprudência.

Na contramão de todo desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, no entanto, o governo brasileiro ratificou em 2017 a Convenção de Haia sobre a Obtenção de Provas no

⁴⁶⁴US SUPREME COURT. U.S. Securities and Exchange Commission. *SEC v. Collins & Aikman Corporation, et al. Case No. 07-cv-02419-SAS (EDNY)*. Disponível em: https://jenner.com/system/assets/assets/3158/original/SEC_v_Collins.pdf?1319476792.

⁴⁶⁵SIMEK, John; NELSON, Sharon. *Data dumps: the bane of e-discovery*. 2011. p. 1. Disponível em: <https://senseient.com/wp-content/uploads/07-12-12-Data-Dumps.pdf>.

⁴⁶⁶CÂMARA trata as demandas de produção antecipada no CPC/15 como decorrência direta da *discovery* e *disclosure*. Veja-se novamente: “é preciso falar das demandas de descoberta da prova (art. 381, II e III), figuras nitidamente inspiradas no instituto conhecido como *discovery* ou *disclosure*, dos ordenamentos jurídicos filiados à tradição jurídica do *common law* (como se vê, por exemplo, na *rule 31* das *Civil Procedure Rules* da Inglaterra, as quais compõem um Código de Processo Civil para Inglaterra e País de Gales)”, CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*, 2015, *cit.*, p. 238.

⁴⁶⁷Enunciado no. 19 do FPPC (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC- RIO, no V FPPC- Vitória e no VI FPPC-Curitiba). Veja-se, entretanto, que não faz sentido que se fixe uma medida de obtenção compulsória como negócio jurídico processual (caso do *discovery*), quando o ordenamento jurídico processual, por diversas vezes, tutela a obtenção da prova e o direito à prova, como no caso da obtenção de documentos, da arrecadação de bens para fins probatórios, obtenção de testemunhos e assim por diante. Entretanto, o enunciado pesa no argumento de que *discovery* e *disclosure* podem ser aplicados no direito brasileiro.

Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial incorporando a previsão opcional do *Article 23*⁴⁶⁸, que não permite ao Brasil realizar a *discovery* ordenada em outros países por meio de carta rogatória.

Um verdadeiro retrocesso, tendo em vista todo o exposto sobre a compatibilidade com os recentes mecanismos do CPC de 2015, e mesmo a reciprocidade, tendo em vista a postura amplamente colaborativa na produção de provas de países como, por exemplo, os Estados Unidos⁴⁶⁹. Na tentativa de solapar essa incongruência, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou afirmando que: “A ressalva feita pelo Brasil em relação ao *pre-trial discovery of documents*, nos termos do art. 23 da Convenção de Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial, não impede a busca de provas no estrangeiro, mas evita a coleta abusiva de provas quando dirigidas contra particulares”.⁴⁷⁰Essa posição vai exatamente no sentido do que este trabalho vem afirmando em relação aos procedimentos de falência e recuperação judicial.

4.2.2. Chapter Fifteen — Capítulo 15, Título 11 do *United States Code*

Como já exposto, tem-se que os procedimentos de *discovery* e *disclosure* são instrumentos típicos da *common law* e fazem parte em maior ou menor medida de todo processo judicial neste âmbito. A jurisdição estadunidense, entretanto, também goza de instrumentos probatórios específicos para a tutela da empresa em crise⁴⁷¹, especialmente concentrados no Capítulo 15, Título 11 do *US Code*.

4.2.2.1. Origem e objetivo

⁴⁶⁸“Os Estados Contratantes podem, no momento da assinatura, ratificação ou adesão, declarar que não cumprirão as Cartas Rogatórias que tenham sido emitidas com o propósito de obterem o que é conhecido, nos países de Common Law, pela designação de ‘pre-trial discovery of documents’”, Decreto 9.039/2017 – Promulga a Convenção sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial, firmada em Haia, em 18 de março de 1970.

⁴⁶⁹Ver item 4.2.3, que trata especificamente do procedimento de *discovery* americano criado para auxiliar procedimentos estrangeiros.

⁴⁷⁰AgInt na Carta Rogatória nº 13192 - EX (2018/0076223-6). No mesmo sentido AgInt na Carta Rogatória nº 13559 - EX (2018/0149047-7).

⁴⁷¹Aqui reafirmamos aquilo que o trabalho buscou demonstrar: trata-se de contexto especial e que requer regulamentação própria para lidar com a assimetria de informações, presença de fraudes transnacionais e interesse público na atividade econômica.

Antes da promulgação do *Chapter 15* em 2005, o artigo 304 do Código de Falências americano já regia o reconhecimento de processos estrangeiros de insolvência no país, embora de forma genérica. Os Estados Unidos, como grandes incentivadores da lei modelo da UNCITRAL, adotaram o *Chapter 15* de forma a suplantam a legislação precedente e, assim, estabelecendo técnicas mais modernas para regular a matéria, consoante a tradição dos reguladores americanos de promover e desenvolver um sistema uniforme para guiar a cooperação.⁴⁷²

O capítulo 15 destina-se, em verdade, a incorporar ao ordenamento jurídico americano a lei modelo sobre insolvência transfronteiriça da UNCITRAL⁴⁷³, fornecendo um mecanismo eficaz para lidar com processos de insolvência com repercussões em mais de um país. Na linha da lei modelo, nos mesmos moldes em que foi incorporada recentemente ao direito brasileiro, o *Chapter 15* ou Capítulo 15 permite a instauração de um processo de insolvência que seja “acessório”, “secundário” ou “auxiliar” ao processo de insolvência pendente em um país estrangeiro.

Os objetivos do Capítulo 15 incluem textualmente: **(a)** cooperação entre, de um lado, os tribunais dos Estados Unidos da América, os *trustees* nomeados pelas cortes americanas (figura análoga ao administrador judicial brasileiro) e os devedores naquele país, e, de outro lado, e os tribunais e outras autoridades competentes de países estrangeiros; **(b)** maior segurança jurídica para comércio e investimento; **(c)** administração justa e eficiente de processos de transnacionais de insolvência; **(d)** preservação e maximização do valor dos ativos do devedor estrangeiro e **(e)** facilitação da recuperação de empresas financeiramente problemáticas⁴⁷⁴.

Mediante o Capítulo 15, os *trustees* (*mutatis mutandis*, os administradores judiciais estrangeiros) podem se valer dos mecanismos de cooperação (normalmente referidos pelo jargão *comity*) deferidos pelos tribunais de falência americanos para investigar, administrar e arrecadar os ativos do devedor naquela jurisdição.⁴⁷⁵

4.2.2.2. Reconhecimento do procedimento estrangeiro de insolvência

⁴⁷²*vide* In re Condor Ins., Ltd., 601 F.3d 319, 321-23 (5 Cir. 2010); In re Betcorp, Ltd., 400 B.R. 266, 275-77 (Bankr. D. Nev. 2009). Cf. DUARTE FILHO, Octaviano Bazilio *et al.* Insolvência transnacional e recuperação de ativos, *cit.*, p. 140-141.

⁴⁷³RANNEY-MARINELLI, Alesia. Overview of chapter 15 ancillary and other cross-border cases. *American Bankruptcy Law Journal*, v. 82, p. 269-330, 2008, *passim*.

⁴⁷⁴Inteligência do 11 *US Code* § 1501 (tradução livre).

⁴⁷⁵Cf. DUARTE FILHO, Octaviano Bazilio *et al.* Insolvência transnacional e recuperação de ativos, *cit.*, p. 141.

Um processo de insolvência secundário regido pelo Capítulo 15 é instaurado quando o Representante Estrangeiro⁴⁷⁶ dirige um pedido, ao competente Tribunal de Falências americano, para o reconhecimento do processo de insolvência estrangeiro nos Estados Unidos.⁴⁷⁷ Adotando o conceito da Lei Modelo da UNCITRAL, a legislação americana considera como processo estrangeiro: “procedimento judicial ou administrativo de natureza coletiva em um país estrangeiro [...] regido por lei relativa à insolvência ou a ajuste de dívida, no qual os ativos e negócios do devedor estão sujeitos a controle ou supervisão por um tribunal estrangeiro, para fins de reorganização ou liquidação.”⁴⁷⁸

Em função dessa definição, tanto a falência quanto a recuperação judicial previstas na Lei 11.101/2005, bem como a liquidação extrajudicial de instituição financeira prevista na Lei 6.204/74, são consideradas “*procedimentos estrangeiros*”⁴⁷⁹ à luz do Capítulo 15 do *US Code*, podendo, assim, ser reconhecidas sob o Capítulo 15.⁴⁸⁰

Semelhantemente ao regime jurídico adotado no Brasil, a petição dirigida ao Tribunal de Falências americano deve apresentar evidências da existência do procedimento principal, indicar o representante estrangeiro e fornecer, à corte americana, informações suficientes sobre o contexto do processo para possibilitar o reconhecimento.

Mesmo em casos mais complexos envolvendo a consolidação substancial ou processual de vários devedores em único processo de insolvência no Brasil, as cortes americanas vêm outorgando reconhecimento aos processos brasileiros.⁴⁸¹ Salvo questões de ordem pública, as cortes americanas em geral adotam o posicionamento de que não

⁴⁷⁶Reproduzindo a lei modelo, a lei americana dispõe que o Representante Estrangeiro é a pessoa ou entidade autorizada, no procedimento estrangeiro, a administrar a reorganização ou a liquidação dos negócios ou ativos do devedor, ou a representar o próprio procedimento estrangeiro nos Estados Unidos. Veja 11 *US Code* § 101(24). No contexto de procedimentos brasileiros de falência ou recuperação judicial, a função de Representante Estrangeiro pode ser exercida pelo próprio Administrador Judicial, por um terceiro nomeado pelo juízo ou mesmo por um representante nomeado pelo próprio devedor (nessa última hipótese, somente em se tratando de recuperação judicial em que o devedor não foi afastado da administração dos seus bens).

⁴⁷⁷DUARTE FILHO, Octaviano Bazilio *et al.* Insolvência transnacional e recuperação de ativos, *cit.*, p. 141.

⁴⁷⁸*vide* 11 *US Code* § 101 (23).

⁴⁷⁹Também a liquidação extrajudicial de instituição financeira prevista na Lei 6.204/74 se enquadra no conceito de processo estrangeiro principal para os fins da lei americana e, portanto, poderia ser reconhecida sob o Capítulo 15.

⁴⁸⁰11 *US Code* § 1501.

⁴⁸¹DUARTE FILHO, Octaviano Bazilio *et al.* Insolvência transnacional e recuperação de ativos, *cit.*, p. 142.

funcionam como “corte de apelação” dos procedimentos estrangeiros,⁴⁸² prestigiando, dessa forma, as decisões emanadas do juízo estrangeiro.

Quando um pedido de reconhecimento é outorgado, o representante estrangeiro passa a ter a capacidade de processar e ser processado em uma corte americana, podendo solicitar diretamente a um tribunal as medidas que entender apropriadas, abrindo as portas para os mecanismos de cooperação do Capítulo 15. Semelhantemente ao que ocorre no Brasil, os efeitos do reconhecimento incluem, por exemplo, a suspensão de ações contra o devedor nos Estados Unidos (*vide* 11 US Code, § 1520). As principais medidas disponíveis ao representante estrangeiro, quando há suspeita de desvio ou ocultação de patrimônio, dizem respeito justamente à produção de provas e investigação sobre os negócios e ativos do devedor. Tendo em vista que não depende de urgência ou do direito material, mas sim das prerrogativas de representante estrangeiro no processo engendrado no Capítulo 15, as medidas qualificam-se, efetivamente, como exercício do direito autônomo à prova.

Ainda, tais medidas podem ter fundamento tanto na lei brasileira quanto na lei americana⁴⁸³.

4.2.2.3. Produção de provas e investigação sobre os negócios e ativos do devedor

Uma vez reconhecido o processo estrangeiro de insolvência nos Estados Unidos⁴⁸⁴, o Tribunal Falimentar americano poderá conceder, mediante pedido do representante estrangeiro, tutela viabilizando uma completa investigação sobre os negócios e os ativos do devedor em território americano⁴⁸⁵. Dessa forma, por meio do Capítulo 15, abrem-se as portas para que o representante do processo estrangeiro rastreie os ativos do devedor que foram eventualmente desviados, investigue novas causas de pedir contra terceiros, obtenha evidências para utilização no procedimento local e também viabilize o ajuizamento de

⁴⁸²*vide* UNITED STATES. District Court, S.D. Florida. *SNP Boat Serv. S.A. v. Hotel Le St. James*, 483 B.R. 776, 786 (S.D. Fla. 2012). Disponível em: <https://casetext.com/pdf-email?slug=snp-boat-serv-sa-v-hotel-le-st-james-1>.

⁴⁸³Conforme decidido no caso paradigmático *In Re Condor Ins. Ltd.*, 601 F.3d 319 (5th Cir. 2010), em que a corte anula determinado ato considerado fraudulento com base na legislação do país de origem.

⁴⁸⁴De fato, antes mesmo do reconhecimento será possível requerer à corte a emissão de uma tutela de urgência nos mesmos moldes, *vide* US Code § 1519, (a). Entretanto, rememoramos que tal veículo se distancia do direito autônomo à prova, que está desconectado do requisito da urgência, mas caberá sua utilização sob a égide do chamado mero direito de provar.

⁴⁸⁵Tem-se que, em verdade as tutelas possíveis são ilimitadas, tendo em vista que o código americano permite qualquer medida que a corte considere apropriada, inteligência do 11 US Code § 1521, (a) *caput*.

medidas judiciais, inclusive nos Estados Unidos.⁴⁸⁶ Cabe esclarecer que, na prática, as provas relevantes obtidas no Capítulo 15 são anexadas no referido incidente processual paradigmático descrito no item 2.1 e muitas vezes são utilizadas na ação respectiva em que se discute a fraude descoberta.

