

JOÃO LUIZ LESSA DE AZEVEDO NETO

**PRODUÇÃO AUTÔNOMA DE PROVAS E AS TRADIÇÕES JURÍDICAS: DIÁLOGO ENTRE AS
EXPERIÊNCIAS BRASILEIRA E ANGLO-AMERICANA**

TESE DE DOUTORADO

ORIENTADOR: PROFESSOR ASSOCIADO DOUTOR ANTÔNIO CARLOS MARCATO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO – SP

2020

JOÃO LUIZ LESSA DE AZEVEDO NETO

**PRODUÇÃO AUTÔNOMA DE PROVAS E AS TRADIÇÕES JURÍDICAS: DIÁLOGO ENTRE AS
EXPERIÊNCIAS BRASILEIRA E ANGLO-AMERICANA**

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração *Direito Processual*, sob orientação do Professor Associado Doutor Antônio Carlos Marcato.

Versão corrigida. A versão original, em formato eletrônico (PDF), encontra-se disponível na CPG da Unidade.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO – SP

2020

AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de

Produção autônoma de provas e as tradições jurídicas: diálogo entre as experiências brasileira e anglo-americana / João Luiz Lessa de Azevedo Neto; orientador Antonio Carlos Marcato -- São Paulo, 2019.
393 p.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito - Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Provas. 2. Direito – Processo Civil. 3. Direito – Comparado. I. Marcato, Antonio Carlos, orient. II. Título.

Nome: AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de

Título: Produção autônoma de provas e as tradições jurídicas: diálogo entre as experiências brasileira e anglo-americana

Tese apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo para a obtenção do
título de Doutor em Direito.

Aprovado em: ____ / ____ / ____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

*Para minha família, com gratidão ao nosso
Senhor.*

AGRADECIMENTOS

A elaboração de uma tese de Doutorado é, por excelência, uma jornada solitária. Curiosamente, a minha não foi. Fui tão rodeado de amor, amizade e coleguismo que seria injusto pensar que este trabalho é fruto de solidão. É, sim, uma monografia. Escrevi-o só. Se bem que mesmo aí, no árduo trabalho escrever, sempre contei com a generosidade do incentivo, da orientação, da discussão de várias pessoas. Os anos de doutoramento no Largo de São Francisco foram tão intensos que seria uma injustiça tremenda falar em solidão. *“Eu não ando só, só ando em boa companhia.”*

O primeiro agradecimento é para minha família. Para a família de onde vim, meus pais, irmãos, cunhados e sobrinhos (Luiz, Ana, Felipe, Isabela, Bernardo, Roberta, Lara, Luiz, Tobias e Theo), que soube compreender e incentivar a minha mudança do Recife para São Paulo, mesmo que a saudade aperte no peito. Para a família que agora construo – Paulyne, minha esposa, casamo-nos no meio da elaboração desta tese (e da sua tese também!) e eu não teria conseguido sem você. Mais uma jornada difícil e fascinante que superamos, juntos. Meus sogros e cunhada, Paulo, Genilda e Isabelle, também sempre prestaram o mais caloroso apoio e encorajamento.

Sou muito grato ao Professor Antônio Carlos Marcato. A acolhida que ele me deu nas Arcadas, a confiança que, reiteradamente, depositou em mim afastam qualquer solidão na elaboração da tese. Sinto muito orgulho de tê-lo como orientador, amigo e padrinho, junto com a Maria Célia.

Não sei por que insisti em falar em solidão. A jornada em São Paulo foi sempre cercada de pessoas maravilhosas, familiares e amigos. Minhas tias Raquel e Cláudia Meucci, meus primos, Cláudia, Débora, Fábio, Ellen, Breno, Marcelo e Daniela. Os amigos da USP: Thiago Siqueira, Thiana Cabral, Daniel Miranda, Elie Eid, Marco Scampini, Tagie Essenhaim, Bruna Tourinho, Felipe Rodrigues, Sandra Caparelli. Também, os da PUC/SP (não sei nem como fiz tantos amigos por lá): Victor Miranda, Guilherme Takeishi, Arthur Arsuffi, Carol Uzeda, Marília Barros, Fernanda Pitta.

Muitos outros amigos especiais acompanharam a caminhada, Rafael Gama, Bruno Torres, Marcell Barga e Camila Sanches. Outros dois amigos, a Professora Eugênia Barza e o Clávio Valença Filho, merecem um agradecimento especial pelo incentivo e companheirismo. Alberto Maia tem minha gratidão pela generosa revisão de alguns manuscritos iniciais do trabalho e por debater as ideias, quando ainda estavam em formação. Em Washington-DC, Nora

Osmani, companheira de pesquisas e de festas, foi importante e tem minha gratidão por discutir várias ideias da tese e por tornar a jornada estadunidense mais agradável. A Luciana Pimenta tem minha gratidão pela dedicada e atenciosa revisão final, gramatical e ortográfica, do texto e Maria Wanick pela revisão dos resumos em língua estrangeira.

Os Professores da USP Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe, Carlos Alberto Carmona e Heitor Sica e os Assistentes Helena Abdo, Daniel Neves, Daniel Penteado, Marcus Onodera, Clarisse Lara Leite, Bruno Vasconcelos Lopes e Fernando Cais merecem um registro e agradecimento particular por terem contribuído para muitas de minhas reflexões. Os Professores Carmona e Helena Abdo participaram, junto com o Professor Marcato, da banca de qualificação deste trabalho e suas críticas e sugestões contribuíram para o amadurecimento das ideias.

Os amigos da ANNEP, Associação Norte-Nordeste de Professores da Processo, têm a minha gratidão, por sempre incentivarem o estudo sério, comprometido, do Direito Processual e por terem sido um norte em minha formação. Todos merecem meu abraço sincero.

Preciso registrar meu agradecimento ao *da Fonte, Advogados*, não apenas pelo espaço de cordial convívio e trabalho. É que sem o apoio dele, por intermédio de Alexandre e Rogério, para minha vinda para São Paulo e sem o incentivo incondicional para meu período de pesquisa em Washington-DC, esta tese não teria sido elaborada e minha trajetória pessoal seria outra. Bruno, Gabriela, Fernanda, Francisco, Rafaela e Sônia têm minha gratidão pela convivência afável. Já no final da tese, a Câmara de Conciliação Mediação e Arbitragem Ciesp/Fiesp virou meu novo local de trabalho diário, sou grato aos Ministros Sydney Sanches e Ellen Gracie, a todos os Conselheiros e, particularmente, aos que fazem a Secretaria-Geral: Lilian Bertolani, Luiz Palma, Daniel Faci, Jéssica Cacique, Larissa Hollo, Aline Santos, Jéssica Picerni e Cláudio.

Duas instituições merecem minha admiração e meu agradecimento genuíno, por terem sido os locais onde trabalhei e pesquisei nesta jornada: as Faculdades de Direito da Universidade de São Paulo e da Georgetown University. Tenho muito orgulho de ter estudado e pesquisado nas duas. O doutoramento nas Arcadas era um sonho antigo e foi a realização do projeto pessoal de estudar nas duas faculdades mais antigas e tradicionais do país, após meu bacharelado e mestrado na Faculdade de Direito do Recife. A Georgetown University foi fundamental para a maturação da minha pesquisa e sem a experiência como *visiting researcher*, no inverno (verão no Brasil) de 2018-2019, eu não teria conseguido acesso a muitas das obras citadas e nem uma correta compreensão sobre o *discovery*, é preciso reconhecer o acolhimento

e grande oportunidade que lá tive. O período em que vivi em Washington-DC foi fundamental para o aprofundamento das ideias e da pesquisa.

Bem pensadas as coisas, a gestação destas ideias também dependeu de outras pessoas e instituições. O curso sobre Direito norte-americano que frequentei na Fordham University, no verão de 2017, é que me direcionou definitivamente para o estudo do *discovery* e aguçou minha curiosidade sobre o sistema processual norte-americano. Preciso, então, registrar o agradecimento pela generosa concessão da Thiago Moraes Barbarisi Memorial Scholarship, que permitiu minha ida para Nova Iorque, e pela gentileza com que fui recebido pela Professora Toni Jeager-Fine. Antes disso a experiência no intercâmbio de jovens advogados promovido pelo Conselho Federal da OAB, a Law Society, o Bar Council da Inglaterra e País de Gales e o curso na BPP Law School, bem como os períodos de trabalho no Clyde & Co e no Thomas More Chambers, em 2016, foram fundamentais para a compreensão do funcionamento do processo civil inglês. A isso se some uma experiência importante, vivida antes mesmo do início do doutorado, ainda durante o curso de meu mestrado na Universidade Federal de Pernambuco: o valioso período de estudos da Queen Mary, University of London como *postgraduate associate*, quando tive o primeiro contato mais próximo com o funcionamento do Direito inglês.

Como bem se vê tenho muito o que e a quem agradecer, a construção de uma tese é um trabalho lento e marcado por muitas pessoas e influências. É sinal, então, de que fui muito abençoado, razão pela qual termino rendendo graças a Deus!

RESUMO

AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. **Produção autônoma de provas e as tradições jurídicas: diálogo entre as experiências brasileira e anglo-americana.** 393 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

A produção de provas, tradicionalmente, relaciona-se com a coleta de meios para a formação da convicção do julgador, que os apreciará para a prolação de seu julgamento. A fase de instrução do processo, a maneira como se dá a coleta de provas, representa um dos traços distintivos entre a o processo civil de *Common Law* e de *Civil Law*. Na Inglaterra e nos Estados Unidos, o *disclosure* ou *discovery*, embora volte-se justamente para a coleta de meios de prova para o julgamento, é marcado pela condução das partes e tem se apresentado como um mecanismo que, por vezes, viabiliza a disposição do caso sem a necessidade de *trial*. Mais precisamente, nas duas tradições jurídicas se observa que a investigação processual dos fatos, com a constituição de provas, é um instrumento para viabilizar a solução consensual do conflito e para a avaliação estratégica do caso, colocando-se como uma ferramenta à disposição das partes, destinatárias de seu conteúdo. No Brasil, o Código de Processo Civil de 2015 cuidou especificamente das ações probatórias autônomas, que possuem por objeto a simples constituição da prova. Esta tese investiga se existe paralelismo entre as ações probatórias autônomas brasileiras e o *discovery* anglo-americano e, também, quais os limites para a produção autônoma de provas.

Palavras-chave: Processo civil. Produção de provas. Tradições jurídicas ocidentais. *Discovery*. *Disclosure*. Ações probatórias autônomas.

ABSTRACT

AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. **Autonomous collection of evidence and legal traditions: dialog on the Brazilian and Anglo-American Traditions.** 393 f. Thesis (Doctorate) – Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2020.

The collection of evidence is traditionally related to the taken of means of proof for the appreciation of the facts by the judge, he will than evaluate and rule on the case. The pretrial fase and the way evidence is gathered is regarded as one of the distinctive traits between Common Law and Civil Law. In England and in the United States the disclosure or discovery, albeit designed to collect evidence to be presented during the trial, are conducted by the parties and has allowed, often, the disposition of the case without trial. At both legal traditions factual investigation, with the take of evidence, is a mean to allow consensual dispute resolution and for strategic evaluation of the case by the parties, that in this sense are destinataries of the means of proof. In Brazil the Civil Procedure Code of 2015 regulated the action for the autonomous collection of evidence, that has for sole purpose the gathering of means of proof. This thesis investigates if there is any parallelism of this actions for the autonomous collection of evidence and the Anglo-American way of discovery, it also investigates the limits on the autonomous production of evidence.

Key words: Civil procedure. Evidence. Western legal tradition. Discovery. Disclosure. Autonomous discovery.

RÉSUMÉ

AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. **Production autonome des preuves et traditions juridiques: dialogue entre les expériences brésilienne et anglo-américaine.** 393 f. Thesis (Doctorat) – Faculté de Droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2020.

La production des preuves, traditionnellement, est liée à la collecte des moyennes de preuve pour la formation de la conviction du juge, que les apprécie pour juger le procès. La phase instructrice, la façon pour laquelle s'opère la collect des preuves, est un des traits distinctifs du procès de *Common Law* et de *Civil Law*. À l'Angleterre e aux États-Unis, l'institut du *disclosure* ou *discovery*, même quand pensé pour réunir des moyennes de preuve pour le jugement, est conduit pour les parties et se présente comme un mécanisme que, au long du procès, permette la disposition du cas sans la nécessité du *trial*. Plus précisément, dans les deux traditions juridiques s'observe que l'investigation des faites, avec la constitution des preuves, est un instrument pour viabiliser la résolution consensuelle du conflit et pour l'évaluation stratégique du cas, comme un outil à disposition des parties, destinatrices de son contenu. Au Brésil, le Code de Procédure Civile de 2015 a établi spécifiquement les actions probatoires autonomes, avec l'objet de simple production de preuve. Cette thèse investigate s'il existe quelque parallélisme entre les actions probatoires autonomes et le discovery Anglo-Américain et, aussi, des limites de la production autonome de la preuve.

Mots-clés: Procedure civile. Production de preuves. Traditions juridiques occidentales. Discovery. Disclosure. Mésures d'instruction in futurum.

Lista de Abreviaturas

CDC	<i>Código de Defesa do Consumidor</i> . É o Código brasileiro que dispõe sobre a proteção do consumidor (Lei nº 8.078/1990).
Convenção de Haia	<i>Convenção sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial, firmada em Haia, em 18 de março de 1970</i> . Para o ordenamento jurídico brasileiro, a Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 137, de 19 de fevereiro de 2013 e depositada junto ao Ministério dos Negócios Estrangeiros dos Países Baixos, em 9 de abril de 2014, com reserva ao parágrafo 2º do art. 4º e ao Capítulo II, nos termos do art. 33, e com as declarações previstas nos art. 8º e art. 23, tendo entrado em vigor para a República Federativa do Brasil, no plano jurídico externo, em 8 de junho de 2014, e sido promulgada pelo Decreto Presidencial nº 9.039, de 27 de abril de 2017.
CPC/1939	<i>Código de Processo Civil de 1939</i> . É o Código de Processo Civil Brasileiro de 1939 (Decreto-Lei nº 1.608/1939).
CPC/1973	<i>Código de Processo Civil de 1973</i> . É o Código de Processo Civil Brasileiro de 1973 (Lei nº 5.969/1973).
CPC/2015	<i>Código de Processo Civil de 2015</i> . É o Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 (Lei nº 13.105/2015).
CEA/1968	<i>Civil Evidence Act of 1968</i> . É a lei da Inglaterra e País de Gales sobre Direito Probatório para casos cíveis, introduzida em 1968.
CEA/1995	<i>Civil Evidence Act of 1995</i> . É a lei da Inglaterra e País de Gales sobre Direito Probatório para casos cíveis, introduzida em 1995.
CPR	<i>Civil Procedure Rules</i> . É a lei processual da Inglaterra e do País de Gales, introduzida em 1999.
EA/1975	<i>Evidence (Proceedings in Other Jurisdictions) Act 1975</i> . É a lei da Inglaterra e do País de Gales que cuida sobre os pedidos de produção de provas para utilização em processos estrangeiros, introduzida em 1975.
EOAB	<i>Estatuto da OAB</i> . É Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) (Lei nº 8.906/1994)
FRCP	<i>Federal Rules of Civil Procedure</i> . É a legislação federal Norte-Americana sobre processo civil, introduzida em 1938.
FRE	<i>Federal Rules of Evidences</i> . É legislação federal Norte-Americana sobre direito probatório, introduzida em 1975.

Lei de Propriedade Industrial	É a lei que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial (Lei nº 9.279/1996).
Lei de Mediação	É a Lei nº 13.015/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.
Lei do Mandado de Segurança	É a Lei nº 12.016/2009, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo.
LSA	É a Lei nº 6.404/1976, que dispõe sobre as sociedades por ações.
USC – <i>United States Code</i>	É a consolidação e codificação, por matérias, das leis gerais federais dos Estados Unidos da América.

Sumário

1. INTRODUÇÃO. OBJETO PROPOSTO E HIPÓTESE.....	19
1.1. Noções iniciais sobre a prova, processo e tradições jurídicas.....	19
1.1.1. As tradições de Civil Law e Common Law e o Direito Probatório	23
1.2. Delimitação do objeto e justificativa: admissibilidade e relevância probatória, sua intrínseca relação com o objeto litigioso do processo e novas perspectivas das provas.....	30
1.2.1. O porquê do estudo do discovery anglo-americano e sua relação com as ações probatórias autônomas brasileiras	32
1.3. Plano de trabalho: a estrutura da tese	40
2. CONCEPÇÕES SOBRE A PROVA JURÍDICA E SEUS IMPACTOS NA DOGMÁTICA PROCESSUAL OCIDENTAL.....	42
2.1. Objetivos do capítulo	42
2.2. Os “meios de prova irracionais”. Cultura, processo e escatologia.....	43
2.3. Razão e epistemologia na prova jurídica. O racionalismo probatório	47
2.3.1. Wigmore e a “Ciência das Provas”	61
2.4. A retórica probatória e a decisão judicial.....	65
2.5. O realismo probatório norte-americano. Jerome Frank: um crítico otimista?	68
2.6. Ceticismo probatório e a posição da dogmática processual ou “não há nada de inocente no acreditar”	72
2.6.1. Ceticismo sobre o ceticismo, o papel tradicional da prova no processo.....	74
2.7. Da teoria à prática: o impacto da discussão para a atividade processual probatória e o enquadramento das provas autônomas.....	83
3. DIREITO À PROVA, NOÇÕES DE <i>CIVIL LAW</i> E DE <i>COMMON LAW</i>	88
3.1. Os objetivos da prova jurídica e o reconhecimento do direito autônomo à prova.....	88
3.1.1. Direito Probatório: entre o direito material e o processual? Visões de Civil Law e Common Law.....	100
3.2. Direito à prova e juízo declaratório sobre fato.....	105

3.3. Direito à prova, direito de provar e dever de provar	106
3.4. Prova e processo judicial: a relação entre prova, objeto do processo e decisão judicial: a noção de <i>thema probandum</i>	109
3.5. Sobre os poderes instrutórios do juiz e a infundável polêmica entre publicistas e garantistas: questões ideológicas.....	113
4. O DISCOVERY NOS ESTADOS UNIDOS E NA INGLATERRA	121
4.1. Introdução	121
Linhas sobre a formação do Direito Probatório anglo-americano	121
4.3. Processo civil na Inglaterra e nos Estados Unidos, uma aproximação do tema: <i>Equity</i> e <i>Common Law</i>	127
4.4. Um modelo processual de julgamento concentrado. O processo “bifásico”	130
4.5. Organização do procedimento e as provas nos Estados Unidos: o <i>pleading</i>	134
4.5.1. Organização do procedimento e as provas nos Estados Unidos: <i>discovery</i>	137
4.6. O “excepcionalismo americano” e o papel do <i>discovery</i>	141
4.7. O <i>discovery</i> nos Tribunais Federais Americanos	144
4.7.1. Meios de prova legalmente previstos no <i>discovery</i>	148
4.7.2. Direito autônomo a prova, pré-constituição da prova e o <i>discovery</i>	150
4.7.3. A abrangência da <i>discovery</i> : o movimento de limitação	152
4.7.4. Recentes desenvolvimentos jurisprudências: a importância das investigações informais prévias das partes e a delimitação do <i>pleading</i>	158
4.8. O papel do juiz no controle e evolução da <i>discovery</i>	161
4.9. O <i>disclosure</i> no Direito da Inglaterra e País de Gales: a influência das <i>Civil Procedure Rules</i>	164
4.9.1. Premissas da <i>disclosure</i> na Inglaterra e no País de Gales	167
4.9.2. Os pre-action protocols e a revelação de informações e provas antes do início do processo	168
4.9.3. A ação para <i>disclosure</i> pré-processual. Produção antecipada de provas não urgentes à inglesa	170
4.9.4. O <i>disclosure</i> na fase de pretrial	174

4.10. Fishing expeditions e abuso de discovery	179
4.11. Proeminência das partes e dos advogados?	181
4.12. O fim do <i>trial</i> ? Novas perspectivas da fase instrutória e o papel das provas.....	184
4.13. A proporcionalidade probatória e o controle do processo.....	191
5. OS LIMITES TRADICIONAIS DA ATIVIDADE PROBATÓRIA: RELEVÂNCIA E ADMISSIBILIDADE	194
5.1. A relação entre relevância e admissibilidade: enquadramento tradicional do tema ...	194
5.2. Limitações à introdução de material probatório no processo. Justificativas legítimas ao direito fundamental de produzir prova no processo	203
5.3. Relevância da prova, sua análise e o “princípio da melhor prova”	205
5.3.1. Relevância como critério lógico-jurídico e a demonstração de fatos correlatos à questão de fato central.....	213
5.4. Regras de exclusão e admissibilidade	215
5.5. Privilégios no Direito americano	218
5.6. Confidencialidade, privilégios e investigação no Direito inglês.....	220
5.7. A questão das provas atípicas. Um problema de <i>Civil Law</i> ?	224
5.8. O paternalismo epistêmico. Uma preocupação da <i>Common Law</i> ?	228
5.9. Provas ilícitas: controle flexível?	231
5.10. A questão da prova emprestada.....	234
5.11. A modificação do papel da prova jurídica. Da prova voltada para o julgamento e o passado para a prova voltada para o futuro e os novos objetivos. Questões para as noções de admissibilidade e relevância.....	238
6. NOVAS PERSPECTIVAS DAS PROVAS, PARA ALÉM DO CONVENCIMENTO DO JULGADOR	241
6.1. Introdução	241
6.2. Novas funções da prova para além da formação da convicção do julgador e as ações probatórias autônomas	241
6.3. Processo como espaço democrático de investigação dos fatos	245
6.3.1. As provas no sistema multiportas de justiça civil	251

6.3.2. Os contornos da verificação dos fatos nos meios consensuais.....	254
6.3.3. Produção autônoma de provas e arbitragem	257
6.4. A internacionalização do contencioso e a produção autônoma de provas	264
6.4.1. Convenção de Haia de 1970.....	268
6.4.2. A resposta dos Tribunais americanos às limitações dos demais signatários da Convenção de Haia	273
6.4.3. Discovery nos Estados Unidos em apoio a processos internacionais	274
6.4.4. Disclosure quando não há processo civil pendente ou esperado na Inglaterra e no País de Gales	280
6.4.5. A produção de provas no Brasil, para a utilização em um processo estrangeiro .	282
7. PRODUÇÃO AUTÔNOMA DE PROVA: PROXIMIDADE COM O <i>DISCOVERY</i>?	288
7.1. Ações para produção antecipada de provas: uma velha novidade	288
7.2. O CPC/2015 e a ação para produção antecipada de provas	294
7.3. Partes, terceiros e interessados.....	298
7.4. O papel do juiz na produção antecipada de provas	303
7.5. Um juiz que controla a produção de provas a serem apreciadas por outro julgador, similitude com o arquétipo anglo-americano?	307
7.6. Produção antecipada de prova e o objeto de um processo futuro	309
7.7. Produzir prova é, efetivamente, produzir: cautelas necessárias	314
7.8. Relevância e admissibilidade em duplo nível: a utilização do material probatório obtido	318
7.9. Cooperação, contraditório e participação na produção antecipada de prova	320
7.10. Privilégios e limitações ao direito à prova	332
7.10.1. Limitação à inspeção judicial e ao depoimento pessoal da parte?	339
7.10.2. Respeito à confidencialidade e à privacidade	341
7.10.3. Proteção de informações comerciais e industriais sensíveis	344
7.10.4. Sigilo profissional	346

7.11. Direito à não autoincriminação e a não produzir provas contra si próprio	348
7.12. A proporcionalidade probatória: o papel do juiz no controle da produção antecipada de provas	351
8. CONCLUSÃO	355
8. 1. Sobre a primeira hipótese: A ação probatória autônoma, nos termos do CPC/2015, guarda paralelismo com o <i>discovery</i> existente na tradição anglo-americana?	355
8.2. Sobre a segunda hipótese: os contornos da investigação processual existentes nos Direitos da Inglaterra e dos Estados Unidos são úteis para identificação dos limites de exercício autônomo do direito à prova?	361
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	365

1. INTRODUÇÃO. OBJETO PROPOSTO E HIPÓTESE.

1.1. Noções iniciais sobre a prova, processo e tradições jurídicas

O Direito Probatório é um tema central para a Ciência Jurídica. A identificação dos fatos relevantes para a correta aplicação das normas jurídicas é um dos objetivos fundamentais do processo. Qualquer processo, para que possa ser considerado como devido e adequado, não prescinde de regras que cuidem da admissão, exclusão e produção dos meios de prova, visando à construção de uma percepção da realidade – dos fatos – que permita a efetiva aplicação do Direito.

A própria atividade jurisdicional encontra-se voltada para os fatos e para as normas, expectativas de conduta contrafáticas por excelência. Enquanto as regras jurídicas são deontológicas e voltam-se para uma realidade que deveria se verificar, os meios de prova procuram demonstrar o que aconteceu no mundo real, empírico, e são apresentados para formar uma convicção naquele responsável por (ou interessado em) juridicamente (re)conhecer a existência desse acontecimento. Entretanto, não é qualquer meio ou qualquer fonte que pode ser adotada para a demonstração dos fatos em um processo jurídico. São as próprias regras que irão delimitar quais provas devem ser consideradas e quais os fatos relevantes, bem como o “grau” ou “valor” probante que se deve atribuir a certos elementos. Além disso, as regras podem criar presunções, que fazem com que não seja necessário ou mesmo possível produzir prova. As regras, portanto, qualificam os fatos e estabelecem como é que se dará a sua verificação e determinação jurídica. As regras, por ficção sistêmica, são de conhecimento do julgador¹, *iura novit curia*, os fatos, ou mais precisamente as alegações sobre os fatos, é que dependem de prova², pois pela garantia da inércia e da demanda o juiz deve ser inicialmente ignorante sobre os fatos. Embora a própria distinção entre fatos e provas seja problemática e possua suas limitações teórico-operacionais³, o binômio é fundamental para a estruturação do processo judicial em seu paradigma moderno⁴.

¹ Apenas em hipóteses excepcionais é que as normas precisam ser provadas, como acontece com o direito estrangeiro, municipal, estadual ou consuetudinário, art. 376 CPC/2015.

² AROCA, Juan Montero. **La prueba en el proceso civil**. 7. ed. Madri: Civitas, 2012, p. 39-42.

³ GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 69-70.

⁴ A questão também se relaciona com a afirmação da própria cientificidade do Direito, enquanto ciência das normas, a justificar uma distinção epistemológica para com o objeto da ciência dos fatos. A raiz da distinção e apartamento (artificial) entre fatos e normas está relacionada à pretensão metodológica de uma ciência jurídica. Vide: CASTANHEIRA NEVES, António. A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como Tribunal de “Revista”. In: **Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. v. I, p. 487.

Não é por acaso que o domínio do Direito Probatório atrai particular atenção da epistemologia⁵ e da hermenêutica jurídica. Os problemas do conhecimento – da verdade⁶ – no Direito e no processo e da interpretação e qualificação jurídica dos fatos se apresentam como centrais para a filosofia do Direito. A dogmática jurídica, contudo, é que irá estabelecer o regramento sobre a apresentação, utilização e interpretação dos fatos no processo. A investigação da realidade fática em um processo jurídico não se distingue ontologicamente daquela que se opera em outros meios, como a investigação jornalística ou histórica, por exemplo, mas é pautada por uma série de limitações e de formalidades, vale dizer, por constrições normativas. Se a realidade é sempre contingente e apenas capaz de parcial apreciação retrospectiva, sendo ela, também, objeto de interpretação e reconstrução semântica, no processo isso se mostra ainda mais pungente, em virtude das limitações do próprio procedimento e da necessidade de salvaguardar outros valores protegidos, para além da investigação da verdade, pelo ordenamento jurídico.

A investigação dos fatos no processo é temperada pela distribuição do ônus da prova entre as partes e pelo princípio da contradição; apenas os fatos controvertidos e relevantes é que serão objeto de prova⁷. Procurar entender o que efetivamente aconteceu em um dado caso é fundamental para o desenvolvimento legítimo do processo, mas há outros valores e interesses, igualmente importantes, que constroem a possibilidade de investigação, de valoração ou de apresentação de elementos de prova. Assim, a decisão judicial sobre os fatos não revela “a” verdade, mas uma determinada representação, construída a partir de meios limitados⁸. A investigação factual e a produção de provas no processo estão delimitadas diretamente pelo *thema probandum*, pelo objeto de prova, que está relacionado à questão dos fatos controvertidos, a partir de uma determinada pretensão de direito material deduzida em juízo.

Quando se pensa na relação entre processo e provas não se pode olvidar da própria relação entre fatos e normas e entre passado e presente. Por isso, a noção de Direito Probatório é, muitas vezes, relacionada com as *regras* sobre a verificação dos *fatos* e, outras tantas, com a própria possibilidade de conhecimento, reconstrução, presente do passado.

⁵Vide: HAACK, Susan. **Evidence matters: Science, proof and truth in the Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 1-26.

⁶ TARUFFO, Michelle. **Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos**. Cidade do México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013, p. 13.

⁷ DIDIER JR., Fredie. A distribuição legal, jurisdicional e convencional do ônus da prova no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: **Revista Direito Mackenzie**. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2017, v. 11, n. 2, p. 130.

⁸ VERGÈS, Étienne; VIAL, Geraldine; LECLERC, Oliver. **Droit de la preuve**. Paris: PUF, 2017, p. 10.

É oportuno distinguir, desde logo, que Direito Probatório pode ter dois significados próprios, sendo possível falar em “provas no processo” *strictu sensu* e *lato sensu*. No sentido estrito, está a noção de Direito Probatório a se confundir com as regras jurídicas sobre as provas e sua apresentação, sendo, portanto, uma percepção normativista da questão⁹. Mais adiante no trabalho esta concepção será retomada, por exemplo, para que se possa apresentar a noção de que a *discovery* não compõe o *Evidence Law*, na visão anglo-americana tradicional, e, também, para justificar a percepção de que a prova seria produzida apenas para permitir o julgamento de um caso. Em sentido amplo, por outro lado, os limites da questão superam aqueles dados jurídico-normativos do sistema, mas levam em consideração meios de prova atípicos e as diversas relações envolvidas na operação de estabelecer um fato como provado¹⁰. Nessa concepção há espaço para estudos de caráter psicológico (os vieses cognitivos envolvidos na questão, a psique relativa à formação do convencimento etc.), lógico (regras lógicas e dedutivas para comprovação de fatos), sociais (quais são as concepções adotadas pelos julgadores a decidirem sobre os fatos em dado contexto sociológico), retóricos (argumentos e técnicas para o convencimento do julgador)¹¹. Esta apresentação, em Wigmore, por exemplo, aproxima-se da proposta do autor de distinguir o estudo das regras sobre a apresentação e produção das provas no processo e uma “ciência” das provas, com significado mais amplo^{12 13}.

De maneira geral, os trabalhos jurídicos que cuidam do Direito Probatório estão voltados apenas para o seu sentido normativo ou restrito: para o estudo das regras sobre provas, sua introdução e produção no âmbito de um processo judicial, e tendo em vistas a formação do convencimento do julgador de fato¹⁴. É por isso que as noções de admissibilidade e relevância

⁹ Essa distinção é importante não apenas do ponto de vista da análise teórica da prova, mas, também, para determinar o tipo de intervenção judicial que é possível se fazer sobre as provas em grau de recurso. Por exemplo, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, através de recurso especial não é possível rever fatos ou pretender propriamente a valoração das provas constantes dos autos, como consagrado pela Súmula nº 7 STJ. Entretanto, é possível a interposição de recurso especial quando houver uma aplicação alegadamente equívoca da legislação federal pertinente sobre provas. Neste sentido, “*a errônea valoração da prova que enseja a incursão desta Corte na questão é a de direito, ou seja, quando decorre de má aplicação de regra ou princípio no campo probatório e não para que se colham novas conclusões sobre os elementos informativos do processo*” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 970.049/RO**, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 04/05/2017).

¹⁰ Em defesa de um papel mais abrangente da *Law of Evidences*: TWINING, William. Taking facts seriously – again. In: **Journal of Legal Education**. Washington: Association of American Law Schools, v. 55, p. 364-366.

¹¹ VERGÈS, Étienne; VIAL, Geraldine; LECLERC, Oliver. **Droit de la preuve**. Paris : PUF, 2017, p.13-14.

¹² Vide: WIGMORE, John Henry. **The principles of judicial proof as given by logic, psychology, and general experience and illustrated in judicial trials**. Boston: Little, Brown and Company, 1913, *passim*.

¹³ Para uma visão abrangente do tema, vide: DAWID, Philip; TWINING, William; VASILAKI, Mimi. **Evidence, inference and inquiry**. Londres: British Academy, 2012.

¹⁴ Há, muitas, vezes a predileção pela identificação da semântica da palavra com este sentido, como se vê, por exemplo: “*é preferível, na apresentação do conceito de prova, fixar o resultado, deixando de lado a atividade e os meios. Em tal sentido, as provas constituem os elementos extraídos do processo que subsidiam a convicção do juiz quanto à veracidade das alegações de fatos articuladas pelas partes.*” ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro** (versão eletrônica). São Paulo: RT, 2015, v. 2, p. 1303.

sempre estiveram no centro da disciplina e, na tradição anglo-americana, constituiriam o seu objeto principal de estudo. A doutrina continental também sempre tratou a prova sob o seu papel instrumental, de propiciar o julgamento de uma causa. Ainda cedo no século XX estabeleceu-se a relação entre a forma do procedimento e a função da prova, na perspectiva de sua análise pelo juiz, no clássico debate sobre a oralidade do processo¹⁵. A maioria dos estudos em Direito Probatório está, justamente, relacionada à coleta, admissão e avaliação de provas tendo em vista o julgamento de uma causa, de uma pretensão de direito material deduzida em juízo, ou, mais propriamente, a resolução de uma questão de fato. Ganham relevo, igualmente, os escritos sobre fundamentação judicial fática adequada, o que se relaciona precipuamente com o tema da valoração probatória e cognição factual.

Entretanto, a prova judicial, entendida como aquela produzida em um processo, cada vez mais passa a ser compreendida não apenas a partir de sua relação com o julgamento, decisão por um terceiro sobre as alegações de fato, mas passa a ser produzida e considerada no contexto de outros e novos objetivos – e isso traz um impacto direto para a percepção que se tem da matéria como um todo e, de maneira específica, para os critérios pelos quais as provas constituídas podem ser produzidas processualmente. Há, assim, um novo contexto para os sentidos de relevância e admissibilidade probatória. Além disso, há uma tendência de transição entre um modelo prévio e rígido de regras de admissibilidade para outro, flexível, voltado para as necessidades de cada caso e, inclusive, para objetivos outros, além da introdução de elementos para o julgamento das alegações fáticas. Assim, há um declínio das regras rígidas sobre provas, com importantes impactos para a matéria.

O próprio vocábulo “prova” apresenta inegável caráter polissêmico a indicar e pretender descrever fenômenos distintos¹⁶. Ela é utilizada para se referir a atividade de verificação dos fatos (atos tendentes à produção de meios de prova ou verificação de fatos), aos meios utilizados para esta verificação (prova no sentido de “meio de prova”) e à conclusão a que se chegue da análise dos elementos, a convicção (prova no sentido de se ter convencido, de se ter como provado, reputado como certo). A tradição anglo-americana na matéria refina a distinção conceitual entre o *evidence* e o *proof*, tendo o primeiro o sentido de meios de prova e o segundo o resultado positivo de convicção decorrente da análise desses meios. Da análise da *evidence* tem-se, pois, algo como *proved* ou *disproved*¹⁷. Os meios de prova (*evidence*), então, servem

¹⁵ CAVALLONE, Bruno. Forme del procedimento e funzione della prova (ottant'anni dopo Chiovenda). In: **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, 2006, a. LXI, n. 2, p. 417-418.

¹⁶ TARUFFO, Michele. Il concetto di “prova” nel Diritto Processuale. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2014, v. 229, p. 76.

¹⁷ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro** (versão eletrônica). São Paulo: RT, 2015, v. 2, p. 1303.

para provar (*prove*) um fato (ou, mais precisamente, sua alegação) juridicamente relevante e controvertido em um processo.

1.1.1. As tradições de Civil Law e Common Law e o Direito Probatório

A partir da premissa de que os meios de prova se voltam para a demonstração das alegações sobre fatos controvertidos no processo, é possível estabelecer a ideia de que a atividade probatória deve recair sobre um certo objeto e que a coleta de provas deve se dar na busca de elementos *relevantes* para sua verificação, sendo certo que a lei pode determinar que alguns meios de prova são inadmissíveis. Todo sistema processual, então, não prescinde das noções de admissibilidade e relevância. Entretanto, há grande variação sobre *quem* deve escolher as provas a serem apresentadas, *como* deve ser produzida a prova que ainda não existe e *quando* é desnecessária a produção de meios adicionais de prova. Cada legislação jurídico-processual procura apresentar respostas para estas situações, conformando o procedimento, atribuindo ônus e poderes aos atores do processo. A fase de instrução, coleta e apresentação das provas é fundamental para aquilo que se convencionou chamar de “modelos de processo¹⁸”.

Como dito, a relação entre processo e prova está associada aquela entre fatos e normas. Não é por acaso que quando se fala em “modelos processuais” a questão recai, em boa medida, sobre o papel do juiz justamente na coleta de meios de prova. O modo para investigação judicial e para identificação dos fatos no processo varia grandemente, a depender do regramento jurídico processual e material de cada país. As regras do Direito Probatório refletem o modelo de processo civil adotado e uma construção cultural de como se deve dar a verificação jurídica dos fatos e de qual o modelo processual melhor reflete os interesses de um grupo social¹⁹. O sistema processual, se não é um perfeito espelho da sociedade²⁰, posto que sua conformação é construída pelo conhecimento e atuação de uma classe burocrática altamente especializada, doutrinada, que adequa o conteúdo social, reflete as aspirações e interesses do grupo social a que serve²¹. É para reger a vida, garantindo o império da lei, acomodando e viabilizando a

¹⁸ DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de Direito Processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2011, v. 198.

¹⁹ CHASE, Oscar. Culture and disputing. In: **Tulane Journal of International and Comparative Law**. Nova Orleans: Tulane University, v. 7, p. 82.

²⁰ MITIDIERO, Daniel. Processo e Cultura: Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual. In: **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**. Porto Alegre: UFRGS, 2004, n. 2, p. 102.

²¹ Para uma descrição da discussão, vide: ALVES, Tatiana Machado. **Gerenciamento processual no Novo CPC: mecanismos para a gestão cooperativa da instrução**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 27-35.

convivência em uma sociedade complexa e plural, que o processo se coloca e se adequa²². Ou seja, se não há um completo fechamento, o processo operacionalmente se desenvolve, por suas próprias premissas e atuação da classe jurídica, mantendo uma constante abertura cognitiva e diálogo com outros subsistemas sociais.

Considerando as duas grandes famílias do direito ocidental, o *Civil Law* e o *Common Law*, o Direito Probatório se apresenta como fator de algumas das principais diferenças tradicionalmente identificadas pelos comparativistas. A estruturação do processo civil apresenta grandes distinções, muitas delas justificadas por fatores históricos²³, tradições e práticas, e outras tantas por causas culturais. É particularmente distinto, enquanto arquétipo, o modo de apresentação, de admissão e de avaliação das provas no processo, nas principais famílias jurídicas do ocidente²⁴⁻²⁵. Não é possível pensar na dicotomia entre as famílias jurídicas ocidentais e ignorar o papel da fase de investigação e instrução processual.

Thayer, em 1898, bem destacava o impacto causado no observador externo pelas peculiaridades do sistema probatório anglo-saxão, particularmente pela força das regras de exclusão de material probatório relevante. A afirmação da “*Law of Evidence*”, enquanto ramo autônomo do Direito, denota o desenvolvimento próprio do pensamento evidenciário²⁶ anglo-americano. Mirjan Damaska propôs uma clássica correlação entre o modo de organização da sociedade e do Estado e o modelo processual adotado²⁷, propondo que o Direito Probatório reflete diretamente traços de uma dada organização social e seus traços culturais²⁸. A questão

²² LACERDA, Galeno. O Código como sistema legal de adequação do processo. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. (Coord.) **Meios de impugnação ao julgado cível: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 255-258.

²³ Sobre a evolução histórica da prova no Direito Luso-brasileiro, vide: MORAES, José Rubens de. **Sociedade e Verdade: evolução histórica da prova**. São Paulo: Edusp, 2015.

²⁴ “*The great chasm that separates the modern Continental legal systems from the Anglo-American systems is largely about the conduct of fact-finding. On the Continent, professional judges take the main responsibility for investigating and adjudicating, although the lawyers for the parties guide and limit the judicial inquiry in important ways. In the Anglo-American legal tradition, by contrast, we parcel out this work of fact-finding among three sets of actors: the lawyers for the parties, the professional judge, and the laypersons who serve as jurors. We leave to the lawyers the responsibility for gathering, sifting, and presenting evidence of the facts. Prototypically, our trial judge sits with a jury. Although many cases fall outside the jury entitlement, and in many others the parties waive it, jury trial remains the presumptive norm in American civil and criminal procedure.*” LANGBEIN, John H.. *Historical Foundations of the Law of Evidence: a view from the Ryders sources*. In: **Columbia Law Review**. Nova Iorque: Columbia, 1996, v. 96, p. 1068.

²⁵ ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoría General de La Prueba Judicial**. Buenos Aires: Victor P. de Zavíla Editor, 1972, p. 78-81.

²⁶ THAYER, James Bradley. **A preliminary treatise on evidence at the common law**. Boston: Little, Brown and Company, 1898, p. 1-2.

²⁷ DAMASKA, Mirjan. **The faces of justice and State authority: a comparative approach to the legal process**. New Heaven: Yale University Press, 1991.

²⁸ DAMASKA, Mirjan. **Evidence Law Adrift**. New Haven: Yale University Press, 1997.

de como a atividade probatória ocorre no processo foi alçada ao centro da distinção e do recorte das tradições jurídicas ocidentais.

A apresentação das provas, a fase de instrução, está, assim, diretamente relacionada à cultura jurídica de um determinado povo ou país. Salvo se o poder jurídico for, abertamente, reconhecido como fundado no autoritarismo e arbítrio, a produção e apresentação de provas é um dos pilares legitimadores fundamentais do Direito e da atividade jurisdicional. A premissa racional de uma avaliação equânime e independente dos fatos, que podem ser conhecidos a partir dos meios de prova, justifica e autoriza a atividade jurisdicional. A maneira como se dá a condução da atividade probatória, a relação do Estado na condução desta questão, autorizando uma maior ou menor liberdade das partes e sendo mais ou menos interventor, relaciona-se diretamente com os arranjos sociais de um determinado país²⁹. Noções centrais para o direito processual e para a legitimidade da jurisdição, como contraditório, ampla defesa, participação democrática, relacionam-se, justamente, com a possibilidade e maneira como as provas são produzidas, introduzidas e avaliadas no processo.

Na verdade, a distinção entre as famílias do *Common Law* e *Civil Law* sempre se fundou, entre outros critérios, em supostas noções sobre o papel das partes e do juiz na condução do procedimento³⁰ e no modo particular de produção de provas e verificação de fatos em cada uma das famílias. As notas distintivas trariam uma contraposição entre um modelo adversarial e oral de um lado e, de outro, um inquisitorial e escrito³¹. Aliás, muito foi escrito sobre qual o “melhor” modelo de processo. Não obstante, essa redução é inexata e traz uma grande imprecisão de conceitos e mesmo uma carga ideológica, e falaciosa, já que, rigorosamente, a qualificação axiológica pretendida depende de preconceções individuais de quem cuida da análise³², já que as regras sobre processo representam sedimentação de traços culturais de como cada sociedade lida com os seus conflitos e de como se apresentam os arranjos de poder³³.

A radical distinção entre *Civil Law* e *Common Law*, a partir desses traços, é problemática e questionável. Três são as razões centrais para esta afirmação. A primeira é a de que dentro de uma ou de outra família se agruparam ordenamentos jurídico-processuais que guardam grandes

²⁹ DAMASKA, Mirjan. **The faces of Justice and State authority: a comparative approach to the legal process**. New Haven: Yale University Press, 1991.

³⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Quelques aspects de la procédure civile brésilienne et des ses rapports avec d'autres systèmes juridiques. In: **Temas de Direito Processual Civil: terceira série**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 16.

³¹ DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de Direito Processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2011, v. 198.

³² TARUFFO, Michelle. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2003, v. 110, p. 144-146.

³³ CHASE, Oscar G.. **Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflito no contexto da cultura comparada**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 27-29.

diferenças entre si. A segunda é a de que, a partir de uma generalização ampla, para ser possível enquadrar determinado ordenamento jurídico como pertencente a uma ou outra família, se perde de vista as peculiaridades das regras próprias e a importância de traços culturais (*praxis* processual) específicos; a generalização, ofusca as particularidades, que, ao menos potencialmente, aproximam dado ordenamento jurídico da outra família. Em terceiro lugar, um mesmo país pode conter procedimentos e regras processuais mais identificadas com uma ou outra família, não sendo possível propriamente identificar uma coesão interna, pois nenhum modelo é puro em sua aplicação³⁴. A tudo isso deve, ainda, ser somada uma modificação na relação entre sociedade e Poder Judiciário, que se verifica nas duas grandes tradições jurídicas ocidentais, quando se consideram as raízes modernas e as premissas dos grandes conceitos jurídico-processuais (jurisdição, ação, provas, coisa julgada etc.) e a inquietação presente sobre qual o papel do serviço público de justiça. Muitas são as consequências da “pós-modernidade” ou da modernidade tardia para o direito; uma delas é justamente a relação entre fatos e direito, a determinar o escopo da atividade probatória. Talvez por isso, em vários temas a doutrina se apresse em apontar “convergências” entre as tradições jurídicas. Isso acontece, por exemplo, no controle de constitucionalidade, na adoção disseminada de um modelo de justiça multiportas, na valorização maior dos precedentes no *Civil Law* e da lei nos países de *Common Law*, na fertilização cruzada de ideias e de conceitos jurídicos. A verdade é que um espaço globalizado e uma sociedade mundial de informação tem permitido interações relevantes entre diferentes sistemas jurídicos. Marcelo Neves³⁵, por exemplo, em relação ao direito constitucional, sugere uma verdadeiro transconstitucionalismo, a indicar a fertilização cruzadas entre elementos constitucionais de diferentes sistemas jurídicos, em permanente abertura cognitiva e troca. Mas, não apenas ele, a discussão remonta com clareza aos escritos de Aldo Mascareño³⁶ e Gunter Teubner³⁷, por exemplo, sem a necessidade de se regredir ao pensamento de Niklas Luhmann. Mais especificamente em relação à resolução de disputas, Anne-Marie Slaughter indica a existência de uma comunidade global de centros decisores e Poderes Judiciários³⁸. Assim, a

³⁴ GOLDSTEIN, Abraham. Reflections on two models: Inquisitorial Themes in American Criminal Procedure. In: **Stanford Law Review**. Stanford: Stanford University, 1974, v. 26, p. 1015-1018.

³⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

³⁶ MASCAREÑO, Aldo. Problemas de legitimación en la sociedad mundial. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFG**. Goiânia: UFG, 2009, v. 33, n. 2.

³⁷ TEUBNER, Gunther. Global private regimes: Neo-spontaneous law and dual constitution of **autonomous sectors in world society?** Disponível em: <http://www.jura.uni-frankfurt.de/42852650/global_private_regimes.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2014.

³⁸ SLAUGHTER, Anne-Marie; HELFER, Laurence. Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication. In: **The Yale Law Journal**. New Haven: Yale, 1998, v. 107.

interação permanente e internacionalizada que se verifica não pode ser desprezada. Há, na verdade, uma constante troca e aprendizagem entre os sistemas jurídicos nacionais³⁹.

Por tudo isso, a noção de “famílias de direito” ou de “tradições jurídicas” deve ser considerada por sua utilidade didática, mas com a cautela de se perceber os riscos decorrentes de qualquer submissão à linhas gerais^{40 41}. Se por um lado, o agrupamento permite a redução de complexidade, a partir da identificação de fatores comuns entre ordenamentos jurídicos, viabilizando sua análise conjunta, por outro, ela escamoteia os detalhes e peculiaridades de cada um dos ordenamentos considerados individualmente e das peculiaridades da prática forense e dos institutos jurídicos existentes. Além disso, ela turva o constante fluxo de aprendizagem e troca existente, pretendendo apresentar como estático aquilo que é, por excelência, dinâmico. Os sistemas jurídicos estão em constante mudança e abertos para aprendizado recíproco.

Nesta linha de ideias, em busca de precisão conceitual, Merryman e Pérez-Perdomo entendem que é mais técnico falar em sistema jurídico no sentido de conjunto de normas, instituições, procedimentos com determinada operatividade. Tradição jurídica, contudo, designaria fenômeno substancialmente diferente, estando relacionada aos aspectos culturais, históricos e sociológicos no qual um certo sistema jurídico está inserido. A noção de tradição jurídica, portanto, está relacionada não apenas aos aspectos normativos ou funcionais de um sistema, mas à uma contextualização mais ampla para sua compreensão. É nesses termos que se pode agrupar diversos sistemas jurídicos, com pungentes diferenças e peculiaridades entre si, como sendo pertencentes à uma mesma tradição jurídica⁴².

A denotação, então, às tradições “de *Civil Law*” e “de *Common Law*” possui um significado apenas metafórico. Semanticamente a referência é a um tipo ideal, a um arquétipo, que não representa ou descreve precisamente nenhum ordenamento jurídico existente, de uma ou de outra tradição. Apenas em linhas muito gerais é que se pode reconhecer alguma acuidade na dicotomia. Dinamarco, sugestivamente, indica que se trata de um mito a própria proposta de agrupamento⁴³.

³⁹ ALVES, Tatiana Machado. **Gerenciamento processual no Novo CPC: mecanismos para a gestão cooperativa da instrução**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 32.

⁴⁰ DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille; GORÉ, Marie. **Les grands systèmes de droit contemporains**. 12. ed. Paris: Dalloz, 2016, versão Kindle, posição 657.

⁴¹ CHASE, Oscar. American "Exceptionalism" and Comparative Procedure. In: **The American Journal of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002, v. 50, n. 2, p.283.

⁴² MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The civil law tradition**. 3. ed. Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 1-3.

⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 285-286.

Não obstante, a ideia de que haveria uma convergência no Direito processual é um tema que vem ganhando grande atenção da doutrina nacional. No Brasil, talvez o exemplo mais claro, a introdução de um sistema de precedentes vinculantes pelo CPC/2015, levou à uma torrente de estudos indicando a “convergência entre *Civil Law* e *Common Law*”. Uma análise mais exata, contudo, mostra que a inter-relação e a fertilização cruzada de institutos e ideias jurídicas sempre ocorreram⁴⁴. Basta pensar na convivência secular dos processos “*in law*” e “*in equity*” na Inglaterra e nos Estados Unidos. Apenas a sociedade atual, globalizada, marcada pelo amplo acesso à informação, acentua um sentido de harmonização processual. Isto se dá pela circulação internacional sem precedentes de pessoas, professores, juristas de vários países e pelo surgimento, mesmo no seio do direito privado, de foros verdadeiramente internacionais e com a participação direta dos homens e não apenas do Estado Soberano, como se dá com a arbitragem internacional ou de investimento e a proliferação do contencioso internacional. Isso tudo leva ao resvalamento e apreensão de ideias, o que acaba propiciando, paulatinamente, uma harmonização processual⁴⁵, formalmente encampada, por movimentos reformadores, ou a partir do “empréstimo” e “apropriação” de determinadas práticas e procedimentos⁴⁶.

O direito probatório que sempre foi considerado como uma das marcas de distinção entre as tradições jurídicas ocidentais também passaria por um fenômeno de aproximação. Não apenas parece haver uma convergência no sentido de se reconhecer poderes de gerenciamento de casos para o juiz⁴⁷, em substituição às metáforas do juiz inquisidor ou do juiz inerte, apropriando alguma coisa da consagrada leitura de François Ost⁴⁸. O juiz gerente indica uma nova relação com a colheita de provas, tendo em vista a necessidade de condução adequada do caso, para a firmação das garantias fundamentais do processo. Mas, particularmente, o papel da prova no processo tem se alterado: da noção de que as provas servem apenas para autorizar um julgamento racional (verificabilidade do ponto de partida), para a de que elas são um instrumento para avaliação e solução adequada de conflitos, com ou sem a presença do juiz. Neste ponto, realça-se a aproximação entre produção de provas e resolução adequada de

⁴⁴ SIEMS, Mathias. **Comparative Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 30.

⁴⁵ GOTTWALD, Peter. Cultural dimensions of harmonization. In: WALKER, Janet; CHASE, Oscar. (eds.) **Common Law, Civil Law and the future of categories**. Ontario: LexisNexis, 2010, p. 597-599.

⁴⁶ MULLENIX, Linda S.. American exceptionalism and convergence theory: are we there yet? In: WALKER, Janet; CHASE, Oscar. (eds.) **Common Law, Civil Law and the future of categories**. Ontario: LexisNexis, 2010, p. 41-42.

⁴⁷ ONODERA, Marcus. **Gerenciamento do processo e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 43-45.

⁴⁸ OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. In: **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante: Marcial Pons, 1993, n. 14.

disputas⁴⁹. Não se está a considerar propriamente a expectativa de uma uniformização ou, nem mesmo, a conveniência de importação de modelos ou regras processuais estrangeiras, tarefa que, além de tudo, tem grandes problemas práticos⁵⁰. Apenas, observa-se que a questão da prova no processo sempre foi considerada sob o ângulo de permitir o julgamento de casos por um terceiro e, daí, foram estabelecidos os limites à atividade probatória. Atualmente, vários sistemas têm considerado e mesmo instituído procedimentos especiais para a produção da prova de maneira autônoma, o que coloca no centro da questão quais são os limites ao exercício do direito à prova⁵¹.

A produção processual de provas não tem sido mais compreendida apenas no seu aspecto instrumental, de viabilizar a formação da convicção e o julgamento de uma determinada causa⁵². Ou seja, não é mais possível ter o juiz como único destinatário das provas e esta percepção se afirma em vários países⁵³. Inegavelmente, as partes e, em alguns casos, toda a sociedade também são destinatárias de uma prova que venha a ser produzida processualmente, na medida em que avaliarão o seu conteúdo e terão satisfeitos um direito à investigação e ao descobrimento de fatos. Realmente, a produção processual da prova não se relaciona apenas ao julgamento de um determinado caso, mas é um importante fator para avaliação de se uma demanda deve ou não ser proposta ou no contexto de uma solução autocompositiva de uma controvérsia. Neste sentido, o CPC/2015 consagrou um procedimento especial para a produção autônoma da prova, deixando claro inexistir qualquer necessidade de cautelaridade para o exercício do direito material à prova nestas hipóteses.

Em outros países, à semelhança da opção positivada no Brasil, a atividade de investigação processual tem desempenhado um papel maior do que a de ser instrumento para

⁴⁹ BLAKE, Susan; BROWNE, Julie; SIME, Stuart. **A practical approach to alternative dispute resolution**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 101.

⁵⁰ “If one accepts the interconnection between legal cultural values, one should also accept three principles that logically follow. First, even elegant procedural innovations will be difficult to effect to the degree that they depart from widely shared values in relevant jurisdiction. Second, to the degree that such innovations are effected, the conflict with social values will reduce public confidence in the validity of the legal system. (The work of Lind and Tyler especially relevant.) Third, and this is the point I wish to stress in this essay, important procedural changes will affect the polity into which they are introduced.” CHASE, Oscar. Some Observations on the Cultural Dimension in Civil Procedure Reform. In: **The American Journal of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 1997, v. 45, n. 4, p. 866.

⁵¹ BERGEAUD, Aurélie. **Le Droit à la Preuve**. Paris: LGDJ, 2010, p. 495 e Ss.

⁵² “As provas constituem elemento instrumental na disputa processual relativa a um litígio. Produzir provas não é a razão de ser do processo. Nem mesmo “descobrir a verdade” o é. O processo destina-se a solucionar o conflito (ou a aperfeiçoar um ato, na jurisdição voluntária), mediante a definição das normas jurídicas incidentes no caso. A produção probatória, como elemento adequado para a reconstrução dos fatos pretéritos (passo imprescindível para se definir quais normas incidiram no caso), é uma importante etapa no exercício da função jurisdicional, mas é um meio, e não fim. Isso está bastante ligado à ideia de que a atividade jurisdicional não se destina à mera eliminação de dúvidas hipotéticas, de questões acadêmicas ou de simples fatos.” TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2016, v. 260.

⁵³ BESSO, Chiara. **La prova prima del processo**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 77 e Ss.

fornecer elementos para o julgamento da causa. O *discovery* nos Estados Unidos e, de certa maneira, na Inglaterra (onde atualmente é chamada de *disclosure*) demonstra a importância da produção de provas como mecanismo para viabilizar a autocomposição das partes, para que as partes decidam se o caso deverá ou não ser submetido a julgamento. Ou seja, a tradicional noção de que a relação entre prova e processo é apenas a de que as provas devem ser produzidas para autorizar o julgamento de uma causa que veicule (outra) pretensão de direito material veio a ser revista. Muitas vezes a prova é produzida justamente para evitar que a causa seja julgada, seja por permitir que as partes, melhor informadas, negociem e transijam, seja por permitir a avaliação adequada dos prospectos de êxito e viabilidade de uma demanda.

1.2. Delimitação do objeto e justificativa: admissibilidade e relevância probatória, sua intrínseca relação com o objeto litigioso do processo e novas perspectivas das provas

A relação entre prova e processo sempre se deu a partir da análise do objeto litigioso do processo e da controvérsia sobre os fatos existente entre as partes. Os fatos incontroversos dispensam a produção de provas. A constituição processual da prova tem um caráter instrumental e preparatório, o mesmo, aliás, se diga sobre a prova pré-constituída. A prova é elemento de informação para o juiz, para formar sua convicção sobre os fatos e permitir um julgamento racional e fundamentado da causa. O exercício processual do direito material à prova, tradicionalmente, tem o caráter de viabilizar a decisão sobre a pretensão deduzida⁵⁴.

Daí a sua instrumentalidade: a constituição de uma prova será *relevante* se auxiliar na elucidação do *thema probandum*. A prova é tomada como um instrumento para autorizar a cognição sobre as alegações fáticas controvertidas. Por isso, ela é preparatória do julgamento, a fase de instrução processual se presta a fornecer elementos que autorizem o imediato julgamento da causa.

Ainda hoje esta é a perspectiva prevalecente na maioria dos países: a produção da prova antes da dedução de uma (outra) pretensão jurídica de direito material é excepcional e, em regra, apenas possível com caráter assecuratório (*ad perpetuam rei memoriam*), para evitar o

⁵⁴ O ponto é assim sintetizado por Araken de Assis: “*é do conhecimento universal a função clássica da prova. Essa invulgar pré-compreensão tem por objeto, naturalmente, a função processual da prova, a única que interessa nesse tópico. Fora do processo, nada obstante, a prova desempenha finalidades assaz relevantes. Ela empresta segurança aos negócios jurídicos, usualmente formados por instrumento particular; incorpora créditos (v.g., títulos cambiais); previne e resolve litígios, em razão da sua simples existência. Esses atributos da prova verificam-se além dos marcos aqui traçados para o estudo da prova. Em processo civil, a prova objetiva ministrar subsídios para o órgão judiciário apurar, tanto quanto humanamente possível, a veracidade das alegações de fato feitas pelas partes.*” ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro** (versão eletrônica). São Paulo: RT, 2015, v. 2, p. 1304.

pericínio da prova. É neste sentido que o requisito da urgência seria fundamental. A introdução no CPC/2015 de um procedimento específico para a produção “autônoma” da prova ou, em outras palavras, para a produção processual de uma prova sem relação imediata e instrumental com o objeto litigioso de um processo com outra pretensão de direito material e sem que exista urgência, põe em evidência a questão de quais são os limites para a produção probatória neste contexto.

A resposta sobre quais provas devem ser produzidas, por terem o potencial de auxiliar no esclarecimento dos fatos, (relevância) e, de maneira mais ampla, podem ser admitidas para fins de julgamento (admissibilidade) sempre se deu a partir do binômio da análise da controvérsia sobre os fatos, da causa de pedir e pedido deduzidos no processo, somada às regras de exclusão (a inviabilizar a produção ou tomada em consideração de certos meios de prova). A própria dimensão do direito à prova sempre esteve relacionada à possibilidade de produção de meios de prova relevantes e admissíveis de maneira incidental ao processo⁵⁵. O direito à prova, portanto, foi compreendido como direito à produção de provas que sejam *úteis* a permitir o julgamento de uma causa. Entretanto, a amplitude dos meios de prova que podem ser processualmente produzidos, vale dizer, que são relevantes para a causa, depende de exata delimitação do objeto litigioso. Por isso, modelos processuais que são menos rigorosos com a delimitação dos pedidos e das causas de pedir no início da ação tendem autorizar uma maior amplitude investigativa e de troca de informações entre as partes. É o que se verifica, por exemplo, com o *discovery*, particularmente nos Estados Unidos. Como a questão de saber quais provas serão consideradas no *trial* só se põe posteriormente, foram construídos contornos liberais para a investigação de elementos durante o *pretrial*⁵⁶, que, além do mais, é conduzido preponderantemente pelos advogados, não pelo juiz.

No processo de produção antecipada de prova estabelecido no Brasil não há o mesmo grau de precisão sobre o objeto litigioso do (e eventual) processo futuro e nem sobre o que virá a ser incontroverso, quando se compara com o escopo probatório tradicional. Apenas há uma afirmação, asserção, de possíveis consequências jurídicas do fato *probandum*, que poderá, eventualmente e não necessariamente, justificar a propositura de uma ação judicial para a tutela de direitos. Por isso, os critérios tradicionais para aferição da admissibilidade e, mais especificamente, da relevância das provas não resolvem adequadamente a questão. A prova não

⁵⁵ TARUFFO, Michele. Il diritto alla prova nel processo civile. In: **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, 1984, v. 39, p. 78.

⁵⁶ Optou-se, neste trabalho, pela grafia *pretrial* à *pre-trial*, embora as duas sejam utilizadas na literatura jurídica anglófona. A opção se justificou por ser a grafia utilizada nas FRCP.

está sendo produzida de maneira incidental, não tendo relação direta com o *thema probandum* de um determinado processo. Ao contrário, a produção da prova, ou, mais precisamente, a alegação de que se tem direito à tal produção, é colocada como objeto do processo.

1.2.1. O porquê do estudo do *discovery* anglo-americano e sua relação com as ações probatórias autônomas brasileiras

Toda proposta de comparação entre sistemas jurídicos distintos é um ato de “atrevimento”. É a perspectiva de alguém que tem mais conhecimento de um sistema do que de outro, que procura melhor compreender, e que traz toda a complexidade e os preconceitos de sua própria cultura jurídica e formação⁵⁷. A comparação é uma ferramenta útil para o aperfeiçoamento do direito, mas que deve ser conduzida com a devida cautela⁵⁸. Mas, do estudo de como é conduzido o processo, enquanto ferramenta de resolução de disputas e pacificação social, em outros ordenamentos jurídicos é possível criticamente compreender os institutos jurídicos pátrios, sendo esta uma utilidade do estudo comparatístico⁵⁹.

Inicialmente, antes que se apresentem as hipóteses iniciais, alguns esclarecimentos precisam ser feitos sobre o que se entende por *discovery* e sua designação de “anglo-americano” e a opção metodológica de o estudar para cotejar com o modelo de ações probatórias autônomas criado pelo CPC/2015, para que se possa compreender o recorte teórico pretendido neste trabalho e a análise que será feita nos capítulos subsequentes.

O primeiro esclarecimento é de terminologia. A conformação do procedimento na Inglaterra e nos Estados Unidos é marcada pela preparação e investigação dos fatos pelas partes e, na sequência, a apresentação das provas, agora sim, consideradas como “*evidence*”, em um julgamento, *trial*, marcado pela oralidade. Ou seja, o momento de decisão e apreciação das provas é concentrado em um ato processual, do qual segue o julgamento. As partes são responsáveis pela condução da fase de preparação do julgamento, *pretrial*, com a produção das provas e a troca de informações, embora o juiz supervisione esta etapa e gerencie o andamento do caso, na prática a sua postura é menos ativa e interventiva do que ocorre na tradição continental. O estudo focará no *discovery* e nas regras probatórias do processo civil dos Estados Unidos, com referências ao direito inglês (menções gerais devem ser compreendidas como

⁵⁷ SIEMS, Mathias. **Comparative Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 13-18.

⁵⁸ DINAMARCO, Candido Rangel. Processo civil comparado. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 1998, v. 90, p. 51-53.

⁵⁹ DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, t. I, p. 160.

relativas a traços compartilhados ou ao modelo federal americano, quando se tratar de uma peculiaridade inglesa haverá a indicação específica), por corte de objeto optou-se por não abordar o direito de outros países de tradição do *Common Law*, salvo em menções acidentais. Um registro importante deve ser feito desde logo: o modo como atualmente se dá a investigação probatória na Inglaterra e nos Estados Unidos é pontilhado por importantes diferenças, não se devendo cair na tentação de reduzir os dois sistemas jurídicos à uma mesma situação. Semelhanças existem, claro. Mas o “excepcionalismo⁶⁰” americano dá tons muito próprios ao *discovery* naquele país⁶¹, como se verá. Neste ponto, a envelhecida redução “ao *common law*” tem pouca utilidade e é enganosa. Feita a ressalva, para fins de simplificação, neste texto utilizam-se as designações de tradição ou sistema “anglo-americano” ou de “Common Law” como intercambiáveis.

O atual instituto do *discovery* foi introduzido pelas *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP) de 1938 dos Estados Unidos, que é o estatuto processual ainda vigente naquele país, com reformas. Suas raízes podem ser encontradas na segunda metade do século XIX, a partir de uma série de reformas, desenvolvidas em paralelo na Inglaterra e nos Estados Unidos. O *discovery* é uma fase de investigação processual, preparatória do *trial*, na qual as partes devem conhecer todos os elementos probatórios relativos ao seu caso. Não se trata de uma fase instrutória como a que existe no processo de tradição continental, pois o julgador não está sendo instruído sobre os fatos e nem deles está conhecendo. Esta atividade será feita no *trial* ou, eventualmente, ao se analisar uma moção para julgamento sumário ou para extinção da causa. Entretanto, isso não autoriza a afirmativa de que o *discovery* seria uma fase pré-processual. A introdução da *discovery* representou uma significativa inovação, já que antes a coleta de provas deveria ser providenciada exclusivamente pela parte antes da propositura da ação e, muitas vezes, uma das partes era surpreendida com a apresentação de um meio de prova durante o próprio julgamento.

O *discovery*, contudo, apesar de ser uma ferramenta reconhecidamente inovadora, quando de sua introdução, e importante, também é apontada como um instituto processual utilizado de maneira abusiva⁶², sendo um dos principais responsáveis pelo aumento de custos e danos processuais. Muitas vezes ele é utilizado de maneira indevida, com o simples objetivo de

⁶⁰ Sobre a noção do excepcionalismo Americano e os traços particulares da cultura daquele país, vide: KESSLER, Amalia. **Inventing American Exceptionalism**. New Haven: Yale University Press, 2017.

⁶¹ CHASE, Oscar. American "Exceptionalism" and Comparative Procedure. In: **The American Journal of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002, v. 50, n. 2, p. 284.

⁶² LIMAN, Arthur. The Quantum of Discovery vs. the Quality of Justice: More is Less. In: **Litigation**. 1977, n. 4, p. 8.

obter informações e dados do outro litigante, que não estão diretamente relacionados com a causa⁶³. Ademais, deve se ter em mente que o *discovery* (na Inglaterra atualmente designada de *disclosure*) é uma fase *endoprocessual*, ela não ocorre antes do processo. O direito federal norte-americano não dispõe de mecanismos de *discovery* prévio, ressalvadas as situações de risco de perecimento da prova (urgência)⁶⁴ ou para apoiar uma ação em curso no exterior. A Inglaterra, de modo distinto, possui uma série de protocolos prévios a serem observados pelas partes antes do início do processo e que requerem a troca e revelação de informações e provas (*pre-action protocols*). Além disso, existe um procedimento especial para a produção antecipada de provas, consistente em um *disclosure* pré-processual⁶⁵, este sim mais parecido com as ações probatórias nacionais.

A maior amplitude e espaço de investigação pelas partes durante o *pretrial*, em comparação com os limites rígidos vinculados à supervisão do juiz e à definição do objeto litigioso do processo, em um sistema de preclusões rigoroso, é que torna o *discovery* anglo-americano como um ponto de comparação em relação às ações probatórias autônomas. Naturalmente, é preciso compreender adequadamente o sistema e a tradição (*práxis*) em que se inserem as regras de investigação e coleta de provas. Mas, retornando às linhas gerais, o funcionamento do Direito Probatório no *Common Law* soa como diferente ou mesmo estranho para aqueles acostumados na tradição⁶⁶ do *Civil Law*, não há dúvidas sobre a questão⁶⁷, tanto sob o viés das regras procedimentais para a produção de provas na fase processual do *discovery*, quanto nas regras sobre verificação de fatos, admissibilidade e exclusão, a *Evidence Law* possui características particulares. A proeminência da prova oral sobre a escrita, o depoimento da parte e o *cross-examination* causam surpresa ao observador externo. Aliás, a própria autonomia do Direito Probatório, como disciplina acadêmica, é inusitada e decorre das peculiaridades da evolução do Direito de tradição inglesa, marcado pela bifurcação entre o *fact finder* e o aplicador do Direito. Wigmore, um dos mais influentes pensadores da *Evidence Law*, entendia que o cerne do Direito Probatório se voltaria justamente as regras de exclusão de provas, muitas delas moldadas para “proteger” o júri do acesso a determinados elementos ao decidir sobre os

⁶³ EASTERBROOK, Frank H.. Comment – Discovery Abuse. In: **Boston University Law Review**. 1989, v. 69.

⁶⁴ FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur. **Civil Procedure**. 5. ed. Saint Paul: West Publishing, 2015, p. 388.

⁶⁵ ZUCKERMAN, Adrian. **Civil Procedure**. Londres: LexisNexis, 2003, p. 486-487; ANDREWS, Neil. **The modern Civil Procedure**. Tubinga: Mohr Siebeck, 2008, p. 98.

⁶⁶ Para a questão da “tradição” no Direito, vide: GLENN, H. Patrick. **Legal traditions of the world**. 5. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.

⁶⁷ DAMASKA, Mirjan. **Evidence Law Adrift**. New Haven: Yale University Press, 1997, p. 1-3.

fatos^{68 69}. Ou seja, a separação entre o julgador dos fatos e o do Direito é uma marca essencial da maneira como se deu a construção do sistema do *Evidence Law*, com várias regras pensadas em impedir a introdução de material relevante durante o *trial*, para não contaminar a percepção do júri^{70 71}, o que gerou o chamado “paternalismo epistêmico” no direito anglo-americano. Se bem que, bem observadas as coisas, o sistema de *Civil Law* também é paternalista, ao tentar direcionar as consequências decorrentes da análise das provas. Thayer chega a afirmar que o *Evidence Law* é filho do júri^{72 73}. Além disso, o fato de o veredito ser imotivado também trouxe as suas preocupações do ponto de vista legitimatório. A doutrina no *Common Law* muito tratou sobre as vantagens e fragilidades do instituto^{74 75}. Por isso, o modelo processual bifásico está em posição central para que se entenda a questão, a concentração do *trial* como evento dramático e final lança longa sobre a fase de investigação ou, impropriamente, de instrução processual.

Atualmente, contudo, deve-se considerar que um número pequeno de casos cíveis na Inglaterra⁷⁶ e nos Estados Unidos⁷⁷ ainda são julgados pelo júri, prevalecendo para a maioria

⁶⁸ WIGMORE, John Henry. **A treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law**. 2. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1923, v. IV.

⁶⁹ MCNAMARA, Philip. The canons of evidence – rules of exclusion or rules of use? In: **The Adelaide Law Review**. Adelaide: Adelaide University Press, 1986, n. 3, p. 341-443.

⁷⁰ O papel do júri e a bifurcação entre “fatos” e “Direito” é antiga e fundamental para a compreensão da questão: “*The principle that the jurors are to speak only about matter of fact and are not concerned with matter of law is present from the first.*” POLLOCK, Frederick; MAITLAND, Frederic William. **The history of English Law before the time of Edward I**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1898, v. II, p. 660.

⁷¹ SPENCE, George. **The Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery**. Londres: Stevens and Norton, 1846, v. 1, p. 130.

⁷² THAYER, James Bradley. **A preliminary treatise on evidence at the common law**. Boston: Little, Brown and Company, 1898, p. 47.

⁷³ Esta posição, contudo, é contestada por Laingbein, vide: LANGBEIN, John H.. Historical Foundations of the Law of Evidence: a view from the Ryders sources. In: **Columbia Law Review**. Nova Iorque: Columbia, 1996, v. 96, p. 1069 e ss.

⁷⁴ CLARK, Charles E.; SHULMAN, Harry. Jury Trial in Civil Cases – A study in Judicial Administration. In: **Yale Law Journal**. New Haven: Yale, abr. 1934, v. XLIII, p. 867-869.

⁷⁵ O júri para casos civis, embora questionado, é objeto da atenção de ardentes defensores, que o relacionam ao modelo cultural e de liberdade e de tradição democrática na Inglaterra e nos Estados Unidos. Não são poucos os autores que se colocam nesse sentido, com textos “inflamados”, por exemplo: “*The civil jury system of the United States embraces a fundamental precept of tested justice: that of ordinary citizens applying their minds and values to reach decisions on the facts in cases that often involve powerful wrongdoers. This form of direct citizen participation in the administration of justice was deemed indispensable by this nation's founders and was considered non-negotiable by the leaders of the American revolution against King George III. But the civil jury is more than a process toward bringing a grievance to resolution. The civil jury is a pillar of our democracy necessary for the protection of individuals against tyranny, repression and mayhem of many kinds and for the deterrence of such injustices in the future.*” DOROSHOW, Joanne. **The case for the civil jury: Safeguarding a pillar of democracy**. Washington: CSRL, 1995.

⁷⁶ O declínio na utilização do jury para casos civis, na Inglaterra e no País de Gales, teve início ainda no século XIX. Sobre o tema ver: HANLY, Conor. The decline of Civil Jury Trial in Nineteenth- Century England. In: **The Journal of Legal History**. dez. 2005, v. 26, n. 3, p. 253

⁷⁷ Apesar de o direito de julgamento pelo júri ser uma garantia constitucional no Direito dos Estados Unidos, inserido pela Sétima Emenda, o direito pode ser renunciado e, por várias razões, apenas o número de casos civis que se submete ao procedimento do júri é muito pequeno.

dos processos a decisão sobre fatos e sobre o direito do magistrado. Adicionalmente, estatisticamente, a maior parte dos casos é resolvido antes do *Trial*, sendo esta uma tendência com importantes impactos nas últimas décadas^{78 79}. As marcas do modelo do júri, não obstante, ainda se fazem sentir tanto na estruturação do procedimento, singularmente diferente do dos países de tradição continental, quanto na permanência de um modo peculiar de produzir e introduzir as provas no processo. Aí, também, está a raiz da identificação daquele processo como adversarial, já que as partes são encarregadas da coleta e apresentação das provas ao julgador. Deve-se observar que, a partir de uma perspectiva histórica, o *Evidence Law* é muito mais recente do que o instituto do júri, que deita raízes medievais⁸⁰, cuidando da conformação e preocupação de organização das regras de admissibilidade. É possível, assim, compreender a estrutura do modelo processual do *Common Law*, como tendo um julgamento e análise de evidência concentrado, já que a fase de coleta de provas e a de sua apresentação e avaliação são singularmente divididas no *pretrial* e no *trial*. A sistemática continental, contudo, é “episódica” com uma série de fatos processuais referentes à instrução e produção de prova já com a participação do juiz, que decidirá sobre os fatos⁸¹.

De certa maneira, a construção dos modelos de processo, no que concerne à produção, admissão e apresentação de provas, representam vias alternativas para um mesmo destino⁸². Não se aceita uma percepção irracionalista das provas, a despeito da discussão filosófica sobre o problema da verdade fática no processo e as correntes de ceticismo probatório⁸³. Os sistemas atuais, a partir de uma evolução própria e marcada por importantes elementos culturais e históricos, procuram delimitar critérios para uma apresentação e apreciação racional das provas, visando a construir um discurso legitimador para o funcionamento da atividade Judiciária. Apesar das diferenças, os sistemas jurídicos ocidentais cuidam de estabelecer regras sobre

⁷⁸ “*The trend toward fewer trials is indisputable. From the middle of the twentieth century until the present, the number of disputes that are finally decided in judicial proceedings has declined exponentially.*” MORANT, Blake. The Declining Prevalence of Trials as a Dispute Resolution Device: Implications for the Academy. In: **William Mitchell Law Review**. Saint Paul: MH, 2012, v. 38, n. 2, p. 1124-1125. “*Since the 1930s, the proportion of civil cases concluded at trial has declined from about 20% to below 2% in the federal courts and below 1% in state courts.*” LANGBEIN, John H. The Disappearance of Civil Trial in the United States. In: **Yale Law Journal**. New Haven: Yale, 2012, v. 122, p. 522. Existe, inclusive, uma organização preocupada com o declínio do uso e dedicada a “salvar” o julgamento civil pelo júri, vide: <<http://saveourjuries.org/>> Acesso em 14 fev. 2018.

⁷⁹ OSTROM, Brian; STRICKLAND, Shauna M.; HANNAFORD-AGOR, Paula L.. Examining trial trends in State Courts: 1976-2002. In: **Journal of Empirical Legal Studies**. Ithaca: Cornell, 2004, v. 1, n. 3, p.755-756.

⁸⁰ LANGBEIN, John H.. Historical Foundations of the Law of Evidence: a view from the Ryders sources. In: **Columbia Law Review**. Nova Iorque: Columbia, 1996, v. 96, p. 1169-1170.

⁸¹ DAMASKA, Mirjan. **Evidence Law Adrift**. New Haven: Yale University Press, 1997, p. 58-59.

⁸² DAMASKA, Mirjan. **The faces of justice and State authority: a comparative approach to the legal process**. New Heaven: Yale University Press, 1991, p. 11-12.

⁸³ Sobre a discussão, vide: TWINNING, William. **Rethinking Evidence: exploratory essays**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 99-164. STEIN, Alex. **Foundations of Evidence Law**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

provas, sobre a possibilidade de sua produção ou introdução no processo, objetivando uma persuasão racional do julgador. Este é um ponto de identificação fundamental: a inter-relação entre provas e decisão judicial ou julgamento de um processo é uma premissa compartilhada e estruturante para todos os sistemas probatórios⁸⁴.

De maneira paralela, há uma crescente importância da prova no processo para se atingir outros objetivos, como fornecer elementos para que as partes, de maneira informada, negociem e transijam ou mesmo possam avaliar a conveniência de levar o seu caso à julgamento⁸⁵. Rigorosamente, o que designamos por “novos objetivos das provas” (vide o Cap. 5) não são propriamente uma novidade, pois, claramente, o maior conhecimento sobre os fatos sempre teve estas significações. A novidade está no reconhecimento legislativo e doutrinário de que a prova no processo – produzida por meio do processo judicial – deve, também, atingir estas finalidades – e não apenas fornecer subsídios para o julgamento da causa⁸⁶. Isso se torna palpável pelo, relativamente recente, ganho de interesse para o estudo das ações probatórias autônomas e para a produção da prova sem um contexto de urgência e desvinculada de um objeto litigioso já posto⁸⁷. A própria construção sobre o direito à prova ganhou corpo na Itália apenas no final da década de 1970^{88 89}, e só posteriormente atingiu o pensamento jurídico brasileiro. A criação de uma ação probatória autônoma na França também remonta aos anos 1970, com a introdução das medidas probatórias *in futurum*, rompendo com uma secular resistência ao tema^{90 91}. No outro lado, o declínio do julgamento pelo júri e a modificação do papel da *discovery*, faz com que a prova judicial seja cada vez mais uma ferramenta para a

⁸⁴ John Glissen é preciso ao apontar a especificidade e definição da prova judiciária na história do Direito: “*a prova judiciária é, portanto, específica, tendendo a convencer o juiz, a persuadi-lo da existência de um facto concreto que teve lugar num passado mais ou menos próximo; o juiz deve decidir, com o auxílio das provas que as partes lhe submetem; e deve fazê-lo num prazo relativamente curto; mas pode constatar que a prova é insuficiente e ignorar, desde logo, a existência do facto que se quis provar.*” GLISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 7. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2013, p. 712.