Talvez o mais notável aspecto do Capítulo 15 seja a possibilidade de o Tribunal Falimentar americano permitir, mediante autorização prévia e expressa, que o representante estrangeiro diretamente interrogue testemunhas e requisite evidências, documentos e informações sobre os negócios, direitos, obrigações e responsabilidades dos devedores⁴⁸⁷. Cuida-se, aqui, de desdobramento do já abordado procedimento de *discovery*, mediante o qual uma parte pode obter e exigir a produção de provas mediante a emissão de *subpoenas*⁴⁸⁸ subscritas por seus advogados.⁴⁸⁹ Tradicionalmente, é possível emitir *subpoenas ad testificandum* e *subpoenas duces tecum*, respectivamente para exigir testemunhos ou a apresentação de evidências.

Esse tipo de medida é extremamente eficaz e útil sobretudo quando há suspeitas de que o devedor (ou seu controlador e/ou administrador) ilegalmente dissipou ou ocultou os ativos da massa insolvente no exterior. Mediante uma simples *subpoena* destinada à instituição financeira estrangeira onde o devedor mantinha conta de depósito ou investimento, o representante estrangeiro pode obter informações vitais sobre a existência de ativos financeiros, ou sobre o seu destino. Mesmo em transações fora dos Estados Unidos a emissão de *subpoenas* para bancos americanos eventualmente se mostra útil, tendo em vista que relevante parte das transações financeiras internacionais é intermediada por instituições americanas, não sendo incomum a obtenção de informações a respeito de tais operações.

Outro recipiente eficaz para *subpoenas* é o denominado agente de registro de pessoas jurídicas constituídas pelo devedor nos Estados Unidos da América. É comum que o devedor, seu controlador e/ou administrador utilizem estruturas encobertas por sigilo societário para ocultarem o fato de que detêm importantes ativos no Brasil ou no exterior⁴⁹⁰. Em algumas situações, a identidade dos sócios/acionistas dessas pessoas jurídicas é

⁴⁸⁶ DUARTE FILHO, Octaviano Bazilio *et al.* Insolvência transnacional e recuperação de ativos, *cit.*, p. 143.

⁴⁸⁷ O código expressamente encampa a possibilidade: “*providing for the examination of witnesses, the taking of evidence or the delivery of information concerning the debtor’s assets, affairs, rights, obligations or liabilities*”, *vide* 11 *US Code* § 1521, (a) (4).

⁴⁸⁸ *Subpoena*, etimologia: “sob penalidade”, WEBSTER, Noah. *Webster’s new collegiate dictionary*. 8. ed. Springfield, Mass.: G. & C. Merriam, 1976. p. 1160.

⁴⁸⁹ Cf. DUARTE FILHO, Octaviano Bazilio *et al.* Insolvência transnacional e recuperação de ativos, *cit.*, p. 143.

⁴⁹⁰ Analisou-se brevemente essa prática escusa no item 3.4.2. deste trabalho.

registrada por um agente privado chamado de agente de registro (*registered agent*). Com a intimação para que este agente preste informações e documentos, pode ser possível identificar quem são os sócios da respectiva pessoa jurídica (ou mesmo o seu beneficiário final), além da possibilidade de acesso às correspondências trocadas com tal profissional ou empresa.

Logo, em ocasiões em que o devedor utiliza terceiros como interpostas pessoas, as informações prestadas pelo agente de registro são igualmente úteis, na medida em que podem revelar quem verdadeiramente comanda os negócios e o fluxo financeiro da entidade, malgrado não estejam registrados formalmente como sócios.

É também sobremaneira importante investigar os assessores utilizados pelo devedor (e/ou seus controladores ou administradores) no exterior para administrar ou estruturar seus ativos, particularmente advogados, contadores e auditores. Respeitados os limites do sigilo profissional⁴⁹¹, as informações prestadas e os documentos produzidos por tais assessores podem denunciar tentativas de ocultação ou transferência indevida de patrimônio, fornecendo as evidências necessárias para que o administrador judicial proponha medida de responsabilização no Brasil ou no exterior.

4.2.2.4. Arrecadação dos ativos do devedor no território americano

O Tribunal Falimentar americano também tem discricionariedade para conferir ao representante estrangeiro a administração e realização de todos ou de parte dos ativos do devedor nos Estados Unidos, assim como autorizar a distribuição dos ativos arrecadado⁴⁹².

⁴⁹¹ É importante ressaltar que nos Estados Unidos da América há um regramento próprio relativo ao sigilo das comunicações havidas entre o advogado e o cliente. O privilégio advogado-cliente protege contra a divulgação a terceiros de quaisquer comunicações confidenciais entre um advogado e um cliente (ou seus respectivos agentes) feitas com o objetivo de obter ou prestar aconselhamento jurídico. Contudo, há algumas exceções a este privilégio. As principais exceções ao privilégio advogado-cliente ocorrem nas hipóteses de fraude, em que o advogado colabora na prática da fraude. Além disso, há inúmeras exceções específicas. Como o privilégio advogado-cliente se estende apenas às comunicações feitas com a finalidade de obter ou fornecer aconselhamento jurídico, os tribunais devem analisar o conteúdo de uma comunicação ao avaliar seu status de privilégio (veja, como exemplo, UNITED STATES. District Court District of New Hampshire. *Anderson v. Trustees of Dartmouth College*, 2020 WL 5031910 (D.N.H. Aug. 25, 2020). <https://presnellonprivileges.com/wp-content/uploads/2020/09/Dartmouth-Opinion.pdf>).

⁴⁹² *vide* 11 *US Code* § 1521(a). Cf. DUARTE FILHO, Octaviano Bazilio *et al.* *Insolvência transnacional e recuperação de ativos*, *cit.*, p. 143.

Semelhantemente ao *caput* do art. 6^o⁴⁹³ e 167-M, I,⁴⁹⁴ da Lei 11.101/2005, o Capítulo 15 prevê ainda que o Tribunal americano pode suspender execuções contra os ativos do devedor, bem como suspender o seu direito de transferir, onerar ou de qualquer outra forma dispor desses ativos⁴⁹⁵.

Esses mecanismos ganham relevância quando verificado que o devedor possui bens (tais como dinheiro, imóveis, obras de artes, veículos, etc.) nos Estados Unidos, tendo-os sonegado da coletividade de credores no Brasil.⁴⁹⁶ Permite-se, dessa forma, que o representante estrangeiro efetivamente tome posse dos bens pertencentes ao devedor ou à massa insolvente, destinando-os conforme as regras previstas para satisfação do passivo concursal.

A lei americana prevê, também, a possibilidade de “*entrusting the administration or realization of all or part of the debtor’s assets within the territorial jurisdiction of the United States to the foreign representative or another person, including an examiner, authorized by the court*”⁴⁹⁷. Assim, a depender da natureza do ativo arrecadado no exterior, os respectivos atos de expropriação podem ser realizados nos Estados Unidos, repatriando-se o resultado da expropriação ao país de origem. Em se tratando de recursos financeiros em nome do devedor brasileiro, o Representante Estrangeiro passará a ter autoridades para requisitar que as instituições financeiras depositárias efetuem a transferência da importância para uma conta bancária no Brasil. De outro lado, em se tratando de obras de arte, cujo transporte é caro e que podem ser mais bem negociados no exterior, o representante estrangeiro poderá, sob a supervisão do Tribunal americano e mediante autorização do juízo brasileiro, vendê-las no país estrangeiro.⁴⁹⁸ Aliás, em qualquer caso, o produto das alienações realizadas no bojo do processo de falência secundário nos Estados Unidos deve ser revertido em favor da coletividade de credores, mediante transferência para conta judicial no Brasil, ressalvadas situações especiais apreciadas pelo juízo brasileiro e pela Corte Americana.

⁴⁹³Onde lê-se: “A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.”

⁴⁹⁴Onde lê-se: “Com o reconhecimento de processo estrangeiro principal, decorrem automaticamente: I - a suspensão do curso de quaisquer processos de execução ou de quaisquer outras medidas individualmente tomadas por credores relativas ao patrimônio do devedor, respeitadas as demais disposições desta Lei.”

⁴⁹⁵*vide* 11 *US Code* § 1521(a).

⁴⁹⁶Cf. DUARTE FILHO, Octaviano Bazilio *et al.* Insolvência transnacional e recuperação de ativos, *cit.*, p. 143.

⁴⁹⁷Veja-se: “*entrusting the administration or realization of all or part of the debtor’s assets within the territorial jurisdiction of the United States to the foreign representative or another person, including an examiner, authorized by the court*”, 11 *US Code* § 1521(a) (5).

⁴⁹⁸Cf. DUARTE FILHO, Octaviano Bazilio *et al.* Insolvência transnacional e recuperação de ativos, *cit.*, p. 144.

Em suma, o Capítulo 15 dispõe de instrumentos relevantes para a obtenção de informações e evidências em procedimentos de insolvência de escala transnacional. Como já visto anteriormente, procedimentos desta natureza apenas muito recentemente passaram a constar expressamente no ordenamento jurídico brasileiro sob a égide da doutrina do direito autônomo à prova. No entanto, tem-se como alvissareira a notícia de que procedimentos como o americano estejam à disposição dos juízos falimentares nacionais através da instauração de incidente para obtenção de provas no exterior⁴⁹⁹.

4.2.3. *Section 1782* — Seção 1782, Título 28 do *United States Code*

Enquanto os mecanismos contidos no Capítulo 15 do *US Code* são especialmente direcionados ao processo judicial da empresa em crise, nem sempre é possível ou desejável operar dentro da estrutura da falência transnacional, tendo em vista a necessidade de consolidar um procedimento acessório nos Estados Unidos. Por outro lado, os procedimentos de *discovery* e *disclosure* fazem parte de um procedimento completo no exterior, o que geralmente envolve o julgamento de mérito na corte estrangeira, ainda que seja possível fechar acordos e evitar o *trial*.

Quando a produção de provas pretende ser mais pontual, o procedimento previsto na Seção 1782⁵⁰⁰ do Título 28 do *United States Code*, denominada como “*Assistance to foreign and international tribunals and to litigations before such tribunals*” se adéqua perfeitamente, porque contém uma ferramenta de apoio especificamente direcionada ao

⁴⁹⁹Conforme delineado no item 3.4.5. desta empreita.

⁵⁰⁰Transcrevemos a seguir a íntegra dessa medida processual: §1782. *Assistance to foreign and international tribunals and to litigants before such tribunals.*(a) *The district court of the district in which a person resides or is found may order him to give his testimony or statement or to produce a document or other thing for use in a proceeding in a foreign or international tribunal, including criminal investigations conducted before formal accusation. The order may be made pursuant to a letter rogatory issued, or request made, by a foreign or international tribunal or upon the application of any interested person and may direct that the testimony or statement be given, or the document or other thing be produced, before a person appointed by the court. By virtue of his appointment, the person appointed has power to administer any necessary oath and take the testimony or statement. The order may prescribe the practice and procedure, which may be in whole or part the practice and procedure of the foreign country or the international tribunal, for taking the testimony or statement or producing the document or other thing. To the extent that the order does not prescribe otherwise, the testimony or statement shall be taken, and the document or other thing produced, in accordance with the Federal Rules of Civil Procedure.*

A person may not be compelled to give his testimony or statement or to produce a document or other thing in violation of any legally applicable privilege.

(b) This chapter does not preclude a person within the United States from voluntarily giving his testimony or statement, or producing a document or other thing, for use in a proceeding in a foreign or international tribunal before any person and in any manner acceptable to him”.

litigante estrangeiro⁵⁰¹. O dispositivo, chamado simplesmente de *Section 1782*, nasce através da consolidação de diversas outras seções esparsas do *US Code* que raramente eram utilizadas, simplificando e liberalizando o acesso aos mecanismos probatórios do judiciário americano para estrangeiros⁵⁰², ainda em 1964.

Prevê o dispositivo, que a corte competente – aquela do domicílio ou local em que for encontrada determinada pessoa – poderá ordenar seu testemunho, depoimento ou produção de documento ou qualquer outra coisa para utilização em um procedimento estrangeiro ou internacional, ou mesmo investigação criminal antes da denúncia formal⁵⁰³. Saliente-se que este processo estrangeiro pode ser um processo falimentar ou de recuperação da empresa. Para acionar a corte, o operador do direito pode se valer de um instrumento formalista, como a carta rogatória, mas cabe também a simples provocação de qualquer interessado⁵⁰⁴. A corte dos Estados Unidos da América, em prestígio à economia processual e eficiência da produção da prova, caso não provocado pelas partes, sequer acompanhará intimamente a produção da prova.

Em outras palavras, a *Section 1782* do *US Code* cria um procedimento de *discovery*⁵⁰⁵ direcionado ao litigante estrangeiro. Faremos uma breve capitulação do essencial do texto normativo para depois analisar as principais implicações: “*The district court of the district in which a person resides or is found may order him to give his testimony or statement or to produce a document or other thing for use in a proceeding in a foreign or international tribunal, including criminal investigations conducted before formal accusation. The order may be made pursuant to a letter rogatory issued, or request made, by a foreign or international tribunal or upon the application of any interested person and may direct that the testimony or statement be given, or the document or other thing be produced, before a person appointed by the court. [...] A person may not be compelled to give his testimony or*

⁵⁰¹A doutrina considera dois objetivos intrínsecos desse procedimento. O primeiro é fornecer assistência eficiente ao litigante estrangeiro. O segundo é incentivar práticas semelhantes nas demais jurisdições, facilitando a coleta de provas pelo litigante americano, v. EXTRA-statutory discovery requirements: violating the twin purposes of 28 U. S. C. Section 1782. *Vand. J. Transnat'l L.*, v. 29, n. 117, *passim*, 1996.