⁸⁵ TWINING, William. Interdisciplinarity and the study of evidence. In: DAWID, PHILIP; TWINING, William; VASILAKI, Mimi. (Eds.) **Evidence, inference and enquiry**. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 91.

⁸⁶ “*Nesses casos, tem-se aquilo que poderíamos denominar “ações probatórias”. A admissibilidade de tais ações não é fenômeno moderno. De há muito, os ordenamentos processuais têm reconhecido, em certas hipóteses, a possibilidade de processos cujo objeto seja a imposição de produção ou a veracidade da prova. São esses, ainda no direito atual, os escopos das ações probatórias. Mas, modernamente, a disciplina legal, o estudo e a aplicação concreta das ações probatórias são enriquecidos pela constatação – essa sim, bem mais recente – da existência de um direito autônomo à prova.*” TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2016, v. 260.

⁸⁷ BERGEAUD, Aurélie. **Le Droit à la Preuve**. Paris: LGDJ, 2010, p. 8.

⁸⁸ TARUFFO, Michele. Il diritto alla prova nel processo civile. In: **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, 1984, v. 39, p. 75-76.

⁸⁹ Na *Sentenza* 248/1974 ao *Corte Costituzionale* reconheceu o direito à prova como componente do núcleo essencial dos direitos de ação e de defesa. Vide: PISANI, Andrea Proto. Chiose sul diritto alla prova nella giurisprudenza dessa Corte costituzionale. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2009, v. 176, p. 94 e Ss.

⁹⁰ BERGEAUD, Aurélie. **Le Droit à la Preuve**. Paris: LGDJ, 2010, p. 10.

⁹¹ DESPRÉS, Isabelle. **Les mesures d’instruction in futurum**. Paris: Dalloz, 2004, p.

solução negociada do caso na tradição anglo-americana. A Inglaterra, especificamente, criou a possibilidade de um *disclosure* pré-processual, permitindo a produção da prova sem que seja apresentada uma pretensão de direito material correlata e sem que exista uma situação de urgência.

A questão da prova no processo não pode mais ser compreendida a partir dos contornos clássicos de admissibilidade e relevância, que precisam ser repensados para o contexto das ações probatórias autônomas. O direito material de produzir provas por intermédio do processo não é absoluto. Não é qualquer prova que pode ser processualmente produzida. Também não se pode impor ao interessado, não autor da ação, em uma ação probatória autônoma, custos ou inconvenientes ou irrazoáveis. É preciso, portanto, balancear o direito autônomo à prova e os novos objetivos de sua produção com limites sistêmicos, com normas jurídicas que vedam a produção de uma determinada prova e com outros valores juridicamente relevante. Não há, naturalmente, direito ilimitado ou que possa ser exercido sem balanceamentos.

Os limites criados em décadas de modificação do papel do *discovery* oferecem um campo para análise comparada, considerando que o Brasil consagrou um procedimento especial para a produção autônoma de provas. Com uma menor rigidez, durante a fase da *discovery*, na definição do objeto do processo e uma maior abertura para a fixação dos pontos realmente controvertidos, a serem decididos pelo júri, somada à uma iniciativa e condução pelas partes da atividade instrutória, a experiência anglo-americana verificou uma maior amplitude investigatória do que a continental. A limitação do *discovery*, a fixação de seus contornos, é um exemplo de balanceamento e flexível intervenção judicial no contexto de produção de provas conduzido pelas partes, para evitar o *abuso de discovery* e as *fishing expeditions*⁹². A produção de provas, portanto, pode ser utilizada de maneira inadequada e distanciada de suas finalidades, como uma tática para causar custos e danos à outra parte⁹³, ou até mesmo para forçar um acordo⁹⁴. Naturalmente, o sistema de custos e a dinâmica do processo nos Estados Unidos e na Inglaterra é bastante diferente do brasileiro e, de maneira geral, da tradição continental. Entretanto, não se pode negar que o direito de produzir provas de maneira autônoma pode vir a

⁹² Para uma visão geral do tema: FLAGAL, Frank F.. *Discovery Abuse: Causes, Effects, and Reform*. In: **The Review of Litigation**. 1983, v. 3.

⁹³ “*Setear, like most of us, sees discovery as both a tool for uncovering facts essential to accurate adjudication and a weapon capable of imposing large and unjustifiable costs on one's adversary. Litigants with weak cases have little use for bringing the facts to light and every reason to heap costs on the adverse party-on this supposition, the one in the right. The prospect of these higher costs leads the other side to settle on favorable terms.*” EASTERBROOK, Frank H.. Comment – *Discovery Abuse*. In: **Boston University Law Review**. 1989, v. 69, p. 636.

⁹⁴ SETEAR, John K.. *The Barrister and the Bomb: The Dynamics of Cooperation, Nuclear Deterrence, and Discovery Abuse*. In: **Boston University Law Review**. 1989, v. 69, p. 569.

ser utilizado de maneira abusiva e inadequada. É preciso, portanto, indagar sobre os possíveis limites ao exercício processual deste direito e o papel do magistrado durante a ação probatória autônoma, bem como em uma eventual ação posterior na qual se pretenda a introdução da prova.

A par disso, muitos são os textos produzidos no Brasil, particularmente com o advento do CPC/2015, que relacionam a produção antecipada de provas e o *discovery*, às vezes, sem uma indicação acurada da estrutura do processo civil anglo-americano. Alguns autores, por exemplo, chegam a afirmar que o CPC/2015

valoriza a *discovery* (pesquisa probatória anterior ao ajuizamento da demanda), resultando em uma espécie de fase pré-processual (pre-trial), permitindo o conhecimento dos fatos relevantes antes do ajuizamento da demanda⁹⁵.

O tema, então, atrai a atenção da doutrina brasileira, o que leva à necessidade de maior investigação sobre as correlações possíveis entre as ações probatórias autônomas e o *discovery*. A doutrina se adianta em identificar no *discovery* um paralelo com as ações probatórias autônomas^{96 97}. Alexandre Freitas Câmara fala em inspiração do art. 38,1 CPC/2015 no *disclosure* das CPR inglesas⁹⁸.

Mas, quanto de esclarecimento deriva do indigitado paralelismo ou inspiração? É possível, realmente, estabelecer o paralelo? E mais, este paralelo é útil? Esta é a primeira questão que esta tese pretende responder.

⁹⁵ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça Multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: SOSA, Ángel Landoni; CAMPOS, Santiago Pereira. (Coords.) **Estúdios de Derecho Procesal – En Homenaje a Eduardo J. Couture. Constitución y Proceso. Principios y Garantías**. Montevideu: La Ley Uruguay, p. 431.

⁹⁶ Muitos são os textos brasileiros que o fazem, por exemplo: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça Multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: SOSA, Ángel Landoni; CAMPOS, Santiago Pereira. (Coords.) **Estúdios de Derecho Procesal – En Homenaje a Eduardo J. Couture. Constitución y Proceso. Principios y Garantías**. Montevideu: La Ley Uruguay. GUIMARÃES, Filipe. Medidas probatórias autônomas: panorama atual, experiência Estrangeira e as novas possibilidades no direito brasileiro. In: Revista de Processo. São Paulo: RT, 2009, v. 178; MELLO, Rogério Licastro Torres de. O projeto de Novo CPC e a ação probatória não cautelar. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2014, v. 233. LIMA, Caio César Carvalho. A produção antecipada de provas sem o requisito de urgência e o instituto da *disclosure*. In: **Revista Direito Mackenzie**. São Paulo: Mackenzie, 2012, v. 6, n. 1.

⁹⁷ “Trata-se, na verdade, de uma atividade que faz lembrar o *discovery* do direito norte-americano. Ademais, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário (art. 382, § 4º), o que confirma a intenção do legislador de não burocratizar o procedimento.” MAZZOLA, Marcelo. Temas contemporâneos na arbitragem: do clássico ao circuito alternativo e alguns “curtas-metragens”. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2019, v. 291.

⁹⁸ “Em seguida, 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**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 237.

Após identificar se é possível ou não o paralelo, a tese se propõe a investigar quais os contornos para a produção de provas no *discovery* e em saber se destes limites é possível extrair noções úteis para o exercício autônomo do direito material à prova no Brasil.

São, por conseguinte, propostas duas hipóteses sucessivamente relacionadas para a análise neste trabalho: 1. A ação probatória autônoma, nos termos do CPC/2015, guarda paralelismo com o *discovery* existente na tradição anglo-americana; 2. Os contornos da investigação processual existentes nos Direitos da Inglaterra e dos Estados Unidos são úteis para a identificação dos limites de exercício autônomo do direito à prova. A tese, portanto, consiste em analisar estas duas hipóteses e indicar as consequências jurídicas decorrentes para a construção dos limites do exercício do direito material à prova no Brasil.

1.3. Plano de trabalho: a estrutura da tese

A tese está, além desta introdução, estruturada em seis capítulos e uma conclusão. Inicialmente, procura-se identificar as premissas que animam a atividade de instrução processual, probatória, tanto na tradição anglo-americana quanto no Brasil, e por extensão na tradição continental. O ponto investigado é a identificação dos pressupostos que justificam a conformação do procedimento probatório e o papel dos meios de prova no processo. Dentro do problema da tese tal questionamento é fundamental, para que se afirme o paralelo epistemológico existente e o discurso legitimador da doutrina processual em torno da verificação dos fatos no processo.

O terceiro capítulo cuida da discussão sobre a afirmação de um direito autônomo à prova, sendo esta contenda travada, precipuamente, na tradição do *Civil Law* e com vigor nas últimas décadas, o que culminou com o tratamento dado ao tema no CPC/2015 e a percepção da documentação de meios de prova não no interesse do julgamento de uma causa, mas para que se atinjam outras finalidades. Investiga-se, também, a compreensão emprestada para a questão na tradição do *Common Law*.

O capítulo seguinte procura compreender a formação e a conformação dogmática do *discovery* no processo civil norte-americano e no inglês. A questão subjacente é compreender as razões que justificam o declínio do *trial* e a preponderância de casos resolvidos sem *trial*, particularmente de maneira consensual. Adicionalmente, procura-se identificar a existência, efetiva, de mecanismos para a constituição autônomas de provas. Após o primeiro capítulo firmar que as premissas dos sistemas processuais são próximas no campo probatório é o

momento de compreender os processos colocados em cotejo ao brasileiro, para que se identifiquem as importantes diferenças dogmática existentes.

O quinto capítulo, então, retoma as noções centrais de admissibilidade e relevância de provas, que deitam os limites para delinear as provas que devem ser produzidas em todos os ordenamentos jurídicos. Não há a preocupação em se fazer um estudo exaustivo das regras de admissibilidade. Mas, considerando a premissa de comparação que anima a tese, há a preocupação em indicar o tratamento dado no Brasil e na tradição anglo-americana à questão, bem como indicar a necessidade de adequada compreensão da temática ao se autorizar uma ação propriamente probatória ou um espaço de investigação processual amplo e que não é imediatamente conduzido pelo juiz, mas gerenciado.

O penúltimo capítulo pontua as novas funções da prova, para além da cognição e formação do convencimento do julgador, para identificar a produção processual da prova para utilização apenas eventual em um processo futuro. Procura-se, então, colocar a questão no contexto de afirmação de um processo civil multiportas e, também, de internacionalização do contencioso, considerando o contexto jurídico brasileiro e, também, inglês e norte-americano.

O último capítulo, finalmente, volta-se para a análise da ação de produção antecipada de provas, com a conformação estabelecida pelo CPC/2015, retomando as noções anteriormente colocadas, inclusive para a definição dos contornos da atividade probatória, pela insuficiência da clássica construção sobre relevância e admissibilidade, impulsionada por uma pretensão especificamente deduzida.

A conclusão, procura, considerando o conjunto construído ao longo dos capítulos, com o diálogo entre os ordenamentos jurídicos do Brasil, dos Estados Unidos e da Inglaterra, arrematar sucintamente com a resposta às duas hipóteses que foram lançadas nesta introdução.

2. CONCEPÇÕES SOBRE A PROVA JURÍDICA E SEUS IMPACTOS NA DOGMÁTICA PROCESSUAL OCIDENTAL

2.1. Objetivos do capítulo

Está além do escopo deste trabalho a análise abrangente das diversas correntes de pensamento envolvidas no estudo da epistemologia, parte da filosofia que cuida das questões relativas ao (e a possibilidade de) conhecimento. É, possível, contudo reunir na doutrina processual e que cuidou do Direito Probatório as posições mais relevantes na discussão da verdade factual e decisão jurídica, pois esta premissa é importante para se discutir a possibilidade de produção autônoma da prova. O corte se justifica em atenção à formação do pensamento probatório, com particular impacto para a criação das normas jurídicas aplicáveis no tema. O Direito Probatório sempre esteve direcionado para a apresentação e formação do convencimento do julgador de fato e isso tem um impacto direto na atividade doutrinária. Não é possível compreender adequadamente a discussão sobre o papel da prova produzida pelo processo, sem discutir a noção de prova no processo, dada a feição eminentemente instrumental que a prova assumiu.

Não se seguirá uma linha de análise a partir de uma visão territorialista (p. ex. apresentando os autores pela sua nacionalidade ou formação), mas procurar-se-á reunir concepções doutrinárias e de pensamento próximas e na medida em que possuem interesse para o objeto deste trabalho. Isso se justifica pelo alto grau de internacionalização e influência recíproca nos temas pertinentes à matéria “provas”⁹⁹, particularmente nas questões mais abrangentes relativas à cognição judicial sobre os fatos. Além disso, a análise feita neste capítulo tem serventia tanto para o problema da verificação dos fatos e das provas no processo civil quanto no penal e no administrativo. É que, fora algumas regras procedimentais específicas ou requisitos próprios para a admissão de determinados meios de prova, não há diferença ontológica entre as questões. Não faz sentido pretender enxergar no direito material alguma especificidade que altere propriamente a questão da demonstração dos fatos. Wigmore diria que a relevância e o convencimento são problemas eminentemente lógicos e não jurídicos. A *estrutura da prova*, lembrando da expressão de Carnelutti, é a mesma¹⁰⁰. Embora as regras jurídicas (dogmática) não tenham um impacto direto sobre os problemas da epistemologia das

⁹⁹ VERGÈS, Étienne; VIAL, Geraldine; LECLERC, Oliver. **Droit de la preuve**. Paris: PUF, 2017, p. 112.

¹⁰⁰ CARNELUTTI, Francesco. Prove civili e prove penale. In: **Rivista di Diritto Processuale Civile**. Padova: La Litotipo Editrice, 1925, v. II, Parte I, P. 5-6.

provas jurídicas (zetética), a estruturação do processo e aquilo que se constrói como atividade probatória processual, os objetivos da prova, podem vir a ter um impacto.

A apresentação das linhas centrais sobre o pensamento probatório, desenvolvida neste capítulo, permitirá a compreensão dos pressupostos vigentes na matéria e permitirá uma exposição crítica sobre as regras relativas à admissibilidade de provas e o juízo de relevância, particularmente no contexto de arrecadação de elementos para a prolação da decisão judicial. Oportunamente, discutir-se-á como o pensamento probatório se relaciona com a possibilidade de produção autônoma de prova ou com o contexto de redução da utilização do *trial* na experiência anglo-americana. Embora os novos objetivos das provas, que não são novos, como visto, modifiquem a compreensão da atividade probatória, é inegável que a decidibilidade do conflito continua, sempre, a permear as interações das partes e o direcionamento do conteúdo da prova. Além disso, indica-se que os pressupostos que legitimam a construção dogmática sobre as provas são partilhados em boa medida, nas duas grandes tradições jurídicas ocidentais, apesar das importantes distinções no direito posto e na prática processual.

2.2. Os “meios de prova irracionais”. Cultura, processo e escatologia

É um lugar comum na doutrina a afirmação de que os meios de prova racionais “substituíram” os meios irracionais, arraigados na superstição e no pressuposto religioso da revelação divina. A questão dos meios antigos de prova, então, é apresentada em um quadro evolutivo e como se estivesse, paulatinamente, a melhorar.

O problema da determinação dos fatos para a resolução de uma disputa é tão antigo quanto a necessidade de criação de regras de convivência. Mesmo em um estágio civilizatório sem autonomia funcional e diferenciação suficiente do Direito em relação a outros subsistemas sociais, como a moral ou a política, a aplicação de regras sempre necessitou, em maior ou menor grau, da verificação de certas circunstâncias fáticas. A interligação entre fatos e aplicação normativa antecede, assim, a própria distinção funcional do subsistema jurídico. Esta situação é evidente, a pretensão de controle do comportamento humano sempre se dá de maneira prospectiva (com a determinação de padrões de conduta) e retrospectiva (com a sanção – algumas vezes jurídicas, outras religiosas ou políticas) de condutas (fatos) tidas por inaceitáveis para determinado grupo. Aliás, toda a vida humana é marcada por fatos e atos, pelos eventos verificados no mundo empírico, se o homem se relaciona com o meio e com os outros homens, isso ocorre em uma sucessão de fatos, pelo próprio ciclo biológico.

A criação de um corpo de regras próprio para determinar os fatos que são relevantes juridicamente e a maneira pela qual eles podem ser apresentados no processo para fins de tomada de decisão, então, varia elasticamente com o grau de autonomia do Direito e, igualmente, com os fatores de legitimação e de justificação do poder decisório em um certo contexto social¹⁰¹. Apenas quando a concepção racionalista de conhecimento, fenômeno temporalmente moderno, se afirmou como filtro determinante para a validade epistemológica de determinada assertiva é que tem início, de maneira mais pungente, a preocupação com a criação de regras que permitam a incorporação desses conceitos para o Direito. Vale dizer, a criação de regras para avaliação de eventos e para seleção de meios de prova só faz sentido em um contexto moderno, antes disso *provar* tem o sentido de *demonstrar*, mas sem, necessariamente, se relacionar à inteligência humana, antes à vontade divina manifestada.

O assim chamado paradigma racionalista¹⁰², enquanto programa que busca apresentar um caminho para a verdade, superando as concepções “supersticiosas” medievais, atinge o Direito tanto no que concerne à criação de regras e na própria afirmação do Direito enquanto um sistema harmônico e completo (racional)¹⁰³, mas impulsiona, igualmente, o movimento de criação de regras racionais para a confirmação da veracidade dos fatos apresentados no processo. Aliás, neste ponto, nota-se uma particular relevância da premissa racionalista, pois não há intrinsicamente uma distinção, do ponto de vista investigatório, dos métodos para verificação dos fatos no processo judicial daqueles utilizados para outras atividades. O campo das “provas” é, assim, um ponto de abertura do Direito para a ciência – e para o método científico. Ainda que limitada na amplitude e profundidade de investigação dos fatos, por constrições externas (necessidade de duração razoável do processo, existência de presunções jurídicas absolutas, limitação de custos e distribuição do risco de provar), a determinação dos fatos no processo passa a depender, cada vez mais, da utilização de técnicas e conhecimentos “cientificamente válidos”¹⁰⁴.

De maneira geral, a questão é apresentada em uma perspectiva evolutivo-escatológica, como se existisse uma natural maturação (melhoria) entre os mecanismos de verificação dos fatos ditos “primitivos” e aqueles “modernos”. Aliás, a própria apresentação didática dos modelos probatórios entre “irracionais” e “racionais” traz uma conotação axiologicamente

¹⁰¹ CHASE, Oscar G.. **Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflito no contexto da cultura comparada**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 65-66.

¹⁰² Para um estudo do paradigma racionalistas e seus impactos no Direito Processual brasileiro, vide: SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

¹⁰³ PEREIRA, Mateus Costa. **Teoria Geral do Processo e seu tripé fundamental: racionalismo, pensamento sistemático e conceitualismo**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 36-39.

¹⁰⁴ TUZET, Giovanni. **Filosofia dela prova giuridica**. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2016, p. 53-56.

negativa para os modelos temporalmente mais antigos na tradição ocidental. Do ponto de vista sociológico, contudo, é mais acurado entender a questão a partir do conceito socialmente partilhado de verdade e os critérios legitimatórios aceitáveis em determinado contexto histórico-geográfico. É possível, assim, apreciar um elemento cultural ao se analisar a feição adotada por determinado modelo processual¹⁰⁵. Sob esta perspectiva, logo se vê que o recorte meramente cronológico é insuficiente, pois não há uma linearidade uniforme em todos os povos e regiões de “evolução” nas ciências humanas. Por isso, determinado contexto cultural, social e histórico está relacionado à certa formatação do fenômeno jurídico e da investigação processual dos fatos¹⁰⁶.

Aliás, sequer é possível afirmar que o recorte cronológico permite uma superação dos meios de prova “irracionais” pelos “racionais”, haja vista que, ainda hoje, continuam a existir outros meios para verificação dos fatos, basta pensar na *sharia* islâmica, na noção do processo canônico de que o papa tem todo o conhecimento da verdade, ou, para se indigitar o exemplo de um processo civil moderno e estatal, na reminiscência do *giuramento decisório* na Itália. No medievo europeu, também, os métodos irracionais, as ordálias, o duelo, conviviam com métodos tido por racionais, como o testemunho e a prova documental¹⁰⁷. Apenas o discurso ocidental e eurocêntrico permitirá uma descrição escatológico-evolutiva da questão. O certo é que os grupos humanos resolvem conflitos e verificam fatos a partir de suas crenças compartilhadas, de seu contexto cultural. E isso é verdadeiro mesmo nas sociedades ditas (por elas mesmas) “avançadas”, haja vista a enormidade de nuances procedimentais que envolvem a problemática, todas elas, quando reciprocamente consideradas, tidas por mais adequadas para a verificação justa dos fatos.

A apresentação do Direito Probatório na doutrina, contudo, repousa na premissa de que existe um modelo “racional” de verificação de fatos, que suplantou um outro, anterior, que era “irracional”, marcado pela presença das “ordálias”, dos “duelos”, do juramento e da intervenção divina. Além disso, a questão é reduzida a uma evolução histórica, como se os conceitos jurídicos andassem tendencialmente a evoluir. A narração dá conta de que após a invasão bárbara e a decadência do império romano a igreja adotou e consagrou algumas das ordálias¹⁰⁸,

¹⁰⁵ CHASE, Oscar. Some observations on the cultural dimension in civil procedure reform. In: **The American Journal of Comparative Law**. Oxford: OUP, 1997, v. 45, n. 4, p. 862-865.

¹⁰⁶ HAACK, Susan. **Evidence matters: science, proof and truth in the Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 2-3

¹⁰⁷ CHIARLONI, Sergio. La verità presa sul serio. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2010, v. 184, p. 273-274.

¹⁰⁸ POLLOCK, Frederick; MAITLAND, Frederic William. **The history of English Law before the time of Edward I**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1898, v. II, p. 629.

como parte da centralidade que passou a ter na preservação do *jus*¹⁰⁹. O que se deve compreender deste momento é o caráter sacro e ritualístico envolvido. Em uma sociedade na qual o saber está relacionado ao divino e na qual Deus é parte do cotidiano, interferindo diretamente nas relações humanas e, também, na identificação da verdade, o juramento e a ordália não são testes a serem tomados de maneira leve. O juramento, feito de maneira sacra e ritualística, pode satisfazer a justiça humana, mas sua falsidade implica a ira divina e as consequências do pecado. Por isso, ao cumprir com o teste legal ou jurar sobre os fatos o sujeito estava cumprindo com a *prova*, com a demonstração de que sua versão era verdadeira. Em alguns casos, o juramento do réu deveria ser acompanhado pelo de outras pessoas, corroborando sua versão. O juramento, nesta visão de mundo, não é considerado como meio de prova, como elemento para formar a convicção do julgador; ele mesmo é a demonstração da veracidade da alegação para a justiça humana, pois o falso testemunho atrai consequências mais graves, próprias da justiça divina¹¹⁰. Prova, portanto, tinha o sentido atual de “colocado à prova”, também, de provação. Só é possível compreender estes meios de verificação dos fatos com a conjuntura cultural, social e histórica em que se insere o homem.

Este tipo de instituto deita raízes profundas e, ainda hoje, faz-se presente em ordenamentos jurídicos como o italiano, que mantém a regra do *giuramento decisorio* vigente, inclusive mantendo a forma sacra e formular a ser seguida^{111 112}. Para o observador moderno, a própria concepção e a maneira de verificação da “verdade” de outro contexto, parece inusitada ou, ao menos, inocente. A noção de que segurar um ferro incandescente sem se queimar guardaria alguma relação com a inocência ou culpa para uma acusação soa como completamente absurda. É preciso, contudo, compreender o momento histórico-cultural em que

¹⁰⁹ CARBASSE, Jean-Marie. **Manuel de'introduction historique au droit**. 4. ed. Paris : PUF, 2011, p. 80-82.

¹¹⁰ “*The swearer satisfies human justice by taking the oath. If he has sworn falsely, he is exposed to the wrath of God and in some subsequent proceeding may perhaps be convicted of perjury; but in the meantime he has performed the task that the law set him; he has given the requisite proof. In some rare cases a defendant was allowed to swear away a charge by his own oath; usually what was required of him was an oath supported by the oaths of oath-helpers...*

A punctilious regard for formalities is required of the swearers. If a wrong word is used, the oath 'bursts' and the adversary wins. In the twelfth century such elaborate forms of asseveration had been devised that, rather than attempt them, men would take their chance at the hot iron.” POLLOCK, Frederick; MAITLAND, Frederic William. **The history of English Law before the time of Edward I**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1898, v. II, p. 629-630.

¹¹¹ Art. 238 do Codice di Procedura Civile: *Il giuramento decisorio è prestato personalmente dalla parte ed è ricevuto dal giudice istruttore. Questi ammonisce il giurante sull'importanza religiosa e morale dell'atto e sulle conseguenze penali delle dichiarazioni false, e quindi lo invita a giurare. Il giurante, in piedi, pronuncia a chiara voce le parole: "consapevole della responsabilità che col giuramento assumo davanti a Dio e agli uomini, giuro..."*, e continua ripetendo le parole della formula su cui giura. Deve-se, observar, contudo, que a Corte Constitucional Italiana, pela sentença 334, de 8 de outubro de 1996, declarou a inconstitucionalidade parcial do dispositivo nos trechos que “*religiosa*” e “*davanti a Dio e agli uomini*”.

¹¹² COMOGLIO, Luigi Paolo. **Le prove civili**. 3. ed. Torino: UTET, 2010, p. 715-716.

esses meios de prova se apresentaram. A intervenção divina era tida como parte da vida e o próprio processo como um ato sagrado, marcado pela formalidade e rito a ser seguido, pelas palavras a serem ditas ou repetidas de determinada maneira¹¹³. Mesmo assim, parece sempre ter havido espaço para uma inquirição ou investigação sobre os fatos, como parte do julgamento¹¹⁴. Apenas com a concepção moderna de verdade e de verificação dos fatos, com o próprio desenvolvimento do método científico, é que o processo e o Direito passam a se apropriar de uma maneira de pensar alegadamente racional para fins de determinação dos fatos juridicamente relevantes para dado caso¹¹⁵.

2.3. Razão e epistemologia na prova jurídica. O racionalismo probatório

A questão entre razão e prova é central para o pensamento processual e probatório contemporâneo, justificando a um só tempo os argumentos sobre a estruturação do procedimento, o modo de apresentação das provas, o papel e atividade do julgador e o discurso legitimador de toda a atividade judicial.

O julgador precisa identificar os fatos para que possa aplicar o direito. É preciso que, para fins de decisão, determinada reconstrução fática seja aceita como correta. Neste sentido a atividade do juiz não é epistemologicamente diferente da de outros campos nos quais a determinação de fatos é indispensável, com já observava John Stuart Mill¹¹⁶. Entretanto, a necessidade de decidir o conflito e outros valores juridicamente relevantes impõem restrições ao desenvolvimento da atividade investigatória e à introdução de provas no processo.

A concepção racionalista, própria da modernidade e do cientificismo, assim, ocupa um papel central para o direito processual. É possível identificar na doutrina dogmática, de maneira geral, um discurso sobre o tema probatório vinculado à noção de verdade no processo. Os mesmos pressupostos e visões sobre o Direito Probatório e, em larga medida, do Direito Processual são, nesse contexto, partilhadas entre as tradições jurídicas da *Civil Law* e da

¹¹³ LEA, Henry. **Superstition and force**. Filadélfia: Colins, Peinter, 1866, p. 175-176.

¹¹⁴ BIGELOW, Melville Madison. **History of Procedure in England**. Boston: Little, Brown, and Company, 1880, p. 60-61

¹¹⁵ PEREIRA, Mateus Costa. **Teoria Geral do Processo e seu tripé fundamental: racionalismo, pensamento sistemático e conceitualismo**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 99-102.

¹¹⁶ “*The business of the magistrate, of the military commander, of the navigator, of the physician, of the agriculturist, is merely to judge of evidence, and to act accordingly. They all have to ascertain certain facts, in order that they may afterward apply certain rules, either devised by themselves or prescribed for their guidance by others; and as they do this well or ill, so they discharge well or ill the duties of their several callings. It is the only occupation in which the mind never ceases to be engaged; and is the subject, not of logic, but of knowledge in general.*” MILL, John Stuart. **System of logic, ratiocinative and inductive: being a connected view of the principles of evidence, and methods of scientific investigation**. Londres: J. W. Parker, 1843, p. 10.

Common Law. A distinção entre modelo adversarial e inquisitivo de processo, a despeito dos problemas conceituais e do reducionismo que apresenta, escamoteia vários pressupostos compartilhados. A discussão sobre se é melhor juiz mais ativo na instrução probatória ou se a condução do caso deve ser feita pelas partes acaba por ocultar um ponto importantíssimo e amplamente compartilhado: o de que as provas possuem um papel instrumental e são objeto de apreciação racional, de que a atividade processual é cognitivista e de que há uma verificabilidade dos fatos alegados, em uma percepção coerentista (verdade como correspondência)¹¹⁷.

Hermes Zaneti Jr. identifica traços distintivos entre o pensamento de *Civil Law*, eminentemente assimétrico e científico, tendo a prova como demonstração, do de *Common Law*, no qual a prova seria um argumento, tendo conotação simétrica e persuasiva¹¹⁸. Entretanto, parece mais exato perceber que o pensamento racionalista e, também, as representações retóricas sobre a prova encontram eco na filosofia epistemológica e jurídica das duas tradições. A doutrina jurídica, contudo, pressupõe que a apresentação e avaliação da prova são atividades racionais e voltadas à correta identificação dos fatos controvertidos no processo.

Esta percepção sobre o Direito Probatório é compartilhada entre a doutrina dogmática tanto na tradição anglo-americana quanto na continental. É possível, portanto, afirmar que o “racionalismo probatório” se faz presente nas duas tradições¹¹⁹. Neste contexto, a dicotomia entre modelo adversarial e inquisitorial tem um papel secundário. Isso se faz sentir pelas

¹¹⁷ “Notwithstanding marginal uncertainties and philosophical arguments on some aspects of this problem, it is generally agreed that the presentation of evidence is directed toward establishing the veracity of factual propositions, rather than the correctness of legal reasoning”. DAMASKA, Mirjan. Presentation of evidence and factfinding precision. In: University of **Pennsylvania Law Review**. . Filadélfia: UPenn, 1975, v. 123, p. 1.086.

¹¹⁸ ZANETI JR., Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e procedimento probatório. **In: Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2004, v. 116.

¹¹⁹ “Si bien no existe una escuela o movimiento «oficial» de pensamiento en el derecho probatorio, hay un gran numero de académicos que comparten o parecen compartir, explícita o implícitamente, determinados postulados nucleares los cuales permiten trazar líneas en común entre sus trabajos. De forma general, es posible sostener que estos autores se caracterizan por sostener una visión particular de la prueba jurídica: esta debe ser una actividad racional la cual debe ser guiada por reglas epistémicas y criterios de racionalidad general. Los autores que comparten esta pretensión de racionalidad han sido considerados bajo la etiqueta de la tradición racionalista de la prueba. El paradigma epistemológico adoptado por la generalidad de la tradición racionalista es el cognoscitivista, el cual concibe la actividad probatoria como una actividad eminentemente epistemológica trazar líneas en común entre sus trabajos. De forma general, es posible sostener que estos autores se caracterizan por sostener una visión particular de la prueba jurídica: esta debe ser una actividad racional la cual debe ser guiada por reglas epistémicas y criterios de racionalidad general. Los autores que comparten esta pretensión de racionalidad han sido considerados bajo la etiqueta de la tradición racionalista de la prueba. El paradigma epistemológico adoptado por la generalidad de la tradición racionalista es el cognoscitivista, el cual concibe la actividad probatoria como una actividad eminentemente epistemológica.” MOLINA, Sebastián Reyes. Sobre derecho y la averiguación de la verdad. In: **In: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante: Marcial Pons, 2017, n. 40, p. 320.

reformas legais, que parecem indicar algum grau de convergência, e pela emergência da percepção de que a atuação esperada dos sujeitos processuais, todos eles, deve ser cooperativa, ao ponto de, no Brasil, parte significativa da doutrina mais recente defender a existência de um “modelo” processual cooperativo, em contraposição aos “modelos” inquisitorial e adversarial.

Michele Taruffo afirma existirem duas concepções fundamentais sobre o Direito Probatório, às vezes não apresentadas de maneira explícita. Uma pode ser designada de concepção “fechada” e a outra de “aberta”. Esta estaria, de modo geral, associada à tradição da *Common Law* e aquela à da *Civil Law*¹²⁰.

A concepção fechada teria como pressuposto uma posição normativista e descritiva do Direito Probatório, entendido como correspondente às regras jurídicas. As normas probatórias são o objeto de estudo da doutrina, não o fenômeno probatório em si mesmo. Adicionalmente, como são provas aquelas legalmente estabelecidas, há uma forte resistência às provas atípicas. Disso tudo resulta que nesta concepção a prova jurídica e sua regulação são tratadas como autônomas e entendidas como isoladas de qualquer outro setor da experiência ou do conhecimento. Esta posição leva à análise da prova jurídica ser monolítica, existindo uma concepção partilhada na doutrina jurídico-processual, e distanciada de outros ramos do conhecimento¹²¹.

A concepção aberta, de modo distinto, entende que a prova é um fenômeno abrangente, que guarda pertinência com a lógica e a racionalidade, sendo apenas parte do fenômeno probatório apreendido e juridicamente regulado, existindo uma tendência de redução do campo normativo das regras sobre provas das provas¹²². Isso faz com que a problemática da admissão das provas atípicas sequer seja considerada, não havendo dúvidas sobre sua admissibilidade. Disso decorre que as normas não podem delimitar no que consiste uma prova, pois qualquer elemento que sirva para estabelecer um fato é meio de prova (evidência). Justamente por isso, por qualquer elemento que ajude a identificar a ocorrência de um fato ser meio de prova, há a abertura para a introdução de conceitos e modelos de análise provenientes de outros setores do conhecimento ou da ciência. A definição da prova e seus conceitos, assim, põe-se mais em uma perspectiva epistemológica do que propriamente jurídica¹²³.

O avanço da discussão doutrinária sobre provas e o caráter eminentemente interdisciplinar que a disciplina apresenta hoje na tradição da *common law*, sendo uma matéria

¹²⁰ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 2. ed. Madri: Trotta, p. 341-342.

¹²¹ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 2. ed. Madri: Trotta, p. 344.

¹²² TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado: ensaios**. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 51-52.

¹²³ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 2. ed. Madri: Trotta, p. 345-346.

“aberta”, contudo não é um dado cristalizado ou mesmo representa a conformação tradicional da disciplina. Basta pensar nos esforços de Wigmore, vaticinando a diminuição das regras de exclusão¹²⁴, para a criação de uma “ciência das provas” ou na crítica da *new evidence scholarship*¹²⁵ ao tradicional modelo tratadístico e normativista de compreensão da matéria naquela tradição, para se compreender que esta abertura se deu de maneira lenta e relativamente recente.

Se por um lado não se pode negar que o Direito Probatório, talvez até por ser uma disciplina acadêmica autônoma, apresenta discussões substancialmente mais amplas na tradição anglo-americana do que na brasileira e continental de maneira geral, por outro, os pressupostos estabelecidos sobre o papel da prova, do processo e a marca de uma tradição racionalista se fazem sentir tanto no modelo aberto quanto no fechado.

Taruffo parece corretamente identificar que a discussão sobre o papel das provas avançou de maneira distinta, particularmente ao se considerar a preocupação geral da doutrina. Contudo, os pressupostos subjacentes são os mesmos. A tradição, a evolução própria dos institutos, do modo de atuação da profissão jurídica, a organização do procedimento têm um papel mais importante na identificação do estado de coisas do que pode parecer a uma primeira vista.

A complexidade de regras do *Evidence Law*, a figura do júri (para Thayer a mãe do Direito Probatório) a autonomia acadêmica da disciplina e a posterior redução do papel das regras de exclusão, seu objeto tradicional, justificam a “abertura” identificada. O “fechamento” do Direito Probatório continental, parte integrante do Direito Processual e sem autonomia acadêmica ou objeto próprio, faz com que sua análise se aproxime decisivamente da exegese jurídica e percepção normativista da questão, de modo compartilhado com o que acontece com a doutrina processual em um contexto mais amplo. Não é uma peculiaridade do Direito Probatório a descrição exegética e normativa do conteúdo como sendo o foco de investigação da doutrina, mas esta é uma situação que se espraia para a doutrina processual de modo geral. É verdade que existem alguns estudos que vão contra este modelo, mas são esforços marginais e que não correspondem à visão compartilhada da matéria¹²⁶. A própria afirmação positivista do direito e sua colocação como um corpo normativo fechado e autopoiético reforçam a

¹²⁴ WIGMORE, John Henry. **The principles of judicial proof as given by logic, psychology, and general experience and illustrated in judicial trials**. Boston: Little, Brown and Company, 1913, p. 7-15.

¹²⁵ PARK, Roger. Evidence scholarship, old and new. In: **Minnesota Law Review**. Minneapolis: MUSL, 1991, v. 75, p. 849.

¹²⁶ Sobre uma crítica desta situação, vide: ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 10-11.

concepção tradicional de identificação do objeto da “ciência jurídica” com o estudo das normas¹²⁷. Não há como isolar o Direito Probatório do contexto jusracionalista¹²⁸.

Nada impede, entretanto, a modificação desta situação, com a assimilação dos avanços feitos pela própria doutrina do *Evidence Law*, bem como para o diálogo e fertilização cruzada com matérias relacionadas à questão do conhecimento, como a psicologia, a epistemologia, a sociologia, a lógica.

As normas probatórias possuem uma função mais importante de excluir material gnoseologicamente relevante do que de tratar de sua inclusão ou de uma avaliação ontologicamente relevante. É, por assim dizer, limitadora e excludente. Seja por estabelecer a inadmissibilidade de certo tipo de prova ou por estabelecer uma prevalência de determinado meio de prova sobre outro. Por isso, é possível sustentar que a regulamentação jurídica da prova visa a delimitar e restringir o âmbito próprio da prova jurídica¹²⁹, fazendo um recorte distintivo específico em relação à problemática mais ampla da “prova dos fatos” em geral. Esta situação sempre foi mais evidente no sistema anglo-americano, com a definição do objeto próprio da *Evidence Law*, mas é correta sua identificação na tradição continental, com a inadmissão de meios de provas que seriam, sob o viés estritamente lógico, relevantes. A necessidade de prova legal para determinados negócios jurídicos, por exemplo, atua diretamente neste sentido, ao não permitir a prevalência de outros elementos evidenciários, que restam suplantados. As regras de prova legal são claras exceções à possibilidade de livre apreciação das provas pelo julgador¹³⁰. Assim, a caracterização da prova jurídica está, diretamente, relacionada à presença de regras que regulam o sentido e a atividade probatória. Estas regras não são indispensáveis (gnoseologicamente), mas cumprem um importante papel de balanceamento processual.

Se a regulamentação jurídica justifica o tratamento próprio da prova jurídica, no contexto mais amplo da prova em geral, o certo é que esta mesma regulamentação é parcial, não abarcando a inteireza do problema. Com humor, Twining compara, metaforicamente, à situação das normas de provas o queijo Gruyère, que é cheio de “ar” ou de “buracos” por dentro, existindo apenas uma moldura de queijo. E, ainda, ao gato de “Alice no País das Maravilhas”, que desaparece em certos contextos (as normas probatórias não se aplicam plenamente na arbitragem, em tribunais administrativos etc.). Isso tudo para pontuar que as normas probatórias

¹²⁷ O Século XIX traz uma “marcha triunfal da ideia de lei”. Vide: KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014, p. 211-215.

¹²⁸ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2010, p. 365 e ss.

¹²⁹ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 2. ed. Madri: Trotta, p. 347.

¹³⁰ CONTE, Mario. **Le prove nel processo civile**. Milão: Giuffrè, 2002, p. 26-27.

são, na verdade, exceções à regra da *free proof*, tanto no sentido do que pode ser apresentado quanto no de sua avaliação e apreciação¹³¹.

É uma tentativa quixotesca de controlar a mente humana e de determinar um caminho seguro para um conteúdo decisório racional. O centralismo moderno da ideia de razão requer a construção de um raciocínio e avaliação dos elementos fáticos que sejam verificáveis, em um espaço controlado. As regras, então, procuram criar um ambiente judicial isolado, como o laboratório de um cientista, com o estrito controle do que entra ou não para observação, e procuram evitar a “contaminação” do meio, com as impurezas do ambiente externo.

Na tradição do *Civil Law* a questão da correlação entre provas e verdade não foi objeto do mesmo tipo de preocupação que na anglo-americana, particularmente pela ausência do júri como figura central, o modelo processual, em certa medida, afeta a discussão jus-filosófica colateral. A atenção esteve mais direcionada para a justificação judicial, persuasão do julgador ou fundamentação fática da decisão judicial, esta sim sempre tratada como sendo uma atividade racional. O próprio fato de o “Direito Probatório” não ser reconhecido como um ramo jurídico autônomo pode justificar parcialmente esta situação, somado à presença mais ativa do juiz durante todo o procedimento, o que leva a menos indagações sobre a competência para a análise dos fatos. O certo é que, de maneira geral, a preocupação em encontrar os fatos verdadeiros se apresenta como menos merecedora de atenção do que em se ter uma decisão e justificação fática racional, se bem que as coisas se aproximam em boa medida. Já que todo o raciocínio é marcado por presunções, inferências, é contaminado pelos pré-conceitos e subjetivismo dos envolvidos, a noção de respostas processuais racionais tem um sentido eminentemente aspiracional.

O direito continental, nas últimas décadas, voltou-se para o estudo da prova jurídica, o que foi chamado de “giro epistemológico”. O cognitivismo pode ser compreendido como o modelo epistemológico sobre provas pelo qual ela se volta à reconstrução e demonstração dos fatos litigiosos alegados pelas partes¹³². A formulação sobre os enunciados fáticos será verdadeira se os fatos descritos tiverem ou não existido no plano fático, distinto do plano processual, o que se verifica por meio das provas. Assim, há um pressuposto epistemológico

¹³¹ TWINNING, William. **Rethinking Evidence: exploratory essays**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 200-2011.

¹³² “*Es por eso que uno de los objetivos de la epistemología consiste en generar condiciones para que el conocimiento de la realidad - objetiva o constructiva- sea verdadero. Con todo, no existe una única y verdadera teoría del conocimiento que suministre un concepto de verdad infalible en ninguno de los ámbitos del conocimiento y, por ende, tampoco la hay para la teoría del proceso y de la prueba judicial. Por ende la labor del investigador, que como su nombre lo indica, es la de seguir vestigios (vestigium) que etimológicamente se define como el acto de seguir huellas, pisadas, que nos permitan encontrar el camino perdido.*” ACERO, Misael Tirado. **Verdad, prueba e indagación en el mundo del derecho y de la sociedad**. In: **Prolegómeno – Derecho y Valores**. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada, 2011, v. XIX, p. 15.

com notas de realismo (no sentido de que propõe a possibilidade de conhecimento dos fatos) e apresenta uma posição semântica de “verdade como correspondência” (a indicar que serão aceitos como verdadeiros aqueles enunciados fáticos que correspondam aos fatos passados verificados)¹³³.

Entretanto, qualquer reconstrução fática no processo (e não apenas nele) levará à uma verdade “relativa”. Trata-se de uma apreensão fenomênica feita com constrações específicas e com a incidência e influência de diversas regras não epistêmicas, naturalmente a cognição processual é limitada pelas regras de participação no processo. Ela é “relativa” justamente por se relacionar com o grau de confirmação, para os enunciados fáticos alegados pelas partes, decorrente dos meios de prova constantes dos autos. É por isso que Taruffo vislumbra graus ou níveis de comprovação fática ou de verdade, consoante o fundamento que as provas atribuam às afirmações sobre a confirmação ou negação de um evento fático verificado no mundo empírico¹³⁴.

A discussão, no plano da processualística da tradição continental, pelas dificuldades concernentes à noção de verdade voltou-se para a questão da certeza¹³⁵ na decisão judicial e na existência de graus de cognição¹³⁶, enquanto parâmetro para as decisões judiciais. A certeza seria o estado de convicção, decorrente das alegações das partes e das fontes de prova que foram apresentadas. O seu controle e apreciação objetiva seriam feitos pela necessidade de fundamentação das decisões judiciais. Há um paralelismo com a tradição anglo-americana dos *standards* probatórios, o júri deve ser instruído a considerar o *thema probandum* demonstrado quando atingido determinado grau de convicção. Nos dois casos não é a “verdade” o que se exige, mas um grau de certeza, de convicção, sobre as alegações fáticas controvertidas e relevantes. É neste sentido que se estabelece que não são, propriamente, os fatos que precisam

¹³³ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre El modelo cognoscitivista en la prueba judicial. A propósito de las observaciones de Mario Ruiz. In: **Anuario de Filosofía del Derecho**. Valencia: Ministerio de Justicia, 2002, n. XIX, p. 490.

¹³⁴ TARUFFO, Michele. **Consideraciones sobre la prueba judicial**. 2. ed. Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p.28-29.

¹³⁵ A noção de certeza, por exemplo, é fundamental na obra de Malatesta, sendo premissa para o seu trabalho sobre provas e legitimidade da pena: “*a partir del axioma jurídico según el cual no hay pena legítima sin la, certeza sobre el hecho de la delincuencia, hemos emprendido el estudio de la certeza. Siendo esta, en general, la creencia en que se está en posesión de la verdad, y alcanzando tal posesión el espíritu humano por la eficacia reveladora de las pruebas, consideramos necesario examinar la certeza tanto en su interioridad lógica, como en su fuente ontológica; al efecto, comenzamos por estudiar lo que es la, certeza como interioridad l6gica; analizando los varios estados posibles del alma con relación al conocimiento de la realidad; luego pasamos á. estudiar les pruebas como generadoras de aquellos estados psicológicos.*” MALATESTA, Nicolas Framarino Dei. **Lógica de las pruebas en materia Criminal**. Madri: La España Moderna, 1895, p. 425.

¹³⁶ Sobre o tema da cognição e suas implicações para a conformação do processo civil é incontornável a obra de Kazuo Watanabe. WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

de prova, mas as alegações feitas sobre eles, na medida em que forem controvertidas¹³⁷. O conhecimento no processo, portanto, é de tipo proposicional, relacionando-se à verdade sobre uma proposição, não recaindo, por assim dizer, sobre o “fato bruto”, verificado no plano fenomênico e que não foi linguisticamente introduzido no processo¹³⁸.

Inegavelmente a relação entre eventos passados e sua verificação no presente é indispensável para a compreensão da discussão. As proposições fáticas apenas podem ser enunciadas pelos efeitos que produziram, os “sinais do passado”, deixados no presente. É por isso que a verificação não é objetivável, ou passível de experimentação, mas de “prova”, como uma ilação dos fatos passados, comprovados, com os fatos presentes (meios de prova). Por isso, aceita-se o fato como provado, por uma inferência indutiva, pela percepção de experiências análogas¹³⁹.

Rigorosamente, o discurso sobre a “verdade” no processo possui um duplo papel: ele é programático e legitimador. Os dois papéis estão presentes no pensamento doutrinário geralmente exposto e na construção dos tribunais, tanto na tradição continental quanto na anglo-americana.

Ele é programático por representar um objetivo, uma meta, a ser perseguida. Não há garantias de que a decisão judicial será efetivamente “verdadeira” em sua percepção dos fatos, mas há a expectativa de que ela busque esta finalidade¹⁴⁰. As regras processuais atinentes ao contraditório procuram alegadamente criar um espaço em que se possa efetivamente verificar os fatos ocorridos, balanceando este objetivo com outros valores processualmente relevantes. Norberto Bobbio destaca que a meta construída serve como critério para valoração e correção do próprio direito existente¹⁴¹.

Por outro lado, afirmar que o processo busca a verdade é uma maneira de afirmar a “justiça” das decisões. É, desta feita, um elemento legitimador da atividade judicial e das próprias decisões do Estado. Tanto no momento da decisão, que deve procurar identificar os elementos fáticos verificados, quanto no da instrução probatória, com a necessidade de afirmação do contraditório, da oportunidade de produção cooperativa e de debate sobre os meios de prova, é evidente a preocupação em legitimar a atividade jurisdicional.

¹³⁷ CARRATA, Antonio. Il diritto come discorso e la funzione dimostrativa della prova a proposito del libro di Aurelio Gentili. In: **Diritto e questioni pubbliche**. Palermo: 2014, v. XIV, p. 172.

¹³⁸ TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. **A prova de estados subjetivos no processo civil**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 83.

¹³⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 44.

¹⁴⁰ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: RT, 2014, p. 281-282.

¹⁴¹ A ponderação é feita no prefácio da 1ª Edição Italiana da obra de Ferrajoli sobre “direito e razão”, falando do garantismo (cognitivismo) como programa.

Neste sentido um discurso de verdade como correspondência, entendida como um retrato do que efetivamente se verificou, é o mais adequado para a legitimação perante a sociedade¹⁴². Não há nada de “ingênuo” ou de inadequado na construção doutrinária e jurisprudencial do tema da verdade no processo. Não é um “desconhecimento” das correntes linguísticas, das que pretendem a inexistência de uma ontologia ou de qualquer vertente cética. É uma posição pragmática, que permite a afirmação e legitimação da atividade probatória e, de maneira mais ampla, jurisdicional. De certo modo, é mesmo uma maneira de afirmação jurídica do poder político, do poder de julgar e decidir. A decisão tem que recair sobre fatos “corretos”, “verdadeiros” e que foram “revelados” no curso da instrução processual.

Mesmo quando se trata de perceber que o processo é discursivo e retórico e que as partes estão, no fundo, procurando comprovar suas alegações de maneira dirigida ao desfecho da causa, e não de propriamente saber o que “realmente” aconteceu, o certo é que se espera que a decisão possa, a partir dos elementos reunidos, verificar (corresponder a) os fatos. Neste sentido, o discurso de verdade como correspondência e como meta do processo é um “criptoargumento¹⁴³”, por buscar dar credibilidade e legitimidade à decisão, encobrindo as limitações da própria atividade judicante.

Em alguma medida, a acendrada discussão sobre os poderes instrutórios do juiz e a divisão da doutrina processual em “ativistas” e “garantistas” está relacionada ao grau de balanceamento e a quem cabe a condução da “busca da verdade”. O mesmo recurso, no fundo, é adotado para as duas posições contrapostas, para defender o papel adequado do juiz no processo. Mais que isso, a velha, mas ainda presente, distinção entre modelos de processo “inquisitivo” e “adversarial” é, ela também, decorrente das dissenções sobre a busca pela verdade ou, mais precisamente, sobre qual modelo de processo seria mais apto a “alcançá-la”¹⁴⁴.

O que se quer ressaltar é que ter a verdade como objetivo (programa) é tão fundamental para o discurso legitimador da atividade jurisdicional que a caudalosa discussão doutrinária sobre a conformação do procedimento, sobre o papel das partes e do juiz no processo, é diretamente decorrente desta premissa compartilhada. Na Filosofia (na do Direito, inclusive)

¹⁴² “O processo não pode contentar-se em fundar-se senão em uma concepção realista da verdade como correspondência da descrição dos fatos à respectiva realidade efetiva. Com base nessa concepção – antiga na história da filosofia e também muito discutida, mas imprescindível no contexto processual – um enunciado ou conjunto de enunciados que descrevem um ou mais fatos são verdadeiros se esses fatos realmente se verificaram e são falsos se esses fatos não se verificaram no mundo da realidade que externam.” TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado: ensaios**. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 44.

¹⁴³ SCHIMITZ, Leonard Ziesemer. Entre produzir provas e provar hipóteses: o risco do argumento da “busca da verdade real” na instrução e na fundamentação das decisões. In: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JR., Fredie. **Doutrinas essenciais do novo processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, v. IV, p.

¹⁴⁴ TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado: ensaios**. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p.

há espaço para propriamente questionar o papel da verdade no processo, uma doutrina jurídica (dogmática) crítica pode pontuar as limitações do conceito ou mesmo sua inadequação às correntes atualmente predominantes da gnoseologia. Mas a doutrina não consegue se afastar da premissa estabelecida e compartilhada da verdade no processo, justamente pelo seu papel legitimador, para o Direito, para as profissões jurídicas e para a própria atuação do Estado, no exercício da força. Afastar-se do discurso da razão e da verdade, em algum grau, implica em aceitar o decisionismo e a imposição de posições racionalmente injustificáveis, quando o Estado exerce seu poder judicante. Ou seja, há uma posição limdeira a ser reafirmada, a distinção entre justo (ou pelo menos de se buscar o justo) e o arbitrário. Não há como no rescaldo do pensamento moderno desfazer o discurso sobre a verdade e pretender uma *práxis* socialmente legítima e aceitável.

A discussão sobre o racionalismo probatório insere-se, de maneira mais ampla, no contexto de afirmação do juspositivismo. Para que as normas possam ser adequadamente aplicadas, é imprescindível que os fatos sejam adequadamente verificados. Não é suficiente, nesse contexto, afirmar o estudo das normas, tidas como neutras, sem a correção dos fatos, que desencadeiam a incidência ou aplicação dessas normas. O juspositivismo é uma teoria e é, também, uma ideologia ou programa¹⁴⁵. Não é por acaso, por exemplo, que Bentham, um dos precursores da *Evidence Law*, se preocupou mais em criticar as limitações do Direito inglês, do que propriamente descrevê-lo (doutrina funcional). A sua aguda crítica às regras de exclusão e a restrição à admissão de material relevante está diretamente relacionada à sua concepção racional de verdade e sua aspiração juspositivista, destacando a relação entre o direito adjetivo e o substantivo¹⁴⁶.

No contexto do positivismo jurídico o Direito Probatório será, ele mesmo, alvo das críticas que sofre a linha de pensamento de que decorre, particularmente no que diz respeito ao formalismo ou à noção de que o Direito está dissociado da Moral. Para o juspositivismo o formalismo significa um corpo de normas que valem por sua estrutura formal, independentemente de seu conteúdo¹⁴⁷. No contexto das regras probatórias e processuais a questão acaba recaindo para a problemática da “verdade formal”. A crítica interna, proveniente da própria doutrina processual, mais importante é a defesa do ativismo ou o incremento dos

¹⁴⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995, p. 233.

¹⁴⁶ O próprio Bentham diretamente indica o papel e as premissas próprias do Direito Probatório: “*The adjective branch of law, or law of procedure, and therein the law of evidence, has everywhere for its object, at least ought to have, the giving effect throughout to the several regulations and arrangements of which the substantive branch or main body of the law is composed.*” BENTHAM, Jeremy. **The Works of Jeremy Bentham – Produced under the superintendece of his executor John Bowring**. Edimburgo: William Tait, 1843, v. VI., C. 2, § 1º.

¹⁴⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995, p. 130.

poderes instrutórios do juiz. Do ponto de vista externo, as correntes céticas (em suas muitas variantes) e retóricas (que destacam os aspectos argumentativos das provas) apresentam uma contraposição à noção de conhecimento, decorrente da instrução processual, e verdade como correspondência.

A tradição racionalista, por tudo isso, parte da noção de que o objetivo central do direito processual é a obtenção de uma decisão justa, com a correta aplicação do direito aos fatos provados como verdadeiros¹⁴⁸. Como premissa, ela estabelece que o processo objetiva a investigação da “verdade”, por intermédio de meios racionais. Dessa premissa decorrem dois corolários importantes: (i) o pressuposto epistemológico de que é possível, no presente, fazer um julgamento acurado sobre fatos ocorridos no passado; e (ii) o pressuposto racional de que a aplicação de certos princípios aumenta a possibilidade da correção daquele julgamento. Além disso, a tradição racionalista aceita que a busca da verdade é um objetivo importante e fundamental para o processo, mas que pode vir a ser equanimizada para conviver com outros objetivos importantes no sistema processual (necessidade de eficiência no julgamento da causa, de se preservar a intimidade das partes, de se resguardar o sigilo profissional etc.). Por fim, o modelo processual e probatório dessa tradição é instrumentalista, ao estabelecer que a busca racional da verdade é a única maneira de se atingir uma justiça expletiva, consistente na aplicação do direito substantivo¹⁴⁹. A investigação e análise dos fatos e provas pelo juiz são, portanto, pontuadas de limitações, a primeira delas imposta pelo conteúdo da demanda apresentada pela parte e pela contradição, outras tantas pelas regras do próprio sistema, pela necessidade de se assegurar sua imparcialidade e pela premente necessidade de julgamento da causa¹⁵⁰.

Do ponto de vista epistemológico os pressupostos da tradição racionalista do Direito Probatório estabelecem um discurso cognitivista, e não cético. Naturalmente, este é, como indicado, um pressuposto legitimatório para a própria aplicação do Direito e funcionamento do processo. Aceitar como premissa estruturante uma concepção epistemológica cética seria admitir que não é possível encontrar a verdade no processo e, em última medida, que não é possível afirmar que uma decisão foi justa ou o próprio exercício da força pelas autoridades constituídas foi legítimo. Só que, nesta hipótese, se desconstituiria o pressuposto para aceitabilidade do processo e do Direito. O discurso de que com a apresentação de prova é

¹⁴⁸ TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado: ensaios**. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 46.

¹⁴⁹ ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. **Analysis of evidence**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, posição 1517.

¹⁵⁰ CALAMANDREI, Piero. Il giudice e lo storico. In: **Rivista di Diritto Processuale Civile**. Padova: CEDAM, 1939, v. XVI, p. 109-110.

possível identificar, ao menos em aceitável grau, o que se passou em um caso é, também, uma das maneiras de justificar toda a atividade jurídica. É preciso identificar “corretamente” os fatos para que se possa aplicar o Direito. A tradição racionalista, assim, está em linha com as posições justificatórias do direito moderno. Sem a explicação divina para o resultado, é indispensável demonstrar que a compreensão do que ocorreu deu-se em decorrência da correta compreensão e informação do julgador sobre os fatos.

A doutrina processual prefere uma teoria da verdade como correspondência à uma teoria coerentista da verdade¹⁵¹. A busca por provas não se dá apenas para justificar discursivamente as alegações das partes ou para que a sentença judicial, em si mesma, seja coerente ou adequada ao se verificar sua conclusão com os seus fundamentos (coerência discursiva). A concepção prevalente é a de que há uma correspondência entre os fatos identificados e aquilo que efetivamente se passou no mundo empírico. Os meios de prova são introduzidos no processo para ser possível que a convicção do julgador corresponda à realidade fática¹⁵². A apresentação das provas pelas partes é assinalada pelo objetivo de convencer, de confirmar as suas alegações fáticas. Assim, há a preocupação na construção de um discurso racional, apto a ser demonstrado pelos meios de prova. O discurso deve, então, ser coerente internamente e externamente verificável. Na avaliação da prova pelo julgador a fundamentação da decisão judicial deve (visão deontológica) apresentar e fundamentar os fatos como aconteceram e a valoração dos meios de prova deve se dar para que a decisão corresponda os fatos que, efetivamente, ocorreram.

A doutrina processual pressupõe o emprego de meios de provas ditos “racionais”, por serem capazes de demonstrar uma representação da verdade que corresponda àquilo que se verificou no plano fático. Assim, como decorrência do próprio discurso legitimador adotado, os meios de prova de fundamentação “irracional”, que eram legitimados pela vontade divina, são afastados e tidos como inaceitáveis.

O modelo probatório racionalista tem uma feição eminentemente instrumental, ao partir da premissa de que a correção da decisão fática é um pressuposto para que seja feita a “justiça” ao caso concreto. Naturalmente, o problema da “correção” da decisão é indisfarçável e central,

¹⁵¹ TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado: ensaios**. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 44.

¹⁵² “*If this is right, substantive justice is possible only if, first, there is such a thing as factual truth; second, such truth is objective, not simply a matter of what anyone, or everyone, believes; and third, it is often enough possible for us to figure out what the truth of a disputed matter of fact is. This last point in turn requires, fourth, that there be objective standards of better and worse evidence; and, fifth, that the fact that the evidence with respect to a claim is, by these standards, good be at least a fallible indication of the likely truth of the claim in question*”. HAACK, Susan. Justice, truth, and proof: not so simple, after all. In: **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, a. 25, n. 99, p. 16.

mas a teoria é claramente deontológica ou prescritiva no ponto¹⁵³. É neste contexto que os *standards* probatórios e a distribuição do ônus da prova aparecem como instrumentos legitimadores da decisão e justificadores de um resultado necessariamente faticamente imperfeito ou, rigorosamente, inverificável.

Nos países de *Civil Law* o juiz é obrigado a fundamentar a sua decisão não apenas sob o aspecto das regras jurídicas que decide aplicar, mas é preciso que ele indique as razões de seu convencimento sobre os fatos, dialogando com as provas dos autos para poder justificar sua decisão. Nos julgamentos sem a presença do júri na *Common Law* (*Bench Trials*), de maneira geral, há o mesmo requisito. A tradição da *Common Law*, contudo, tem na figura do júri um papel singularmente distinto, não há a necessidade de fundamentar a conclusão dos jurados, por isso a racionalidade da conclusão tem que ser pressuposta, não podendo ser verificada. É bem verdade que os jurados são instruídos sobre o escopo de sua atuação e sobre o que devem considerar ao analisar se em um determinado patamar o *standard* probatório foi atingido. A legitimidade do júri, contudo, decorre de outros fatores, não da demonstração semântico-argumentativa do acerto da conclusão, mas do seu próprio processo de escolha e modelo de participação democrática.

A argumentação, necessariamente, é indutiva e a atividade processual é colocada como uma busca da verdade, para que se possa ter uma decisão jurídica justa, uma vez sejam estabelecidos os fatos. De maneira geral, as percepções sobre o Direito Probatório compõem uma parcela da própria teoria e concepção que se tem de processo civil. Uma teoria racionalista do Direito Probatório, portanto, está relacionada aos postulados do próprio processo. No modelo anglo-americano é a concepção de Bentham que dará os alicerces, no modelo continental doutrinas como as de Chiovenda (ao afirmar que o processo serve para atuar a vontade concreta da lei) e de Carnelutti, a exemplo de outros, embora partindo de tradições e concepções distintas, guardam um paralelismo de pretensões.

Adicionalmente, deve se registrar que o *modelo* ou *arquétipo* é construído a partir de regras que viabilizem sua operacionabilidade. A visão que se estabelece é de deontologia processual-probatória, por isso, às vezes, há uma postura crítica sobre regras e práticas que não se adequam às aspirações do modelo e uma certa complacência com o sistema em funcionamento. É por isso que Anderson, Schum e Twining¹⁵⁴ indicam que a doutrina anglo-americana é de um racionalismo aspiracional ou otimista, para indicar que se objetiva um

¹⁵³ DENNIS, Ian. **The Law of Evidence**. 5. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2013, p. 28-29.

¹⁵⁴ ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. **Analysis of evidence**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, posição 1549.

sistema probatório calcado na razão, embora se reconheça que, pragmaticamente, ele não existe ou funcione como pretendido. O mesmo sentido pode ser percebido na doutrina brasileira e continental de um modo geral¹⁵⁵.

Esta construção doutrinária sobre o Direito Probatório evidencia-se na própria legislação que passa a aspirar uma solução justa, célere, e com custos razoáveis a todas as ações, como se colhe das regras processuais civis e criminais norte-americanas ou brasileiras. As regras sobre provas, então, são construídas com o objetivo de permitir que cada caso possa ser administrado de maneira justa, com redução de custos e demoras injustificados, para promover a identificação da verdade e permitir uma decisão justa sobre o caso¹⁵⁶. É inegável, assim, que o modelo probatório guarda direta pertinência com o modelo de processo eleito, mas que, apesar das profundas diferenças procedimentais e culturais existentes, o objetivo subjacente é o mesmo.

Na Inglaterra, por exemplo, as *Civil Procedure Rules* estabelecem os seus objetivos principais de maneira substancialmente próximas ao modelo norte-americano, sendo certo que as noções de justiça, cooperação, eficiência e redução de custos se fazem presentes enquanto metas a serem perseguidas¹⁵⁷. Observando bem, nota-se que o paralelismo de aspiração com as próprias normas fundamentais do Processo Civil Brasileiro, nos termos delineados pelo CPC/2015. A tradição continental não foge, ela também, dos impactos do cientificismo e do racionalismo para o Direito. Por outro lado, a “crise da justiça” e as dificuldades de “acesso” à justiça parecem descrever quadros de insatisfação parecidos. O mesmo tipo de preocupação com o formalismo, a ineficiência, os altos custos são o mote para as reformas processuais em vários países e em distintos momentos.

¹⁵⁵ É por isso que Taruffo fala em uma verdade relativa: “de um lado, a verdade que se pode conseguir no processo é relativa propriamente enquanto não pode ser absoluta, isto é, porque não coincide nunca exatamente com a verdade alética ou categórica. No processo a verdade alética representa um valor regulativo e constitui – como se costuma dizer – ‘o Norte’, isto é, um ponto de referência que pode não ser jamais alcançado, mas serve para indicar a direção para a qual são orientados os procedimentos cognitivos que se traduzem concretamente em ato.” TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado: ensaios**. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 46

¹⁵⁶ *Federal Rules of Evidence*. “Rule 102. These rules should be construed so as to administer every proceeding fairly, eliminate unjustifiable expense and delay, and promote the development of evidence law, to the end of ascertaining the truth and securing a just determination.”

¹⁵⁷ As *Civil Procedure Rules*, para Inglaterra e País de Gales estabelecem: “The overriding objective. 1.1 (1) These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost. (2) Dealing with a case justly and at proportionate cost includes, so far as is practicable – (a) ensuring that the parties are on an equal footing; (b) saving expense; (c) dealing with the case in ways which are proportionate – (i) to the amount of money involved; (ii) to the importance of the case; (iii) to the complexity of the issues; and (iv) to the financial position of each party; (d) ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly; (e) allotting to it an appropriate share of the court’s resources, while taking into account the need to allot resources to other cases; and (f) enforcing compliance with rules, practice directions and orders”.

Aliás, as concepções adotadas pela tradição racionalista anglo-americana, em suas linhas gerais, são seguidas por diversos autores de *Civil Law*, sendo possível identificar, mesmo a partir de contextos institucionais e processuais substancialmente diversos, a marca da tradição racionalista, fruto do pensamento moderno, na doutrina probatória de vários países¹⁵⁸. Claro, um recorte e agrupamento só pode ser feito a partir de linhas gerais, mas os traços compartilhados são inegáveis¹⁵⁹. Também no continente é discernível uma doutrina processual-probatória que adota concepções epistemológico-cognitivistas, que defende bases racionais para a decisão judicial sobre fatos, a partir de uma noção de verdade como correspondência e que defende que a produção de uma decisão “justa” é um dos objetivos e premissas do processo¹⁶⁰. Como coloca Taruffo, a noção de que a função da prova é estabelecer a verdade dos fatos está difundida em toda a cultura jurídica ocidental¹⁶¹.

A avaliação judicial das provas, então, pode ser caracterizada como decorrente de uma racionalidade procedimental vinculada à consideração e análise a partir de um processo devido e pré-estabelecido, o resultado depende das limitações do próprio intérprete e julgador e dos meios disponíveis, bem como da qualidade do processo de investigação utilizado¹⁶².

2.3.1. Wigmore e a “Ciência das Provas”

Na linha do quanto exposto no item anterior e para ressaltar a aproximação do pensamento evidenciário do *Common Law* com os pressupostos igualmente dominantes no

¹⁵⁸ “La atención en la racionalidad de la valoración de la prueba tiene sus raíces en la asunción de que ésta es la mejor garantía de la mayor aproximación entre lo que resulta probado en el procedimiento y la verdad sobre los hechos. Sin embargo, si aceptamos que el objetivo de la prueba en el proceso judicial es la averiguación de la verdad, éste tiene un impacto fundamental en la decisión sobre la admisibilidad de las pruebas: el principio fundamental resultante, llamado principio de inclusión, impone que entre al proceso la mayor cantidad de pruebas relevantes, de tal modo que aumente la probabilidad de que la decisión fáctica del juez sea correcta, i. e., acorde con la verdad sobre los hechos.” VÁSQUEZ, Carmen. La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales. In: **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante: Marcial Pons, 2015, n. 38, p. 102.

¹⁵⁹ VERGÈS, Étienne; VIAL, Geraldine; LECLERC, Oliver. **Droit de la preuve**. Paris : PUF, 2017, p. 123.

¹⁶⁰ CHASE, Oscar. American "Exceptionalism" and Comparative Procedure. In: **The American Journal of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002, v. 50, n. 2, p. 279.

¹⁶¹ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 2. ed. Madri: Trotta, 2005, p. 21.

¹⁶² “...the current view on rationality can be characterized as bounded procedural rationality (Rescher, 1977; Simon, 1982): a belief or decision is rational if it is in agreement with the knowledge that has actually been considered (or should have been considered) in a proper procedure. This rationality is bounded because humans are limited by cognitive and practical constraints in their consideration of knowledge; it is procedural because the rationality of a belief depends on the quality of the process that has been used to obtain the belief. Note that the rational process of proof is by no means exclusive to a legal setting. In science but also in our everyday lives we continually use and reason with evidence in order to infer conclusions; Schum speaks of “the context in which evidence arises”, for example scientific, medical or legal evidence.” BEX, Floris J. **Arguments, stories and criminal evidence**. Londres: Springer, 2011, p. 2-3.

âmbito da *Civil Law*, é útil registrar, ainda que brevemente, o pensamento de Wigmore, uma das figuras mais importantes do pensamento probatório anglo-americano no século XX. Sua obra tornou-se, possivelmente, a mais consultada e reeditada, tanto nos Estados Unidos quanto na Inglaterra, ao longo do período, e o seu pensamento teve importante impacto e revela uma pretensão de cientificidade para o Direito e, igualmente, a criação de uma *ciência* das provas multidisciplinar. O seu objetivo era questionar o normativismo jurídico. A alusão específica ao seu pensamento se deve pelo fato de o seu Tratado das Provas ser uma obra com dezenas de reedições, ao longo de muitas décadas e por bem retratar as premissas de um racionalismo probatório.

Wigmore pretendia reorganizar o estudo da prova judicial em uma “*ciência* das provas”. Esta percepção, na verdade, se apresentara anteriormente na doutrina inglesa. Bentham já afirmava que o campo das provas ou evidências não é outro do que aquele do conhecimento, e que a prova judicial se refere apenas à uma parcela do todo¹⁶³.

Em uma perspectiva Wigmoreana, o estudo dos princípios probatórios, para o jurista, recairia sobre duas questões distintas. A primeira seria a formação do juízo probatório, relacionada ao processo de persuasão contenciosa. A segunda seria o estudo das regras sobre a admissibilidade de provas, que, na tradição da *Common Law*, representam o objeto tradicional e próprio de estudo da *Evidence Law* enquanto disciplina. A segunda questão praticamente monopolizou a atenção dos estudiosos da matéria, tendo a primeira recebido relativamente pouca atenção. Wigmore, então, dividia o estudo da *Evidence Law* em dois campos de preocupação distintos, as “regras de julgamento” (*Trial Rules*) e os “princípios da prova” (*Principles of Proof*).

Sua preocupação voltou-se para o desenvolvimento de um campo de estudo para a prova jurídica para além da simples análise exegética e funcional das regras jurídicas relacionadas ao julgamento. Para ele o problema estaria justamente na ampla preferência do jurista pelo estudo das regras, com a conseqüente construção de uma disciplina probatória, em grande medida, hermética. Esta situação se apresenta como problemática, pois o desenvolvimento de uma ciência das provas se apresentaria como imperativo e, ainda que de difícil formulação, sem se confundir com as regras processuais e procedimentais artificiais, requereria o estudo da “*persuasão mental do julgador para atingir a conclusão correta, através de materiais*

¹⁶³ BENTHAM, Jeremy. **The Works of Jeremy Bentham – Produced under the superintendece of his executor John Bowring**. Edimburgo: William Tait, 1843, v. VI, § 1.

*adequados*¹⁶⁴”. Adicionalmente, Wigmore antevia que as regras sobre admissibilidade probatória tenderiam a, no futuro, perder importância e seriam parcialmente eliminadas. A ciência das provas, invariavelmente, envolveria elementos metajurídicos, decorrentes da lógica, da psicologia, o que, inclusive, é indicado no próprio título de uma de suas principais obras.

Caso não se pudesse avançar no aprofundamento da ciência das provas, o sistema anglo-americano poderia vir a se encontrar em uma situação parecida com a vivida pelo modelo continental, que, com a extinção do antigo modelo da prova legal, tarifada, teria entrado em uma verdadeira “ausência de sistema probatório”, pois o modelo da prova livre não teria sido acompanhado pela adequada compreensão dos operadores jurídicos sobre a avaliação de provas.

Sob o viés continental, deve-se perceber que o surgimento da ideia de livre apreciação das provas surgiu em contraposição ao modelo de prova legal ou tarifada¹⁶⁵. O que se estava a construir era a possibilidade de valoração e apreciação da prova pelo julgador, sem a necessidade de recorrer à uma eficácia probante aprioristicamente estabelecida pelo legislador. A questão, então, propriamente não se colocou como um livre convencimento do magistrado, no sentido de que o juiz poderia decidir o que lhe aprouvesse, estando “livre” para tanto. Mas, para o sentido do que veio se designar como “persuasão racional”, o juiz poderia analisar os meios de provas e retirar as inferências de cada elemento sem estar adstrito aos critérios da prova legal, mas precisa, para que se tenha uma decisão minimamente legítima, fundamentar e racionalmente utilizar os elementos probatórios para fins de persuasão dos seus interlocutores, como meio de justificação da decisão judicial¹⁶⁶.

Apenas a mesma liberdade de apreciação que o júri possuía, superada a admissibilidade de provas no *Trial*, o juiz passou a ter no continente. É a superação de um modelo rígido, de pré-determinação legal dos efeitos e dos meios para a determinação de uma alegação fática, para um flexível e avaliativo. Neste sentido, os esforços de Wigmore e a preocupação na

¹⁶⁴ WIGMORE, John Henry. **The principles of judicial proof as given by logic, psychology, and general experience and illustrated in judicial trials**. Boston: Little, Brown and Company, 1913, p. 1-2.

¹⁶⁵ Por isso, Taruffo indica que se trataria de um sistema probatório “fechado”. TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado: ensaios**. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 50-51.

¹⁶⁶ Por exemplo, analisando o sentido do artigo 131 do CPC de 1973: “o critério da persuasão racional, e não o da livre convicção, na medida em que conferiu ao julgador relativa (e não absoluta) liberdade na apreciação das provas. Além disso, impôs ao juiz o dever de indicar, na sentença, os elementos constantes dos autos que lhe formaram o convencimento. Com efeito, interpretação atrelada à literalidade do art. 131 do CPC [1973] é repelida pela doutrina mais autorizada, uma vez que o juiz não pode decidir exclusivamente com base em suas impressões pessoais, mas tem de atender aos critérios que regem o direito probatório, sem desprezar, naturalmente, as regras da lógica, os postulados das ciências, os princípios básicos da economia, as regras de experiência etc.” LOPES, João Batista. Provas atípicas e efetividade do processo. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro: UERJ, 2010, v. V, p. 399.

construção de uma “Ciência das Provas” são convergentes com a premissa racionalista da tradição continental. O que se observou, nos dois sistemas, foi uma perda de espaço de regras probatórias rígidas, seja sob o aspecto de sua valoração, seja sob o da admissibilidade, pelo delineamento de contornos mais flexíveis.

Wigmore desenvolveu sua obra na primeira metade do século XX, um momento no qual diversas disciplinas que hoje se apresentam como mais bem desenvolvidas ainda não haviam tomado corpo. Ainda não havia, por exemplo, o desenvolvimento amplo da prova científica, com exames sofisticados e praticamente “infalíveis”, como o de DNA, e a psicologia forense ainda era pouco desenvolvida. Apesar disso, suas noções centrais sobre os problemas da prova judicial ainda se apresentam como adequadas para, em larga medida, se apreender a matéria. É possível resumir sua concepção em quatro pontos fundamentais. Primeiramente, a fundamentação para a análise e avaliação da prova jurídica é a lógica informal e ordinária, não as próprias regras probatórias. Em segundo lugar, o valor probante de uma fonte de prova apenas de maneira excepcional pode ser tratado adequadamente por meio de regras jurídicas. Em terceiro lugar, a relevância não é um problema jurídico, mas lógico. Por fim, a análise e avaliação da credibilidade e valor probatório dos meios de prova é sujeita às regras de “experiência geral” e devem ser compreendidas de maneira interdisciplinar¹⁶⁷.

Por isso, grande parte do campo de estudo sobre as provas jurídicas apenas seria adequadamente compreendido em perspectiva interdisciplinar, sendo necessária uma abertura na comunidade jurídica e na academia, voltadas apenas para as questões, menos importantes, das normas jurídicas sobre as provas. O curioso é que, apesar de Wigmore entender que a “ciência das provas” era mais importante do que as “regras de julgamento”, o seu tratado sobre o Direito Probatório, sobre as “regras de julgamento” foi durante todo o século XX a obra mais citada e adotada na matéria¹⁶⁸, enquanto as suas ideias sobre a ciência das provas foi relativamente esquecida, salvo por alguns esforços pontuais, até a década de 1980, com o surgimento da “nova escola do direito probatório”¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Seguindo a organização de: TWINING, William. Interdisciplinarity and the study of evidence. In: DAWID, PHILIP; TWINING, William; VASILAKI, Mimi. (Eds.) **Evidence, inference and enquiry**. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 80-81.

¹⁶⁸ Após o seu falecimento, o seu Tratado de Direito Probatório, em dez volumes, veio a ser atualizado em diversas versões e por vários atualizadores. O impacto de Wigmore, talvez, possa ser comparável ao de Pontes de Miranda no Brasil, no sentido de que uma obra extensa e que foi objeto de várias reedições e atualizações, continuando a influenciar o cenário jurídico muitas décadas após o falecimento de seu autor.

¹⁶⁹ TWINING, William. Interdisciplinarity and the study of evidence. In: DAWID, PHILIP; TWINING, William; VASILAKI, Mimi. (Eds.) **Evidence, inference and enquiry**. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 85.

O pensamento de Wigmore é importante e adequadamente retrata os pressupostos da concepção racional da prova, de que ela se presta à reconstrução dos fatos e que seria possível, inclusive, a construção de uma “ciência” sobre a verificação dos fatos, independente dos aspectos puramente normativos.

2.4. A retórica probatória e a decisão judicial

A prova jurídica, para esta concepção, estaria vinculada à atividade de convencer (persuadir) e não de demonstrar os fatos. Ela teria, então, um caráter principalmente retórico. Sua função não seria efetivamente comprovar o que ocorreu, mas convencer que considere o fato como existente e, daí, extrair-se as consequências jurídicas próprias¹⁷⁰. A percepção de que a prova se volta para o convencimento corresponde à sua função no processo judicial, no sentido de que não se busca identificar efetivamente os fatos, se não as alegações de fatos contestadas, de maneira utilitarista ou voltada para a premência de julgamento e formação de decisão¹⁷¹.