⁵⁰²SMIT, Hans. American assistance to litigation in foreign and international tribunals: Section 1782 of title 28 of the U.S.C. revisited. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, v. 25, n. 1, p. 1, 1998. Art. 2. Disponível em: <https://surface.syr.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1281&context=jilc>.

⁵⁰³Tradução livre de 28 USC 1782 (a), primeira parte.

⁵⁰⁴Tradução livre de 28 USC 1782 (a), segunda parte.

⁵⁰⁵Como já visto, o *discovery* é um procedimento genérico típico da common law em que as partes são para obtenção de informação relevante por meio de subpoenas, sem o acompanhamento íntimo do magistrado e para formação de sua própria convicção, representando talvez o estado da arte do que se considera direito autônomo à prova.

*statement or to produce a document or other thing in violation of any legally applicable privilege.*⁵⁰⁶

Nota-se que o texto do dispositivo é bastante amplo, permitindo todo tipo de teses sobre os meandros específicos deste procedimento. Inicialmente, tem-se que o procedimento é efetivo em face daqueles domiciliados ou encontrados nos Estados Unidos. Não obstante, existe interpretação no sentido de que a *Section 1782* possui eficácia internacional⁵⁰⁷, sob o fundamento de uma pessoa encontrada ou domiciliada nos Estados Unidos pode ter poder sobre documentos ou outras coisas em lugares diversos⁵⁰⁸. Como o critério para utilizar a *Section 1782* é o local da pessoa (e não da evidência), o dispositivo poderia também valer como ponte. Isto é, uma parte X no Brasil poderia acionar a corte americana em face de um residente americano Y para obter documento que este oculta no Brasil. A doutrina e jurisprudência, no entanto, não são pacíficas quanto a essa possibilidade ou sobre a extensão geográfica do procedimento⁵⁰⁹.

Também merece aprofundamento especial, o trecho da *Section 1782* que é claro ao afirmar que a produção da prova se dará “para o uso em um procedimento em tribunal estrangeiro ou internacional”⁵¹⁰. Essa questão é essencial, pois o direito autônomo à prova implica afastar-se da necessidade de utilização da prova em processo judicial, assumidamente para obtenção do julgamento de mérito pelo Estado-juiz. A doutrina americana mais antiga chega a ressaltar os problemas interpretativos desse trecho, refletindo sobre a necessidade de o procedimento ser atual, possível, ou mesmo prévio⁵¹¹.

Parte dessa incerteza foi clarificada no caso paradigmático *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*⁵¹², quando a Suprema Corte americana definiu também que (i) o

⁵⁰⁶28 USC 1782 (a), excerto.

⁵⁰⁷SMIT, Hans. American assistance to litigation in foreign and international tribunals: Section 1782 of title 28 of the U.S.C. revisited, *cit.*, Art. 2, p. 10.

⁵⁰⁸“Persons resident or found within the United States may have in their possession or under their control evidence located abroad. It has long been recognized that such persons may be required to produce such evidence in actions in courts in the United States. See, e.g., *Societe Nationale Industrielle Aerospatiale v. U.S. District Court of Southern District Iowa*, 482 U.S. 522, 107 S. Ct. 2542, 96 L. Ed. 2d 461 (1987); *United States v. First National City Bank*, 396 F. 2d 97 (2d Cir. 1968)”, SMIT, Hans. American assistance to litigation in foreign and international tribunals: Section 1782 of title 28 of the U.S.C. revisited, *cit.*, Art. 2, p. 10, nota 46.

⁵⁰⁹BERGER, James E. (Ed.). *International aspects of U.S. litigation: a practitioner's deskbook*. ABA Book Publishing, 2017. p. 602-603.

⁵¹⁰“for use in a proceeding in a foreign or international tribunal”, 28 USC 1782 (a), excerto.

⁵¹¹SARAIISKY, Steven M. How to construe section 1782: a textual prescription to restore the judge's discretion. *University of Chicago Law Review*, v. 61, n. 3, p. 1147, 1994. doi: <https://doi.org/10.2307/1600178>.

⁵¹²US SUPREME COURT. *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 542 U.S. 241 (2004). Certiorari to the United States court of appeals for the ninth circuit No. 02–572. Argued April 20, 2004—Decided June 21, 2004. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/542/241/>.

discovery acessível pela *Section 1782* possui a mesma amplitude do *discovery* para litigantes nacionais; **(ii)** pode ser acessado por qualquer interessado, sem necessidade de que seja parte em um processo judicial; **(iii)** que quando o *US Code* menciona tribunal, ele se refere inclusive a primeira instância de qualquer país estrangeiro.

De acordo com ponto **(ii)**, portanto, segundo a Suprema Corte americana, há evidente aplicação do direito autônomo à prova, porque não é necessária lide judicial atual para conceder ordem de *discovery* com base na *Section 1782*. Além disso, o referido procedimento estrangeiro também pode ser utilizado para os fins previstos nos incisos II e III do artigo 381 do Código de Processo Civil brasileiro, pois as provas obtidas podem resultar na realização de uma autocomposição, assim como a parte requerente pode avaliar se proporá alguma medida judicial ou não com base em tais evidências.

Nesse sentido, é possível inferir que o mecanismo da *Section 1782* é extremamente efetivo, precisamente porque não impõe requerimentos formalistas aos pedidos de produção de prova⁵¹³. Contudo, a ausência de limites dogmáticos claros é um componente de risco que o operador do direito processual da empresa em crise deve considerar, pois o magistrado terá ampla discricionariedade para autorizar ou negar o procedimento⁵¹⁴.

Cabe, ainda, destacar que é lícito à parte pleitear uma ordem de sigilo, conhecida como *seal order*, a fim de que a contraparte não tenha conhecimento prévio a respeito das informações a serem requisitadas. As Cortes Americanas vêm concedendo tal pedido em situações, por exemplo, em que a contraparte poderia dissipar os fundos custodiados numa conta-bancária mantida por instituição financeira que seria o alvo da *subpoena*.⁵¹⁵ Semelhantemente ao que sucede no Brasil, quando há potencial de esvaziamento da pretensão em decorrência do prévio conhecimento pela parte contrária, difere-se o exercício do contraditório para ulterior momento processual. Para as hipóteses estudadas neste trabalho, poderá o representante estrangeiro apontar a existência dos procedimentos investigativos no país de origem, tais como o incidente processual detalhado no aludido item 2.1, indicar as suspeitas de eventual ocultação de patrimônio ou operações financeiras e

⁵¹³“*Section 1782 is effective primarily because it does not impose strict, formalistic requirements on foreign requests for assistance*”, SARAISKY, Steven M. How to construe section 1782: a textual prescription to restore the judge's discretion, *cit.*, p. 1127.

⁵¹⁴“*After ascertaining whether the request complies with the two statutory requirements, the judge should then use his or her discretion to honor, limit, or deny the request. Both the statutory text, which grants discretionary power to the district court judge, and the expressed legislative intent support this criterion.*” SARAISKY, Steven M. How to construe section 1782: a textual prescription to restore the judge's discretion, *cit.*, p. 1148.

⁵¹⁵Veja, por exemplo, *In re Application of Bank of Montreal*, Case No. 11-mc-00179, at *2 (S.D.N.Y. July 12, 2011).

pleitear, ao final, que o magistrado norte-americano determine, por exemplo, que uma instituição financeira aponte se o suposto fraudador contém aplicações financeiras ou conta corrente naquele país.⁵¹⁶

Trata-se, por fim, de um dos instrumentos probatórios mais flexíveis e eficazes à disposição do operador do direito processual falimentar e da recuperação judicial⁵¹⁷. Além da eficácia dentro dos Estados Unidos e possível amplitude internacional, a medida permite também acessar a base de dados de diversas instituições bancárias, financeiras e agrupamentos societários atuantes no Brasil que possuem braços na jurisdição americana.

4.2.4. *Norwich Pharmacal Order*

A denominada *Norwich Pharmacal Order* (também conhecida pela sigla NPO), medida adotada no Reino Unido e nas suas jurisdições ultramarinas, tais como as situadas no Caribe (Cayman, Ilhas Virgens Britânicas, Bahamas, entre outras), chama a atenção pelo fato de que é expressamente direcionada a terceiros, que não constam como eventual demandados da descrição da justa causa posta no requerimento da produção antecipada da prova. Além disso, referida medida possui eficácia geográfica estratégica para o operador do direito processual da empresa em crise, como se verá. Inicialmente, veja-se representativa doutrina do Reino Unido sobre o direito à prova exercido em face de terceiro: “*If a person, through no fault of his own, whether voluntarily or not, has got mixed up in the tortious acts of others so as to facilitate their wrongdoing, he may not incur any personal liability but he comes under a duty to assist the person who has been wronged by giving him full information and by disclosing the identity of the wrongdoers.*”⁵¹⁸

Diante disso, considera-se que, não obstante se trate de terceiro sem responsabilidade por determinada relação de direito material (sem nenhuma *personal liability*), ainda subsiste o dever de auxiliar através da apresentação de informação relevante ao caso. Num primeiro

⁵¹⁶ DUARTE FILHO, Octaviano Bazilio. Medidas eficazes para a produção de provas destinadas a desvendar fraudes complexas, com reflexos em jurisdições estrangeiras, *cit.*, p. 249.

⁵¹⁷ De fato, chega a ser caricata sua eficiência, tendo sido chamado o procedimento de “a arma mais poderosa do litigante internacional”, v. PEREZ, Luis A.; CRUZ-ALVAREZ, Frank. 28 U.S.C. § 1782: The most powerful discovery weapon in the hands of a foreign litigant. *FIU Law Review*, n. 5, n. 1, p. 177-192, 2009. Disponível em: <https://ecollections.law.fiu.edu/lawreview/vol5/iss1/12>.

⁵¹⁸ LOUGHLIN, Paula. *Civil procedure*. 2nd ed. London: Cavendish, 2004. p. 452.

momento, o remédio processual que garante tal dever recebe o nome de *Norwich Pharmacal Order*.

Sua origem é jurisprudencial⁵¹⁹. No caso concreto, a companhia *Norwich Pharmacal* buscava apurar e punir violação a sua propriedade intelectual protegida por patente. No entanto, o importador que perpetrava a violação era desconhecido, por razões especiais que não merecem aprofundamento aqui, fazendo com que somente a autoridade alfandegária possuísse acesso à informação relevante. A Corte inglesa (*House of Lords*) entendeu ser possível uma versão especial de *disclosure*⁵²⁰ para manejo contra terceiros⁵²¹, permitindo que a *Norwich Pharmacal* obtivesse acesso ao documento relevante, ainda que não houvesse obrigação da autoridade alfandegária pelo rompimento da patente.

Trata-se de uma versão ainda mais abrangente da chamada *Anton Piller Order*⁵²², em que se ordena o *disclosure* para evitar a destruição ou extravio de evidência essencial, mas que se impetra, via de regra, contra a parte contrária (e não terceiro). Portanto, é o caso clássico *Norwich Pharmacal v. Customs and Excise Commissioners*, que dá origem ao instituto processual. Destaca-se que a *House of Lords* utilizou como premissa para este entendimento inovador o *bill of discovery*, que é um procedimento preliminar já previsto no século XIX. Ante a relevância do caso, transcrevemos importante trecho da decisão do Lord Reid, que participou do julgamento⁵²³: “(...) *that if through no fault of his own a person gets mixed up in the tortious acts of others is as to facilitate their wrongdoing he may incur no personal liability but he comes under a duty to assist the person who has been wronged by giving him full information and disclosing the identity of the wrongdoers.*”

É especialmente relevante a comparação da *Norwich Pharmacal Order* com o conteúdo previsto no artigo no 381, inciso III, do atual CPC/15 brasileiro, que prevê ação

⁵¹⁹UNITED KINGDOM - UK. House of Lords. *Norwich Pharmacal Co. and Others Appellants and Customs and Excise Commissioners Respondents*. [1974] AC 133. *passim*. Disponível em: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1973/6.html>.

⁵²⁰Como já foi explicado no item 4.2.1., *discovery* e *disclosure* assumem significados levemente diferentes em cada jurisdição. Entenda-se ordem de *disclosure*, aqui, como ordem para exibição de documento ou coisa (evidência) relevante. Na jurisdição americana, isso é o que se chamaria de *discovery*.

⁵²¹“*In certain circumstances a plaintiff (or even a prospective plaintiff) may apply to the High Court for an 'Anton Piller order' entitling his solicitor to search for and remove relevant evidence from the defendant's premises to prevent its destruction [...] and in Norwich Pharmacal v. Customs and Excise Commissioners [1974] AC 133 HL the House of Lords held that even third parties could be obliged to reveal relevant information in certain circumstances*”, EMSON, Raymond. *Evidence*, *cit.*, p. 316.

⁵²²ENGLAND AND WALES. Court of Appeal. *Anton Piller KG v. Manufacturing Process* [1976] 2 WLR 162 CA. Disponível em: <http://uniset.ca/other/cs3/1976Ch55.html>.

⁵²³DUARTE FILHO, Octaviano Bazilio. Medidas eficazes para a produção de provas destinadas a desvendar fraudes complexas, com reflexos em jurisdições estrangeiras, *cit.*, p. 249.

probatória para justificar ou evitar o ajuizamento de ação⁵²⁴, uma vez que aquela foi essencialmente utilizada para justificar o ajuizamento de uma ação posterior que havia se tornado impossível, pois a Norwich Pharmacal não sabia quem processar.