Neste contexto a “função argumentativa da prova” é colocada em contraposição com sua “função demonstrativa”¹⁷², no sentido de que o meio de prova é apresentado como um argumento para a defesa de uma determinada afirmação. Ela não seria, propriamente, um meio para demonstrar o que ocorreu, mas para se poder argumentar sobre os fatos. De maneira geral, a “função demonstrativa” é aquela exaltada em um paradigma iluminista e de um processo que se propõe racional, mas há uma retomada do papel retórico da prova, com o avanço do estudo da linguística e do papel da interrelação entre o sujeito cognoscente e o objeto. Inegavelmente, os meios de prova são apresentados no processo para fundamentar argumentos, confundindo-se, eles mesmos, com a argumentação que procuram demonstrar. Entretanto, a função retórica,

¹⁷⁰ “*Si tratta dell’idea “retorica” dela prova, in base alla quale il suo scopo consisterebbe nel creare nella mente del giudice (che sarebbe l’uditorio specifico e privilegiato) un convincimento intorno al modo in cui si sarebbero svolti i fatti del caso. L’esito positivo della prova sarebbe dunque la sua persuasione intorno a come questi fatti vengono raccontati, ossia –in altri termini– il convincimento del giudice intorno alla “bontà” di una narrazione relativa a questi fatti. Se a questo proposito si parlasse di “verità” non si tratterebbe dunque di cosa diversa dalla mera persuasione, frutto dello svolgimento retorico degli argomenti presentati dalle parti nel processo, intorno ad una versione di questi fatti che emergerebbe esclusivamente dal contesto retorico delle attività difensive.*” TARUFFO, Michelle. Ermeneutica, prova e decisione. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, jan/abr. 2018, v. 4, n. 1, p. 133.

¹⁷¹ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 2. ed. Madri: Trotta, p. 350-351.

¹⁷² “*A fondamento della ricostruzione della funzione della prova giudiziaria in termini dimostrativi, dunque, vi è la convinzione: a) che all’interno del processo si possano logicamente distinguere gli aspetti che attengono al giudizio sui fatti da quelli che interessano, invece, il giudizio di diritto; b) che – con riguardo agli aspetti che attengono al giudizio sui fatti – sia necessario organizzare il procedimento probatorio del giudice secondo un’impostazione di tipo razionale; c) che solo in questo modo sia possibile ottenere il controllo delle scelte operate dallo stesso giudice nella formazione del suo convincimento sulla veridicità o meno degli enunciati fattuali della causa.*” CARRATA, Antonio. Funzione Dimostrativa Della Prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio). In: **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, 2001, p. 76.

fundamental e importante, não esgota o papel e a função da prova jurídica, e nem exclui propriamente a “função demonstrativa”¹⁷³. É possível, com efeito, compreender a interação processual como uma série de narrativas e discursos sobrepostos. O processo é, por excelência, um espaço de comunicação. As partes comunicam, construindo suas narrativas, a testemunha ou o perito também o fazem ao apresentar o seu depoimento ou parecer, o juiz está engajado nesta comunicação. Então não há apenas uma narrativa ou história, mas o processo representa um complexo de comunicação¹⁷⁴. A prova é introduzida pelas partes, inegavelmente, com o objetivo de confirmar um discurso coerente, de reafirmar o que havia sido dito. Mais que isso, a prova é introduzida considerando um estoque social partilhado de conhecimento dos interlocutores, para reforçar o sentido da narrativa apresentada.

O próprio *factum probandum* ou fato objeto da prova é apresentado no processo como uma reconstrução, como uma entidade linguística, decorrente da narração das partes de um evento passado, e apenas nos pontos em que a narração for controversa é que haverá atividade probatória. De certa maneira, é possível descrever o processo como um complexo de narrações factuais, sendo a última narração a própria decisão ou sentença¹⁷⁵.

Sob o viés da “função argumentativa”, qualquer elemento voltado a convencer o Estado-juiz da validade das proposições controvertidas das partes seria prova¹⁷⁶. A prova serviria, então, para confirmar a alegada veracidade de uma narrativa fática, possuindo um papel persuasivo¹⁷⁷. Naturalmente, coerência discursiva é importante para os fins de convencimento pretendidos no processo, a própria sentença também se propõe a uma reconstrução coerente dos fatos e das consequências jurídicas decorrentes.

Mas, não é possível uma simples equiparação entre a decisão judicial e uma narrativa literária. Elas, em comum, pressupõem algum grau de coerência interna para serem inteligíveis, mas os limites e as constrictões do discurso na decisão judicial pressupõem uma verificabilidade

¹⁷³ CARRATA, Antonio. Il diritto come discorso e la funzione dimostrativa della prova a proposito del libro di Aurelio Gentili. In: **Diritto e questioni pubbliche**. Palermo: 2014, v. XIV, p. 170.

¹⁷⁴ JACKSON, Bernard S.. Narrative Models in Legal Proof. In: PAPKE, David Ray. (org.) **Narrative and the legal discourse. A reader in storytelling and the law**. Liverpool: Deborah Charles Publications, 1991, 164-166.

¹⁷⁵ TARUFFO, Michelle. Ermeneutica, prova e decisione. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, jan/abr. 2018, v. 4, n. 1, p. 131.

¹⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 59.

¹⁷⁷ Leonardo Greco rejeita “o livre convencimento puramente retórico, porque é preciso cercar a cognição probatória da mais estrita precisão para assegurar o caráter demonstrativo da definição dos fatos, com o emprego da epistemologia - como teoria do conhecimento empírico fundado na experiência científica e na lógica do razoável -, do senso comum e da própria lógica formal, através do respeito aos princípios da não-contradição e da racionalidade interna da decisão probatória”. GRECO, Leonardo. A Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro- Anteprojeto do Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais” da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro: UERJ, 2014, v. 13, n. 13. Disponível em: <www.redp.com.br>. Acesso em 09 jul. 2018.

externa, tanto a partir do estoque compartilhado de informações de uma sociedade, quanto dos elementos de prova apresentados no processo e que fundamentam a decisão judicial¹⁷⁸. A narrativa literária tem que ser internamente coerente. Mantidos os parâmetros construídos pela própria história, os limites são propriamente internos e o narrador tem a liberdade de construir uma história sem qualquer correspondência no mundo real, desde que coerente com o texto. Não é crível que alguém possa fazer feitiços, mas esta não é uma constrição para a narrativa literária, que pode estabelecer seus próprios limites. Um texto jornalístico, contudo, certamente pressupõe uma construção coerente e, muitas vezes, persuasiva da narrativa, mas o jornalista não tem a mesma liberdade do romancista, pois o seu discurso tem que ser coerente na apresentação das ideias e correspondente ao estoque compartilhado de informações da sociedade e as informações (provas) de que ele dispõe. Em outras palavras, ele tem que ser também externamente verificável. A narrativa jurídica, particularmente na perspectiva da decisão judicial e da avaliação das provas, tem que ser verificável e condizente com os meios de prova introduzidos. Há, assim, a necessidade de uma verificabilidade externa ou extratextual. As provas, então, são elementos de controle do discurso jurídico, a partir do pressuposto compartilhado de que a lei deve ser aplicada a determinado fatos.

Taruffo, por exemplo, questiona o papel retórico da prova, afirmando que a utilização da prova para fins de convencimento é aquela feita pelas partes, mas que não retrata a função que ela possui para o juiz ou, conforme o caso, o júri. Para o julgador a prova teria uma função epistêmica, de instrumento ou meio para o conhecimento, servindo para a obtenção de uma descrição verdadeira dos fatos da causa. Esta diferenciação é fundamental para que se perceba que uma alegação pode ter alta carga persuasiva, mas ser substancialmente falsa. O juiz, por isso, não precisa apresentar uma narração persuasivamente eficaz, mas verdadeira¹⁷⁹. Sua avaliação e conclusões sobre as provas precisam da justificação e de fundamentação adequada, para permitir o controle racional das conclusões a partir dos elementos disponíveis e das regras

¹⁷⁸ TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado: ensaios**. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 45.

¹⁷⁹ TARUFFO, Michele. *Ermeneutica, prova e decisione*. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, jan/abr. 2018, v. 4, n. 1, p. 134.

processuais aplicáveis¹⁸⁰. Bruno Cavallone¹⁸¹ enxerga na posição de Taruffo¹⁸² uma indevida crítica à posição do advogado que tem que, necessariamente, ser parcial em sua atuação e seu mister requer justamente o convencimento do juiz. Sua atuação profissional requer a parcialidade e o objetivo de vencer o processo em favor de seu cliente. Além disso, nada justificaria uma postura ativa do juiz ou que, efetivamente, possa levar à “demonstração da verdade”, que seria inverificável¹⁸³.

A questão do direito como narrativa e a “morte” das grandes narrativas partilhadas (noções como as de verdade, razão, certeza, progresso) significa a superação de um contexto oitocentista para o discurso cético que se constrói ao longo do século XX, particularmente no pós-guerra. Naturalmente, o processo é feito de narrativas, fáticas e jurídicas, entretanto a redução das possibilidades do processo à mera escolha da narrativa mais convincente é o mesmo que negar a possibilidade de apreensão da realidade empírica, posto que um discurso pode ser verossímil, mas falso, e outro inverossímil, mas verdadeiro. Neste ponto reside a deontologia da decisão judicial: requer-se um discurso verdadeiro (no sentido de correspondente ao que se verificou empiricamente), ainda que construído a partir de elementos limitados e observadas as constrações probatórias impostas pela própria lei.

2.5. O realismo probatório norte-americano. Jerome Frank: um crítico otimista?

Na linha das contraposições ao pensamento dominante realça-se as posições realistas, que, em alguns pontos, aproximam-se do ceticismo, embora se ocupem de procurar compreender o que efetivamente acontece na prática processual. O realismo norte-americano adota uma posição nuançada de pragmática das questões jurídicas. De certa maneira, em uma

¹⁸⁰ Sobre o ponto, Leonardo Greco, defendendo uma posição epistemológica e de fundamentação racional das provas no processo: “...essa concepção não se harmoniza com o livre convencimento puramente retórico, porque é preciso cercar a cognição probatória da mais estrita precisão para assegurar o caráter demonstrativo da definição dos fatos, com o emprego da epistemologia - como teoria do conhecimento empírico fundado na experiência científica e na lógica do razoável -, do senso comum e da própria lógica formal, através do respeito aos princípios da não-contradição e da racionalidade interna da decisão probatória.” GRECO, Leonardo. A Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro- Anteprojeto do Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais” da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro: UERJ, 2014, v. 13, n. 13. Disponível em: <www.redp.com.br>. Acesso em 09 jul. 2018.

¹⁸¹ Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 65-66.

¹⁸² CAVALLONE, Bruno. En defensa de la verifobia – consideraciones amigablemente polémicas sobre un reciente libro de Michele Taruffo. In: CAVALLONE, Bruno; TARUFFO, Michele. **Verifobia: un diálogo sobre prueba y verdad**. Lima: Palestra, 2012, versão kindle.

¹⁸³ CAVALLONE, Bruno. En defensa de la verifobia – consideraciones amigablemente polémicas sobre un reciente libro de Michele Taruffo. In: CAVALLONE, Bruno; TARUFFO, Michele. **Verifobia: un diálogo sobre prueba y verdad**. Lima: Palestra, 2012, versão kindle.

redução, esta linha de pensamento pode ser compreendida pelo axioma de Holmes de que “*a vida do direito não tem sido a lógica: tem sido a experiência*”¹⁸⁴. Jerome Frank é um dos mais importantes pensadores desta linha¹⁸⁵ e parte da noção de que o estudo e, particularmente, a prática do direito não são atividades racionais, mas fortemente marcadas pela subjetividade. A atividade jurídica seria contingente e irracional, o entendimento da realidade seria contingente e não absoluto¹⁸⁶. O estudo do direito, contudo, ignoraria esta realidade. Ele era um cético sobre a possibilidade de adequada identificação dos fatos por meio do processo judicial¹⁸⁷, adotando uma posição de ceticismo fático¹⁸⁸.

O seu posicionamento baseia-se, fortemente, no estudo da psicologia do julgador¹⁸⁹. Por isso, ao analisar a prova o juiz seria como uma “testemunha de uma testemunha” e, assim, sujeito às fragilidades e limitações da mente humana ao tentar reconstruir retrospectivamente fatos objetivos ocorridos no passado^{190 191}. A instrução processual e a prova sobre os fatos seriam a etapa mais importante do processo, já que é por sua reconstrução, para decisão de um

¹⁸⁴ HOLMES JR., Oliver Wendell. **The common law**. Toronto: University of Toronto Law School Typographical Society, 2011, p. 5.

¹⁸⁵ Naturalmente, o realismo jurídico é uma corrente de pensamento complexa, composta pela contribuição de vários autores, que se ocuparam de diversas questões, ao longo de muitas décadas. Neste trabalho, no qual a questão aparece de maneira incidental, optou-se por uma breve análise do pensamento de Jerome Frank, sem maiores aprofundamentos ou questionamentos sobre a escola como um todo. Isso se dá, especificamente, pela importância dos escritos de Jerome Frank para o Direito Processual e Probatório, considerando o impacto na doutrina que escreveu e escreve sobre estes temas, nomeadamente no mundo anglófono. De certa maneira, Jerome Frank parece ser um Bentham no século XX, por criticar o estado de coisas na apreciação das provas e pretender um modelo mais adequado para a prova judicial. Para uma análise em perspectiva do realismo americano: GIACOMUZZI, José Guilherme. As raízes do realismo americano: breve esboço acerca de dicotomias, ideologia, e pureza no direito dos USA. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, 2005, v. 239.

¹⁸⁶ KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório. In: KNIJNIK, Danilo. (Coord.) **Prova judiciária: estudos sobre o novo Direito Probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2007, p. 12.

¹⁸⁷ TRAYNOR, Roger. Fact skepticism and the judicial process. In: **University of Pennsylvania Law Review**. Filadélfia: UPenn, 1958, v. 106, p. 635.

¹⁸⁸ KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório. In: KNIJNIK, Danilo. (Coord.) **Prova judiciária: estudos sobre o novo Direito Probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2007, p. 13.

¹⁸⁹ VERDUN-JONES, Simon N.. The jurisprudence of Jerome Frank: a study in American Legal Realism. In: **Sidney Law Review**. Sidney: Faculty of Law – Sidney University, 1974, v. 7, p. 181.

¹⁹⁰ PAUL, Julius, Jerome Frank’s contributions to the philosophy of American legal realism. In: **Vanderbilt Law Review**. Nashville: VUSL, 1958, v. 11, p. 754.

¹⁹¹ “*It is, then, a legal commonplace that a witness cannot mechanically, reproduce the facts, but is reporting his judgment of the facts and may err in the making of this judgment. Strangely enough, it has been little observed that, while the witness is in this sense a judge, the judge, in a like sense is a witness, He is a «witness of what is occurring in his court-room He must determine what are the facts of the case from what he sees and hears; that is, from the words and gestures and other conduct of the witnesses And like those who are testifying before him, the judge’s determination of the facts is no mechanical act. If the witnesses are subject to lapses of memory or imaginative reconstruction of events, in the same manner the judge is subject to defects in his apprehension of the testimony; so that long before he has come to the point in the case where he must decide what is right or wrong, just or unjust, with reference to the facts of the case as a whole, the trial judge has been engaged in making numerous judgments or inferences as the testimony dribbles in .His beliefs as to what was said by the witnesses and with what truthfulness the witnesses said it, will determine what he believes to be the ‘facts of the case’”.* FRANK, Jerome. **Law and the Modern Mind**. 6. ed. Londres: Stevens & Sons, 1949, p. 109-110.

caso, que haverá a aplicação e operacionalidade do direito. Entretanto, a produção das provas seria, justamente, um dos elos frágeis da atividade processual, em virtude do subjetivismo envolvido em sua análise e construção, o que impediria uma reconstrução objetiva dos fatos¹⁹².

O processo judicial e a decisão de casos, em sua aspiração e busca pela correta identificação dos fatos, estão limitados, necessariamente, pelas dificuldades de produção de prova e pela própria condução da instrução pelos juristas e, por isso, é sempre incapaz de atingir plenamente seu objetivo¹⁹³. A proposta e crítica sistêmica de Jerome Frank está ligada, diretamente, ao “mito da certeza (ou segurança) jurídica”, que ele se propõe a combater. Diversos aspectos influenciariam a aplicação do direito e diversos elementos, inclusive a própria personalidade do juiz, suas concepções e a dinâmica de funcionamento das atividades de instruir e julgar o processo¹⁹⁴. Por isso, os juízes tenderiam a interpretar as provas introduzidas no processo, combinando-as com as regras jurídicas tradicionais, de maneira a justificar o resultado (preconcebido) por ele desejado¹⁹⁵. Ou seja, haveria um inegável decisionismo na atividade judicial. Além disso, a verificação das provas seria uma tarefa tão complexa e abstrata, que mesmo uma decisão bem fundamentada seria incapaz de, adequadamente, expor as razões para o convencimento do julgador em sua completude.

É por isso que ele defendia que seria melhor reconhecer que o processo é marcado pela incerteza e, assim, cuidar de procurar compreender por quais razões a certeza no processo judicial é impossível. Descrever de maneira acurada a verdadeira natureza do processo judicial seria a melhor maneira de aprender sobre ele¹⁹⁶. Se para Wigmore seria possível uma “Ciência das Provas” e o seu questionamento recai sobre o normativismo probatório, Jerome Frank nega cientificidade ao Direito, ao menos em sua operacionalidade, sendo a atuação jurídica marcada pelo subjetivismo.

Este tipo de discurso é, inegavelmente, esperável de um autor que se propõe à um estudo da pragmática jurídica, sob um viés realista. Entretanto, embora não ofereça, propriamente, uma solução para a questão, Jerome Frank defendia que o sistema processual poderia ser melhorado. Suas críticas abrangem o sistema do júri, que é causador de distorções na decisão sobre os

¹⁹² KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório. In: KNIJNIK, Danilo. (Coord.) **Prova judiciária: estudos sobre o novo Direito Probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2007, p. 14-15.

¹⁹³ FRANK, Jerome. **Courts on trial myth and reality in American Justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 107.

¹⁹⁴ FRANK, Jerome. **Law and the Modern Mind**. 6. ed. Londres: Stevens & Sons, 1949, p. 112-113.

¹⁹⁵ FRANK, Jerome. **Law and the Modern Mind**. 6. ed. Londres: Stevens & Sons, 1949, p. 134-135.

¹⁹⁶ FRANK, Jerome. **Law and the Modern Mind**. 6. ed. Londres: Stevens & Sons, 1949, p. 155-156.

fatos¹⁹⁷ ¹⁹⁸, a educação jurídica, dissociada da realidade¹⁹⁹, e a própria dinâmica do procedimento, inadequada para a verificação dos fatos²⁰⁰. Por isso Frank se apresenta com cético sobre a certeza jurídica ou exatidão sobre os fatos.

Aqui está um ponto interessante, Jerome Frank não é um crítico desinteressado do sistema jurídico, mas está preocupado em melhorar o seu funcionamento. Embora não chegue a defender que seria possível, de algum modo, no ambiente judicial uma apreensão objetiva dos fatos, ele entende que o sistema pode ser melhorado. Sua posição, assim, oscila entre uma crítica zetética e descritiva da “realidade” do processo, para a de alguém que pretende melhorar os instrumentos dogmáticos, jurídicos, envolvidos na questão. É neste sentido, por exemplo, que se põe sua posição de que os juízes analisariam melhor as provas do que os júris ou de que as regras do *Evidence Law* poderiam ser simplificadas. Sob este viés, ele é um reformista, na medida em que o estudo da realidade, da prática, do Direito Probatório tem um cunho aspiracional²⁰¹.

Assim, a crítica ao sistema jurídico é colocada não apenas como uma visão realista, de observador externo, de como a atividade processual se desenvolve, mas para propiciar a melhoria do sistema processual, inclusive de apresentação de provas²⁰². Ou seja, a crítica se coloca em um sentido aspiracional. Enfrentar os “mitos” sobre o direito e sobre a demonstração dos fatos e, também, permitir que a operacionalização e funcionamento do direito se dê de maneira melhor.

¹⁹⁷ “The jury, then, are hopelessly incompetent as fact-finders. It is possible, by training, to improve the ability of our judges to pass upon facts more objectively. But no one can be fatuous enough to believe that the entire community can be so educated that a crowd of twelve men chosen at random can do, even moderately well, what painstaking judges now find it difficult to do. It follows that the use of fact-verdicts, while it may slightly reduce the evils of the jury system, cannot eliminate them. The jury makes the orderly administration of justice virtually impossible.” FRANK, Jerome. **Law and the Modern Mind**. 6. ed. Londres: Stevens & Sons, 1949, p. 180-181.

¹⁹⁸ FRANK, Jerome. **Courts on trial myth and reality in American Justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 118-119.

¹⁹⁹ FRANK, Jerome. **Courts on trial myth and reality in American Justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 225 e Ss.

²⁰⁰ FRANK, Jerome. **Law and the Modern Mind**. 6. ed. Londres: Stevens & Sons, 1949, p. 150.

²⁰¹ “...os chamados ‘Reformistas’. Esse grupo pode ser tido como o ‘braço positivista’ do movimento. aqui tomado principalmente como uma filosofia que separa o ‘ser’ do ‘dever ser’ (is and ought). Adeptos das ciências sociais e dos dados empíricos, os Reformistas punham a ênfase no ‘ser’ no elemento descritivo, e escolhiam o procedimento em detrimento da substância. Eles entendiam que deveriam cada vez mais e mais trazer a realidade aos tribunais. Para os Reformistas, o Direito é experiência. É fato social. É empirismo. Daí que os juízes devem valer-se dos expertos, dos técnicos para bem julgar.” GIACOMUZZI, José Guilherme. As raízes do realismo americano: breve esboço acerca de dicotomias, ideologia, e pureza no direito dos USA. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, 2005, v. 239, p. 380.

²⁰² O autor é explícito sobre a questão: “were it impossible to contrive a better system, we lawyers could legitimately defend our selves, saying, ‘We do the best we can’. But I think such a defense not legitimate because I think we do not do the best we can, since an improved system can be contrived.” FRANK, Jerome. **Courts on trial myth and reality in American Justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 87.

Para além da crítica ao sistema, o autor pretendia sua melhora. A crítica realista sobre as limitações do modelo probatório e, de maneira mais ampla, do próprio processo civil é complementada por uma expectativa de que o sistema poderia ser melhorado e, assim, ficar mais próximo de atingir os seus objetivos, embora um sistema perfeito não possa ser alcançado²⁰³. Não se trata, portanto, puramente de um discurso de desconstrução interna ou de identificação pragmática da realidade apenas para desfazer o sistema, mas uma denúncia e verificação realista de suas limitações²⁰⁴.

Jerome Frank e, em linhas gerais, o pensamento realista procuram demonstrar o descompasso entre o que é indicado e preconizado pela doutrina e teoria do direito e a realidade prática, o efetivo funcionamento das instituições. Entretanto, como se verá, os objetivos do racionalismo probatório são colocados em termos eminentemente aspiracionais, o que permite a absorção desta crítica.

2.6. Ceticismo probatório e a posição da dogmática processual ou “não há nada de inocente no acreditar”

O ceticismo probatório parte da noção de que a verdade não pode ser encontrada no processo. Trata-se de uma concepção complexa e com muitas nuances, a depender do autor referenciado, mas há uma ligação com uma percepção “realista”, de que uma reconstrução

²⁰³ “Perfection is a fool’s dream. With the best possible court-system men could invent, there would be no assurance that the actual facts would always be ascertained or approximated; since trial courts must be conducted by fallible human beings who must learn what they can of the facts from witnesses, likewise humanly fallible, many unavoidable mistakes would still occur. But avoidable court-room mistakes about the facts ought to distress all men who believe in justice; and such mistakes—due not to the rules but to needless deficiencies in trial-court fact-finding—cause needless tragedies every day.” FRANK, Jerome. **Law and the Modern Mind**. 6. ed. Londres: Stevens & Sons, 1949, p. xxv.

²⁰⁴ “As a legal philosopher, Jerome Frank has never delighted in legal uncertainty; his main purpose throughout his basic writings has been to bring about improvements in the difficult process of finding the facts (subjective as they are) in lawsuits. One could almost argue that Frank felt that he had the moral duty to tell the American people what was wrong (in his opinion) with their legal system.” PAUL, Julius, Jerome Frank’s contributions to the philosophy of American legal realism. In: **Vanderbilt Law Review**. Nashville: VUSL, 1958, v. 11, p. 771-772.

retrospectiva de acontecimentos²⁰⁵, a partir de elementos falhos e com a presença de um sujeito cognoscente parcial não é possível²⁰⁶.

Posições mais extremadas entendem que nada que se aproxime “da verdade” pode ser estabelecido no processo. Sob o viés dos recentes estudos multidisciplinares envolvendo o tema das provas e sua aplicação no ambiente judicial, a tentativa de encontrar uma resposta “correta” sobre os fatos com a condução do processo seria um programa fracassado. Muitos dos esforços de aplicação dos critérios matemáticos à análise das provas demonstram sua limitada aplicação ao contexto da prova judicial, o aprofundamento da psicologia demonstra que a percepção das próprias testemunhas, das partes e do julgador sobre os fatos é contingente e, por excelência, mutável. Além disso, o pensamento filosófico pós-moderno apresenta a realidade como complexa, apenas capaz de ser parcialmente apreendida. Estas posições céticas estão em direta contraposição com os pressupostos do pensamento do Direito Probatório e com o tratamento que as provas jurídicas recebe da doutrina dogmática processual, que pode ser identificado com um modelo de racionalismo otimista²⁰⁷.

Embora as correntes céticas sejam amplas e com muitas nuances, é possível reunir três posicionamentos céticos centrais, que ilustram as críticas feitas ao projeto pretendido pelo Direito Probatório e pela doutrina processual. A primeira é o ceticismo epistemológico, que, em um cenário mais agudo, questiona se o próprio conhecimento é possível. A segunda é o subjetivismo ou ceticismo ético, que afirma que qualquer percepção da realidade ou conhecimento é apenas uma opção individual, não podendo ser generalizada. A última vertente é o irracionalismo, identificado como a impossibilidade de se estabelecer uma ponderação racional ou um conhecimento justificavelmente válido. De certa maneira, é possível, também, considerar as críticas realistas, que procuram identificar as falhas do discurso epistemológico e

²⁰⁵ “*The problem is that the facts are forever gone and no scientific method of inquiry can ever be devised to produce facsimiles that bring the past to life. The judicial process deals with probabilities, not facts, and we must therefore be on guard against making fact skepticism our main preoccupation. However skillfully, however sensitively we arrange a reproduction of the past, the arrangement is still that of the theater. We acknowledge as much when we speak of re-enacting the crime or the accident or perhaps some everyday event; we know better than to speak of reliving it. The most we can hope for is that witnesses will be honest and reasonably accurate in their perception and recollection, that triers of fact will be honest and intelligent in their reasoning, and that appellate courts will frame opinions with enough perspective to guide others in comparable fact situations and preclude their disputes from festering into litigation.*” TRAYNOR, Roger. Fact skepticism and the judicial process. In: **University of Pennsylvania Law Review**. Filadélfia: UPenn, 1958, v. 106, p. 636.

²⁰⁶ “*No matter how precise or definite may be the formal legal rules, say these fact skeptics, no matter what the discoverable uniformities behind these formal rules, nevertheless it is impossible, and will always be impossible, because of the elusiveness of the facts on which decisions turn, to predict future decisions in most (not all) lawsuits, not yet begun or not yet tried. The fact skeptics, thinking that therefore the pursuit of greatly increased legal certainty is, for the most part, futile - and that its pursuit, indeed, may well work injustice - aim rather at increased judicial justice.*” FRANK, Jerome. **Law and the Modern Mind**. 6. ed. Londres: Stevens & Sons, 1949, ix-x.

²⁰⁷ TWINNING, William. **Rethinking Evidence: exploratory essays**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 99.

a discrepância entre as promessas do processo civil e a teoria da justiça e aquilo que se verifica na prática.

A resistência à possibilidade de conhecimento, que surge, por vezes, em um contexto de questionamento das premissas da modernidade, pode ser designada como uma *verifobia*, resgatando a designação de Alvin Goldman. A verdade não seria um dado apriorístico a ser descoberto, mas seria fruto de uma negociação social e, portanto, construída. O crescimento das correntes céticas, assim, está relacionado ao pensamento pós-modernista e à noção de que a realidade não é um dado a ser apreendido, mas que depende diretamente do sujeito e de sua compreensão²⁰⁸.

2.6.1. Ceticismo sobre o ceticismo, o papel tradicional da prova no processo

O pensamento relativista ou mesmo o ceticismo, entretanto, não podem ser adotados como elemento justificador da atividade judicial. Em outras palavras, não é possível, a partir dessas concepções, construir uma doutrina ou um corpo de normas preocupado eminentemente com a resolução de disputas e a aplicação das normas de direito material, sem estabelecer em algum grau que os fatos podem sim ser conhecidos e determinados adequadamente. De outro modo a premissa do raciocínio subsuntivo e de controle contrafático não se sustentaria. Só é possível uma dogmática cética em um contexto eminentemente autoritário, no qual o fundamento da decisão judicial dependa não de uma análise comparável de eventos, mas de um fundamento metafísico superior ou religioso, ou, ainda, de um puro decisionismo e arbítrio, equiparando inteiramente as noções de força e Direito.

A doutrina do Direito Probatório, ao afirmar suas premissas racionalistas, não é ingênua a ponto de afirmar que pretende encontrar uma “verdade correta” a partir da investigação processual²⁰⁹. Ao revés, a plêiade de regras sobre ônus da prova, as presunções, as regras de admissibilidade estão justamente relacionadas como guias para decisões em um contexto de incerteza²¹⁰. As questões que se põem em matéria de provas são compreendidas, portanto, como

²⁰⁸ GOLDMAN, Alvin. Social Epistemology: Theory and Applications. In: **Royal Institute of Philosophy Supplements**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, v. 64, p. 2-3.

²⁰⁹ “Não se pretende a Verdade com “V” maiúsculo; embora sedutora, configura-se inatingível. É uma busca fadada à frustração. Quer-se e pode-se, entretanto, buscar a verdade. Essa verdade possível não deixa de ser verdade. Essa verdade possível não deixa de ser verdade. Acredita-se que a verdade do processo pode ser tão verdade quanto a verdade fora do processo, muito embora aquela se depare com um número maior de limites no tocante a sua busca e ao seu encontro, isto é, existem, sabidamente, limites de cunho processual.” LANES, Júlio Cesar Goulart. **Fato e Direito no Processo Civil Cooperativo**. São Paulo: RT, 2014, p. 162-163.

²¹⁰ Ferrajoli é preciso no ponto: “Por certo, o modelo *iluminista da* perfeita “correspondência” entre previsões legais e fatos *concretos* e do juízo como aplicação mecânica da lei é uma ingenuidade filosófica viciada pelo realismo metafísico. Disso se, pode, no entanto, salvaguardar o valor teórico e político se -e somente se - for

probabilidades relativas e não se apresentam como “verdade” ou “certeza” no mesmo sentido que se pode atribuir ao objetivo proposto (e mesmo aí não necessariamente alcançado) da investigação científica nas ciências puras. O lado mais humano, imperfeito e limitado da atuação jurídica está subjacente²¹¹.

O próprio discurso sobre os “graus de cognição” no processo se revela sob uma ótica de legitimar a necessidade de decidir o caso a partir de elementos incertos e parciais, situação que persiste mesmo ao término da fase de instrução. O “juízo de certeza”, assim, é apenas uma metáfora, a significar que o procedimento se desenvolveu, elementos foram apresentados e que, agora, o caso precisa ser decidido e justificado. O discurso sobre a verdade tem um papel político, dentro da necessidade de tutela estatal de direitos. O seu sentido é apropriado pelo Direito e pelo processo e utilizado como elemento legitimador do exercício do poder.

Do ponto de vista do discurso legitimador e da prática jurídica (dogmática) não há espaço propriamente para o ceticismo. As decisões judiciais precisam ser sistemicamente justificadas e, ainda que através de um esquema de investigação falho e preocupado com outros elementos e constrictões para além da busca da verdade, é preciso afirmar que é possível a construção retrospectiva dos eventos, para permitir a aplicação subsequente das normas. É por isso que o ceticismo só pode ter lugar no âmbito da filosofia do Direito e não no de sua dogmática. A dogmática jurídica pode até conviver com algum grau de dúvida, na medida em que assegure o direito à participação e pretenda legitimar sua atuação pelas garantias do procedimento, mas não pode negar completamente a possibilidade de identificação do que ocorreu no plano fático, para que possa aplicar as normas jurídicas²¹².

redefinido como *modelo limite*, nunca plenamente alcançável, senão apenas aproximável e, sobretudo, se forem esclarecidas as condições na presença das quais este pode ser *mais* ou *menos* satisfeito. Na realidade, pode-se demonstrar que, ainda quando o controle empírico dos procedimentos probatórios e interpretativos, nos quais consiste a aplicação da lei, encontre limites insuperáveis, pelo menos o modelo se torna assegurado nestes limites precisamente pelo sistema normativo das garantias de estrita legalidade e de estrita jurisdiccionarietà e de seu grau de efetividade. De acordo com isso, diremos que as garantias legais e processuais, além de *garantias de liberdade*, são também *garantias de verdade*; e que “saber” e “poder” concorrem em medida diversa no juízo, segundo aquelas sejam mais ou menos realizáveis e satisfeitas.” FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 39.

²¹¹ CAVALLONE, Bruno. En defensa de la verifobia – consideraciones amigablemente polémicas sobre un reciente libro de Michele Taruffo. In: CAVALLONE, Bruno; TARUFFO, Michele. **Verifobia: un diálogo sobre prueba y verdad**. Lima: Palestra, 2012, versão kindle.

²¹² “Não há dúvida de que é equivocada a visão de muitos processualistas de que o juiz simplesmente ‘descobre’ fatos preexistentes e com base nesses constrói o silogismo. O trabalho do julgador é sempre construtivo, isto é, criativo-constitutivo da ‘verdade’ dos fatos assim como do sentido dos textos normativos. Mas o julgador não pode admitir isso, sob pena de confessar que a sua decisão é condicionada por preferências subjetivas. Juridicamente, deve procurar a verdade preexistente com os métodos, condicionamentos e limitações impostas pelo direito probatório positivo. Podemos até lamentar essa espécie de ‘mentira vital’ (*livsløgne*, segundo o termo de Ibsen) que estrutura o processo judicial. Mas não há como evitá-la. Em paralelo, a verdade como finalidade da atuação processual verifica-se no discurso das partes. As controvérsias sobre as provas durante o processo e os eventuais recursos se baseiam em avaliações sobre o ‘conteúdo de verdade’ (*Wahrheitsgehalt*) da decisão.

Um recorte mais exato indica que a atividade probatória não se preocupa em reconstruir a verdade do que aconteceu, mas apenas em verificar as *afirmações* fáticas que sejam controvertidas entre as partes²¹³. Sob este viés, a prova não recai sobre os fatos, mas sobre aquilo que se alegue ter ocorrido (investiga uma afirmação, portanto) e apenas se houver controvérsia e a própria lei não estabelecer uma presunção absoluta. Carnelutti, nesta linha, afirmava que a prova não recai propriamente sobre os fatos, mas sobre afirmações fáticas feitas pelas partes no processo. A prova sempre seria a comprovação de uma determinada proposição. Não se conhecem das afirmações (elas não são em si mesmo verificáveis), mas é possível comprová-las, a partir das regras estabelecidas no sistema. A prova não é a comprovação da verdade de uma afirmação pelo conhecimento do fato alegado, mas o conhecimento que se obtém para a comprovação da afirmação. Os fatos se provam, na medida em que são conhecidos, para comprovar as afirmações²¹⁴.

A verdade que se pode alcançar no processo é justamente aquela comprovação legal para que se admita racionalmente (legitimidade) a decisão judicial. A questão da verdade é, portanto, apenas parcial²¹⁵. O processo, mesmo no cerne da tradição racionalista, não requer exatidão entre aquilo que é reconhecido como verdadeiro e aquilo que efetivamente ocorreu no mundo dos fatos. Muitas são as constrições à investigação judicial e é inegável a influência de fatores que não têm uma preocupação epistemológica na formação da decisão judicial, como a distribuição do ônus da prova, a necessidade de limitar o número de testemunhas, a existência de uma presunção. Ou seja, o sistema processual não se propõe à uma busca efetiva da verdade (ele a toma como premissa legitimadora), mas a estabelecer regras para decisões judiciais que

Mesmo se o inconformismo for motivado pelo interesse pessoal da parte, isso será necessariamente 'traduzido' em termos de verdade de certa premissa do silogismo jurídico." LUNARDI, Soraya Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. A verdade como objetivo do devido processo legal. In: DIDIER JR., Fredie. (org.) **Teoria do Processo – Panorama Doutrinário Mundial: Segunda Série**. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 825.

²¹³ Humberto Theodoro Jr. questiona esta colocação, nos seguintes termos: "*há quem afirme que a prova não versa sobre os fatos, mas sobre as alegações feitas pelas partes. Mas o que são tais alegações senão a afirmação de fatos dos quais se extrai a pretensão que se deseja atuar em juízo? Portanto, provar a alegação consiste justamente em demonstrar a ocorrência de tais fatos. Por isso, para a lei processual, os meios legais de prova e os moralmente legítimos são empregados no processo "para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa" (art. 332). São, pois, os fatos litigiosos o objeto da prova.*" THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, versão eletrônica.

²¹⁴ CARNELUTTI, Francesco. **La prueba civil**. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982, p. 39-40.

²¹⁵ "*The basic purpose of a trial might indeed be described, as the U.S. Supreme Court said in *Tehan* (1966), as the 'determination of truth.' But what determining the truth means is arriving at a conclusion as to the facts in a legally-correct way; which is by no means the same as seeking, let alone discovering, the truth. What the common-law finder of fact (a jury or, in a bench trial, a judge or panel of judges) is asked to do is to decide, not, e.g., whether Smith murdered Robinson, but whether the proposition that Smith murdered Robinson has been established, to the required degree of proof, by the evidence presented. To be sure, if Smith is found guilty, then legally speaking he is guilty; but whether in fact he did commit the crime is another question entirely.*" HAACK, Susan. Justice, truth, and proof: not so simple, after all. In: **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, a. 25, n. 99, p. 16.

pragmáticamente sejam aceitáveis. Do ponto de vista legitimatório a busca da verdade é colocada, assim, como um objetivo (dentre outros), não como uma premissa da atividade processual²¹⁶. O que o sistema jurídico se propõe a garantir é um procedimento marcado pelo contraditório e pela possibilidade de influência na decisão de um julgador imparcial e equidistante. Ou seja, o processo está comprometido com a verdade, mas é uma “obrigação de meios”, não havendo garantia de que o resultado será alcançado²¹⁷.

Nesta medida, a velha distinção entre verdade “formal” e “material” guarda ainda algum sentido²¹⁸. A crítica das correntes céticas ignora o que o processo judicial se propõe a fazer e buscar. Se por um lado não é possível encontrar “a” verdade (se é que ela existe), há um grau de comprovação sobre as afirmações fáticas a ser feita processualmente, consoante regras previamente dadas, e, neste sentido, há uma verdade processualmente estabelecida. Assim, as regras de prova estão voltadas mais para a prolação de decisões legítimas e socialmente aceitáveis do que para a “descoberta da verdade”, entendida como precisa identificação dos eventos alegados.

É neste sentido, por exemplo, que Ferrajoli equipara à noção de garantismo a de cognitivismo. Para o autor, sem uma percepção da importância da verdade processual, resta apenas o decisionismo e o arbítrio, por isso a necessidade de se reconhecer que há uma verdade construída processualmente, no respeito das regras processuais²¹⁹. Além disso, o autor pretende uma verdade como correspondência nominal.

A dogmática processual não está preocupada com a questão filosófica da verdade ou da prova, embora a doutrina se esforce bastante no refinamento conceitual. Mas, sua posição é eminentemente pragmática e voltada para a necessidade de decidir casos. É neste sentido que todos aqueles que participam do “jogo” do processo, incluindo as partes, os advogados, o juiz, o legislador e os doutrinadores, admitem que é preciso aceitar como verdadeiros, em dado momento processual, determinados fatos ou, mais precisamente, alegações fáticas como corretas²²⁰. O controle da correspondência entre a decisão judicial sobre os fatos se dá pela fundamentação e valoração dos meios de prova disponíveis.

²¹⁶ “*Ce lien entre preuve et vérité doit cependant être relativisé car la vérité n'est pas la seule finalité ni même la finalité première du procès et la vérité du juge demeure une vérité singulière. Le cadre du procès explique non seulement que la vérité soit relative mais aussi qu'elle soit découverte dans le respect d'une certaine procédure.*” MEKKI, Mustapha. Vérité et preuve. Rapport français. In: **La preuve. Journées internationales 2013 d'Amsterdam, Pays-Bas et Liège, Belgique**. Bruxelas : Bruylant, 2015, p. 813.

²¹⁷ CHIARLONI, Sergio. La verità presa sul serio. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2010, v. 184.

²¹⁸ CARNELUTTI, Francesco. **La prueba civil**. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982, p. 44.

²¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 39-40.

²²⁰ Twinning assim coloca a questão: “*standard pragmatic disclaimer – commonplace in treatises and the law reports – that the law is not concerned with ultimate questions about philosophical concepts of truth and proof. In this view, the law proceeds as if there is a real world, accessible to human mind, and that the truth of statements*

A verdade, enquanto conformidade de uma noção ideativa com a realidade fenomênica, é apreciada pelo decisor, que passa a ter uma certeza sobre o ocorrido. A certeza pode ou não, efetivamente, corresponder à verdade, posto que é subjetiva. Isso, contudo, não quer dizer que a percepção da realidade esteja dela desconectada²²¹. O que se quer afirmar é que a discussão sobre uma “verdade exata” pode ser objeto de estudo da filosofia, mas não se coaduna com a dogmática jurídica.

É, também, com esta intenção que a legislação processual se apropria do discurso sobre a verdade. As partes têm o dever de expor os fatos conforme a verdade (art. 77, I, CPC/2015), incidindo em ilícito processual se a alterarem (art. 80, II, CPC/2015), cabendo-lhes indicar as provas para demonstrar a “verdade” dos fatos e impugnar as alegações que não sejam “verdadeiras” (arts. 319, VI, 341, 369, CPC/2015) e sendo certo que ninguém pode se eximir de colaborar com o Poder Judiciário para o “descobrimento da verdade” (art. 378, CPC/2015), entre diversas outras menções. O processo, então, se propõe a permitir a verificações dos pressupostos fáticos para a incidência das regras jurídicas e para que a regra jurídica do caso concreto, prolatada (construída) pelo juiz, seja condizente com os fatos apresentados.

Atualmente, nem mesmo a epistemologia da ciência, que tem como premissa a identificação de respostas verdadeiras, propriamente, defende um conceito unívoco ou absoluto de verdade²²². O mesmo se pode dizer, com ainda maior razão, das posições epistemológicas processuais, apenas em uma verdade relativa e, em si, contingente, é que a decisão judicial poderá se apoiar. Isso não significa, contudo, o mesmo que afirmar que não há lugar para verdade no processo ou na investigação das provas. A verdade é relativa ou relacional. Apenas em um contexto metafísico ou religioso é que se poderia afirmar a possibilidade de uma verdade absoluta, mas aí já não é necessariamente verdade, mas crença²²³.

can be tested by evidence. Just as for some purposes we treat ‘the facts’ of a case or ‘stipulated facts’ in litigation as if they are true, even if we are not sure or do not know or even believe them to be false, so, it might be argued, the assumptions of the Rationalistic Tradition are pragmatic working hypothesis which all participants, including treatise writers, accept as if they were so, irrespective of their personal believe. Thus a scholar in the Rationalistic Tradition as well as a practitioner or judge, might be a genuine philosophical sceptic (about knowledge, or rationality or ethics or all three) and yet, in order to participate in legal processes, adopts unsceptical premises as pragmatic working hypothesis.” TWINNING, William. **Rethinking Evidence: exploratory essays**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 105.

²²¹ MALATESTA, Nicolas Framarino Dei. **Lógica de las pruebas en materia Criminal**. Madri: La España Moderna, 1895, p. 20.

²²² TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado: ensaios**. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 46.

²²³ “*La distinzione tra verità assoluta e verità relativa appare, però, sostanzialmente priva di senso. Nella cultura attuale si parla di verità assolute soltanto in qualche metafisica e in qualche religione integralista. Neppure la scienza, infatti, parla più di verità assolute, e nella vita quotidiana solo qualcuno irrimediabilmente ammalato di presunzione può affermare che le sue verità sono assolute. Accade normalmente, quindi, in generale ed in particolare nel diritto e nel processo, che si possa parlare correttamente soltanto di verità “relative”: ogni verità, infatti, è context-laden ed è vincolata alla situazione in cui viene ricercata e stabilita, alle informazioni su cui si fonda, al metodo che si segue per stabilirla, alla validità ed efficacia dei controlli che si pongono in essere per*

Neste sentido o processo não se volta, propriamente, para a verdade ou exata identificação do que ocorreu. Mas, sua atividade está direcionada eminentemente para a decidibilidade²²⁴, para a busca de soluções e decisões que sejam racionalmente justificáveis. A prova jurídica sempre foi pensada em relação ao seu aspecto eminentemente cognitivo, para permitir a análise e valoração do julgador sobre as alegações e provas produzidas pelas partes²²⁵.

O ceticismo, portanto, só pode ser concebido enquanto posição filosófica²²⁶. A dogmática processual, voltada para a necessidade imperativa de decidir conflitos e, igualmente, premida pelo balanceamento da busca pela verdade em conjunção com outros valores juridicamente relevantes (celeridade, preservação da privacidade, economia de recursos etc.), está estruturada de maneira a permitir uma decisão legítima. A busca pela verdade é um argumento legitimador da atividade processual, mas ela é colocada como um projeto e uma premissa. A noção cética de que o processo não se presta a “encontrar a verdade” é correta, no sentido de que nem mais no plano científico se concebe um absolutismo da verdade, mas erra o alvo. A busca pela verdade é um pressuposto legitimatório e discursivo da atividade processual, todavia o sistema está voltado para a decisão de conflitos²²⁷. A decisão judicial, ademais, não recai propriamente sobre os fatos que sejam apresentados no caso, mas sobre a existência da pretensão de direito material deduzida em juízo, isto é, o que fica acobertado pela coisa julgada²²⁸.

As aspirações que criaram o modelo racionalista de Direito Probatório e os próprios objetivos envolvidos no modelo processual apresentam-se como um programa, que não necessariamente se realiza na prática. A insatisfação com o modelo processual colide com o programa proposto. Nem no sistema anglo-americano e nem no brasileiro parece haver uma defesa de que as normas fundamentais do processo, os *overriding objectives* ou *general*

confermarla. Ciò accade nella scienza, ed a maggior ragione accade in contesti meno rigorosi, come quello del processo. Tuttavia, il fatto che si possa sensatamente parlare, in generale e nel contesto del processo, soltanto di verità relative, non significa che la verità non esista, non abbia senso e non possa essere stabilita: significa soltanto che la verità non è mai assoluta e va stabilita sulla base delle prove disponibili. Ciò vale in tutti gli ambiti di conoscenza razionale, e vale in particolare nell'ambito del processo. E' dunque opportuno convenire che quando si parla di verità processuale si parla solo di verità relativa, lasciando le verità assolute ad altri ambiti, nei quali della verità non si dà alcuna dimostrazione razionale.” TARUFFO, Michele. Verità e probabilità nella prova dei fatti. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2007, v. 154, p. 257.

²²⁴ CAMBI, Eduardo. **Curso de Direito Probatório**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 357.

²²⁵ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 58-59.

²²⁶ TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado: ensaios**. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 38.

²²⁷ CAYROL, Nicolas. **Procédure civile**. Paris: Dalloz, 2017, p. 417-418.

²²⁸ CAVALLONE, Bruno. En defensa de la verifobia – consideraciones amigablemente polémicas sobre un reciente libro de Michele Taruffo. In: CAVALLONE, Bruno; TARUFFO, Michele. **Verifobia: un diálogo sobre prueba y verdad**. Lima: Palestra, 2012, versão kindle.

provisions, na prática, são implementadas como propostas. Ao invés de sugerir uma erosão dos pressupostos racionalistas e dos objetivos traçados, parece haver uma abertura para a intervenção individual ou sobre grupo de casos, com a emergência de poderes dirigentes para o juiz no modelo anglo-americano, maior possibilidade de participação das partes no modelo continental, em uma busca de novos balanços para a atividade probatória. O que se afirma é que a questão da condução probatória sai de um plano eminentemente semântico (normativo) para um pragmático (condução no caso concreto ou na aplicação). Não é mais o texto legal que oferecerá as respostas para a implementação do programa, mas se pretende uma condução mais flexível e ativa dos atores processuais. Essa conotação é interessante por representar um abrandamento das duas posições opostas de modelo processual, para os que tinham uma tradição “adversarial” o juiz passa a ser requisitado a tomar uma postura mais ativa e no modelo “inquisitivo” as partes passam a ter maior protagonismo, sem que se retirem os poderes do magistrado. A ideia de cooperação surge como uma resposta para a solução casuística das questões. Não é a lei que definirá, de modo definitivo, o balanceamento da atividade instrutória, mas há uma flexibilização que permite uma atuação casuística e exige proatividade cooperativa dos sujeitos processuais.

A doutrina sobre cooperação processual floresceu no Brasil e em Portugal, sendo, por vezes, apresentada como um modelo de processo “novo” e distinto dos polos “adversarial” e “inquisitivo”. Entretanto, a mesma ideia, ainda que apresentada em roupagem diferente, está presente no discurso processual anglo-americano. Para o Direito Probatório esse movimento se apresenta como um chamado para maior participação dos sujeitos do processo na atividade instrutória. Não há uma superação dos pressupostos e aspirações gerais do “pensamento racionalista”, fazem-se presentes as concepções da epistemologia cognitivista e de verdade como correspondência, bem com a apresentação de provas em um modelo indutivo. O que há é a percepção de que o desenho legal não é suficiente para implementação efetiva do modelo, um movimento da semântica para a pragmática, portanto.

Não é por acaso que o movimento de reforma e aqueles que defendam a necessidade de modificação do sistema probatório e, de maneira mais ampla, processual apresentem argumentos no sentido de que a implementação das alterações defendidas aumentará a possibilidade de se encontrar a “verdade” no caso ou de se ter “uma decisão justa”, sem que se aumentem os custos ou se cause demora no processo. Ou, ainda, que se melhorará a distribuição dos riscos no processo sem prejudicar a “busca da verdade”²²⁹.

²²⁹ ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. **Analysis of evidence**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, posição 1621.

As críticas às regras de Direito Probatório só podem ser adequadamente compreendidas ao se notar que ele não se preocupa apenas com objetivos epistemológicos, mas com outros aspectos relevantes para o processo de decisão e julgamento de casos. Além disso, a construção normativa não se dá de maneira linear. Muitas das regras constantes de um dado sistema decorrem de vários fatores dissociados da própria finalidade eventualmente associada a um determinado campo do direito, com a prática estabelecida, a elementos históricos, contingências políticas. As regras probatórias são, portanto, sempre intervenções calculadas para a busca da verdade, com a preocupação de assegurar outros valores legitimamente relevantes para o sistema. De maneira mais ampla, as regras processuais procuram permitir uma decisão legitimamente aceitável e racionalmente verificável²³⁰.

As decisões judiciais sobre os fatos são, elas mesmas, releituras semânticas, mais ou menos exatas, do que aconteceu. Por isso, produzem efeitos jurídicos independentemente da veracidade de seus enunciados²³¹. É neste sentido que a premissa de correspondência e coerência fática é um objetivo da atividade probatória judicial, mas não é o único²³² e nem há a garantia de que se verificará em determinado caso. Neste sentido, Kelsen indicava um caráter constitutivo para a verificação do fato condicionante para a aplicação da norma jurídica. O próprio reconhecimento do fato pelo julgador é que representa, para fins do processo, sua aceitação²³³. Ademais, embora o conceito de coisa julgada não abranja a “verdade dos fatos” estabelecida como fundamento na sentença, podendo dos mesmos fatos ser deduzida outra pretensão de direito material e, neste segundo processo, se terem os fatos como não provados ou provados em sentido diverso daquele constante no processo anterior, a verdade é que o erro na avaliação da prova não autoriza o desfazimento da coisa julgada, salvo nas hipóteses de erro

²³⁰ “Naturalmente, a verificação da verdade dos fatos que dizem respeito ao caso concreto constitui apenas uma das condições para a justiça da decisão, que para ser justa pressupõe também que tenha sido desenvolvido de modo correto e legítimo o processo da qual constitui o resultado final e – obviamente – também venha interpretada corretamente a norma que o juiz adota como regra de juízo. Pois, trata-se de condição por si só insuficiente, mas ainda assim necessária para a justiça da decisão: se os fatos não vêm apurados de maneira verdadeira, isso basta para que a decisão seja injusta, ainda que o processo tenha se desenvolvido corretamente e a norma de direito tenha sido interpretada de modo válido. Por assim dizer, nenhuma das três condições indicadas é em si suficiente para determinar a justiça da decisão, já que tais condições são todas conjuntamente necessárias para que a decisão seja justa.” TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado: ensaios**. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 36.

²³¹ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova e Verdade no Direito**. São Paulo: RT, 2017, p. 23.

²³² TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 160.

²³³ “...a verificação do fato pelo órgão aplicador do Direito tem eficácia retroativa. O fato não é tido como somente produzido no momento da sua verificação (por parte do órgão), mas como produzido no momento verificado pelo órgão aplicador do Direito, quer dizer, como posto ou produzido no momento em que o fato natural - de acordo com a verificação do órgão aplicador do Direito - se produziu. A verificação do fato condicionante pelo tribunal é, portanto, em todo sentido, constitutiva.” KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 167.

de fato (decorrente da simples análise dos autos) ou na falsidade da prova, conforme decidido em ação criminal ou na própria ação rescisória (art. 966, VI e VIII, CPC/2015). Mas, são vícios rescisórios, a indicar uma invalidade da sentença, que são superados pela decadência da possibilidade de propositura da ação própria. O processo precisa, portanto, estabelecer uma finalidade sobre a questão.

Se bem que este balanceamento é bem delicado e está sempre a receber certas nuances e reparos pelo ordenamento. Por exemplo, os limites objetivos da coisa julgada no CPC/1939 abrangiam “*todas as questões que constituam premissa para a decisão*” (art. 287) ou a preocupação de estabelecer coisa julgada *secundum eventum probationis* nas ações coletivas e no mandado de segurança (art. 18 da Lei da Ação Popular, art. 16 da Lei da Ação Civil Pública) ou, ainda, na grande discussão sobre os novos meios de prova técnica, decorrentes do avanço da ciência, como aquela que envolve a prevalência da coisa julgada e o exame de DNA.

Neste sentido, as decisões judiciais sobre os fatos em si não podem ser tidas como verdadeiras ou falsas, já que a premissa racionalista de que o processo deve buscar a verdade é apenas um objetivo, mas não é imprescindível para uma decisão judicial válida e legítima. O próprio ordenamento jurídico está sempre a rever a questão e a reestabelecer suas fronteiras. Jordi Ferrer Beltrán critica esta leitura, entendendo que a tese da constitutividade da decisão sobre os fatos faz com que a própria decisão seja racionalmente incontrolável²³⁴. A questão, contudo, está no plano legitimatório. As alegações e conclusões judiciais sobre os fatos são apresentadas na sentença²³⁵, em sua fundamentação, mas é preciso correspondência com os meios de prova apresentados, para que a decisão seja aceita – e não tida como autoritária. Neste ponto, está a possibilidade de controle. A leitura jurídica sobre os fatos, por assim dizer, sua constituição, relaciona-se com o que se verificou extra e pré-processualmente.

Quando afirmamos que o processo não é capaz de apresentar uma verdade ou de comprovar que aquilo que se decidiu corresponde a verdade, indicando o caráter retórico-legitimatório que a discussão assume na doutrina, não queremos dizer que a verdade é “desimportante”. Muito pelo contrário, ela é importantíssima, é fundamental para o exercício legítimo do Direito e para a aplicabilidade das regras, expectativas contrafáticas por excelência. Não existe exercício jurisdicional legítimo que prescindia da verificação dos fatos. Afirmar que

²³⁴ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova e Verdade no Direito**. São Paulo: RT, 2017, p. 24-25.

²³⁵ LUNARDI, Soraya Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. A verdade como objetivo do devido processo legal. In: DIDIER JR., Fredie. (org.) **Teoria do Processo – Panorama Doutrinário Mundial: Segunda Série**. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 829.

uma apreensão objetiva da realidade não é possível, não é o mesmo que afirmar que a busca é indevida, ainda que quixotesca²³⁶.

2.7. Da teoria à prática: o impacto da discussão para a atividade processual probatória e o enquadramento das provas autônomas

A produção autônoma da prova pressupõe, em si, a possibilidade de cognição dos fatos e de sua avaliação racional, ao menos em algum grau. De outra maneira não faria sentido dedicar uma atividade processual à “simples produção de prova”. Nisto verifica-se uma premissa epistemológica: as provas servem para (melhor) compreender a realidade fática e são tomadas como elemento para tomada de decisão. Elas são, assim, ferramenta de avaliação. Sempre foram. Apenas o discurso jurídico (particularmente no processo civil) sobre as provas adotou uma posição extremamente recortada da questão, de que as provas apenas seriam elementos a serem introduzidos esquematicamente no processo para propiciar a formação do convencimento judicial sobre os fatos, da forma como foram alegados pelas partes. De certa maneira, é uma retomada da noção de que o campo das provas é o próprio campo do conhecimento²³⁷. Ora, ainda que se considere que é impossível saber o que efetivamente aconteceu (como uma crítica cética poderia colocar), saber o que se pode, efetivamente, verificar e demonstrar sobre os fatos passados (e a partir daí avaliar como um terceiro se pronunciaria sobre a existência desses fatos) é uma ferramenta inegavelmente útil do ponto de vista jurídico.

De um esquema binário no qual a prova é considerada como tendente a provar ou não uma alegação fática, há um espaço mais complexo, no qual a prova é utilizada como elemento de avaliação de possibilidades e de tomada de decisão informada. Mas, a tomada de decisão a partir deste elemento é diferente daquela feita pelo juiz ao julgar o caso. Esta diferença não reside propriamente na questão relativa à qualificação jurídica do fato, pois esta questão se coloca da mesma maneira, seja feita pela parte ou pelo magistrado. A diferença reside na percepção de que ela é colocada não como uma premissa para a adoção de uma decisão do tipo procedente/improcedente, mas para uma avaliação, mais complexa e menos limitada, de

²³⁶ Tesheiner é preciso sobre a questão: “*resta claro, pois, que a prova judicial não se destina à descoberta da verdade. O processo judicial não constitui um método de investigação da verdade, mas instrumento para a produção de uma decisão jurídica. Com isso não se quer dizer que a verdade seja irrelevante para o Direito e para o processo. Busca-se a verdade, mas com as limitações impostas pelo Direito, sabendo-se, pois, que o enunciado de fato declarado pode não corresponder ao evento que efetivamente ocorreu.*” TESHEINER, José Maria. Direitos Fundamentais, verdade e processo. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. (Coords.) **Direito Probatório**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 65.

²³⁷ PARDO, Michel S.. The field of evidence and the field of knowledge. In: **Law and philosophy**. Berlim: Springer, jul. 2005, v. 24.

possibilidades (devo ou não devo conciliar? Como um juiz avaliaria este elemento? Devo ou não propor a ação judicial? Vale a pena litigar considerando que só há prova desses danos?). Por outro lado, a produção antecipada ou autônoma da prova se dá em um contexto de “ausência de oportunidade para incontrovérsia”, como a que ocorre com o sistema de preclusão para as alegações nos demais processos civis. Ou seja, a controvérsia sobre as alegações fáticas, que é o pressuposto para definir o campo de produção de provas no processo, não se coloca ainda, já que não há a apresentação de questões fáticas que autorizariam a incidência de normas jurídicas para autorizar o acolhimento ou rejeição dos pedidos (pretensões de direito material deduzidas). A operacionabilidade entre as questões de fato e as questões de direito²³⁸ se apresenta de uma maneira particular, mas que não consegue fugir ao esquema moderno: é preciso ter direito à prova, para que se possa produzir a prova para provar um direito. Por isso, a questão da produção autônoma da prova pode ser vista a partir do esquema de raciocínio ordinário para o julgamento de uma pretensão (a velha formatação do discurso sobre o direito subjetivo). Esta definição é fundamental para se compreender o objeto da ação probatória autônoma. Ou seja, a prova é produzida para permitir uma avaliação mais ampla do que o juízo binário verdade/falsidade sobre alegações de fato²³⁹; contudo, para que se avalie e julgue sobre a possibilidade de produção processual da prova é preciso uma análise da procedência/improcedência da pretensão material à produção de provas, nos contornos estabelecidos pela própria lei.

As pessoas, todas as pessoas, avaliam os eventos passados e tomam decisões futuras com base nestes eventos e, também, os consideram na possibilidade de demonstrar (ou não) a ocorrência deles. Naturalmente, esta avaliação não é “objetiva” e sempre há espaço para a interpretação, redundando numa atividade eminentemente complexa. Por assim dizer, o subjetivismo permeia a compreensão. De um mesmo fato, várias interpretações são possíveis. De um mesmo meio de prova, várias são as ilações e conclusões que podem vir a ser justificadas. De um mesmo conjunto de dados e informações, as mais diferentes perspectivas,

²³⁸ Sobre os esforços modernos para separação entre as questões de fato e as de direito e uma perspectiva retórica da questão, vide: MUNIZ, Francisco Arthur de Siqueira. **As retóricas na história da (in)distinção conceitual entre questão de fato e questão de direito: análise do juízo de cognição do conceito indeterminado de improbidade administrativa dolosa nos recursos especiais**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, da Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

²³⁹ “...a prova não se destina a provar fatos, mas sim afirmações de fato. E, com efeito, a alegação, e não o fato, que pode corresponder ou não à realidade daquilo que se passou fora do processo. O fato não pode ser qualificado de verdadeiro ou falso, já que esse existe ou não existe. E a alegação do fato que, em determinado momento, pode assumir importância jurídico-processual e, assim, assumir relevância a demonstração da veracidade da alegação do fato.” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 251.

opiniões e avaliações podem ser extraídas²⁴⁰. A avaliação de fatos, na verdade, é feita diuturnamente na vida cotidiana para fatos com ou sem importância jurídica. Para os fatos com potenciais repercussões jurídicas, a afirmação do direito autônomo à prova traz a correspondente possibilidade de tutela jurídica e pretensão ao exercício da jurisdição para tutela deste direito.

O reconhecimento dos novos objetivos da prova e a consagração definitiva, com maior largueza, de uma ação judicial para “produzir” uma prova trazem (ou precisam trazer), portanto, um impacto para o “discurso” jurídico sobre as provas e sobre o objeto de preocupação da doutrina processual. O papel das regras de Direito Probatório, neste contexto, é significativamente menor (mas não inexistente), enquanto elemento de constrição, do que para as provas produzidas de maneira incidental em um processo. É que, ao menos na tradição continental, o juiz sempre esteve próximo para definir a necessidade de produção de provas constituídas ou para definir que o caso estaria pronto para julgamento. A própria noção de relevância probatória, não sem alguma distorção ou sem que sofra merecidas críticas, é bem verdade, se aproximou na jurisprudência do sentido de “necessidade de elementos para convencimento do julgador”. Por outro lado, a ideia do juiz gestor de casos, mote da reforma processual inglesa, vai na mesma linha de restringir a atividade de *disclosure*. Mas, a autonomia da prova produzida, por assim dizer, antecipadamente, é limitada pela asserção e pelas potenciais consequências jurídicas do fato sobre investigação. É preciso, portanto, esclarecer e delimitar para o juiz quais as consequências jurídicas (possíveis) do fato, para que possa ser realizada a atividade probatória judicial.

O esquema racional, que pressupõe a noção de que o juiz julga apenas aplicando o direito material (assim não há no julgamento um ato de vontade do julgador, mas sim a aplicação da vontade prévia do legislador, conhecida pelo juiz pela lei), está sujeito a severas críticas²⁴¹, o julgamento é uma atividade complexa e o juiz tem uma atividade criativa e mesmo normogênica. Por outro lado, a noção de que o Direito Probatório simplesmente recorta e separa a realidade “do mundo exterior” ao mesmo tempo em que a reconecta com a realidade “do

²⁴⁰ “A reconstrução de um fato ocorrido no passado sempre é influenciada por aspectos subjetivos das pessoas que o assistiram ou ainda daquele que (como o juiz) há de receber e valorar a evidência concreta. Sempre, o sujeito que percebe uma informação (seja presenciando diretamente o fato ou conhecendo-o através de outro meio) filtra o seu real conteúdo, absorve-o à sua maneira, acrescentando-lhe um toque pessoal que talvez venha a distorcer a realidade. Mais que isso, o julgador (ou o historiador ou o cientista ou, enfim, quem quer que deva tentar reconstruir fatos do passado) jamais poderá excluir a possibilidade de que as coisas tenham se passado de forma diversa daquela a que suas “impressões” o levaram.” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 247.

²⁴¹ PERELMAN, Chaïm. **Justice, Law and Argument: essays on moral and legal reasoning**. Dordrecht: D. Reidel Publishing, 1980, p.136-137.

processo”, para permitir o julgamento, passa a revelar uma maior complexidade nesta interação entre o discurso judicial-normativo e a abertura para outras questões²⁴².

Os fatos, assim, são considerados a partir de uma narração menos individualizada do que aquela que existe na sua apresentação para fins de convencimento e prolação da decisão judicial. Os fatos são descritos, na ação probatória autônoma, mais propriamente como objeto de investigação (como objeto de prova) do que como premissas para a aplicação do direito material. Sua função argumentativa, então, não é a mesma que se verifica em outras ações. Não é possível, contudo, uma narrativa “pura” sobre os fatos (isso não acontece em nenhum processo, aliás²⁴³), pois eles são sempre apresentados sob a perspectiva de sua possível relevância jurídica. Em outras palavras, uma ação probatória autônoma não investiga qualquer fato, mas apenas (potenciais) fatos jurídicos. É justamente a (possível) juridicização desses fatos e suas repercussões que autorizam a propositura de uma ação probatória autônoma. A prova é produzida, além da hipótese de sua preservação, para permitir uma solução consensual do conflito ou a avaliação de se uma ação deve ou não ser proposta. Em todos estes casos está subjacente o problema da qualificação jurídica dos fatos e de suas repercussões jurídicas. Persiste, então, o entrelaçamento entre fato e direito, que apenas artificialmente pode ser dissecado. Todavia, supera-se a ideia de que a prova é, apenas, instrumento para a verificação do suporte fático de uma norma e para um julgamento sobre uma pretensão deduzida. Neste ponto, nota-se um paralelismo com o papel que a fase do *pretrial* veio a desempenhar no processo civil anglo-americano, desempenhando não apenas a função para a qual foi pensada, de preparar o caso para o julgamento, mas a de permitir uma avaliação e conhecimento dos fatos pelas partes, sendo indutora de uma solução consensual e negociada.

A aceitação de que se deve permitir a tutela jurisdicional do direito quando a prova seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou quando o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação requer uma maior plasticidade e uma maneira específica de controle da atividade probatória pelo juiz. Se ele não tem poderes instrutórios, pois nada está a instruir, ele precisa assegurar que a prova seja produzida apenas por legítimo interessado e ponderar, de maneira proporcional, a necessidade de produção da prova com outros valores sistemicamente protegidos. Então, mesmo neste contexto, as regras continuam a exercer o seu velho papel²⁴⁴ de delimitar as possibilidades de conhecimento dos fatos, o

²⁴² LINHARES, José Manoel Aroso. Evidence (or Proof) as Law's Gaping Wound: A Persistent False Aporia. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra: FDUC, n. 88, p. 65-66.

²⁴³ TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado: ensaios**. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 42-43.

²⁴⁴ CAVALLONE, Bruno. Riflessioni sulla cultura della prova. In: **Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milão: Giuffrè, 2008, v. 51, n. 3, p. 947.

processo não é o melhor caminho para verificação de dados empíricos, neste sentido ele não é como uma pesquisa científica ou pode simplesmente dar resposta às indagações. Continua latente e subjacente a questão da possibilidade de surgimento de um processo contencioso no qual a prova venha a ser utilizada.

Neste diapasão, é oportuno verificar, como se verá nos capítulos subsequentes, que a ação probatória autônoma continue a colocar o juiz na centralidade do controle da atividade probatória e não represente propriamente um movimento por sua desjudicialização. A partir do momento em que continua cabendo ao juiz julgar (procedente ou improcedente) o pedido de produção de provas e determinar sua realização, mantém-se a centralidade. Claro, não se pode negar que há no Direito Brasileiro uma abertura para a formação extrajudicial da prova, particularmente a utilização da ata notarial, que tem encontrado amplo acolhimento na prática. Entretanto, não se pode dizer de maneira geral, mesmo na ação probatória autônoma, que as partes conduzem a atividade probatória, que fica na dependência da chancela da determinação judicial.

3. DIREITO À PROVA, NOÇÕES DE *CIVIL LAW* E DE *COMMON LAW*

3.1. Os objetivos da prova jurídica e o reconhecimento do direito autônomo à prova

A noção de direito à prova é relativamente recente. A doutrina mais antiga cuida do direito da prova, do Direito Probatório, justamente para designar o conjunto de regras que cuidam da admissibilidade dos meios de prova, o procedimento para sua constituição e apresentação em juízo e sua eficácia probante²⁴⁵. Para a perspectiva das partes a questão sempre recaiu, particularmente, sobre o problema do ônus da prova. Provar sempre esteve no âmbito de risco e responsabilidade das partes. A jurisprudência da Corte Constitucional italiana, entretanto, lentamente começou a consolidar o direito da parte de se defender provando, a significar o direito de obter e produzir as provas pertinentes ao seu caso, como uma decorrência do próprio direito de defesa e ao contraditório²⁴⁶.

A prova, tradicionalmente, se apresentou como um instrumento para permitir a resolução das questões de fato, viabilizando o julgamento da pretensão de direito material deduzida em juízo (*res in iudicium deducta*). Este ainda é o objetivo principal da atividade probatória processual. O processo não estaria direcionado apenas ao “esclarecimento” ou “conhecimento” dos fatos, mas à tutela do direito material. Sem o curso de um processo, a justificativa para a produção da prova estava na necessidade de sua antecipação, particularmente, em virtude do risco de seu perecimento. A urgência, decorrente do risco de perda de um potencial meio de prova, justificaria a antecipação da fase de instrução de um processo em curso ou sua produção antecipada (antes de qualquer processo), mesmo quando ainda ausente um *thema probandum* ou pendente um processo²⁴⁷.

A produção de prova para evitar o seu perecimento é identificada ainda no Direito Romano e no medieval, existindo mecanismos de urgência para permitir a sua produção. Entretanto, esta era uma atividade absolutamente excepcional, a ser realizada apenas quando impossível a sua produção no curso do processo ou quando o processo ainda não pudesse ser proposto, como a produção de uma prova relativa à uma obrigação pendente da verificação de condição suspensiva ou de termo²⁴⁸.

²⁴⁵ VERGÈS, Étienne; VIAL, Geraldine; LECLERC, Oliver. **Droit de la preuve**. Paris: PUF, 2017, passim.

²⁴⁶ TARUFFO, Michele. Il diritto alla prova nel processo civile. In: **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, 1984, v. 39, p. 74.

²⁴⁷ BESSO, Chiara. **La prova prima del processo**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.

²⁴⁸ DESPRÉS, Isabelle. **Les mesures d’instruction in futurum**. Paris: Dalloz, 2004, p. 4-6.

A própria discussão sobre se as regras probatórias pertenceriam ao domínio do direito material ou ao do processual causou, e ainda causa, substancial controvérsia (vide Cap. 3.1.1.), ainda mais a questão de se o direito a produzir uma prova poderia ser “autônomo” e objeto de pretensão material específica. Entendemos que o direito à produção judicial de uma prova possui faceta substancialmente material, que é identificado como um direito à investigação de fatos.²⁴⁹ Duas noções, ao menos, estão contidas na de direito à prova (*latu sensu*): a primeira é a de que a parte tem o direito de produzir (com o sentido de coletar, constituir e apresentar) todas as provas de que dispõe para, em contraditório, influenciar a convicção do juiz em um processo; a segunda é a de que a parte possui o direito de obter as provas necessárias à defesa de seus direitos (direito à prova *strictu sensu*)²⁵⁰.

Para o ordenamento jurídico brasileiro, o direito à prova é um direito e garantia fundamental, que consta do Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 8º, recepcionado no ordenamento jurídico interno com força de emenda constitucional e que decorre da garantia a um processo justo e devido, constitucionalmente consagrada²⁵¹⁻²⁵². Da garantia constitucional ao devido processo legal se extrai a garantia à produção de provas para a demonstração de fatos juridicamente relevantes. O direito à prova constitucionalmente protegido²⁵³ tem um conteúdo jurídico complexo e inclui as noções de direito a produzir provas, a se manifestar sobre seu conteúdo, a introduzir e oferecer a prova para a defesa de direitos e a ter a devida valoração da prova como premissa para a fundamentação das decisões judiciais²⁵⁴. Há uma correlação entre acesso à informação e acesso à justiça^{255 256}. Yarshell, contudo, entende que o direito à prova seria uma manifestação do direito de ação, e representaria um direito autônomo, de cunho

²⁴⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2013, v. 218.

²⁵⁰ VERGÈS, Étienne; VIAL, Geraldine; LECLERC, Oliver. **Droit de la preuve**. Paris: PUF, 2017, p. 285-288.

²⁵¹ CAMBI, Eduardo. O Direito à prova no processo civil. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba: UFPR, 2000, v. 34, p. 150.

²⁵² RAMOS, Vitor de Paula. Direito Fundamental à Prova. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2013, p. 43-45.

²⁵³ Para a afirmação constitucional do direito à prova na Itália, vide: TARUFFO, Michele. Il diritto alla prova nel processo civile. In: **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, 1984, v. 39, p. 74-78.

²⁵⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo. **Le prove civili**. 3. ed. Milão: UTET Giuridica, 2010, 37-38.

²⁵⁵ ANDREWS, Neil. **The modern Civil Procedure**. Tubinga: Mohr Siebeck, 2008, p. 101.

²⁵⁶ “Ora, se o direito à prova é exigência natural para o pleno desenvolvimento da atividade jurisdicional, torna-se óbvio que ele passa a integrar o direito de acesso à justiça, alcançando também hierarquia constitucional e exigindo, de mesmo modo, interpretação otimizada. Surge daí a indicação ao direito fundamental à prova, que exige que o sistema processual não apenas esteja livre de qualquer restrição quanto à prova – salvo, evidentemente, aquelas que se destinam a preservar outro direito fundamental (v. g., a proibição da prova ilícita) – mas ainda que existam instrumentos para permitir a mais ampla, adequada, fácil e rápida obtenção dos meios instrutórios.” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Processo Cautelar**. São Paulo: RT, 2008, p. 257.

estritamente processual²⁵⁷. Seja como for, o direito à prova está na raiz de um sistema processual democrático, que pressupõe que as decisões judiciais devem ser devidamente fundamentadas, apresentando a motivação e convencimento do julgador, que se submeteu à uma verificação dos fatos em contraditório, para ser racionalmente persuadido²⁵⁸. Por isso, Dinamarco indica sua configuração bifronte, estando em uma “faixa de estrangulamento” entre o direito material e o processual”, enquadrando-se como um direito *processual material*²⁵⁹.

De maneira mais ampla, os princípios transnacionais de processo civil (*Principles of Transnational Civil Procedure*), propostos pela UNIDROIT e pelo *American Law Institute*, estabelecem que é um direito das partes e do Poder Judiciário ter acesso à informação e a meios de prova, desde que sejam relevantes e não sejam privilegiados²⁶⁰. Ou seja, o meio de prova não é apenas direcionado ao juiz, mas o cidadão tem direito à informação, a compreender fatos que possam ter repercussão jurídica. É para convencer o juiz que, no mais das vezes, há o interesse em produzir a prova, mas o *direito* a produzi-la pertence à parte²⁶¹.

Este direito, contudo, é limitado pela impossibilidade de causar danos a outros e, normalmente, é exercido em relação à material relevante, tendente a confirmar ou negar as alegações fáticas, para o julgamento de um caso. Por um lado, não se deve permitir “devassas” ou *fishing expeditions* e o exercício do direito à informação pressupõe legitimidade para a sua utilização jurídica, na defesa de direito próprio ou de terceiros (condicionada à existência de interesse para agir), mas, por outro, não se pode mais compreender a produção da prova como uma atividade eminentemente incidental²⁶² ou direcionada exclusivamente à figura do juiz. No âmbito jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento conduzido pelo Min.

²⁵⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 309.

²⁵⁸ CARVALHO, Fabrício de Farias. A prova e sua obtenção antecipada no Novo Código de Processo Civil. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. (Coords.) **Direito Probatório**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 766-767.

²⁵⁹ “*Daí sua configuração bifronte e a necessidade de a categoria jurídica prova ser encarada com a consciência de que as fontes de prova vêm para o processo carregadas de conotações relacionadas dom o próprio conflito a que se referem. Daí também o direito a utilizar-se das fontes legítimas, que integram o amplo conceito de direito à prova.*” DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, v. I, p. 107-108.

²⁶⁰ American Law Institute/UNIDROIT. **Principles of Transnational Civil Procedure**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 36.

²⁶¹ ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 80.

²⁶² “*La mesure d’instruction postule em principe une instance en cours, l’existence d’un procès déjà porte devant le juge. Par définition, ele est relative à <<l’instruction>> d’une affaire. (...) Telle est en effet la règle ordinaire. Mais cette règle n’est pas d’application absolue. Des mesures d’instruction peuvent être ordonnées avant tout procès: on parle alors de mesures d’instruction à titre principal, preventives ou in futurum.*” CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. **Droit Judiciaire Privé**. 9. ed. Paris: LexisNexis, 2016, p. 507.

Marco Aurélio Belizze, afirmou o direito material e autônomo à prova, estabelecendo que a prova tem a parte como destinatário²⁶³.

O ordenamento jurídico brasileiro estabelece que a tutela da pretensão à produção de uma prova pode ser levada ao Judiciário de maneira principal, como objeto de um processo, e não apenas como um direito exercido incidentalmente. Na ação probatória autônoma o objeto do processo é, justamente, a pretensão de produzir uma prova²⁶⁴, amparada em uma das causas de pedir jurídico-autorizativas. A sentença que encerra este processo faz, naturalmente, coisa julgada e tem eficácia declaratória quanto ao que é efetivamente analisado e decidido em seu bojo: ela declara que o direito à prova foi exercido ou que não havia direito à prova, tendo a pretensão sido rejeitada²⁶⁵. A situação não é diferente da já bem conhecida e antiga ação de exibição de documentos, tratada no CPC/1973 como uma das cautelares; a sentença que a encerra apenas declara que os documentos foram exibidos, ou que não era hipótese de determinar a exibição deles, nada se decidindo sobre o próprio conteúdo dos documentos, embora o documento exibido, obviamente, possa vir a ser utilizado em uma outra ação. Não obstante, a doutrina entende que a ação probatória possui natureza constitutiva²⁶⁶, justamente por possuir a eficácia de documentar e constituir o documento²⁶⁷. Reconhecer que a ação probatória autônoma faz coisa julgada não quer dizer que ela faz coisa julgada sobre a declaração de se ter um fato provado ou não. O que é analisado, é objeto do processo, e fica declarada na sentença, é a possibilidade de se produzir a prova ou não e a própria documentação²⁶⁸.

²⁶³ Veja-se trecho do voto-condutor do ministro: “*Relevante, no ponto, consignar que o Código de Processo Civil de 2015 buscou reproduzir, em seus termos, compreensão há muito difundida entre os processualistas de que a prova, na verdade, tem como destinatário imediato não apenas o juiz, mas também, diretamente, as partes envolvidas no litígio. Reconhece-se, assim, à parte o direito material à prova, cuja tutela pode se referir tanto ao modo de produção de determinada prova (produção antecipada de prova, prova emprestada e a prova 'fora da terra'), como ao meio de prova propriamente concebido (ata notarial, depoimento pessoal, confissão, exibição de documentos ou coisa, documentos, testemunhas, perícia e inspeção judicial). Nesse contexto, reconhecida a existência de um direito material à prova, autônomo em si — que não se confunde com os fatos que ela se destina a demonstrar (objeto da prova), tampouco com as consequências jurídicas daí advindas, podendo (ou não) subsidiar outra pretensão —, a lei adjetiva civil estabelece instrumentos processuais para o seu exercício, que pode se dar incidentalmente, no bojo de um processo já instaurado entre as partes, ou por meio de uma ação autônoma (ação probatória lato sensu).*” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.803.251/SC**. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizzi. Terceira Turma. j. 22 out. 2019.