Embora o dito acima seja verdadeiro, também a NPO já foi concedida com ou sem a intenção de iniciar um litígio, tal como indicam casos desde a década de 80 que cabe o remédio “*whether or not the victim intends to pursue an action in the courts against the wrongdoer provided that the existence of a cause of action is established and the victim cannot otherwise obtain justice*”⁵²⁵. Da mesma forma, casos mais recentes reforçam que “*It is clear that if the information is necessary, it is not a condition that the person seeking the documents needs them for a civil action*”⁵²⁶.

Infere-se, portanto, (e como não é raro constatar no direito das evidências na *common law*) que a NPO adequa-se perfeitamente ao que definimos como direito autônomo à prova, porque (em suma) é independente de uma ação que tutele o direito material, apesar de poder existir para justificá-la ou evitá-la. Ainda, como bem foi visto, a NPO dirige-se a quaisquer envolvidos em uma situação fático-probatória específica, não importando se há relação de direito material entre as partes, o que coaduna com a análise de Flávio Luiz Yarshell de que não há (exatamente) terceiros em relação ao direito autônomo à prova⁵²⁷.

Trata-se, sem dúvida, de uma medida peculiar, conforme restou asseverado no próprio caso⁵²⁸, porque via de regra não seria cabível uma ordem de *discovery* contra um terceiro. Em sendo assim, para a admissibilidade da *Norwich Pharmacal Order*, é preciso que haja um mínimo de pertinência no pedido e que seja esta a única forma, ou ao menos a forma essencial, de obter a informação desejada (grifamos): “*can properly be ordered by the court to disclose to the appellants the names of persons whom the appellants bona fide believe to be*

⁵²⁴Art. 381, inciso III do CPC/15.

⁵²⁵HOUSE OF LORDS. *British Steel Corporation, Respondents and Granada Television Ltd., Appellants*. Annotated authoritative version at: [1981] A.C. 1096. Disponível em: <http://uniset.ca/terr/css/britishsteel.html>. (grifamos).

⁵²⁶ROYAL COURT OF JUSTICE. High Court of Justice Queen's Bench Division Divisional Court. *Neutral Citation Number: [2008] EWHC 2048 (Admin)*. Disponível em: http://image.guardian.co.uk/sys-files/Guardian/documents/2008/08/21/mohamed_full210808.pdf.

⁵²⁷*vide* nota 197.

⁵²⁸“*Secondly, in general, “no independent action for discovery lies against a party against whom no reasonable cause of action can be alleged, or who is in the position of a mere witness.” It was so held by the judge, who gives many cases to support this proposition: [1972] Ch. 566, 582–584. This proposition is founded on good reason. It would be intolerable if an innocent person - without any interest in a case - were to be subjected to an action in Chancery simply to get papers or information out of him. The only permissible course is to issue a subpoena for him to come as a witness or to produce the documents to the court.*”, UNITED KINGDOM - UK. House of Lords. *Norwich Pharmacal Co. and Others Appellants and Customs and Excise Commissioners Respondents*. [1974] AC 133, *cit*.

*infringing these rights, this being their only practicable source of information as to whom they should sue, subject to any special right of exception which the respondents may qualify in respect of their position as a department of state.”*⁵²⁹

Consequentemente, não havendo outro parâmetro para determinação da amplitude do referido *case law*, é certo que a possibilidade ou não de utilização da *Norwich Pharmacal Order* fica adstrita à discricção judicial: “*That exercise will always be subject to judicial discretion, and it may well be that the reason for the limitation in practice on what may be a wider power to order discovery, to any case in which the defendant has been ‘mixed up with the transaction’*”.⁵³⁰

Desde então a *Norwich Pharmacal Order* passou a ser utilizada em uma plethora de casos diferentes. A título de exemplo, em determinado caso a parte requereu que a NPO fosse emitida – como de fato foi – contra um *website* que armazenava informações sobre diversas companhias e investidores, inclusive com a liberação dos dados e identificação completa de determinados usuários, com o objetivo de identificar aqueles que realizaram comentários difamatórios⁵³¹. A *Norwich Pharmacal Order* é, portanto, forma especial de *disclosure* que pode ser oposta a um terceiro não integrante da relação jurídica, mas faticamente ligado à informação necessária ao efetivo exercício da ação pelo requerente.

Acrescente-se, ainda, que apesar de ser a jurisprudência (NPO) precursora do *disclosure* oposto a terceiros, essa prática ganhou regulamentação própria em 1999 com o Civil Procedure Rules (CPR) do Reino Unido, mais especificamente no dispositivo CPR 31.17, denominado de *non-party disclosure*. A diferença essencial é que para se valer do disposto no CPR 31.17 o requerente deve apresentar fortes evidências prévias ou preliminares que justifiquem a ordem⁵³².

Não obstante, a NPO está longe de cair no desuso e vem sendo utilizada no Reino Unido e nos seus territórios ultramarinos, conhecidos centros financeiros, à medida que surgem casos em que há busca de evidência essencial, mas em que não se aplica a, por uma

⁵²⁹*Id. Ibid.*

⁵³⁰UNITED KINGDOM - UK. House of Lords. *Norwich Pharmacal Co. and Others Appellants and Customs and Excise Commissioners Respondents*. [1974] AC 133, *cit.*

⁵³¹ENGLAND AND WALES. *Totalise Plc v Motley Fool Ltd* [2001] EWCA Civ 1897 (19 December 2001). Disponível em: <https://lexlaw.co.uk/wp-content/uploads/Totalise-Plc-v-Motley-Fool-Ltd-Anor-2001-EWCA-Civ-1897-19-December-2001.pdf>.

⁵³²Civil Procedure Rules 31.17 (3) (a), no Reino Unido. UNITED KINGDOM - UK. *Civil Procedure Rules (CPR)*. Disponível em: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil>.

razão ou outra, a regra do CPR 31.17⁵³³, como por exemplo a ausência de evidências preliminares, em casos em que se aplicam também regras penais⁵³⁴, dentre outros. Para as hipóteses tratadas neste trabalho relativas às fraudes praticadas pelo devedor insolvente contra o credor com reflexos em jurisdições estrangeiras, o NPO apresenta-se como uma importante ferramenta para desvendar uma fraude, em especial quando há ocultação do beneficiário final de uma empresa *offshore*⁵³⁵. Demonstrados os indícios de fraude, “é possível que o jurisdicionado brasileiro pleiteie ao agente de registro da empresa *offshore* a apresentação de todos os documentos da empresa, inclusive correspondências trocadas com os seus representantes e beneficiários, sendo possível, com isso, identificar o *beneficial owner* e, até mesmo, eventuais ativos da empresa”⁵³⁶.

Nesse sentido, a NPO se torna instrumento de grande valor para o operador do direito processual da empresa em crise no âmbito internacional na tarefa de obter bens, documentos e outras evidências essenciais desviados ou omitidos da jurisdição concursal.

Ressalte-se, por fim, que os tribunais estrangeiros vêm admitindo, em determinadas circunstâncias, a concessão de ordem de divulgação por meio do procedimento de *Norwich Pharmacal*, mesmo quando iniciado sob segredo de justiça. Na praxe forense, a chamada *seal and gag order* é requerida quando o prévio conhecimento da demanda, por parte do réu, possa esvaziar a pretensão de divulgação e obtenção de evidências.

Trata-se de casos excepcionais em que o processo tramita sob segredo de justiça, sendo que o terceiro que recebe a ordem judicial deve manter total sigilo sobre a ordem emanada. Diante disso, na hipótese em que um agente de registro de uma empresa é o terceiro

⁵³³“*The power to grant Norwich Pharmacal relief continues to subsist but in accordance with the established principles governing its exercise; in cases where its exercise is no longer necessary, it no longer should be invoked*”, ENGLAND AND WALES. *Mitsui & Co Ltd v Nexen Petroleum UK Ltd* [2005] EWHC 625 (Ch) (29 April 2005). Disponível em: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/D-007-6589?originationContext=document&transitionType=PLDocumentLink&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/D-007-6589?originationContext=document&transitionType=PLDocumentLink&contextData=(sc.Default)).

⁵³⁴A NPO aplica-se, inclusive, a casos de guerra ao terror, tendo em vista a omissão do *Criminal Procedure and Investigations Act* em relação à produção de evidência perante terceiros. TAYLOR, Chris. Disclosure of foreign intelligence material: CIA, Norwich Pharmacal and the War on Terror. *The International Journal of Evidence & Proof*, v. 15, n. 4, p. 338-356, *passim* 2011. doi: <https://doi.org/10.1350/ijep.2011.15.4.386>.

⁵³⁵ Conforme conceituação de Edson Pinto in *Lavagem de capitais e paraísos fiscais*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 165, as sociedades offshore “são pessoas jurídicas que atuam, exclusivamente, fora dos limites territoriais onde está localizada a matriz, realizam seus negócios não necessariamente em paraísos fiscais, com capital de não residentes, distintas finalidades e diversas classificações, sendo concebidas da forma que melhor atenda aos desígnios dos sócios, como por exemplo uma sociedade anônima”. Como a informação do *beneficial owner* muitas vezes não é pública, há, em alguns casos, a utilização deste tipo de sociedade para ocultação do real proprietário do ativo.

⁵³⁶ DUARTE FILHO, Octaviano Bazilio. Medidas eficazes para a produção de provas destinadas a desvendar fraudes complexas, com reflexos em jurisdições estrangeiras, *cit.*, p. 249.

que deverá cumprir a ordem requerida, este estará, nesta situação excepcional, proibido de comunicar, inclusive para o seu cliente (beneficiário final da empresa *offshore*), a existência da determinação judicial, vedação essa que se mostra fundamental para que o devedor não movimente seus ativos financeiros antes de eventual arresto.⁵³⁷ Em *AAA v TTT*⁵³⁸, que tramitou perante a Corte Comercial das Ilhas Virgens Britânicas em 2019, o *Honourable Justice Jack* destacou que a concessão de sigilo justificar-se-ia em “circunstâncias especiais” do caso concreto. Tais “circunstâncias especiais” não foram delimitadas na ocasião, pela Corte, mas intuitivamente dizem respeito a circunstâncias em que haja risco de perda do objeto da medida, caso adotado o procedimento padrão de citação prévia.

4.2.5. Protocolo de *Las Leñas* e Convenção de Haia: mecanismos alternativos

A análise realizada nos últimos itens, embora bastante direcionada ao estudo das jurisdições provenientes do paradigma da *common law*, elencou diversos instrumentos centrais para o operador do direito processual da empresa em crise que pretenda ou necessite produzir prova no exterior se valendo do efetivo exercício do direito autônomo à prova.

Apesar de não ser objeto deste estudo a verificação dos muitos acordos bilaterais que o Brasil firmou para a produção de provas no exterior, cabe-nos a análise de ao menos dois acordos multilaterais⁵³⁹ relevantes na cooperação internacional para produção de provas em matéria cível: o Protocolo de *Las Leñas*⁵⁴⁰ e a Convenção de Haia para Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial⁵⁴¹.

O Protocolo de *Las Leñas* tem por origem o aprofundamento das relações decorrentes do Tratado de Assunção, que deu origem ao Mercado Comum do Sul, ou MERCOSUL. Para

⁵³⁷ *Id. Ibid.*, p. 250.

⁵³⁸ Cf. EASTERN Caribbean Supreme Court Territory of the Virgin Islands in the High Court of Justice Commercial Division Claim no.: BVIHC (COM) 2019/0066 Between: AAA Claimant and TTT Defendant. Disponível em: <https://www.harneys.com/media/1985/aaa-v-ttt.pdf>.

⁵³⁹ Não há, entretanto, acordo multilateral que diga respeito à produção da prova internacional no âmbito do direito da insolvência, e por isso estes instrumentos devem ser encarados de maneira subsidiária em relação – especialmente – aos países que adotam simultaneamente um dos tratados multilaterais e a Lei Modelo da UNCITRAL. Adotam simultaneamente um dos tratados e a Lei Modelo da UNCITRAL Austrália, Colômbia, Coreia, Eslovênia, Estados Unidos da América, Grécia, Israel, Montenegro, México, Polônia, Romênia e Sérvia.

⁵⁴⁰ Previsto no Decreto nº 2.067, de 12 de Novembro de 1996.

⁵⁴¹ Ratificado e incorporado pelo Decreto Legislativo nº 137, de 19 de fevereiro de 2013, e previsto no Decreto nº 9.039, de 27 de abril de 2017.

a época⁵⁴², o Protocolo avançou na quebra de barreiras na cooperação judiciária entre os Estados-membros⁵⁴³, que organizamos em três setores para fins didáticos: **(i)** obtenção de informações sobre o direito positivo de cada Estado-membro⁵⁴⁴; **(ii)** obtenção de provas, informações e realização de diligências simples⁵⁴⁵; **(iii)** cumprimento de sentenças judiciais de um Estado-membro no território de outro⁵⁴⁶. Nos aprofundaremos, por certo, no estudo do item ii.

Neste âmbito, o Protocolo obteve um ganho de eficiência ao simplificar e uniformizar⁵⁴⁷ os requisitos para a utilização da carta rogatória, seu principal instrumento de atuação. Em julgamento no Supremo Tribunal Federal⁵⁴⁸, quando a este ainda cabia a concessão de *exequatur*, os Ministros ratificaram o parecer do Ministério Público no sentido de que o Protocolo facilitou a homologação das cartas⁵⁴⁹. Mas para além disso, o acordo teria agilizado o procedimento porque a emissão da carta não mais dependeria da vontade das partes, mas sim do poder de ofício do Estado-juiz⁵⁵⁰, conforme anotação do Ministro Sepúlveda Pertence.

Conforme já demonstrado, apesar de o Protocolo de 1996 ter facilitado o exercício do direito autônomo à prova, simultaneamente ele estabeleceu a postura do Estado-juiz como da autoridade central. Nesta senda, a postura do Estado-juiz foi mais valorizada do que a postura das partes, permitindo a emissão oficiosa de carta (como visto acima), e mantendo

⁵⁴²O protocolo foi ratificado em 1996, sob a vigência, portanto, do CPC de 1973, quando o estado da arte em matéria do direito autônomo à prova no texto positivo da lei ainda se restringia basicamente ao processo cautelar e ao processo de justificação.

⁵⁴³Assinam expressamente o Protocolo apenas países-membros (não todos os países associados). Portanto, são signatários Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.

⁵⁴⁴Capítulos VII e VIII do Protocolo de *Las Leñas* (Decreto nº 2.067, de 12 de Novembro de 1996).

⁵⁴⁵Capítulos I e IV do Protocolo de *Las Leñas* (Decreto nº 2.067, de 12 de Novembro de 1996).

⁵⁴⁶Capítulos I e V do Protocolo de *Las Leñas* (Decreto nº 2.067, de 12 de Novembro de 1996).

⁵⁴⁷O capítulo VI do Protocolo trabalha com a uniformização do caráter e validade de diversos tipos de instrumentos públicos e documentos. Ainda, nos artigos 6 e 7 elenca-se os requisitos mínimos de conteúdo para as cartas rogatórias. Desta forma, o Protocolo consegue uniformizar e simplificar não só os requisitos jurídicos mas também o trâmite documental envolvido.

⁵⁴⁸Ag. Reg. na Carta Rogatória nº. 7618, j. 3.4.1997.

⁵⁴⁹“*Adhering to the opinion of the Federal Public Ministry, the Brazilian Supreme Court determined that the Protocol simplified the homologation procedure provided for in Articles 218, et seq. of its Internal Rules*”. ARAUJO, Nádia de. Dispute Resolution in MERCOSUL: the Protocol of Las Leñas and the Case Law of the Brazilian Supreme Court. *U. Miami Inter-Am. L. Rev.*, v. 32, p. 45, 2001. Disponível em: <https://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1244&context=umialr>.

⁵⁵⁰“*Nevertheless, this innovation, as noted by Minister Sepúlveda Pertence, is significant because it creates a new, more direct path for recognition of judgments coming from the countries that are parties to MERCOSUL. Under this new system, judgments are sent directly and no longer depend upon the initiative of the parties*”. *Id. Ibid.*, p. 45.

o paradigma de utilização da carta rogatória e o intermédio de comunicações por uma autoridade central⁵⁵¹.

Ressalta-se que há a possibilidade de cumprimento⁵⁵² oficioso da carta positiva com um contraditório meramente eventual ou postergado, como hoje garante o procedimento de produção antecipada da prova. Neste mesmo sentido, o Artigo 12 do Protocolo⁵⁵³ permite a “*tramitação especial*” do pedido, abrindo portas hermenêuticas também para a tramitação sigilosa, sempre que assim permitir a ordem pública de cada Estado.

Em sendo assim, é possível a requisição de uma carta rogatória à maneira do Protocolo de *Las Leñas* no incidente processual descrito no item 2.1 deste trabalho quando se pretende produzir prova em Estado-membro do MERCOSUL. Neste caso, será possível a utilização do referido incidente processual descrito no item 2.1 para busca e obtenção de prova nos países do Mercosul inclusive com a possibilidade de sigilo e contraditório diferido, tratando-se, portanto, do exercício do direito autônomo à prova.

Uma vez deferido o pedido incidental, o Estado-juiz poderá emitir carta rogatória apensada ao incidente com fundamento no Art. 237, II do CPC/15 e no Protocolo de *Las Leñas*. A vantagem deste procedimento, além do ganho de eficiência advindo da sua uniformização, está na garantia **(i)** de que o Estado requerido não poderá diferenciar o procedimento pelo fato de ser originário de outro Estado, utilizando os mesmos meios coercitivos para qualquer procedimento⁵⁵⁴; **(ii)** de que o Estado requerido estará obrigado a esgotar todos os meios possíveis para a obtenção da informação requerida⁵⁵⁵ e **(iii)** de que a autoridade jurisdicional só poderá se recusar ao cumprimento da carta repassada pela autoridade central se houver infração à ordem pública do Estado requerido⁵⁵⁶.

Para além das fronteiras do MERCOSUL, a normativa de maior peso é inegavelmente a Convenção de Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou

⁵⁵¹ Artigos 5 e 2 respectivamente do Protocolo de *Las Leñas* (Decreto nº 2.067, de 12 de Novembro de 1996).

⁵⁵² “A carta rogatória deverá ser cumprida de ofício pela autoridade jurisdicional competente do Estado requerido, e somente poderá denegar-se quando a medida solicitada, por sua natureza, atente contra os princípios de ordem pública do Estado requerido”, Artigo 8 do Protocolo de *Las Leñas* (Decreto nº 2.067, de 12 de Novembro de 1996).

⁵⁵³ Cujo texto original é “A autoridade jurisdicional encarregada do cumprimento de uma carta rogatória aplicará sua lei interna no que se refere aos procedimentos. Não obstante, a carta rogatória poderá ter, mediante pedido da autoridade requerente, tramitação especial, admitindo-se o cumprimento de formalidades adicionais na diligência da carta rogatória, sempre que isso não seja incompatível com a ordem pública do Estado requerido. O cumprimento da carta rogatória deverá efetuar-se sem demora”.

⁵⁵⁴ Artigo 13 do Protocolo de *Las Leñas* (Decreto nº 2.067, de 12 de Novembro de 1996).

⁵⁵⁵ Artigo 16 do Protocolo de *Las Leñas* (Decreto nº 2.067, de 12 de Novembro de 1996).

⁵⁵⁶ Artigo 8 do Protocolo de *Las Leñas* (Decreto nº 2.067, de 12 de Novembro de 1996).

Comercial, de 18 de março de 1970⁵⁵⁷. A Convenção busca, da mesma forma, porém em maior escala do que no Protocolo outrora estudado, garantir a cooperação internacional no âmbito da produção de provas, renovando diversos pontos previstos em tratados anteriores, como os de 1905 e 1955. Além de determinar as bases para tal relacionamento, a Convenção permite que países firmem acordos bilaterais em seu âmbito⁵⁵⁸, inclusive em condições menos restritivas⁵⁵⁹.

Em suma, a Convenção tem três propósitos (grifamos): “a) *improve the existing system of Letters of Request*; b) *enlarge the devices for the taking of evidence by increasing the powers of consuls and by introducing, on a limited basis, the concept of the commissioner*; c) *preserve all existing more favorable and less restrictive practices resulting from internal law, internal rules of procedure and bilateral or multilateral conventions*.”⁵⁶⁰

Em verdade, a Convenção – assim como o Protocolo – segue se baseando na relação entre carta rogatória e autoridade central⁵⁶¹, mas moderniza-se em diversos pontos. Primeiro, a convenção cria a figura do comissionário⁵⁶², reduzindo o protagonismo do Estado-juiz: “pessoa devidamente designada como comissário poderá obter, sem coação, no território de um Estado Contratante, provas para auxiliar um processo instaurado em outro Estado Contratante”⁵⁶³. Ainda, a Convenção reconhece a possibilidade “de obter provas que [se]

⁵⁵⁷Aprovada 40 anos mais tarde pelo Congresso Nacional, no Decreto Legislativo nº 137, de 19 de fevereiro de 2013 e prevista no Decreto 9.039 de 27 de abril de 2017.

⁵⁵⁸Já firmou, o Brasil, tais acordos com Albânia, Alemanha, Andorra, Argentina, Armênia, Austrália, Belarus, Bósnia e Herzegovina, Bulgária, Cazaquistão, China (inclusive Hong Kong e Macau), Chipre, Colômbia, Coreia, Costa Rica, Croácia, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Estados Unidos da América, Estônia, Finlândia, Grécia, Hungria, Índia, Israel, Itália, Liechtenstein, Lituânia, Luxemburgo, Marrocos, Mônaco, Montenegro, México, Países Baixos (Holanda, inclusive Aruba), Polônia, Portugal, República Tcheca, Romênia, Rússia, Sérvia, Sri Lanka, Suíça e Turquia, *vide* COOPERAÇÃO Jurídica Internacional em Matéria Civil. *Ministério da Justiça e Segurança Pública, Seus Direitos*. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-civil>.

⁵⁵⁹Artigo 27, b), da Convenção de Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial, de 18 de março de 1970.

⁵⁶⁰AMRAM, Philip W. Explanatory report on the Hague Convention of 18 March 1970 on the taking of evidence abroad civil or commercial matters. *In: ACTS and Documents of the Eleventh Session*, t. 4, 1968. Taking of evidence abroad, 1970.

⁵⁶¹Artigo 2 da Convenção de Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial, de 18 de março de 1970.

⁵⁶²Artigo 17 da Convenção de Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial, de 18 de março de 1970.

⁵⁶³*v. supra*.

pretenda utilizar em um processo iniciado ou previsto”^{564 565}, isto é, a obtenção de prova sem processo pendente, acenando aqui para o direito autônomo à prova, ainda que timidamente.

As principais aproximações, no entanto, talvez sejam que a Convenção autoriza aos Estados-Contratantes afastar o intermédio da autoridade central, reduzir todas as formalidades previstas e produzir provas por procedimentos atípicas⁵⁶⁶. A normativa é, portanto, apenas um teto de formalidades, e incentiva a desburocratização e efetividade dos procedimentos probatórios.

Logo, ainda que preveja a figura da autoridade central e da carta rogatória, a Convenção flexibiliza expressamente a necessidade de ambas e cria a figura do comissionário, sem abrir mão dos benefícios de uniformizar o procedimento⁵⁶⁷. O próprio magistrado poderia ser dispensado do cumprimento da Carta Rogatória, conforme a redação expressa do Artigo 28, alínea c) da Convenção.

Em relação à validade da prova obtida em si, Haia adota a regra da “*lex diligentiae*”⁵⁶⁸, isto é, positiva – assim como faz a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, em seu art. 13 – que a validade do meio de obtenção da prova no país estrangeiro deve ser analisado de acordo com o previsto naquela legislação⁵⁶⁹. Na redação da Convenção (grifamos), será possível “recolher qualquer tipo de prova que não for incompatível com a legislação do Estado onde as provas são recolhidas”, complementando-se que “as provas

⁵⁶⁴CARVALHO FILHO, Antônio. *Obtenção transnacional de prova em matéria civil e comercial*. Análise da Convenção de Haia de 1970, da Convenção Interamericana de 1975 e do Regulamento (CE) n.º 1206/2001. Trabalho apresentado na forma de *paper* como requisito parcial para a conclusão dos créditos parcial, no curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Processuais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Senhor Professor Doutor Rui Manuel Moura Ramos, no ano letivo 2003-2004. p. 12. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Obten%C3%A7%C3%A3o%20transnacional%20de%20prova%20em%20mat%C3%A9ria%20civil%20ou%20comercial%20-%20artigo.pdf>.

⁵⁶⁵Artigo 1º da Convenção de Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial, de 18 de março de 1970.

⁵⁶⁶Respectivamente, artigo 24 e artigo 27 itens a), b) e c), da Convenção de Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial, de 18 de março de 1970. “As disposições da presente Convenção não impedirão que um Estado Contratante: a) declare que possam ser transmitidas Cartas Rogatórias às suas autoridades judiciárias por outras vias que não sejam as previstas no artigo 2º; b) permita, nos termos de sua legislação ou práticas internas, que quaisquer atos decorrentes da aplicação da presente Convenção sejam realizados em condições menos restritivas; c) permita, nos termos de sua legislação ou práticas internas, métodos de obtenção de provas diferentes dos previstos na presente Convenção.”

⁵⁶⁷Além dos requisitos convencionais, se utiliza formulário padrão para a requisição de diligência, anexos ao relatório da segunda reunião da Comissão Especial da Convenção de Haia de 1970 (INTERNATIONAL Legal Materials, v. 24, n. 6, p. 1681-1684, Nov. 1985).

⁵⁶⁸RAMOS, André de Carvalho. Obtenção de provas no exterior: para além da *lex fori* e *lex diligentiae*, *cit.*, p. 698.

⁵⁶⁹Artigo 21 da Convenção de Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial, de 18 de março de 1970.

poderão ser recolhidas da forma prevista pela legislação do Estado no qual corre o processo desde que elas não sejam proibidas pela legislação do Estado onde são recolhidas”⁵⁷⁰.

Tal determinação cria segurança jurídica na medida em que a prova, uma vez devidamente produzida no exterior seguindo o trâmite convencional, adquire validade formal também perante o magistrado brasileiro. Outro ponto de inflexão na Convenção é a possibilidade de cada Estado definir se realizará, ou não, diligências “que tenham sido emitidas com o propósito de obterem o que é conhecido, nos países de *Common Law*, pela designação de ‘*pre-trial discovery of documents*’”⁵⁷¹. Nesta seara, apesar dos muitos avanços da legislação e doutrina no sentido de que o direito autônomo à prova – já reconhecido – em muito se aproxima de tais procedimentos⁵⁷², o Brasil, como já exposto, realizou a opção prevista no referido artigo para declarar que **não** realizaria tais procedimentos em seu território.

Há de se lembrar, no entanto, que a ratificação legislativa do Tratado se deu em 2013, antes da entrada em vigor do novo Código Processual em 2015, de forma que nos reportamos ao período histórico analisado antes de tal diploma processual. No mesmo sentido, a posição foi acompanhada pela maioria dos países signatários, o que já foi avaliado como receio de abusos ou infração da soberania judicial de cada Estado⁵⁷³. É neste sentido que se pode inferir a Convenção ser “um dos instrumentos fundamentais para a cooperação judicial internacional, porém, suas bases são fixadas em paradigmas extremamente tradicionais, até mesmo pelo momento histórico em que foi concebido, que impossibilitam uma maior aproximação e cooperação mútua entre os Estados.”⁵⁷⁴

Notadamente, o próprio núcleo de pesquisa de Haia considerou a redação do Artigo 23 ser deveras restritiva ou confusa: “*a continued source of misunderstandings*”⁵⁷⁵.