²⁶⁴ Sobre o exercício de uma pretensão à prova, vide: BERGEAUD, Aurélie. **Le Droit à la Preuve**. Paris: LGDJ, 2010, p. 76-77.

²⁶⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 30.

²⁶⁶ “*A justificação de que aqui tratamos (arts. 861-866) é ação constitutiva de prova, e não ação declaratória.*” MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, t. XII, p. 295.

²⁶⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 305.

²⁶⁸ “*Nessa ordem de ideias, tendo em vista que o objeto da ação de produção antecipada da prova é justamente produzir determinada prova, a decisão que versa sobre seu deferimento ou indeferimento é de mérito, pois é*

A retórica dos direitos subjetivos e de que a atividade jurisdicional seria voltada para a “atuação do direito ao caso concreto” embaraçou a construção de um direito de simples produção de prova, decorrente do direito à informação, pois a prova estava vinculada ao julgamento da causa²⁶⁹. Daí a percepção de que apenas processualmente é que poderia ser exercido o direito à prova. Naturalmente, existem mecanismos para a tutela do direito à informação, inclusive com a dignidade de remédio constitucional como o *habeas data*. Mas, a teorização de ações probatórias autônomas é fenômeno substancialmente recente. A prova era compreendida, particularmente, sob o viés de sua função instrumental, de instruir um processo pendente²⁷⁰. Por exemplo, o direito francês mais antigo trazia a possibilidade de produção autônoma da prova, contudo, isso veio a ser vedado por uma *ordonance* de 1667 e, a partir daí, até a introdução das medidas de instrução *in futurum*, em 1973, a doutrina rechaçava a própria noção de um direito autônomo à prova²⁷¹.

É fundamental, nesse contexto, a distinção entre *direito à prova* e *direito cujo suporte fático se pretende provar*, para se entender o tratamento a ser dado ao processo autônomo de produção de prova e à produção incidental²⁷². Existe, inegavelmente, uma relação entre as noções: o direito à prova se exerce tendo em vista a possibilidade de tutela de uma pretensão de direito material²⁷³. Contudo, não pode haver confusão entre as questões. O direito à prova é, justamente, o direito de ter acesso à uma informação ou a constituir um determinado meio de prova²⁷⁴. Este meio de prova poderá, então, ser relevante para a averiguação do preenchimento do suporte fático para a incidência de uma norma jurídica. Pontes de Miranda, indicava que a pretensão a provar ou a pretensão a assegurar a prova existem independentemente da pretensão correspondente ao direito material, ou formal, que se queira provar. O exercício em juízo da

aquela que decide sobre a pretensão da parte.” ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo**. Salvador: Juspodivm, 2019.

²⁶⁹ DESPRÉS, Isabelle. **Les mesures d’instruction in futurum**. Paris: Dalloz, 2004, p. 131-132.

²⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 307.

²⁷¹ BERGEAUD, Aurélie. **Le Droit à la Preuve**. Paris: LGDJ, 2010, p. 74.

²⁷² BERGEAUD, Aurélie. **Le Droit à la Preuve**. Paris: LGDJ, 2010, p. 133.

²⁷³ “O direito à prova, manifestação do contraditório no processo, significa que as partes têm o direito de realizar a prova de suas alegações, bem como de fazer a contraprova do que tiver sido alegado pela outra parte. O destinatário da prova é o processo e não o juiz, de modo que não se pode indeferir a realização de determinada prova sob o fundamento de que o julgador já se encontra convencido da existência do fato probando ou da própria questão incidental ou de mérito posta em causa.” NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 13. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 242.

²⁷⁴ “... l’objet du droit à la preuve ne peut être que la preuve au sens d’instrument employé pour emporter la conviction du juge, autrement dit le mode de preuve (témoignage, document écrit, indice...). La notion de preuve doit donc être comprise dans son sens matériel.” BERGEAUD, Aurélie. **Le Droit à la Preuve**. Paris: LGDJ, 2010, p. 141.

pretensão a provar ou a assegurar a prova é velho conhecido do direito luso-brasileiro, nas figuras da exibição, justificação ou produção antecipada de provas²⁷⁵.

Não se deve confundir as noções de *produção* e *valoração* da prova. A valoração da prova se dá tendo em vista a possibilidade de formação do convencimento sobre um alegado direito cujo suporte fático se pretende provar ou negar. Ou seja, um meio de prova é valorado em uma atividade complexa, em conjugação com outros, com as regras de experiência, com eventuais presunções, para que se averigue o preenchimento ou não de um dado suporte fático. De maneira distinta, produzir a prova se relaciona com documentar um certo evento, colhendo relatos, informações e, conforme o caso, opiniões técnicas sobre eles. Na ação autônoma de produção de prova não se valora o conteúdo, ou seja, rigorosamente, nada será considerado como “provado” ao seu término, apenas produzir-se-á (documentará) a prova. O exercício do direito à prova, portanto, não requer que seja verificada (declarada) a incidência ou não de uma norma jurídica cujo suporte fático seja composto pelo fato probando. No âmbito da ação probatória autônoma é suficiente a produção do meio de prova, em contraditório. A avaliação e valoração da prova (saber se o fato está ou não provado) será objeto de outro processo, no qual venham a ser deduzidas pretensões de direito material relativas ao fato probando²⁷⁶. Na ação probatória o juiz apenas averigua e decide sobre a pretensão de produção de prova (e terá que, para isso, verificar se a pretensão de produzir provas é procedente ou não). A valoração judicial da prova produzida autonomamente, contudo, apenas ocorrerá se vier a ser proposto um processo e a prova autonomamente produzida vier a ser introduzida para demonstrar o preenchimento ou o não preenchimento do suporte fático relativo à pretensão deduzida. Esta valoração não será feita pelo juízo que produziu a prova, mas pelo juízo que conhecer da ação na qual ela venha a ser utilizada. Neste processo, a prova produzida por antecipação entrará como um documento, a ser valorado pelo juiz, em conjugação com outros meios de prova que venham a ser utilizados.

A designação de produção *antecipada* de provas adotada pelo CPC/2015 é equívoca. Ela parece indicar que se está destacando uma etapa procedimental ou algum dos atos instrutórios para antes do início formal do processo. Mas, rigorosamente, não é isso o que acontece. Ou, ao menos, não acontece necessariamente. A propositura de uma outra ação que venha a utilizar a prova processualmente produzida poderá ou não acontecer. O próprio art. 381, III, do CPC/2015 estabelece que a prova poderá ser requerida para evitar o ajuizamento de

²⁷⁵ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, t. XII, p. 293.

²⁷⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 137-138.

ação. Ora, se a produção da prova serve para *evitar* o ajuizamento de ação, o que se estaria a antecipar? Além disso, se a produção da prova também poderá se dar para viabilizar autocomposição ou, na péssima redação da lei, “*outro meio adequado de solução de conflito*” (estar-se-ia a pensar na arbitragem, meio não judicial e não autocompositivo de solução de conflitos?), qual seria a ação judicial que estaria sendo antecipada? Possivelmente, nenhuma²⁷⁷.

Não se trata de produção antecipada de provas, mas de produção processual de provas de maneira autônoma. Apenas se exercita processualmente, em um procedimento com a participação de outros interessados no conteúdo da prova, o direito à prova. É o direito à prova que se visa a satisfazer, e pretensão à prova é o que o requerente alega possuir ao propor a ação²⁷⁸. Não se está, rigorosamente, a antecipar coisa alguma. Se esta prova, eventualmente, vier a ser utilizada em um processo futuro ela ingressará como uma prova pré-constituída e assim será analisada. O que ocorre é a documentação, registro, de um fato. Não há diferença intrínseca, por exemplo, entre a tomada de uma prova oral que seja feita seguindo o procedimento do art. 381 e seguintes do CPC/2015 e um vídeo que seja gravado, por iniciativa das próprias partes, com a resposta às perguntas, sob a perspectiva de sua introdução para demonstração do objeto de prova de um dado caso. Claro, quando afirmamos que não há diferença isso se dá sob o viés da possibilidade de sua apresentação em um processo superveniente, mas a existência de um mecanismo judicial de produção de provas tem impacto significativo no seu conteúdo e, possivelmente, na postura das partes envolvidas. Além disso, a formação judicial da prova garante a existência de um contraditório e participação democrática sobre a formação de seu conteúdo, o que pode, pragmaticamente, impactar na futura avaliação da prova. O contraditório deixa de se relacionar apenas à impugnação e produção de elementos para contradizer as alegações da outra parte, mas sobressai a dimensão de formação do convencimento da própria parte, que passa a contemplar as opções decorrentes da demonstrabilidade de um fato²⁷⁹.

²⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 308.

²⁷⁸ Aurélie BERGEAUD é preciso ao identificar o ponto, sobre a pretensão e o direito à prova: “...*au jour de la demande, il existe, pour le justiciable, un trouble (l’insécurité résultant de la perspective d’un procès causé par une situation litigieuse ou potentiellement litigieuse auquel le juge va pouvoir remédier en ordonnant la mesure d’instruction sollicitée. Sur un plan technique, l’article 145 du nouveau code de procédure civile crée donc une véritable action par laquelle le demandeur, qui justifie d’un intérêt né et actuel, peut exiger du juge qu’il examine sa prétention. La prétention étant limitée à une demande de préconstitution de preuve, l’action en justice présente la particularité d’être réduite à une simple perspective probatoire.*” BERGEAUD, Aurélie. **Le Droit à la Preuve**. Paris: LGDJ, 2010, p. 81.

²⁷⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 170-172.

O objeto do processo de produção autônoma da prova é o exercício do direito à prova, conforme delineado pela causa de pedir e pelo pedido deduzidos²⁸⁰. O autor, ao propor a ação autônoma de produção de prova, afirma possuir e deduz pretensão à satisfação de seu direito à prova²⁸¹. É o direito de investigação que é exercido nestas ações. A função é parecida com a dos inquéritos civis públicos²⁸². O inquérito civil público, que visa à obtenção de informações e dados para a tutela dos direitos transindividuais pelo Ministério Público, nada mais é do que um mecanismo extrajudicial de exercício do direito à prova e à investigação²⁸³. O objetivo é, justamente, fornecer subsídios para que o *parquet* possa avaliar se deve ou não mover uma ação judicial (arts. 8 e 9 da Lei 7.347/1985). As ações probatórias autônomas são motivadas pelo mesmo objetivo, judicialmente se exerce o direito de investigação, que pode vir a justificar a propositura ou não de uma ação, auxiliar os interessados na solução consensual da controvérsia, ou mesmo adiantar a produção e preservar uma prova que possa vir a perecer ou se tornar de difícil coleta (*ad perpetuam rei memoriam*).

A noção de que a prova seria produzida apenas incidentalmente, tendo por função demonstrar a veracidade das alegações²⁸⁴, impedia a aceitação de que o direito à prova poderia ser exercitado de maneira principal em uma ação. Resistência esta, aliás, que ainda existe em muitos ordenamentos jurídicos²⁸⁵, mas que não é condizente com a tradição luso-brasileira de

²⁸⁰ “Veja-se, nesse sentido, que a decisão mais relevante da produção antecipada da prova é aquela que versa sobre a possibilidade da produção da prova requerida (deferindo ou indeferindo o pedido de sua produção) e fixa seus limites. É essa decisão, portanto, que trata sobre o direito autônomo à prova, consistindo no verdadeiro provimento jurisdicional que decidirá o mérito da demanda probatória autônoma.” ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 217.

²⁸¹ “O direito à prova é, enfim, o direito a um provimento favorável, entendendo-se como tal a admissão e a produção antecipada da prova (de forma desvinculada da urgência”. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 338.

²⁸² “Mas o direito à produção da prova tem autonomia suficiente para ser objeto de um processo autônomo. A ação probatória autônoma é uma demanda que possui como único propósito a produção de uma prova. (...) Destacam-se aí os poderes de busca e obtenção da prova, que viabiliza a adequada avaliação da parte interessada de suas chances de êxito em atual ou futura batalha judicial – não visando, necessariamente, usá-la como via de convencimento do juiz em julgamento estatal de mérito. Seria um ‘direito à investigação’ – que a conduz à situação equiparável àquela observada em sede de inquérito civil, próprio das questões relacionadas aos direitos transindividuais.” DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2013, v. 218.

²⁸³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 21.

²⁸⁴ A doutrina processual ressalta, em grande medida, a função demonstrativa da prova, vinculando-a à demonstração da “verdade” de determinada alegação fática, daí o seu papel eminentemente incidental, sobre a função de demonstrativa da prova: “È opportuno subito chiarire che, quando si parla della funzione “dimostrativa” della prova giudiziaria, s’intende evidenziare semplicemente questo: che la funzione della prova, quella appunto di dimostrare la verità/falsità delle affermazioni fattuali, deve essere assolta all’interno del processo mediante il ricorso ad un procedimento di tipo razionale, i cui risultati – proprio perché fondati su un procedimento di questo tipo – sono controllabili dall’esterno, e cioè dai destinatari della decisione, dal giudice dell’impugnazione e, in generale, da tutti i consociati.” CARRATA, Antonio. Funzione Dimostrativa Della Prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio). In: **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, 2001, p. 75-76.

²⁸⁵ BESSO, Chiara. **La prova prima del processo**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 14-15.

aceitar a justificação não contenciosa para o conhecimento e registro de um fato, que remonta às ordenações do reino²⁸⁶. Na legislação posterior à independência, a justificação não contenciosa estava estampada na Consolidação das Leis do Processo Civil de Joaquim Ribas, de 1879, havendo a possibilidade de produção processual autônoma de provas, como indicada pela regra de competência do seu art. 10. A distinção entre *asseguração e formação* da prova e entre *prevenir e desde logo produzir* não eram ainda adequadamente compreendidas, mas Pontes de Miranda é claro em indicar que não há nada de assecuratório na ação de justificação, que sempre foi uma ação probatória autônoma²⁸⁷. O instituto perdurou nos Códigos processuais estaduais e na subsequente legislação federal.

Reconhecia-se com maior singeleza a pretensão à produção de prova incidental, como pressuposto para julgamento de um caso, e mesmo a tutela de urgência, para evitar o perecimento da prova, mas não se aceitava a pretensão à simples produção de prova, a despeito de sua clara presença na tradição luso-brasileira. Não é sem algum desconforto que a ação de justificação era inserida no título das ações cautelares, como bem notado pela doutrina²⁸⁸. Todo o raciocínio sobre a relação entre provas e processo estava, portanto, direcionado para a necessidade de o juiz julgar uma causa, tendo a prova como um meio (dito racional) para permitir o conhecimento dos fatos alegados. É por isso que o escopo da atividade probatória foi construído a partir das noções de relevância e admissibilidade de provas, em uma análise de sua feição instrumental.

Positivada, e com largueza, a produção autônoma de provas é preciso indagar sobre os limites desta atividade. Já que a análise sobre a necessidade de produção ou não da prova na através de ação autônoma é a mesma de uma produção incidental, os critérios de relevância e admissibilidade a partir da incontrovérsia de alegações fáticas, do objeto litigioso e da formação do convencimento do juiz sobre os fatos não podem ser simplesmente transplantados. Mais que isso, estes elementos sequer estão presentes da mesma maneira na ação de produção autônoma de prova. Rigorosamente, não há uma pretensão de direito material deduzida (outra além da pretensão de produção da prova), não há causa de pedir delineada (além daquela relacionada à

²⁸⁶ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, t. XII, p. 294.

²⁸⁷ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, t. XII, p. 295.

²⁸⁸ Vide: PRATA, Edson. Da justificação. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, 1990, v. 662. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 294-295. Ovídio Baptista assim colocava a questão, naturalmente analisando o instituto no CPC/1973: “o processo de justificação é processo de ação, como os demais previstos pelo Código como procedimentos cautelares específicos. Não é, no entanto, cautelar e nem mesmo poderá considerar-se como uma forma de tutela urgente, pois é justamente a urgência que lhe falta como elemento essencial.” SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, v. III, p. 264

produção da prova) e, tampouco, fatos incontroversos e nem outros elementos que permitam a análise, pelo juiz, da necessidade de novos dados para a formação de seu conhecimento. Isso bem demonstra que a tradicional construção não é consentânea com o cenário da ação probatória autônoma.

Bem observado o fenômeno das provas, se percebe que o direito à prova, no mais das vezes, sequer precisa ser processualizado para que se exerça. No plano material há a produção de prova extraprocessual, que independe de qualquer processo e que apenas eventualmente poderá ser útil para o julgamento de um determinado caso²⁸⁹. Muitos são os possíveis exemplos, mas basta se pensar na vistoria feita no início de um contrato de locação imobiliária, nas fotos que são tiradas pelos envolvidos em um acidente automobilístico, para registrar o estado dos carros, ou no *print screen* da tela do celular, guardando o conteúdo de uma conversa telemática. Ainda, exerce extraprocessualmente o direito à prova aquele que requisita as informações contidas em cadastro de proteção ao crédito ou o quanto consta de um arquivo ou repartição oficial. Em todos estes exemplos há inegável exercício extraprocessual de um direito à prova²⁹⁰. A ação probatória autônoma, portanto, permite a processualização e a produção processual de provas, seja por as partes necessitarem do poder de império do juiz para exercício do direito, seja por pretenderem que o fato seja registrado (e a prova produzida) em contraditório, com a construção de seu sentido. Aliás, em relação ao objeto deste trabalho, deve-se perceber que boa parte das atividades desenvolvidas no curso do *discovery* são eminentemente extraprocessuais (extra-autos, ao menos), sendo conduzida pelos advogados e partes diretamente, em sua comunicação e troca de informações. Apenas eventualmente é que serão apresentadas para fins de juízo de admissibilidade e consideração no *trial*, quando são, propriamente, trazidas ao processo.

Deve-se registrar, contudo, o entendimento contrário, por exemplo, de Hermenegildo de Souza Rego, partidário da corrente processualista sobre as provas, que rejeita a possibilidade de prova extraprocessual, pois “*só quando surge o processo é que se pode falar em prova dos fatos relevantes para sua decisão, e só então é que assumem relevo as normas que as disciplinam*”²⁹¹.” Esta compreensão, contudo, resta contrariada pelas regras que autorizam a produção de provas para fins de simples avaliação das partes, por romperem com a premissa de que prova só haveria para autorizar uma determinada decisão judicial. Apenas caso se restrinja

²⁸⁹ Embora restringindo o sentido do direito à prova ao das “provas judiciárias”, vide: BERGEAUD, Aurélie. **Le Droit à la Preuve**. Paris: LGDJ, 2010, p. 143.

²⁹⁰ BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no Direito constitucional brasileiro**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 188.

²⁹¹ REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: RT, 1985, p. 107.

o significado de provas ao de elemento para a formação da convicção do julgador é que faz ainda algum sentido a conotação pretendida, e mesmo assim não seria considerada como prova aquela pré-constituída.

Por outro lado, em vários países de tradição do *Civil Law* observa-se uma tendência no sentido de se permitir a produção autônoma da prova, sem a presença de urgência. É o que ocorre por diversos institutos jurídicos, por exemplo, na França e, mais recentemente, na Itália.

O ordenamento jurídico italiano, que até então apenas admitia a produção antecipada de provas com caráter cautelar²⁹², foi reformado em 2005 para permitir a produção de provas, sem que esteja presente uma situação de urgência, como medida a facilitar uma solução consensual e negociada. O artigo 696-bis do *Codice di Procedura Civile*²⁹³ prevê a possibilidade de antecipação da realização de uma perícia ou inspeção judicial, para quantificar o valor de créditos decorrentes de inadimplementos contratuais ou de atos ilícitos extracontratuais, com a possibilidade de a avaliação do dano ser utilizada como ferramenta para a conciliação das partes. O perito atua também como mediador. Caso não seja obtida a solução consensual, a prova, então, seria considerada para fins de julgamento do caso. A prova técnica produzida para fins de composição da lide representa uma integração entre o processo e os meios adequados de solução de controvérsia. O experto atua em uma figura parecida com o que se designa por avaliação por terceiro imparcial (*early neutral evaluation*), procurando viabilizar uma solução negociada para o caso, como decorrência do esclarecimento dos aspectos fáticos do caso.

Por outro lado, o Direito francês exibe, com largueza a produção autônoma da prova, a partir do Décret 73-1122 de 27 de dezembro de 1973, que revolucionou o tratamento da questão²⁹⁴. O art. 145 do *Code de Procedure Civile*²⁹⁵ francês permite a tomada de medidas de

²⁹² Vide: BESSO, Chiara. **La prova prima del processo**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 211.

²⁹³ **Art. 696-bis. (Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite)**

L'espletamento di una consulenza tecnica, in via preventiva, può essere richiesto anche al di fuori delle condizioni di cui al primo comma dell'articolo 696, ai fini dell'accertamento e della relativa determinazione dei crediti derivanti dalla mancata inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito. Il giudice procede a norma del terzo comma del medesimo articolo 696. Il consulente, prima di provvedere al deposito della relazione, tenta, ove possibile, la conciliazione delle parti.

Se le parti si sono conciliate, si forma processo verbale della conciliazione.

Il giudice attribuisce con decreto efficacia di titolo esecutivo al processo verbale, ai fini dell'espropriazione e dell'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

Il processo verbale è esente dall'imposta di registro.

Se la conciliazione non riesce, ciascuna parte può chiedere che la relazione depositata dal consulente sia acquisita agli atti del successivo giudizio di merito.

Si applicano gli articoli da 191 a 197, in quanto compatibili.

²⁹⁴ BERGEAUD, Aurélie. **Le Droit à la Preuve**. Paris: LGDJ, 2010, p. 10.

²⁹⁵ “Article 145: S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé.”

instrução, de maneira autônoma, e independente do risco de perecimento da prova²⁹⁶. Se existir um motivo legítimo para que se conserve ou produzam provas das quais poderá depender a solução de um litígio as medidas instrutórias legalmente previstas podem ser ordenadas a pedido de qualquer interessado, em *requête* ou *reféré*. Como bem se vê, não se verifica a necessidade de uma situação cautelar, sendo apenas necessária a verificação sobre a existência de um “motivo legítimo”, o que denota largueza na utilização do instituto²⁹⁷. O objetivo desta atuação é justamente produzir uma prova, com o desenvolvimento de uma medida de instrução²⁹⁸.

O direito à prova no ordenamento jurídico francês, como indica Isabelle Després, não está limitado à uma atuação e existência incidental, para viabilizar a decisão sobre uma demanda proposta, mas que se exerce de maneira autônoma²⁹⁹. O que precisa ficar evidenciado é que existe um motivo legítimo a justificar a imediata produção probatória, guardando relação com a possibilidade de efetiva solução de um litígio. Por isso, o objeto desta demanda é a conservação ou a constituição de provas das quais possa depender a solução de um litígio, sendo indispensável a identificação de um litígio ulterior razoavelmente previsível³⁰⁰. Não é preciso, contudo, que este direito já seja exigível para que se autorize uma produção de prova relativa ao seu conteúdo³⁰¹, entretanto só é cabível a utilização da via *antes* do início de um processo, não sendo possível sua concomitância com uma outra ação, na qual se pretenda a utilização da prova.

Em relação ao estabelecimento do conteúdo jurídico do requisito, inserto no art. 145 do Code de Procedure Civile, de existência de um “motivo legítimo para conservar ou constituir uma prova sobre fato do qual dependa a solução de uma controvérsia” a jurisprudência, como indicado, tem adotado uma interpretação abrangente. Mas, entende-se que deve ficar demonstrado que é provável a propositura de um processo que poderá vir a utilizar a prova. Se a demanda de instrução preventiva não deve deduzir detalhadamente o objeto e o fundamento

²⁹⁶ GOSSELIN, François-Xavier; LE MARREC, Yves; KÉRVENOAËL, Pol de. Les mesures d'instruction In *Futurum* [Analyse de la jurisprudence des Cours d'Angers et de Rennes]. In: **Revue Judiciaire de l'Ouest**. Rennes: CRJO, 1987, n. 2, p. 156.

²⁹⁷ “*Il s’agit de permettre à une partie de conserver ou d’établir une preuve dont elle pourra se prévaloir dans un éventuel procès. Cette technique est particulièrement utile lorsqu’un élément de preuve est menacé de perte ou de déperissement. Toutefois, là n’est pas sa seule justification; il peut aussi s’agir d’apprécier les conditions d’existence, voire la pertinence d’une action éventuelle, mais le risque est grand, alors, d’une derive transformant le juge des référés ou des requêtes em officine de consultation juridique. La frontière, il est vrai, es parfois délicate à tracer.*” CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. **Droit Judiciaire Privé**. 9. ed. Paris: LexisNexis, 2016, p. 509.

²⁹⁸ CAYROL, Nicolas. **Procédure civile**. Paris: Dalloz, 2017, p. 242.

²⁹⁹ DESPRÉS, Isabelle. **Les mesures d’instruction in futurum**. Paris: Dalloz, 2004, p. 128-129.

³⁰⁰ CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. **Droit Judiciaire Privé**. 9. ed. Paris: LexisNexis, 2016, p. 511-512.

³⁰¹ BATUT, Anne-Marie. Les mesures d’instruction “in futurum”. In: **Rapport de la Court de Cassation 2000**. Paris: La Documentation Française, 2001.

factual da eventual demanda futura, deve ser capaz de apresentar qual poderá ser este objeto, até para que se possa avaliar a utilidade da medida instrutória requerida³⁰². Além disso, o fato sobre o qual recai a atividade probatória deve ser relevante e capaz de influenciar na solução da controvérsia de maneira a melhorar a situação do requerente do ponto de vista probatório. Por exemplo, uma sociedade que pretenda compreender a responsabilidade contratual de um cocontratante pode solicitar a produção de documentos tendentes à verificação da existência de responsabilização civil³⁰³.

Do ponto de vista procedimental, a medida pode ser conhecida em *référé* ou em *requête*. A principal distinção entre as modalidades reside, naquele caso, na presença de contraditório da parte requerida antes da concessão da medida ou, neste caso, na análise do pedido *inaudita altera parte*. Em princípio, a medida de instrução deve seguir o rito do *référé*, apenas de maneira excepcional é que é possível processar o feito por *requête*, devendo ficar evidenciada a necessidade desta modalidade de tramitação³⁰⁴.

3.1.1. Direito Probatório: entre o direito material e o processual? Visões de Civil Law e Common Law

Para abordar a questão de se o Direito Probatório pertence ao direito material ou ao processual, é preciso, inicialmente, retomar a noção de que historicamente, nos países de *Common Law*, o *Evidence Law* é tratado como ramo autônomo do direito, não estando incluído, sob o viés acadêmico, nas disciplinas de processo ou de direito privado³⁰⁵, apesar de a doutrina entender que a maior parte de suas regras são de caráter adjetivo³⁰⁶. Ian Dennis, por exemplo, entende que a *Evidence Law* é adjetiva, tendo um conteúdo amplo, compreendendo a coleta de provas antes do julgamento, sua apresentação e posterior avaliação. Entretanto, a linha divisória para o outro direito adjetivo, o direito processual, seria incerta e, por vezes, dependente do critério adotado³⁰⁷.

Nos países da *Civil Law*, o Direito Probatório possui regras tanto na legislação material, particularmente no Código Civil, quanto na processual³⁰⁸, a partir da divisão feita pelo *Code*

³⁰² BESSO, Chiara. **La prova prima del processo**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 90-91.

³⁰³ FRANÇA. Cour de Cassation. N° de pourvoi: 07-17398. 2° Chambre Civile. Rel. M. Lacabarats, j. 6 nov. 2008.

³⁰⁴ VERGÈS, Étienne; VIAL, Geraldine; LECLERC, Oliver. **Droit de la preuve**. Paris: PUF, 2017, p. 310.

³⁰⁵ YEAZELL, Stephen C.. **Civil procedure**. 8. ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2012, p. 487.

³⁰⁶ BUCKLES, Thomas. **Laws of evidence**. Nova Iorque: Thomson - Delmar Learning, 2003, p.12.

³⁰⁷ DENNIS, Ian. **The Law of Evidence**. 5. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2013, p. 14.

³⁰⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo. **Le prove civili**. 3. ed. Torino: UTET, 2010, p. 30.

Civile de 1804 e pelo *Code de Procédure Civile* de 1806³⁰⁹, isso fez com que a questão viesse a ser objeto de acendrada discussão ainda no século XIX. Não por acaso a coincidência com o momento em que o processo procura se afirmar como ramo autônomo do Direito, a conquistar autonomia científica e delinear seus próprios institutos. Por outro lado, deve-se esclarecer que a questão relativa ao regime jurídico das regras de Direito Probatório não é equivalente a se falar em Direito à Prova em sentido estrito³¹⁰. São questões distintas, embora inter-relacionadas. O Direito à Prova representa o direito subjetivo de acesso à informação e produção da prova no processo³¹¹, sendo uma garantia constitucional³¹². O regime jurídico sobre o Direito Probatório abarca as regras pertinentes ao exercício do Direito à Prova, bem como a maneira pela qual os fatos podem ser provados. Por isso, um grande número de normas distintas tem conotação probatória³¹³. Nos países de *Civil Law* o tema é apresentado como sendo uma garantia constitucional, decorrente do devido processo legal³¹⁴. De igual maneira existe o reconhecimento de um direito às provas e à completa informação do caso nos países de *Common Law*. No Canadá, por exemplo, o caso *R v Stinchcombe* é um *leading case* no reconhecimento de que a parte tem o direito de conhecer todas as provas que sejam produzidas pelo adversário, ainda que não venham a ser introduzidas no *trial*³¹⁵. O Direito Probatório, portanto, se relaciona com as regras jurídicas em matéria de provas, inclusive sobre os meios de produção, admissão, valoração, limitação e ônus da prova.

Sobre a natureza das regras jurídicas sobre provas três correntes se colocam. A primeira defende que as regras probatórias são de caráter material, a segunda que elas seriam regras processuais e a terceira corrente defende uma posição intermediária, entendendo que algumas das normas seriam materiais e outras processuais.

A primeira corrente sustenta que há uma relação visceral entre o direito material objeto do processo e a atividade probatória, a preocupação em apresentar provas e em criar um regramento próprio para a questão decorre da necessidade de comprovação dos fatos para a

³⁰⁹ AROCA, Juan Montero. **La prueba en el proceso civil**. 7. ed. Madri: Civitas, 2012, p. 60.

³¹⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 232.

³¹¹ BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: BEDAQUE, José Roberto; CINTRA, Lia Carolina; EID, Elie Pierre. **Garantismo processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 221-223.

³¹² CAMBI, Eduardo. O Direito à prova no processo civil. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba: UFPR, 2000, v. 34, p. 148.

³¹³ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Freedom of Proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita. CARBONELL, M.; OROZCO, J.; VÁZQUEZ, R.. **Estudios sobre la prueba**. Cidade do México: UNAM, 2006, p. 49.

³¹⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo. **Le prove civili**. 3. ed. Milão: UTET Giuridica, 2010, p. 35.

³¹⁵ CANADÁ, Supreme Court. [1991] 3 S.C.R. 326. Rel. Sopinka J. j. 02 mai. 1991.

incidência normativa da regra de direito material, não sendo possível subtrair o caráter substantivo das regras sobre provas sem prejudicar o exercício do próprio direito de fundo³¹⁶. Sob o ponto de vista do direito internacional privado, a questão tradicional é de identificar que as regras probatórias são as mesmas aplicáveis ao objeto do litígio, em virtude da íntima relação entre as questões, considerando os interesses substanciais das partes³¹⁷. Esta posição, contudo, precisa ser entendida com cautelas, o recorte entre processo e direito material e mesmo entre fatos e direito entra em questão na apreciação do problema.

A defesa de que as provas teriam um caráter eminentemente processual, ao seu turno, foi feita, ainda no século XIX, por Édouard Bonnier, criticando a presença de regras probatórias no âmbito do Código Civil Francês de 1806³¹⁸. Esta corrente entende que como a análise das provas é feita no âmbito do processo e é para a solução do conflito processualizado que a atividade probatória se voltará, o regramento probatório seria questão processual. Dinamarco indica que o tema das provas representa um estrangulamento entre o direito material e o processual, a ressaltar a instrumentalidade deste. Entretanto, o Direito Probatório pertenceria ao processo³¹⁹, podendo ser compreendido como um direito processual material³²⁰. Giovanni Bonato entende que seria mais adequada a superação da distinção entre normas processuais e substanciais no ponto, para que se confira uma qualificação uniformemente processual, de maneira a fazer prevalecer o público sobre o privado na regulamentação da atividade processual³²¹.

A última corrente, mista, entende que a matéria probatória é regrada por normas de direito material e de direito processual. Esta posição decorre da observação de que as regras sobre provas estão ligadas ao desenvolvimento do processo, mas que a própria aplicação do direito substancial depende delas. As regras sobre o ônus da prova e seu objeto, sobre

³¹⁶ VERGÈS, Étienne; VIAL, Geraldine; LECLERC, Oliver. **Droit de la preuve**. Paris : PUF, 2017, p. 28.

³¹⁷ FONGARO, Eric. **La loi applicable à la preuve en droit international privé**. Paris : LGDJ, 2004, p. 12.

³¹⁸ BONNIER, Édouard. **Traité theorique et pratique des preuves end droit civil et criminel**. 2. ed. Paris: Auguste Durand, 1852, p. 3-4.

³¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 226.

³²⁰ “*Daí sua configuração bifronte e a necessidade de a categoria jurídica prova ser encarada com a consciência de que as fontes de prova vêm para o processo carregadas de conotações relacionadas com o próprio conflito a que se referem. Daí também o direito a utilizar-se das fontes legítimas, que integram o amplo conceito de direito à prova.*” DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, v I, p. 107-108.

³²¹ “*Personalmente, credo sia opportuno abrogare la distinzione tra norme sostanziali e norme processuali, essendo preferibile la soluzione secondo cui tutte le norme sulle prove vanno inserite all'interno del solo codice di procedura civile, al fine di conferire loro «una qualificazione uniformemente processuale» e far così prevalere il pubblico sul privato quanto alla regolamentazione delle attività processuali.*” BONATO, Giovanni. Il sistema probatório nel processo civile italiano. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte: UFMG, 2017, n. 71, p. 168.

admissibilidade e meios de prova seriam materiais, mas as regras relativas à produção da prova e sua apresentação no processo seriam processuais. A doutrina francesa parcialmente embasa o argumento no fato de as regras sobre provas estarem presentes tanto no Código Civil quanto no Código de Processo Civil, modelo este que se espalhou pelo continente europeu e América Latina.

No Direito brasileiro, a prova é disciplinada por leis de direito substantivo e de direito adjetivo. Várias regras sobre admissibilidade das provas, o seu valor, consequências, regras sobre presunção, são estabelecidas pela legislação material. O código processual, ao seu turno, regula a maneira de produção, colheita e apresentação das provas, os poderes instrutórios do magistrado e o ônus da prova³²². Contudo, não se pode olvidar, não é relevante para a classificação a simples localização topográfica da norma, não é o simples fato de uma norma estar inserida em um diploma processual ou material que fará com que ela possua esta natureza. Em linhas gerais, quando a prova disser respeito a um requisito formal, maneira pela qual se exterioriza, de um ato jurídico o tratamento é de direito material. Assim, quando a lei exigir uma forma solene para a *prova* de um ato jurídico, significa que o ato jurídico não poderá ser reconhecido como existente no processo sem a prova na forma requerida em lei³²³. Por outro lado, as regras sobre o procedimento e modo de produção da prova no curso do processo são processuais³²⁴.

A forma do negócio jurídico aparece como essencial e requisito de direito material – a impedir que se considere *provado*, ou mais precisamente, que se tenha por existente ou válido o negócio feito (ou provado, no sentido de demonstrado) de outra maneira. É o que ocorre, por exemplo, com a exigência de forma pública para os negócios reais imobiliários (art. 108, CC). Caso o negócio se opere de outra maneira, não será possível *provar* que ele aconteceu, ainda que por outros meios, em tese, fosse possível demonstrar o consenso, o preço, o pagamento, enfim todos os demais elementos do negócio jurídico. No mesmo sentido, quando a lei exige duas testemunhas para a validade do testamento público, ainda que seja possível comprovar a vontade do testador por outro modo (um vídeo do testador com o documento, reafirmando seu

³²² LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: RT, 2000, p. 23.

³²³ Dinamarco indica que neste caso não se está propriamente diante de uma questão de prova, mas de substância do ato. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 226.

³²⁴ “Rigorosamente, o autêntico materialista só não nega, nem haveria como negar, que as normas em torno do modo ou forma como a prova será produzida em juízo são processuais. São, assim, processuais, as normas que disciplinem o procedimento de produção da prova, tal como aquelas que tratam do número de testemunhas que podem ser arroladas, do prazo para apresentação do respectivo rol, da possibilidade de prorrogação do prazo para depósito do laudo pericial, etc.” BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no Direito constitucional brasileiro**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 189.

conteúdo, por exemplo), o testamento estará viciado, pela ausência de uma formalidade essencial. Não será possível produzir legalmente outra prova para suprir esta situação. Neste contexto, Eduardo Cambi procura diferenciar a prova de natureza substancial (civil) daquela de caráter formal (processual civil), pois esta se apresentaria como elemento para atuar sobre a livre convicção do juiz³²⁵. Estas duas acepções de prova, identificadas anteriormente em Carnelutti, referem-se à momentos distintos. Não basta que o ato jurídico tenha a forma estabelecida na legislação material, a sua introdução no processo precisa observar, também, esta condição. Não importa se, efetivamente, o ato foi feito por instrumento público, se não houver tal demonstração no processo³²⁶.

Dinamarco, com acerto, indica que as regras sobre provas seriam bifrontes e comporiam um “direito material processual”, justamente por decorrer de um conjunto de normas e princípios de direito material e direito processual disciplinadores dos institutos processuais diretamente relacionados com o direito à tutela jurisdicional³²⁷. As normas probatórias seriam uma ponte de passagem entre o processo e o direito subjetivo³²⁸.

Uma maneira de compreender a questão da natureza jurídica da norma, na linha sugerida por Paula Sarno Braga, passa pela investigação de se se trata de uma regra de julgamento (que determina o modo de ser ou conteúdo de uma decisão) ou de uma regra de proceder (que estabelece como se deverá conduzir o procedimento para a prolação de uma decisão)³²⁹. Estas são regras tipicamente de processo e aquelas de direito material. Entretanto, a questão não pode ser entendida sob um viés estritamente estático, mas é preciso uma verificação circunstancial³³⁰. Uma regra de proceder em um caso pode ser regra de decisão em outro. Basta pensar na regra da formalidade de citação, que determina o procedimento em um processo, mas é a base para a

³²⁵ CAMBI, Eduardo. **Curso de Direito Probatório**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 372-373.

³²⁶ CARNELUTTI, Francesco. **La prueba civil**. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982, p. 113-115.

³²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, v I, p. 109.

³²⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo. **Le prove civili**. 3. ed. Torino: UTET, 2010, p. 31.

³²⁹ BRAGA, Paula Sarno. Natureza das normas sobre prova – suas repercussões na eficácia da lei no tempo e no espaço. In: **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte: Fórum, a. 26, n. 104, p. 362-363.

³³⁰ “*Em primeiro lugar, concluiu-se que a prova é instituto material, regido pelo direito material. Isso porque produz informações sobre fatos que justificam a certeza de um direito que pode ser colocado como objeto de decisão. Além disso, pode consistir, também, no próprio direito material que integra o mérito da demanda de antecipação da prova (como direito autônomo à prova). De um outro modo, atua como critério de julgar. O juiz julga o valor e a admissibilidade da prova para certificar um direito, assim como o juiz pode julgar, certificar e realizar o próprio direito material sub judice nas causas em que não haja suficiência probatória. São, pois, processuais aquelas que se referem ao procedimento de produção da prova em juízo e ao poder do juiz de promoção de distribuição dinâmica e casuística da prova no curso do procedimento.*” BRAGA, Paula Sarno. Natureza das normas sobre prova – suas repercussões na eficácia da lei no tempo e no espaço. In: **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte: Fórum, a. 26, n. 104, p. 362-363.

decisão na ação de *querela nullitatis*; ali é regra de procedimento e aqui regra de decidir. A qualificação, portanto, é dinâmica e contextual.