⁵⁷⁰v. *supra*.

⁵⁷¹Artigo 23 da Convenção de Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial, de 18 de março de 1970.

⁵⁷²Ou mesmo se confunde com eles, conforme amplamente visto no presente trabalho.

⁵⁷³“*Some of the difficulties which were encountered during the Conference resulted from the basically different approach to this subject by the civil law countries on the one hand and the common law countries on the other. Much greater freedom in the collection of evidence for use in foreign proceedings is found in the United Kingdom, the United States and other common law countries than in most civil law countries. The reasons for this are principally twofold. First, civil law countries regard taking of evidence as an act of the parties to the proceedings and in these circumstances such countries consider that the taking of evidence by diplomatic or consular agents or by commissioners constitutes an infringement of their judicial sovereignty. Secondly, consuls or commissioners can lead to abuse.*” EDWARDS, D. M. Taking of evidence abroad civil or commercial matters. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 18, p. 647, 1969, grifamos.

⁵⁷⁴CARVALHO FILHO, Antônio. *Obtenção transnacional de prova em matéria civil e comercial*, cit., p. 20.

⁵⁷⁵19ª Comissão Especial da Convenção de Haia para Obtenção de Provas no Exterior, instalada de 28 de outubro a 4 de novembro de 2003. THE HAGUE. Special Commission met in The Hague. *Conclusions and Recommendations Adopted by the Special Commission on the Practical Operation of the Hague Apostille*,

Reconheceu a Comissão que, em verdade, o Artigo 23 existia para evitar pedidos genéricos ou sem substância⁵⁷⁶. Pela redação, acabou gerando um obstáculo desnecessário à cooperação entre países adotantes da *civil law* e *common law*, de forma que a Comissão passou a recomendar a posição adotada pelo Reino Unido, que emitiu regulamento próprio sobre a matéria, o que melhor representava a complexidade do que o fraseamento simplificado do Artigo 23⁵⁷⁷.

O legislador brasileiro, entretanto, ignorou a regulamentação complementar, de forma que foi necessária a intervenção do Superior Tribunal de Justiça, já vista anteriormente neste trabalho, mas que cabe reavivar: “A ressalva feita pelo Brasil em relação ao *pre-trial discovery of documents*, nos termos do art. 23 da Convenção de Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial, não impede a busca de provas no estrangeiro, mas evita a coleta abusiva de provas quando dirigidas contra particulares.”⁵⁷⁸

A saída jurisprudencial, apesar de sensata, não ocupa o lugar de direito de um corpo legal de regulamentação. Ainda mais tendo em vista que se faz uso do termo “coleta abusiva de provas”, termo jurídico indeterminado, e também não esclarece se o magistrado deve avaliar tal abusividade de acordo com a lei estrangeira ou nacional⁵⁷⁹.

Conclui-se, portanto, que ambas as normas – Protocolo e Convenção – contribuem positivamente para o exercício do direito à prova internacionalmente considerado. Para efeitos do processo falimentar ou de recuperação judicial, permitem, através do incidente processual descrito no item 2.1, que o operador do direito disponha de procedimentos probatórios atípicos em nível internacional, faça uso de pedidos uniformizados e agilizados, se valha da lei probatória do país estrangeiro, dentre outras vantagens já elencadas.

Evidence and Service Conventions (28 October to 4 November 2003). Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/0edbc4f7-675b-4b7b-8e1c-2c1998655a3e.pdf>.

⁵⁷⁶“Having regard to the history of the provision, the SC agreed that Article 23 was intended to permit States to ensure that a request for the production of documents must be sufficiently substantiated so as to avoid requests whereby one party merely seeks to find out what documents may generally be in the possession of the other party to the proceeding.” *v. supra*.

⁵⁷⁷“The SC noted that the wording of the particularised declaration submitted by the UK (i.e., the proponent of the provision) reflected this purpose more adequately than the wording of Article 23”. 19ª Comissão Especial da Convenção de Haia para Obtenção de Provas no Exterior, instalada de 28 de Outubro a 4 de Novembro de 2003. THE HAGUE. Special Commission met in The Hague. *Conclusions and Recommendations Adopted by the Special Commission on the Practical Operation of the Hague Apostille, Evidence and Service Conventions* (28 October to 4 November 2003), *cit*.

⁵⁷⁸AgInt na Carta Rogatória nº 13.192 (2018/0076223-6). No mesmo sentido AgInt na Carta Rogatória nº 13559 - EX (2018/0149047-7), *idem* nota 460.

⁵⁷⁹Sobre este último ponto, como foi demonstrado, o ordenamento brasileiro adota a “*lex diligentiae*” segundo a qual a prova deve obter validade de acordo com a lei do país em que se realiza a diligência. Obsta esse posicionamento decisões que ignoram o disposto na LINDB e na Convenção de Haia, o que já foi chamado de “*predomínio oculto da 'lex fori'*”, *vide* nota 386.

Em conjunto com os demais mecanismos estudados, o que se tem é um verdadeiro panteão ao dispor dos sujeitos processuais. Tendo em vista o crescente movimento de internacionalização do Direito da Empresa em Crise, então é através destes instrumentos, incluído o já referido incidente, que o Direito Processual – em sua missão instrumental – viabiliza às partes em sentido amplo o exercício de seu direito autônomo à prova no exterior.

Por fim, é importante ressaltar que a utilização do Protocolo de *Las Leñas* e da Convenção de Haia não é obrigatória para o particular que pretende produzir a prova antecipadamente. Além das hipóteses descritas nos itens anteriores relativas aos países de *comom law*, outras jurisdições permitem que as partes estrangeiras requeiram diretamente a produção de provas que será utilizada no incidente processual instaurado no processo de falência ou de recuperação de empresa.

5. CONCLUSÃO

Iniciamos o presente trabalho com a descrição detalhada do incidente processual instaurado a pedido do administrador judicial em processo de falência ou recuperação judicial e extrajudicial para a obtenção de provas que evidenciem a ocorrência de fraude contra credor, em sentido amplo, e a existência de ativos que podem ser arrecadados pela massa falida.

A partir deste caso prático, foi feita a análise acadêmica dos atos praticados neste incidente, abordando-se os fundamentos jurídicos que o sustentam, em especial o direito autônomo à prova que abarca o direito à investigação. Chegou-se à conclusão de que tal incidente processual nada mais é que uma medida atípica de produção antecipada da prova, que, atualmente, aproveita várias disposições contidas no Código de Processo Civil de 2015, em especial sobre a tipificada produção antecipada prevista em seu artigo 381, inciso III. Com efeito, após a prova produzida em aludido incidente, o administrador judicial, o Ministério Público e o credor terão capacidade de analisar a viabilidade de propor alguma ação judicial para reconstrução do patrimônio da massa falida, indenização, desconsideração da personalidade jurídica, arrecadação de bens, entre outras.

Foi dado destaque para aplicação necessária do princípio da efetividade no trâmite de referido incidente probatório, o qual deve ser aplicado para autorizar, em situação excepcionais, o sigilo da investigação e a quebra do sigilo fiscal e bancário dos devedores investigados. Também foram abordadas as medidas disponíveis em algumas das principais jurisdições estrangeiras que permitem o efetivo exercício do direito autônomo à prova.

Durante a abordagem dos assuntos acima, pode-se perceber que o direito à prova faz parte de um contexto científico sempre em evolução. Em sua iteração mais completa e atual, abrange não só a prova como meio de convencimento do Estado-juiz, mas também e essencialmente a prova como meio para formação da convicção de todas as partes processuais. Logo, o direito à prova neste modelo só se realiza quando há efetividade também na tutela para sua descoberta, obtenção (ao que se dá o nome de direito à investigação) e pré-constituição.

No desenvolvimento dos fundamentos jurídicos que sustentam o aludido incidente processual, foi feita uma análise da evolução do direito autônomo à prova nos Códigos de Processo Civil de 1973 e o vigente de 2015, o qual melhor positivou o direito autônomo à

prova, em especial em razão das disposições contidas nos já mencionados incisos II e III do seu artigo 381, que permitem a antecipação da prova sem o requisito da urgência.

No que tange ao direito à investigação, ao qual foi dado especial destaque neste trabalho e que está inserido no direito autônomo à prova, viu-se que ele não se limita àquele relacionado aos órgãos policiais, ao judiciário ou ao Ministério Público. Em verdade, o ordenamento jurídico reconhece – ora implícita, ora explicitamente – um dever geral de informação. Assim, reconhece que, para que se atinjam os mandamentos de otimização da boa-fé, cooperação processual e pacificação social, é necessário que as partes possam acessar informações relevantes, documentos, e evidências em geral, mesmo em âmbito civil, sem o que não há direito à prova.

Destacou-se, ainda, que o exercício do direito à prova é amplo, porém não ilimitado. Obedece, portanto, aos limites lógicos, constitucionais e legais expostos. Em sendo assim, ainda que o Estado-juiz não venha a se manifestar sobre o mérito de qualquer evidência obtida no âmbito do direito autônomo à prova, ele atua como intermediador e viabilizador daquele direito, inclusive verificando o respeito aos limites impostos. Ademais, procurou-se demonstrar que, em razão da instrumentalidade de todo direito de natureza processual, o direito autônomo à prova também se amolda à realidade do processo de falência e recuperação judicial. Nesse âmbito, viu-se que o microssistema da empresa em crise protege não só o interesse privado, mas o interesse social subjacente à preservação da empresa. Da mesma forma, seus dispositivos reconhecem uma interface relevante com o direito penal, apontando para uma natureza jurídica intermediária do interesse protegido (ora protegido civilmente, ora protegido penalmente). Além disso, há relevante assimetria de informações entre administradores/devedora e as demais partes processuais. Todos estes aspectos notáveis do microssistema processual da empresa em crise influenciam na amplitude e contextualização do direito autônomo à prova.

Em sendo assim, destacou-se como principal particularidade do direito autônomo à prova contextualizado na falência e recuperação judicial a possibilidade de atuação do administrador judicial na obtenção de prova, o que encontra guarida na legislação aplicável e nas diversas funções que aquele assume ao longo do processo. Isso sem prejuízo do exercício do mesmo direito pelo Ministério Público e pelos credores, em semelhante amplitude.

Abordou-se, também, ante a possibilidade do exercício do direito autônomo em outras jurisdições, a viabilidade e admissibilidade da utilização da prova produzida em jurisdições estrangeiras, especialmente em razão das regras previstas no Código de Processo Civil e na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. Nesta seara, e tendo em vista a relevância da falência transnacional, o trabalho conclui pela compatibilidade de diversos mecanismos probatórios – inclusive oriundos da *common law* – com o ordenamento brasileiro de processo civil e direito das empresas em crise. Ante a dinamicidade do tema e amplitude das interpretações, deu-se grande relevância à jurisprudência nacional e estrangeira que foi fundamental, após as ideias pioneiras da doutrina, para a consolidação e uso do aludido incidente processual descrito no item 2.1 deste trabalho.

Procuramos evidenciar neste trabalho que o aperfeiçoamento dos mecanismos de direito à prova no processo de insolvência e a maior efetividade no combate à fraude e na recuperação de ativos acarretam inegável melhoria no setor econômico e social do país, pois a segurança jurídica deles decorrente permite em tese a geração de mais empregos, a redução dos juros bancários e o aumento da arrecadação tributária, entre outros benefícios.

Procurou-se, enfim, por meio de uma abordagem acadêmica, demonstrar que há eficazes medidas processuais disponíveis em nosso arcabouço jurídico e em jurisdições estrangeiras para demonstrar a ocorrência de fraude contra credor, em sentido amplo. Pretendeu-se de alguma forma impactar o ultrapassado pensamento de relevantes operadores do direito de que não é possível desvendar fraudes complexas, inclusive com reflexos em jurisdições estrangeiras, sob o atual arcabouço legal e entendimento jurisprudencial do Brasil e das jurisdições estrangeiras.

Por fim, esperamos que tenhamos contribuído no estudo do direito à prova autônomo e processual no âmbito da falência e da recuperação judicial na hipótese de fraude contra credor, e reiteram-se os agradecimentos já feitos, em especial aos professores, e mestres de toda sorte, do Departamento de Direito Processual da Universidade de São Paulo, que deram luz às nossas premissas, ideias e argumentos.

REFERÊNCIAS

AKERLOF, George A. The market for "lemons": quality uncertainty and the market mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, p. 488-500, Aug. 1970. doi. <https://doi.org/10.1016/B978-0-12-214850-7.50022-X>.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. *Elementos da teoria geral da prova: a prova como direito humano e fundamental das partes do processo judicial*. São Paulo: LTr, 2013.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 17. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

AMRAM, Philip W. Explanatory report on the Hague Convention of 18 March 1970 on the taking of evidence abroad civil or commercial matters. In: *ACTS and Documents of the Eleventh Session, t. 4, 1968. Taking of evidence abroad, 1970*.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições da prova em processo penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Da falência. In: CORRÊA-LIMA, Osma Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Coords.). *Comentários à Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A ordem pública no direito processual civil*. 2010. 329f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

ARAÚJO, Nádia de. Dispute Resolution in MERCOSUL: the Protocol of Las Leñas and the Case Law of the Brazilian Supreme Court. *U. Miami Inter-Am. L. Rev.*, v. 32, p. 25-56, 2001. Disponível em: <https://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1244&context=umialr>.

ARAÚJO, Romulo de Aguiar. *Fishing expedition e a produção antecipada da prova no Código de Processo Civil*. In: FUGA, Bruno; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (Orgs.). *Produção antecipada de provas: questões relevantes e aspectos polêmicos*. 3. ed. ampl. Londrina-PR: Thoth Editora, 2021.

ARSUFFI, Arthur Ferrari. O abuso da produção antecipada da prova: direitos fundamentais, sigilo, boa-fé objetiva e custos. In: FUGA, Bruno; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (Orgs.). *Produção antecipada de provas: questões relevantes e aspectos polêmicos*. 3. ed. ampl. Londrina-PR: Thoth Editora, 2021.

ASSIS, Araken de. *Direito processual civil brasileiro: parte geral*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 1.

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

AVENA, Norberto. *Processo penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

AZZONI, Clara Moreira. *Fraude contra credores no processo falimentar: ação revocatória falimentar e ineficácia do art. 129 da Lei de recuperação judicial, extrajudicial e de falência*. Curitiba: Juruá, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios constitucionais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 232, p. 141-176, abr./jun. 2003.

BARUA, Akrur. Brazil: yearning for the good times. *Global Economic Outlook*, Deloitte University Press, 2016.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Obra compilada de los manuscritos del autor por E. Dumont; traducción del francés por Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: EJEA, 1971. v. 1.

BERGER, James E. (Ed.). *International aspects of U.S. litigation: a practitioner's deskbook*. ABA Book Publishing, 2017.

BESSO, Chiara. La *discovery* anglo-americana: un insospettato trapianto dal processo romano-canónico. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 13, p. 126-140. 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/11917/9329>.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1908.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova lei de recuperações e falências comentada*. 3. ed. 2.tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BORK, Reinhard. *Einführung in das Insolvenzrecht. 4. Aufl.* Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. *Processo penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. ampl. atual. e int. rev. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BURLE FILHO, José Emmanuel. A natureza do inquérito civil, como atribuição constitucional do Ministério Público. Tese apresentada e aprovada por unanimidade no Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em Salvador-BA, de 1 a 4 de dezembro de 1992. *Justitia*, São Paulo, v. 56, n. 165, p. 34-36, jan./mar. 1994. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/88y9z7.pdf>.

BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. *Revista de Direito Processual Civil*, v. 4, jul./dez. 1961.

CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CALAMANDREI, Piero. O processo como jogo. Tradução: Roberto B. Del Claro. *Gênesis: revista de direito processual civil*, Curitiba, v. 7, n. 23, p. 191-209, jan./mar. 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *Revista OABRJ*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, p. 11-31, 2008. Disponível em: <https://revistaeletronica.oabRJ.org.br/wp-content/uploads/2017/09/Revista-OABRJ-v.-24-n.-1.pdf>.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CAPONI, Remo. Rigidez e flexibilidade do processo ordinário de cognição. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, ano 10, v. 17, n. 2, p. 531-549, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/26610/18978>. doi: <https://doi.org/10.12957/redp.2016.26610>.

CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologias, sociedad*. Trad. Santiago Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1974.

CARDOSO, César. O pré-julgamento (pretrail) e a conciliação como instrumentos de desoneração do sistema judicial norte-americano: um paralelo com o sistema brasileiro. *Publicações da Escola da AGU*, Escola da Advocacia-Geral da União, n. 12, p. 77-89, set./out., 2011. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/9923695.

CARVALHO FILHO, Antônio. *Obtenção transnacional de prova em matéria civil e comercial*. Análise da Convenção de Haia de 1970, da Convenção Interamericana de 1975 e do Regulamento (CE) n.º 1206/2001. Trabalho apresentado na forma de *paper* como requisito parcial para a conclusão dos créditos parcial, no curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Processuais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Senhor Professor Doutor Rui Manuel Moura Ramos, no ano letivo 2003-2004. Disponível em:

<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Obten%C3%A7%C3%A3o%20transnacional%20de%20prova%20em%20mat%C3%A9ria%20civil%20ou%20comercial%20-%20artigo.pdf>.

CASADEI, Maria Teresa. A falácia da verdade formal, a verdade inatingível e a verossimilhança. In: GARCIA, Pedro de Castilho; VASCONCELOS, Maria Gabriela Lordelo de (Coords.). *A prova cível: elementos para a convicção judicial*. Campo Grande: Contemplan, 2018.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Tradução da 3. ed. por Jose Casais y Santaló. Madrid: Reus, 1977. t. 2.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COASE, Ronald. The nature of the firm. *Economica*, v. 4, n. 16, p. 386-405, Nov. 1937. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x>.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas (Lei n. 11.101, de 9-2-2005)*. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMOGLIO, Luigi Paolo; CORRADO Ferri; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bolonha: Il Mulino, 1993.

COOPERAÇÃO Jurídica Internacional em Matéria Civil. *Ministério da Justiça e Segurança Pública, Seus Direitos*. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-civil>.

COSTA, Daniel Cárnio. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falências*. Curitiba: Juruá, 2015. v. 1.

COSTA, Machado da. Remessas ilegais superam legais no país, aponta estudo. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 08 set. 2014. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2014/09/1512523-remessas-ilegais-superam-legais-no-pais-aponta-estudo.shtml>.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

DIAS, Pietro De Biase. Mecanismos de cooperação jurídica em matéria civil para obtenção de provas em sistemas de integração regionais: análise da experiência da União Europeia e do Mercosul. *Revista do Programa de Direito da União Europeia*. FGV, n. 4, p. 151-164, 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rpdue/article/view/68149/65779>.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 2.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 19. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Prefácio. In: VASCONCELOS, Ronaldo. *Direito processual falimentar (de acordo com a lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005)*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

DIPP, Gilson Langaro. Carta rogatória e cooperação internacional. *Revista CEJ*, Brasília, ano 11, n. 38, p. 39-43, jul./set. 2007.

DUARTE FILHO, Octaviano Bazilio. Medidas eficazes para a produção de provas destinadas a desvendar fraudes complexas, com reflexos em jurisdições estrangeiras. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 43, n. 277, p. 235-253, mar. 2018.

DUARTE FILHO, Octaviano Bazilio *et al.* Insolvência transnacional e recuperação de ativos. In: SANTOS, Eronides Aparecido Rodrigues dos (Org.). *II Congresso Internacional de Insolvência Empresarial - IBAJUD: temas do direito da insolvência na visão de seus operadores*. Curitiba: Editorial Juruá, 2020. p. 133-148.

EDWARDS, D. M. Taking of evidence abroad civil or commercial matters. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 18, 1969.

EHRHARDT JR., Marcos Augusto de A. Deveres gerais de conduta nas obrigações civis: breves notas sobre o princípio da boa-fé objetiva e sua influência nas relações contratuais. *Revista Baiana de Direito*, v. 4, p. 375-385, 2009.

EMSON, Raymond. *Evidence*. London: Macmillan, 1999.

EXTRA-statutory discovery requirements: violating the twin purposes of 28 U. S. C. Section 1782. *Vand. J. Transnat'l L.*, v. 29, n. 117, 1996.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Argumentação jurídica*. 2. ed. Barueri: Manole, 2016.

FLIEGEL, Jason. Qualcomm Court imposes multi-million dollar sanctions for electronic discovery failures. *Wall Street Lawyer*, v. 12, n. 2, Feb. 2008. Disponível em: https://www.mayerbrown.com/-/media/files/perspectives-events/publications/2008/03/qualcomm-court-imposes-multimillion-dollar-sanctio/files/news1wslfeb08pdf/fileattachment/news1_wsl_feb08.pdf.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. A Assembleia-geral de credores na nova lei falimentar. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo. v. 44, n. 138, p. 71-83, abr./jun. 2005.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *A prova no processo civil: principais inovações e aspectos contraditórios*. 3. ed. atual. rev. e ampl. Londrina: Toth, 2019. Livro digital. Disponível em: <http://editoraboreal.com.br/livro/a-prova-no-processo-civil>.

FURTADO, Fabricio Adroaldo. O interesse de agir como pressuposto processual. *Revista Emerj*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 164-195, jan./abr. 2018. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v20_n1/revista_v20_n1_164.pdf.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 1, v. 3.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. 2007. 284f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

GILISSEN, John. A prova. In: GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Prefácio de J. Gilissen; tradução de A.M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso: teoria general del proceso*. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961. v. 1.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

THE GROSSMAN-Cormack Glossary of Technology-Assisted Review. *Federal Courts Law Review*, v 7, n. 1, p. 1-34, 2013. Disponível em: <https://www.fclr.org/fclr/articles/html/2010/grossman.pdf>.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA - IBGC. *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 4. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Governança Cooperativa, 2009. Este trabalho foi desenvolvido pelo Comitê de Revisão do Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa. Coordenação do Comitê Eliana Lustosa. Disponível em: <https://ecgi.global/download/file/fid/9871>.

INTERNATIONAL Legal Materials, v. 24, n. 6, p. 1668-1684, Nov. 1985.

JAMES, Fleming; HAZARD JR., Geoffrey C.; LEUBSDORF, John. *Civil procedure*. Brown: Foundation, 1985.

KERLEY, Peggy; HAMES, Joanne B.; SUKYS, Paul A. *Civil litigation*. 4. ed. New York: Thomson & Delmar Learning, 2005.

LANCELLOTTI, Renata Weingrill. *Governança corporativa na recuperação judicial: Lei nº 11.101/05*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

LASPRO, Oreste Nestor de Sousa. Ação e suas condições no processo civil de cognição. *Revista do Advogado*, São Paulo, 1995.

LASPRO, Oreste Nestor de Sousa. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. (Coleção de estudos de direito de processo Enrico Tulio Liebman).

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Processo societário: da restrição à concessão de tutelas de urgência na lei de recuperações judiciais. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coords.). *Processo societário*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012. v. 1, p. 571-590.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de direito processual civil*. Trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 1.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de direito processual civil*. Trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LOCKE, John. *Concerning civil government, second essay: an essay concerning the true original extent and end of civil government*. Trad. William Popple. Hazleton: Pennsylvania State University, 1998.

LOPES, João Batista. Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Grandes temas do novo CPC: direito probatório*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019. E-book.

LOUGHLIN, Paula. *Civil procedure*. 2nd ed. London: Cavendish, 2004.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria geral dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2002.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; GABBAY, Daniela Monteiro. Coisa julgada *secundum eventum probationes* e pedido nas ações coletivas. In: NUSDEO, Ana Maria de Oliveira; SILVA, Solange Teles da (Orgs.). *Processos coletivos e tutela ambiental*. São Paulo, Leopoldianum, 2007.

LUOMA, Milton H.; LUOMA, Vicki M. Qualcomm v. Broadcom: implications for electronic discovery. *Australian Digital Forensics Conference*, 2009. Disponível em: <https://ro.ecu.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1068&context=adf>.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção de acordo com o CPC de 2015*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1971. v. 2.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. Campinas: Millennium, 1998. v. 1.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1975. v. 3.

MAUET, Thomas; MARCUS, David. *Pretrial*. 9. ed. New York: Wolters Kluwer, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. **2. tir.** São Paulo: Saraiva, 2014. Livro digital.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2001. t. 1, t. 3, t. 12.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. t. 4.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com o novo Código de Processo Civil São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MOHAN, S. Chandra. Cross-border insolvency problems: is the UNCITRAL Model Law the answer? *International Insolvency Review*, v. 21, n. 3, p. 199-223, 2012.

MOLINARO, Carlos Alberto. Valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e os incidentes da vida empresarial: Simetria constitucional capital/trabalho e a existência de um indispensável procedimento de recuperação da empresa. In: GARCIA, Ricardo Lupion (Org.). *10 anos da lei de falências e recuperação judicial de empresas: inovações, desafios e perspectivas* [recurso eletrônico]. Porto Alegre: Fi, 2016.p. 81-121. Disponível em: https://3c290742-53df-4d6f-b12f-6b135a606bc7.filesusr.com/ugd/48d206_f2efe94690764367a5442aa9a7ecb49e.pdf.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. A exceção de ordem pública internacional. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 114, p. 231-249, jan./dez. 2019. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/176584/164057>. doi: <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v114p231-249>.

MONTESANO, Luigi; DE SANTIS, Francesco; ARIETA, Giovanni. *Corso base di diritto processuale civile*. 7. ed. Milano: Wolter Kluwer Cedam, 2019.

MONTOYA ALBERTI, Ulises. La globalización jurídica. *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, LexisNexis-Depalma, ano 33, n. 202, p. 278-305, 2003.

MORAIS, Alexandre de. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da prova. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual civil: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1988.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual* (Nona Série). São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. 2006. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2018.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2010.

OBTENÇÃO de provas no exterior. Convenção da Haia sobre Provas; Outros acordos aplicáveis; Orientações por diligência. *Ministério da Justiça e Segurança Pública, Seus Direitos*. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-civil/acordos-internacionais/obtencao-de-provas-no-exterior>.

O'FLYNN, Megan R. The scorecard so far: emerging issues in crossborder insolvencies under Chapter 15 of the U.S. Bankruptcy Code. *Northwestern Journal of International Law & Business*, v. 32, n. 2, p. 391-417, 2012. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1018&context=njilb>.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 26, p. 59-88, 2006. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/74203/41899>. doi: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.74203>.

ORPHÃO, Renata Santiago. *Direito e transparência na divulgação de informações: a regulamentação brasileira versus a americana (Lei Sarbanes – Oxley)*. São Paulo: Textonovo, 2003.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. Ministério Público na recuperação judicial. In: SOUZA JR., Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coords.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 125-126.

PEREZ, Luis A.; CRUZ-ALVAREZ, Frank. 28 U.S.C. § 1782: *The most powerful discovery weapon in the hands of a foreign litigant*. *FIU Law Review*, n. 5, n. 1, p. 177-192, 2009. Disponível em: <https://ecollections.law.fiu.edu/lawreview/vol5/iss1/12>.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Ed. bras. org. por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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

PINTO, Edson. *Lavagem de capitais e paraísos fiscais*. São Paulo: Atlas, 2007.

PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Do procedimento penal. In: SOUZA JR., Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coords.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 574-581.

PUOLI, José Carlos Baptista. O ônus da prova e a sua distribuição dinâmica no novo Código de Processo Civil. In: O NOVO Código de Processo Civil: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. Obtenção de provas no exterior: para além da *lex fori* e *lex diligentiae*. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 684-703, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/download/3742/pdf>. doi: 10.5102/rdi.v12i2.3742.

RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício. In: DIDIER, Fredie (Coord.). *Novo CPC doutrina selecionada: processo de conhecimento – provas*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 3.

RANNEY-MARINELLI, Alesia. Overview of chapter 15 ancillary and other cross-border cases. *American Bankruptcy Law Journal*, v. 82, p. 269-330, 2008.

RENNER, Karl. *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale*. Bologna: Il Mulino, 1981.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa; SANTOS, Eronides Aparecido Rodrigues dos. Segredo de Justiça no incidente de investigação e arrecadação de bens nos processos falimentares. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Orgs.). *Dez Anos da Lei 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência*. São Paulo: Almedina, 2015.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2ª. ed. São Paulo, Saraiva. 2021.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Recuperação de empresas e interesse social. In: SOUZA JR., Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coords.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 43-54.

SANTEN, Bernard. Communication and cooperation in international insolvency: on best practices for insolvency office holders and cross-border communication between courts. *ERA Forum*, n. 16, p. 229-240, 2015. Disponível em: <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s12027-015-0398-8.pdf>. doi 10.1007/s12027-015-0398-8.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. 2. ed. Porto: Afrontamento, 1996.

SANTOS, Ernanês Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 3.

SANTOS, Evaristo Aragão; HENK, Suelen Mariana. A produção antecipada de provas e a vedação ao *fishing expedition*. *Migalhas*, 02 mar. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/questao-de-direito/340972/a-producao-antecipada-da-prova-e-a-vedacao-ao-fishing-expedition>.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

SARAIKY, Steven M. How to construe section 1782: a textual prescription to restore the judge's discretion. *University of Chicago Law Review*, v. 61, n. 3, p. 1127-1151, 1994. doi: <https://doi.org/10.2307/1600178>.

SHIMURA, Sérgio Seiji. Considerações sobre a teoria geral dos recursos no Código de Processo Civil de 2015. *Cadernos Jurídicos*, Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, v. 16, n. 41, p. 117-131, jul./set., 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. v. 3.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SIMEK, John; NELSON, Sharon. *Data dumps: the bane of e-discovery*. 2011. Disponível em: <https://senseient.com/wp-content/uploads/07-12-12-Data-Dumps.pdf>.

SMIT, Hans. American assistance to litigation in foreign and international tribunals: *Section 1782* of Title 28 of the U.S.C. revisited. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, v. 25, n. 1, p. 1-20, 1998. Disponível em: <https://surface.syr.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1281&context=jilc>.

SZTAJN, Rachel. Do pedido e do processamento da recuperação judicial. In: SOUZA JR., Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coords.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 248-264.

SZTAJN, Rachel. Notas sobre o conceito de empresário e empresa no Código Civil brasileiro. *Pensar*, Fortaleza, v. 11, p. 192-202, fev. 2006. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/791/1651>. doi: 10.5020/2317-2150.2006.v11n1p192.

TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 260, p. 75-101, out. 2016.

TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova. *Migalhas*, 10 mar. 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/235462/producao-antecipada-de-prova>.

TARUFFO, Michele. Oralidad y escritura como factores de eficiência en el proceso civil. In: TARUFFO, Michele. *Páginas sobre Justicia civil*. Traducción de Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009.

TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michelle. *La prueba de los ecos*. Madrid: Ed. Trotta, 2002.

TAYLOR, Chris. Disclosure of foreign intelligence material: CPIA, Norwich Pharmacal and the War on Terror. *The International Journal of Evidence & Proof*, v. 15, n. 4, p. 338-356, 2011. doi: <https://doi.org/10.1350/ijep.2011.15.4.386>.

TETLEY, William. *Mixed jurisdictions: Common Law v. Civil Law (Codified and Uncodified)*. *Louisiana Law Review*, v. 60, n. 3, p. 677-738, 2000. Disponível em: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5822&context=lalrev>.

THAMAY, Rennan. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

THAMAY, Rennan; RODRIGUES, Rafael. Primeiras impressões sobre o direito probatório no CPC/15. In: DIDIER, Fredie (Coord.). *Novo CPC doutrina selecionada: processo de conhecimento – provas*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 3.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 2.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 58. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Fraude contra credores: a natureza da sentença pauliana*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutelas de urgência – individuais e coletivas – teoria geral*. Curitiba: Juruá, 2013.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A preservação da empresa, mesmo na falência. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (Coords.). *Direito recuperacional: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2009.

TORON, Alberto Zacharias; SZAFIR, Alexandra Lebelson. *Prerrogativas profissionais do advogado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

TRIAL. In: COLLINS English Dictionary. Disponível em: <https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/trial>.

TWINNING, Willian. *Rethinking evidence: exploratory essays*. 2nd ed. Cambridge: University Press, 2006.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW - UNCITRAL. *Legislative Guide on Insolvency Law* (Provisional Final Edition). 2004. Disponível em: <https://www.UNCITRAL.org/english/texts/insolven/insolvencyindex.htm>.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW - UNCITRAL. *Model law on cross-border insolvency with guide to enactment and interpretation*. New York: United Nations, 2014. Disponível em: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/1997-model-law-insol-2013-guide-enactment-e.pdf>. Acesso em: 05 maio 2019.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW - UNCITRAL. *Model law on recognition and enforcement of insolvency-related judgements with guide to enactment*. Vienna, United Nations, 2019. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/ml_recognition_gte_e.pdf.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW - UNCITRAL. *Status: UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency (1997)*. Disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency/status.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW - UNCITRAL. *UNCITRAL Legislative Guide on insolvency law: part three - treatment of enterprise groups in insolvency*. United Nations, 2012.

VASCONCELOS, Ronaldo. *Direito processual falimentar (de acordo com a lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005)*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Do administrador judicial e do Comitê de Credores. In: SOUZA JR., Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coords.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 164-185.

VIEIRA, Christian Garcia. *Desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC: natureza, procedimentos e temas polêmicos*. Salvador: Juspodivm, 2016.

WEBSTER, Noah. *Webster's new collegiate dictionary*. 8. ed. Springfield, Mass.: G. & C. Merriam, 1976.

WESSELS, Bob; MARKELL, Bruce A.; KILBORN, Jason J. *International cooperation in bankruptcy and insolvency matters*. New York: Oxford University Press, 2009.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ZUCKERMAN, Adrian A. S. Privilege and public interest. In: TAPPER, Colin (Ed.). *Crime proof and punishment: essays in memory of Sir Rupert Cross*. London: Butterworths, 1981.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). *Direito e economia*. Rio de Janeiro, Campus, 2005.

Legislação, jurisprudência e outros documentos

Application of Bank of Montreal, Case No. 11-mc-00179, at *2 (S.D.N.Y. July 12, 2011).

BRASIL. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm.

BRASIL. *Anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil*. Brasília-DF: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496296>. Acesso em: 05 dez. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto nº 2.067, de 12 de novembro de 1996*. Promulga o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1996/decreto-2067-12-novembro-1996-444964-publicacaooriginal-1-pe.html>.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. *Decreto Legislativo nº 137, de 19 de fevereiro de 2013*. Aprova, com ressalvas, o texto da Convenção sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em matéria Civil ou Comercial, assinada em Haia, em 18 de março de 1970. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2013/decretolegislativo-137-19-fevereiro-2013-775378-publicacaooriginal-139060-pl.html>.

BRASIL. *Decreto nº 1.899, de 9 de maio de 1996*. Promulga a Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, de 30 de janeiro de 1975. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1899.htm.

BRASIL. *Decreto nº 2.067, de 12 de novembro de 1996*. Promulga o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D2067.htm.

BRASIL. *Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850*. Determina a ordem do Juízo no Processo Commercial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm.

BRASIL. *Decreto nº 9.039, de 27 de abril de 2017*. Promulga a Convenção sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial, firmada em Haia, em 18 de março

de 1970. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9039.htm.

BRASIL. *Lei 14.112, de 24 de dezembro de 2020*. Altera as Leis n os 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm.

BRASIL. *Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

BRASIL. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Código Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/lei5172-1966-codigo-tributario-nacional-ctn.htm>.

BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impressao.htm.

BRASIL. *Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404compilada.htm.

BRASIL. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm.

BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Ley 1116 de 2006*. Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 1910 de 2009. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Disponível em: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=22657>.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes versus Brasil*. Sentença de 4 de julho de 2006 (Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf.

EASTERN Caribbean Supreme Court Territory of the Virgin Islands in the High Court of Justice Commercial Division Claim no.: BVIHC (COM) 2019/0066 Between: AAA Claimant and TTT Defendant. Disponível em: <https://www.harneys.com/media/1985/aaa-v-ttt.pdf>.

EC Regulation on Insolvency Proceedings 2000.

ENGLAND AND WALES. Court of Appeal. *Anton Piller KG v. Manufacturing Process* [1976] 2 WLR 162 CA. Disponível em: <http://uniset.ca/other/cs3/1976Ch55.html>.

ENGLAND AND WALES. *Mitsui & Co Ltd v Nexen Petroleum UK Ltd* [2005] EWHC 625 (Ch) (29 April 2005). Disponível em: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/D-007-6589?originationContext=document&transitionType=PLDocumentLink&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/D-007-6589?originationContext=document&transitionType=PLDocumentLink&contextData=(sc.Default)).

ENGLAND AND WALES. *Totalise Plc v Motley Fool Ltd* [2001] EWCA Civ 1897 (19 December 2001). Disponível em: <https://lexlaw.co.uk/wp-content/uploads/Totalise-Plc-v-Motley-Fool-Ltd-Anor-2001-EWCA-Civ-1897-19-December-2001.pdf>.

Foster v. Charles (1830), 4 M. & p. 70.

THE HAGUE. Special Commission met in The Hague. *Conclusions and Recommendations Adopted by the Special Commission on the Practical Operation of the Hague Apostille, Evidence and Service Conventions* (28 October to 4 November 2003). Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/0edbc4f7-675b-4b7b-8e1c-2c1998655a3e.pdf>.

HOUSE OF LORDS. *British Steel Corporation, Respondents and Granada Television Ltd., Appellants*. Annotated authoritative version at: [1981] A.C. 1096. Disponível em: <http://uniset.ca/terr/css/britishsteel.html>.

NEW YORK (State). *First report of commissioners on practice and pleadings*. Albany: Charles Van Benthuysen, public printer, 1848. Code of Procedure. Disponível em <https://play.google.com/store/books/details?id=LVRSAAAAcAAJ&rdid=book-LVRSAAAAcAAJ&rdot=1>.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – OAB. Conselho Federal. *Provimento nº 188/2018*. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. 11 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>.

ROYAL COURT OF JUSTICE. High Court of Justice Queen's Bench Division Divisional Court. *Neutral Citation Number: [2008] EWHC 2048 (Admin)*. Disponível em: http://image.guardian.co.uk/sys-files/Guardian/documents/2008/08/21/mohamed_full210808.pdf.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. Disponível em: www.stj.jus.br.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE – TJSE. Disponível em: <https://www.tjse.jus.br/portal/consultas/consulta-processual>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO – TJSP. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO – TRF2. Disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/portal/>.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO - TRF3. Disponível em: <https://www.trf3.jus.br/>.

UNITED KINGDOM - UK. *Civil Procedure Rules (CPR)*. Disponível em: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil>.

UNITED KINGDOM - UK. *The Cross-Border Insolvency Regulations 2006*. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2006/1030/contents/made>.

UNITED KINGDOM - UK. House of Lords. *Norwich Pharmacal Co. and Others Appellants and Customs and Excise Commissioners Respondents*. [1974] AC 133. Disponível em: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1973/6.html>.

UNITED STATES. District Court District of New Hampshire. *Anderson v. Trustees of Dartmouth College*, 2020 WL 5031910 (D.N.H. Aug. 25, 2020). <https://presnellonprivileges.com/wp-content/uploads/2020/09/Dartmouth-Opinion.pdf>.

UNITED STATES. District Court, S.D. Florida. *SNP Boat Serv. S.A. v. Hotel Le St. James*, 483 B.R. 776, 786 (S.D. Fla. 2012). Disponível em: <https://casetext.com/pdf-email?slug=snp-boat-serv-sa-v-hotel-le-st-james-1>.

UNITED STATES. *Federal Rules of Civil Procedure*. The Committee on the Judiciary House of Representatives. December 1, 2019. Disponível em: https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_civil_procedure_dec_1_2019_0.pdf.

UNITED STATES. *U.S. Code*. Cornell Law School, Legal Information Institute. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text>.

US Bankruptcy Code

US. SUPREME COURT. *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 542 U.S. 241 (2004). Certiorari to the united states court of appeals for the ninth circuit No. 02–572. Argued April 20, 2004—Decided June 21, 2004. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/542/241/>.

US. SUPREME COURT. *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/>.

US. SUPREME COURT. *U.S. Securities and Exchange Commission. SEC v. Collins & Aikman Corporation, et al. Case No. 07-cv-02419-SAS (EDNY)*. Disponível em: https://jenner.com/system/assets/assets/3158/original/SEC_v._Collins.pdf?1319476792.