Em relação às regras de Direito Probatório é preciso, também, entender de qual regra se está a falar. Um conjunto muito heterogêneo de normas se relaciona com o tema da verificação dos fatos no processo e, por isso, tem alguma relação com a questão das provas. Estaticamente, algumas delas são típicas regras de proceder (quem deve fazer a pergunta à testemunha, o prazo para apresentação de quesitos ao perito, o momento de produção dos documentos etc.) outras são regras de julgamento (regra sobre presunções, sobre quem está impedido de testemunhar, sobre valoração das provas etc.).

Inegavelmente o tema é permeado de normas e nuance próprias do direito material e, também, processual. O Direito Probatório, a depender do ângulo de análise realçará mais uma ou outra faceta, daí o caráter bifronte de suas normas, como apreciado por Dinamarco.

3.2. Direito à prova e juízo declaratório sobre fato

Não se pode confundir o exercício do direito à prova por meio de ação própria com a possibilidade de prolação de uma decisão judicial declaratória especificamente sobre fato. Identifica-se, de maneira geral, uma grande resistência sobre a possibilidade de uma ação que tenha por objeto a prolação de uma declaração judicial especificamente sobre um fato, embora vezes como a de Daniel Neves defendam a sua possibilidade³³¹. O art. 19, CPC/2015, repetindo o quanto disposto nos antigos CPC/1973 e CPC/1939, indica que a ação declaratória terá por objeto uma *relação jurídica*, seu modo de ser, sua existência ou inexistência. Apenas a declaração sobre a falsidade ou autenticidade de documentos é que, tradicionalmente, excepciona a regra geral³³².

A ação probatória autônoma, como já entendia a doutrina falando sobre a ação de justificação, não é uma ação declaratória sobre a existência ou inexistência de um fato e nem se confunde com as ações declaratórias em geral, que visam a certificar a existência de uma relação jurídica. A ação não objetiva a certificação ou reconhecimento judicial sobre a existência ou não de certo fato ou relação jurídica, não decorrendo de sua sentença um julgamento sobre esta situação. O magistrado não se pronunciará sobre a força probante das provas apresentadas ou produzidas e não exercerá juízo cognitivo sobre os fatos e relações

³³¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 447-448.

³³² YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 256.

jurídicas envolvidas³³³. Apenas certificará a constituição da prova e decidirá sobre a existência ou não de direito à obtenção da prova pretendida. Os fatos relacionados à prova, aqueles que a prova permite melhor compreender, não são avaliados ou se põem para julgamento, sua exposição é feita apenas para fins de julgamento do próprio objeto da ação probatória, mas não se exercita qualquer juízo declaratório sobre os fatos em si.

3.3. Direito à prova, direito de provar e dever de provar

Já se estabeleceu o direito à prova. Cabe, agora, esclarecer duas outras noções correlatas: o direito de provar e, também, o dever de provar.

O direito de provar consiste na possibilidade e faculdade que toda parte em um processo judicial possui de apresentar ao juiz as provas em seu poder e, igualmente, de requerer a constituição das provas relevantes³³⁴. O direito de provar, assim, representa uma das manifestações do direito à prova, vinculada ao exercício substancial do contraditório e participação processual adequada. Por isso, o direito de provar decorre da própria garantia fundamental ao devido processo legal, sendo certo que nenhuma parte pode se ver limitada em sua pretensão à atuação probatória em um processo, quando pretender a produção de provas relevantes e admissíveis³³⁵. Como uma das facetas do direito à prova, o direito de provar nem sempre se põe, para que se autorize a constituição de uma prova. Por exemplo, é possível a produção da prova para fins de facilitar uma solução negocial para o conflito, neste momento não é o sentido de direito de provar que se coloca, mas o de tomada de decisão informada. O direito de provar, então, se coloca em face da demonstração das alegações fáticas controvertidas, das questões, como um corolário do próprio direito ao devido processo legal e ao contraditório. Não se pode conceber processo devido, no sentido em que deve ser compreendida a garantia processual, sem que se assegure a possibilidade da parte se valer de todos os meios de prova admissíveis para o julgamento de seu caso³³⁶.

³³³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Processo cautelar**. São Paulo: RT, 2008, p. 296-297.

³³⁴ DESPRÉS, Isabelle. **Les mesures d’instruction in futurum**. Paris: Dalloz, 2004, p. 126.

³³⁵ O que aqui designamos por direito de provar é, muitas vezes apresentado como sendo sinônimo de direito à prova, o que acaba à reduzir sua noção à um sentido eminentemente processual. Com esta concepção, por exemplo, coloca Juan Montero Aroca: “*el derecho a la prueba es un verdadero derecho subjetivo, de contenido procesal y de rango fundamental, sin perjuicio de que luego se trate de un derecho de configuración legal, el cual en la jurisprudencia se presenta como instrumental respecto del derecho de defensa*”. AROCA, Juan Montero. **La prueba en el proceso civil**. 7. ed. Madri: Civitas, 2012, p. 106.

³³⁶ “*Anche se classicamente definito come un diritto delle parti e legato ala contrapposizione di argomenti antagonistici, il contraddittorio assume atualmente limiti più estesi, vedendo ampliata la sua concezione, come si vedrà, nel senso di comportare il dovere di collaborazione delle parti e quello di una partecipazione attiva del*

Por outro lado, a noção de um dever de prova é, de maneira geral, rejeitada pela doutrina brasileira. A questão se coloca no âmbito de ônus da prova. As partes, então, decidem por produzir a prova avaliando o risco de sua produção ou não, a significar que elas não se submetem à sanção pela não produção da prova, mas aceitam o “risco processual” relativo à sua não apresentação. Neste sentido, não haveria um dever de prova, que imponha à parte a obrigação de produzir um meio probatório que lhe é desfavorável, sem que tenha sido especificamente intimada para fazê-lo³³⁷.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero, contudo, ponderam que o modelo processual cooperativo e a imposição de um dever geral de colaboração probatória, retiraria da parte a opção por produzir ou não a prova. A produção da prova não se colocaria, assim, com um simples ônus, mas como um dever geral a guiar a atuação da parte. Por isso, o direito à prova seria, na mesma medida, um dever, como um reflexo do conteúdo dos direitos fundamentais processuais, que não se opõe apenas ao Estado, mas, também, às partes³³⁸. O próprio conteúdo normativo do art. 378, CPC/2015 confirmaria esta posição, ao estabelecer que ninguém pode se eximir do dever de colaboração probatória com o Poder Judiciário, para o descobrimento da verdade.

A questão de saber se a parte deve ou não apresentar todos os meios de prova de que dispõe ou se deve revelar todos os elementos epistêmicos associados ao caso se põe, na verdade, no plano de direito positivo. A dogmática processual pode determinar quais as obrigações, ônus e direitos pertinentes à questão. O processo civil inglês, por exemplo, exige que todas as provas relacionadas ao caso e que estiverem em poder da parte sejam apresentadas³³⁹. Todas as informações e evidências devem ser disponibilizadas pelas partes antes do julgamento e o mais

giudice al dibattito giudiziario. Inoltre, avendo come cornice la concezione di democrazia partecipativa e deliberativa, il principio del contraddittorio può essere definito come diritto d'influenzare l'esercizio del potere dello Stato. È nell'ambito di questa prospettiva a molte facce e pubblicistica del principio, che ci proponiamo di affrontare l'indagine del suo oggetto, passando senza indugio alla sua analisi dettagliata.” CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. In: *Rivista di Diritto Processuale*. In: **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, 2005, n. 2, p. 450.

³³⁷ CARRATA, Antonio. Doveri di verità e completezza nel processo civile - parte seconda. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milão: Giuffrè Editores, 2014, a. LXVIII, v. 2, p. 492.

³³⁸ “Por isso, pode-se afirmar que ao lado de um direito, a prova é também um dever. E esse dever nada mais é do que um reflexo - para toda a sociedade - dos direitos fundamentais processuais, em particular, dos direitos de acesso à Justiça e de ampla defesa. De fato, considerando que esses direitos fundamentais não são oponíveis apenas ao Estado, mas alcançam toda a sociedade, então é certo concluir que todos estão ligados a tais direitos fundamentais processuais e devem contribuir para a sua plena realização. Diante disso, pode-se afirmar que o dever de auxílio - e, particularmente, o dever de prova - tem também assento constitucional e incide sobre todos, independentemente de serem ou não parte em determinado processo.” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, v. 2.p. 253.

³³⁹ ZUCKERMAN, Adrian. **Civil Procedure**. Londres: LexisNexis, 2003, p. 463.

cedo possível no processo, de modo cooperativo³⁴⁰. Não apenas aquelas informações e meios de prova que sejam favoráveis para a demonstração de suas alegações devem ser produzidas pela parte e compartilhada com a outra, mas também as provas desfavoráveis devem ser disponibilizadas antes do *trial*³⁴¹. Com efeito, todos os meios de prova de que disponham as partes, naturalmente ressalvadas aquelas provas privilegiadas, devem ser apresentadas, existindo um dever neste sentido. O processo civil norte-americano, também, requer que a parte, no curso do *discovery* revele todas as informações e meios de prova de que dispõe, outorgando, aliás, singular amplitude de poder investigatório para as partes, com o correlato dever de revelação.

Inegavelmente, o sistema processual civil brasileiro, assentado na premissa de cooperação processual, inclusive em matéria probatória, requer que as partes facilitem a instrução do processo, colaborando com os atos processuais necessários, apresentando, sem criar embaraço, os documentos de que disponham, respondendo ao quanto lhes for perguntado. O mesmo, aliás, se coloca para o terceiro, que tem o dever de contribuir com a justiça, no plano probatório. Entretanto, não se estabelece, no Direito brasileiro, para a parte um dever geral de produzir todas as provas de que disponha, sem que seja para tanto instada. A parte deve colaborar com a instrução probatória, mas não precisa espontaneamente produzir prova em seu desfavor. Vale a distribuição legal, convencional ou judicial do ônus da prova, a induzir a parte à adoção de um determinado comportamento probatório. Isso não significa, contudo, que a parte possua um direito absoluto e oponível de não produzir prova em seu desfavor, o que ocorre é que ela não é obrigada a fazê-lo por iniciativa própria. É preciso cautela ao se compreender o conteúdo normativo do *caput* do art. 379, CPC/2015. Não existe o direito de não produzir prova contrária ao seu próprio interesse, a parte, na verdade, está obrigada a cooperar com a produção da prova, seja ela favorável ou desfavorável aos seus interesses. Isso significa que se não há um dever ativo de produção de todas as provas que poderia, podendo a parte, atente à distribuição do ônus probatório, definir quais provas pretende produzir, é certo que não há um direito de não produzir provas desfavoráveis ao seu próprio interesse, sempre que determinado pelo juiz e requerido pela outra parte.

Afastar o sentido, à luz da dogmática processual brasileira, de um dever de prova não redundante na afirmação de um direito oponível de não produção de prova desfavorável. A

³⁴⁰ “Civil litigation is now developing into a system designed to enable the parties involved to know where they stand in reality at the earliest possible stage, and at the lowest practicable cost, so that they make may make informed decisions about their prospects and the sensible conduct of their cases.” INGLATERRA. Court of Appeals. [1999] EWCA Civ 3030. Rel. Lord Judge. j. 22 out. 1999.

³⁴¹ TAPPER, Colin. **Cross & Tapper on Evidence**. 12. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 278.

questão, mais precisamente, se coloca no âmbito do ônus probatório, indutor do comportamento das partes. Tanto não se pode afirmar existir um direito à não produção de prova desfavorável que existe a possibilidade de dinamização judicial do ônus da prova, considerando, justamente, a facilidade em sua produção. Além do mais, tal assertiva não se coadunaria com as regras que cuidam da confissão fática, para a parte que se recusar a depor, ou da consequência de presunção de veracidade que se impõe em desfavor de quem obstaculiza a exibição incidental de documentos. O modelo processual cooperativo, na verdade, requer a conjugação de esforços das partes, em uma postura proba e leal, e do próprio juiz para o esclarecimento das questões fáticas, existindo um dever de cooperação probatória a determinar o modelo comportamental aceitável para as partes.

3.4. Prova e processo judicial: a relação entre prova, objeto do processo e decisão judicial: a noção de *thema probandum*

A noção de demanda é fundamental para a definição do objeto do processo. A teoria dos três *aedem* é geralmente aceita como adequada para a identificação do conteúdo da demanda. Pela análise do conjunto das partes, da causa de pedir e do pedido deduzido é possível estabelecer qual a demanda posta, pela investigação de seus limites objetivos³⁴². Além disso, parte importante da doutrina entende que o Direito brasileiro adota a teoria da substanciação a exigir a descrição pormenorizada dos fatos, não sendo suficiente a alegação da existência da relação jurídica³⁴³. Os fatos, então, são considerados enquanto descrições sobre o preenchimento da hipótese de incidência de uma determinada norma jurídica, a autorizar a dedução em juízo de uma pretensão. Isso é suficiente para se afirmar que nem todos os fatos são importantes para o processo, mas apenas aqueles que digam respeito ao atendimento da pretensão deduzida e direito alegado.

O raciocínio subsuntivo aponta para a norma a descrever os aspectos materiais para sua incidência, daí a investigação recai sobre os fatos constitutivos alegados pelo autor e, também, pelos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos apresentados pelo réu. Isso somado a existência de contradição, controvérsia, entre as partes atrai a necessidade de investigação e cognição processual. As partes possuem dois ônus correlatos no processo, o primeiro é o de

³⁴² LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 13-14.

³⁴³ Para a indicação das várias posições, com exposição crítica do tema, vide: TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 153 e Ss.

alegação e o segundo o de *demonstração*³⁴⁴. Cabe à parte alegar os fatos que compõem sua pretensão ou exceção deduzida, indicando os fatos que justificam os efeitos jurídicos pretendidos e a incidência das normas jurídicas e, posteriormente, demonstrar a correção da alegação ou a “verdade” dos fatos.

Os fatos jurídicos relevantes e que requeiram comprovação no curso do processo compõem o *thema probandum*, que pode ser compreendido como o conjunto das questões fáticas a serem elucidadas. Uma prova pode se referir e ter por objeto um ou mais fatos que componham o *thema probandum*. Assim, as noções de objeto de prova e de *thema probandum* não se confundem. O objeto da prova é um dos fatos componentes do *thema probandum*, ele, portanto, pertence ao *thema*. A prova que tenha por objeto um fato que não componha o *thema probandum* é irrelevante e não pode ser produzida. É possível, que um único fato, preciso e delimitado, tenha que ser esclarecido. Entretanto, a maioria das situações são representadas por vários eventos (fáticos) inter-relacionados entre si e estes vários eventos, ou alguns deles, é que precisarão ser objeto de prova. Outras situações a norma requer a verificação de vários fatos para que incida, quando o corre o que se chama impropriamente de fatos complexos³⁴⁵.

O *thema probandum*, portanto, é o conjunto de fatos (questões) que devem ser verificados para que se possa adequadamente fundamentar a decisão. O *objeto da prova* é o fato específico que determinada prova tende a demonstrar. O objeto de uma dada prova deve ser uma parte do *thema probandum*, recaindo sobre um fato controvertido, e o meio de prova deve ser pertinente a este fato e relevante para sua comprovação. Os fatos, entretanto, são introduzidos no processo a partir das alegações feitas pelas partes, pelas ações e defesas que sejam deduzidas. O princípio da demanda determina que os fatos alegados pelas partes deverão ser objeto do conhecimento do juiz. Entretanto, uma análise mais detida revela que os fatos, no curso do processo, são recontados diversas vezes. As partes narram os fatos, a primeira testemunha apresenta uma nova narrativa, diferente da de uma segunda testemunha, o juiz os reconta na sua decisão e o tribunal mais uma vez o faz. As alegações fáticas das partes são fundamentais para delimitar o *thema probandum*. Claro, sem isso os fatos não são introduzidos ou controvertidos no processo. A prova, contudo, recai sobre o fato alegado e não sobre a alegação em si mesma. Em outras palavras, a prova recai sobre o fato descrito e alegado por um interessado e controvertido por outro. A atividade probatória volta-se para as *questões de*

³⁴⁴ LEUZZI, Salvo. **I mezzi di prova nel processo civile: formazione, acquisizione, integrazione**. Milão: Giuffrè Editore, 2013, p. 25.

³⁴⁵ LEUZZI, Salvo. **I mezzi di prova nel processo civile: formazione, acquisizione, integrazione**. Milão: Giuffrè Editore, 2013, p. 28.

fato^{346 347 348}. É a oposição e defesa ofertada pelo réu que tornará a alegação do autor uma questão de fato, na medida em que controverta o quanto narrado sobre os fatos³⁴⁹. Ou seja, a prova recai sobre um ponto fático controvertido e que precisa ser solucionado pelo juiz. A relação com as questões jurídicas é antecedente como hipótese e consequente para a verificação. A partir da definição sobre a questão de fato o juiz poderá atribuir os efeitos previstos pela norma jurídica, julgando uma questão de direito relacionada. O fato objeto de prova deve integrar o mérito da causa ou alguma questão incidental que requeira decisão judicial. A prova serve para a verificação de um fato relativo à *res in iudicium deducta*. Um fato abstratamente considerado (*fattispecie*) é que será objeto de prova, para que se aprecie as consequências jurídicas preestabelecidas pela norma jurídica³⁵⁰. O CPC/2015 é expresso ao estabelecer que a atividade recai sobre as questões de fato, devendo o juiz na decisão de saneamento as identificar ou as partes as definirem a partir do saneamento consensual do processo (art. 357).

A produção da prova no processo civil se dá a partir dos fatos narrados pelo autor na ação (causa de pedir) e dos pedidos formulados, considerando a contradição que for feita pelo réu. O princípio da demanda define e dirige a atividade probatória, entretanto o juiz deve julgar considerando os fatos constantes dos autos e não apenas a narrativa das partes, é possível que a instrução processual revele que os fatos não eram da maneira como foram percebidos e apresentados pelas partes e, naturalmente, isso deverá ser considerado pelo juiz ao prolatar sua decisão. A distinção entre fatos *principais* e *secundários* é relevante: os fatos principais se subordinam ao ônus de alegação da parte, mas aqueles secundários, indiciário, pode ser conhecido pelo juiz, a partir das circunstâncias do caso³⁵¹.

A atividade probatória é considerada à luz do objeto do processo e, particularmente, das alegações fáticas controvertidas³⁵², das questões de fato. A resposta para a questão de quais provas podem ser produzidas, por serem relevantes, depende, no curso do processo, da identificação do *thema probandum*, bem como da análise das regras de exclusão ou limitação

³⁴⁶ CAMBI, Eduardo. **A prova cível: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006, p. 297.

³⁴⁷ Problematizando a tradicional distinção entre questão de fato e questão de direito: CASTANHEIRA NEVES, Antônio. A distinção entre a questão-de-facto e a questão--de-direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como Tribunal de “Revista”. In: **Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. v. I.

³⁴⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 1998, v. 92.

³⁴⁹ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro** (versão eletrônica). São Paulo: RT, 2015, v. 2, p. 1295.

³⁵⁰ CAMBI, Eduardo. O Direito à prova no processo civil. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba: UFPR, 2000, v. 34, p. 155-156.

³⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 252.

³⁵² TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 156.

probatória. Definido o que precisa ser provado, passa-se, então, a analisar a possibilidade de emprego de determinado meio de prova para o caso. A discussão sobre privatismo e publicismo processual reside, em parte, justamente na discussão de saber se a definição dos meios de prova necessários ao julgamento das partes é uma atividade das partes ou se o juiz pode determinar, sem provocação, a produção de provas. Mas, independentemente de quem tenha a iniciativa probatória, é possível afirmar que a produção incidental da prova no processo se dá para o esclarecimento do *thema probandum*, observados os limites da admissibilidade probatória.

A própria noção de processo devido relaciona-se ao direito e poder das partes de participar *pedindo, alegando e provando*. A tríade, adequadamente compreendida, permite o desenvolvimento do contraditório, com a concatenação dos atos processuais. A dinâmica estabelece-se em um jogo de ação e reação entre as partes, que pedem e impedem, deduzem suas alegações e atuam para provar o quanto alegado³⁵³. A regra é de contenção e inércia judicial, a delimitação do âmbito de atuação do juiz é feita pela própria atividade das partes. A inércia judicial é garantia de imparcialidade, impedindo que o Estado-Juiz se substitua às partes e tenha iniciativa para a tutela de direitos privados. Por isso, também, impõe-se a premissa da ignorância inicial do juiz sobre os fatos³⁵⁴.

Este contorno está voltado a resolver a questão da prova que precisa ser produzida incidentalmente no processo, sendo, também, importante para estabelecer o delicado equilíbrio entre produção probatória, com a introdução de material relevante para subsidiar o julgamento, e a necessidade de condução do processo de maneira justa, eficiente e sem dilações indevidas.

Se como decorrência da garantia da demanda e da inércia judicial o juiz está adstrito a julgar os pedidos que lhe foram deduzidos e a narrativa dos fatos, inserta na causa de pedir e na defesa, que determinará a atividade processual e é apresentada pelas partes, é preciso assentar que há fatos que o juiz pode conhecer de ofício. O antigo art. 131, CPC/1973 estabelecia que “*O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento*”. O dispositivo indicava que o juiz deveria considerar *fatos e circunstâncias* constantes dos autos, ainda que não decorressem da narração dos fatos feita pela parte. O art. 371, CPC/2015, que traz a regra sobre apreciação das provas, é muito mais específico, dispendo: “*O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do*

³⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 126-127.

³⁵⁴ CALAMANDREI, Piero. Il giudice e lo storico. In: **Rivista di Diritto Processuale Civile**. Padova: CEDAM, 1939, v. XVI, p. 111.

sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.” A regra, do art. 371, é muito importante. Ela estabelece o conteúdo da chamada garantia do livre convencimento motivado e a regra da comunhão das provas, a indicar que as provas serão apreciadas independentemente de quem as introduza no processo. Além disso, não há mais qualquer menção sobre a ausência de alegação das partes, o que indica que o juiz deve considerar a prova constante dos autos, mas não pode fugir das alegações fáticas que foram apresentadas pelas partes.

É preciso compreender o conteúdo normativo do art. 493, CPC/2015, para apreciar a exatidão da afirmação de que os fatos são introduzidos no processo pelas partes, que delimitam o âmbito de apreciação do juiz. Esse dispositivo legal indica que o juiz poderá conhecer a requerimento da parte ou, também, de ofício fatos extintivos, constitutivos ou modificativos que possam influenciar no julgamento do mérito da demanda e que sejam conhecidos após o ajuizamento da demanda. A regra cuida, na verdade, dos efeitos dos chamados fatos supervenientes para o processo. Ao julgar o caso o juiz deve considerar a realidade dos fatos como se colocam, considerando as modificações operadas no estado de coisas.

3.5. Sobre os poderes instrutórios do juiz e a infundável polêmica entre publicistas e garantistas: questões ideológicas

Uma das maneiras possíveis para se estudar comparativamente sistemas jurídicos parte da identificação de certos traços compartilhados e agrupamentos a partir das semelhanças. É neste contexto que se identifica a existência de modelos processuais. Os modelos processuais representam uma descrição genérica e idealizada – e, portanto, inexata – de certas características de determinados ordenamentos jurídicos (vide Cap. 1.1.1. e Cap. 4). A correlação entre a tradição do *Common Law* com o modelo de processo adversarial e de *Civil Law* com o processo inquisitorial é corrente. Entretanto, este tipo de redução, embora retenha limitada utilidade para uma compreensão geral, impede a correta apreciação fenomênica³⁵⁵.

Para além da divisão entre as tradições jurídicas ocidentais, a discussão sobre publicismo e privatismo no processo civil atrai a atenção da doutrina em vários países e, no fundo, demonstra a existência de divergências de cunho político-ideológico, com importantes

³⁵⁵ ALVES, Tatiana Machado. **Gerenciamento processual no Novo CPC: mecanismos para a gestão cooperativa da instrução**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 45.

impactos para a prática forense³⁵⁶. A tentativa de construção de o que representaria um juiz neutro ou mesmo constitucionalmente adequado representa a disputa entre crenças sobre qual o papel do Estado na resolução de disputas. É tema político, portanto, e que se espalha para a dogmática processual. Por exemplo, Barbosa Moreira, em texto clássico sobre os poderes instrutórios do juiz, aponta que o incremento destes está relacionado à construção de um Estado *Social de Direito*^{357 358}. Bedaque entende que o tratamento da questão passa pela compreensão da adequada finalidade do processo, a efetivação do direito substancial e a pacificação social, por isso a atividade instrutória do juiz não seria exercida em favor de uma parte e em detrimento da outra, mas se dá para o atingimento dos escopos do próprio processo³⁵⁹.

Na Itália, sobre esta questão específica da discussão entre publicismo e privatismo no processo, ganham, por exemplo, relevo os escritos que apontam uma associação ao modelo publicístico do Código de 1942 ao momento fascista e autoritário de governo presente ao tempo de sua promulgação³⁶⁰. Giovanni Verde, por outro lado, pondera que o modelo italiano pode até ser considerado como autoritário, mas nunca totalitário, pois nunca se questionou ou colocou-se em discussão o poder monopólico das partes de tutelar suas próprias posições jurídicas³⁶¹. Contudo, não parece ser possível reduzir a equação entre “modelo de governo” e “modelo processual”.

Uma percepção adequada da questão não pode se cingir às vertentes ideológicas apresentadas pela doutrina, que de mais a mais não é pacífica sobre a questão, e nem basta o plano semântico correspondente à análise do texto legal e das regras que daí podem ser extraídas. Pragmaticamente, deve-se perceber que o exercício dos poderes instrutórios do juiz e o próprio controle das convenções sobre provas é influenciado pela disponibilidade de tempo do magistrado e o seu conhecimento do caso e incentivo para atuação individualizada. No contexto de processos de massa e de baixa identificação do julgador com o caso individual a intervenção do magistrado é potencialmente menor. Isso não significa, contudo, que possa ser

³⁵⁶ GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 91.

³⁵⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. In: **Temas de direito processual: terceira série**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 51.

³⁵⁸ BOTELHO, Guilherme. A iniciativa probatória de ofício no modelo de organização social de processo. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. (Coords.) **Direito Probatório**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 547-548.

³⁵⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 119.

³⁶⁰ CIPRIANI, Franco. El proceso civil italiano entre revisionista y negacionistas. In: AROCA, Juan Montero (Coord.) **Proceso Civil e Ideología. 2. Ed.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

³⁶¹ VERDE, Giovanni. Las Ideologías del proceso en un reciente ensayo. In: AROCA, Juan Montero (Coord.) **Proceso Civil e Ideología. 2. Ed.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 80.

tomada como irrelevante, apenas que a *praxis* forense apresenta externalidades que, pragmaticamente, limitam essa atuação em vários casos. Ou seja, enquanto previsões contrafáticas (normativas), as regras sobre iniciativa probatória do juiz são, talvez, mais impactantes do que na vivência diária do foro³⁶². É que efetivamente investigar e trazer elementos ao processo requer tempo e conhecimento de fatores exoprocessuais, elementos dos quais o juiz, corriqueiramente, não dispõe. Por outro lado, as colocações axiológicas sobre a superioridade do modelo processual continental sobre o anglo-americano ou vice-versa precisam ser temperadas pela percepção adequada de que cada modelo se desenvolveu em um contexto social próprio, refletindo peculiaridades de trações culturais e de conformação das tradições jurídicas. Além disso, o compromisso com a premissa legitimatória, representada pela discussão do papel da “verdade” no processo, é compartilhado. Isso afasta a percepção, por vezes difundida, de que o processo adversarial não teria compromisso com o acertamento dos fatos, representando uma competição meramente “esportiva” entre as partes³⁶³. No fundo, o processo judicial, em qualquer modelo, representa um instrumento e espaço limitado e constricto para a investigação dos fatos, justamente pela necessidade de permitir a funcionalidade do próprio sistema jurídico e a resolução de disputas³⁶⁴. A solução processual, o modelo proposto por cada ordenamento jurídico, é na verdade uma equação para o balanceamento dos valores constitucionais em tensão. Não é possível, nessa linha, afirmar uma superioridade intrínseca do modelo do *Common Law* sobre o continental ou vice-versa. Não há, também, uma correlação direta entre incremento dos poderes instrutórios do juiz e autoritarismo político de governo³⁶⁵.

Uma análise do sistema italiano sobre a condução da instrução, particularmente pela influência que o processo italiano possui no Brasil, é interessante para se perceber como no próprio contexto da tradição continental existem flagrantes distinções. Salvatore Patti realça a autonomia da parte, no Direito italiano, para o acertamento dos fatos relevantes, particularmente a escolha dos meios de prova, se coloca no contexto mais amplo de um sistema processual que coloca tanto o princípio dispositivo quanto outorga poderes de intervenção e de avaliação ao

³⁶² O ponto foi percebido por: MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. In: **Temas de direito processual: terceira série**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 53.

³⁶³ MARCUS, R. L.. Extremism in the pursuit of truth is our ‘virtue’: the American infatuation with broad discovery. In: RHEE, C. H. Van; UZELAC, A.. **Truth and efficiency in Civil Litigation: fundamental aspects of fact-finding and evidence taking in a comparative context**. Cambridge: Intersentia, 2012.

³⁶⁴ CAVALLONE, Bruno. Riflessioni sulla cultura della prova. In: **Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milão: Giuffrè, 2008, v. 51, n. 3, p. 948-950.

³⁶⁵ BOTELHO, Guilherme. A iniciativa probatória de ofício no modelo de organização social de processo. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. (Coords.) **Direito Probatório**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 554.

juiz. Apesar disso, para o autor, o processo italiano seria preponderantemente dispositivo³⁶⁶. Esta ponderação, feita à luz do sistema jurídico italiano, chama a atenção ao observador brasileiro ao se perceber que lá os poderes instrutórios do juiz são mais restritos do que aqui, não se podendo comparar a amplitude do art. 115 do *Codice di Procedura Civile*³⁶⁷ com o disposto nos arts. 369 e 370 do CPC/2015, e que não há regra que autorize a dinamização do ônus da prova pelo juiz, pois o art. 2697 do *Codice Civile* traz um modelo rígido de atribuição do ônus da prova, análogo ao disposto nos incisos I e II do art. 373 do CPC/2015, sem que conste no modelo italiano regra semelhante aos §§ 1º e 2º deste mesmo artigo.

Não se pode, contudo, olvidar que o juiz italiano pode determinar, em qualquer estado e grau do processo, o comparecimento pessoal da parte para que preste depoimento livre (art. 117 do *Codice di Procedura Civile*) e que ele pode determinar a inspeção de pessoa ou de coisa (art. 118 do *Codice di Procedura Civile*). Todavia, o art. 281-Ter³⁶⁸ do *Codice di Procedura Civile*, nominado de “poderes instrutórios do juiz” é significativamente restrito e se refere à possibilidade de o juiz determinar de ofício a oitiva de testemunha que tenha sido mencionada por uma das partes e que possa ajudar a esclarecer a verdade dos fatos. O juiz italiano possui, portanto, algum grau de poder instrutório no processo civil³⁶⁹, isso é acentuado no processo do trabalho que tem feição, para parte da doutrina, inquisitorial³⁷⁰. O regramento é, contudo, mais tímido que os amplos poderes concedidos no Direito brasileiro.

Por um lado, o processo civil brasileiro concede poderes instrutórios muito significativos ao juiz e, além disso, permite mesmo que ele modifique as regras sobre a distribuição do ônus da prova, por outro esse mesmo sistema privilegia a autonomia da vontade

³⁶⁶ PATTI, Salvatore: La disponibilità delle prove. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milão: Giuffrè Editore, mar. 2011, a. LXV. Sup. n. 1, p. 83.

³⁶⁷ Taruffo entende que a atribuição de poderes instrutórios ao juiz foi modesta no Código de 1942, mas que as reformas sucessivas ampliaram moderadamente esta feição. “A fronte del principio di disponibilità delle prove sancito nell’art.115, e dell’attuazione del principio dispositivo da parte di norme come gli artt. 99, 101 e 112, l’attribuzione al giudice di alcuni poteri istruttori fu modesta, limitata, e certamente non tale da fare del giudice il dominus assoluto ed autoritario dell’accertamento dei fatti, come l’esperienza applicativa dei decenni successivi ha chiaramente dimostrato. Quanto a riforme più recenti, come quella che nel 1998 ha introdotto l’art.281-ter, non si può certamente dire che esse abbiano stravolto il sistema processuale, vulnerando i diritti delle parti e lasciandole in balia di un giudice inquisitore.” TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, mar. 2006, v. 133, p. 244.

³⁶⁸ Art. 281-ter. (Poteri istruttori del giudice) Il giudice può disporre d’ufficio la prova testimoniale formulandone i capitoli, quando le parti nella esposizione dei fatti si sono riferite a persone che appaiono in grado di conoscere la verità.

³⁶⁹ “Un secondo modello, al quale si ispira la maggior parte degli ordinamenti attuali - tra i quali si possono prendere ad esempio l’Italia e la Germania - prevede che al giudice vengano attribuiti alcuni poteri di iniziativa istruttoria. Naturalmente questi poteri possono essere più o meno numerosi e più o meno ampi a seconda dei casi. Emerge tuttavia una tendenza piuttosto netta all’incremento dei poteri istruttori del giudice che si manifesta anche in Italia, ad es. con la recente introduzione dell’art.281-ter”. TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa”. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, mar. 2006, v. 133, p. 243.

³⁷⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 81-83.

no processo, não bastasse a cláusula geral de negociação processual do art. 190, inclusive do ponto de vista do Direito Probatório. O sistema italiano é mais cauteloso sobre as duas questões, a distribuição do ônus da prova é legal, sendo autorizada a sua alteração convencional, e há um modelo dispositivo atenuado, com algum poder limitado de iniciativa do juiz³⁷¹. Lá o juiz, com o Código de 1942, teve os seus poderes instrutórios ampliados, assim como sua margem para a condução do processo, entretanto, permanece o princípio geral da disponibilidade das provas³⁷². A atuação do magistrado é fundamental na admissibilidade e na ordenação das provas³⁷³, mas a iniciativa é atribuição das partes, exceto nas exceções legalmente previstas, quando o juiz deve instaurar o contraditório sobre a questão³⁷⁴.

O modelo processual do CPC/2015 traz, ao seu turno, uma série de influências, à primeira vista, antagônicas. Ele propõe um juiz com forte poder instrutório e mesmo poder de ingerência sobre os ônus probatórios, mas possibilita um espaço de atuação amplo para as partes em consenso, não é por acaso que seu art. 190 está estatuída a possibilidade de alteração sobre ônus, poderes, deveres e faculdades processuais.

O contraste com o modelo italiano é evidente ao se analisar parcela da doutrina itálica sobre os acordos relativos à alteração do ônus da prova, que adota uma concepção mais publicista do processo, como se vê da afirmação de Patti de que “*disponibilidade da prova não significa, definitivamente, poder para a parte dispor do processo*”³⁷⁵.

Na Inglaterra, arquétipo do modelo dispositivo da *Common Law*, as regras probatórias estão pensadas, mesmo após as *Civil Procedure Rules*, em torno da figura do *trial*, do *day in court*. O pretrial é conduzido sem o mesmo grau de intervenção do julgador em comparação com os países de *Civil Law*, ainda como uma marca do tradicional modelo do julgamento pelo júri, mesmo nas causas civis. É verdade que até 1876 apenas muito raramente era possível que as questões de fato fossem decididas pelo juiz, a questão, quase sempre, deveria ser decidida por júri popular. A partir daí, o júri passou a ser progressivamente restringido e a ter o seu uso

³⁷¹ COMOGLIO, Luigi Paolo. **Le prove civili**. Terza edizione. UTET: Torino, 2010, p. 131-133.

³⁷² PISANI, Andrea Proto. Público e Privado no Processo Civil na Itália. In: **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2001, v. 4, n. 16, p. 33.

³⁷³ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1959, t. II, p. 76

³⁷⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo. Instanze istruttorie e poteri del giudice *ex art.* 184 C.P.C. In: **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, 1999, n. 4, p. 991.

³⁷⁵ “*disponibilidade da prova não significa, definitivamente, poder para a parte dispor do processo: com exceção da confissão, hipótese em que isso é justificado à luz do efeito favorável à contraparte, a autonomia da parte encontra limite e é temperada pela exigência de se atingir um resultado justo e para que assim seja deverá se basear no correto acerto dos fatos, no princípio do contraditório, conduzido por um juiz imparcial e que não seja privado de iniciativa probatória e de avaliação*”. PATTI, Salvatore: La disponibilità delle prove. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milão: Giuffrè Editore, mar. 2011, a. LXV. Sup. n. 1, p. 84.

reduzido e limitado. Atualmente, apenas um número pequeniníssimo de casos civis específicos é submetido anualmente ao júri, sendo possível afirmar que o juiz inglês agora decide sobre fatos e direito efetivamente³⁷⁶. Contudo, a figura do júri ainda representa o modelo de julgamento incrustado na tradição inglesa, do qual decorre a visão de que o papel do juiz em relação aos fatos e as provas seria apenas decidir sobre admissibilidade daquelas apresentadas pelas partes. Não é por acaso que Wigmore, um dos mais influentes pensadores da *Evidence Law*, entendia que o cerne do Direito Probatório seria justamente as regras de exclusão de provas, muitas delas pensadas em “proteger” o júri do acesso a determinados elementos ao decidir sobre os fatos^{377 378}. Ou seja, ainda permanece a percepção de que as regras probatórias servem como filtro de admissibilidade das provas para o *trial*, devendo a coleta de provas ser feita pelas partes. Mas, agora, percebe-se, tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos, a noção de gerenciamento processual, devendo o juiz gerenciar o caso.

Aliás, a figura do júri é impactante na própria afirmação do *Evidence Law* como ramo autônomo e distinto do *Procedure Law*, existente naqueles países e desconhecida na tradição continental. Cabe às partes, em cooperação, organizar os elementos de prova que serão apresentados no julgamento. Efetivamente, o juiz (e, quando pertinente, o júri) não tem contato com a prova antes de ouvir o caso para julgamento, são as partes que apresentam, trocam e organizam os elementos de provas, cada uma pretendendo demonstrar a veracidade do seu caso. Ou seja, para além da simples discussão sobre publicismo ou privatismo no processo civil, observa-se um aspecto procedimental fundamental, a determinar o modo de ser de cada um dos modelos processuais.

Assim, por exemplo, afirmação de alguns autores italianos de que seu sistema probatório é dispositivo e, por isso, adversarial³⁷⁹ soaria curiosa para um estudioso da *Common Law*, para quem o sistema adversarial é fruto da marca ainda perene do *jury trial*³⁸⁰. Na Itália a organização do processo é feita diretamente pelo juiz que julgará a causa, conduzindo, inclusive, a audiência

³⁷⁶ JOLOWICZ, J. A.. *On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, 377-378.

³⁷⁷ WIGMORE, John Henry. *A treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*. 2. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1923, v. IV.

³⁷⁸ MCNAMARA, Philip. The canons of evidence – rules of exclusion or rules of use? In: *The Adelaide Law Review*. Adelaide: Adelaide University Press, 1986, n. 3, p. 341-443.

³⁷⁹ Deve-se registrar, contudo, que a sinonímia é inexacta disposição das partes na produção das provas pode ser uma das facetas do arquétipo do modelo adversarial, mas os termos não são sinônimos ou se equivalem com precisão. De igual maneira, produção inquisitiva das provas não é sinônimo daquilo que é descrito como modelo inquisitorial, decorrente da tradição romano-canônica. Sobre o tema vide: DAMASKA, Mirjan. *The faces of Justice and State authority: a comparative approach to legal process*. New Haven: Yale University Press, 1991.

³⁸⁰ JOLOWICZ, J. A.. *On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, 377-378.

de tratamento³⁸¹. Na Inglaterra o mesmo não ocorre de igual modo, embora as reformas sofridas pelo seu sistema permitam que o juiz tenha acesso às informações do caso mesmo durante o pretrial e que possa decidir sobre as provas que devam, efetivamente, ser apresentadas³⁸².

O Direito brasileiro, ao seu turno apresenta uma miscelânea, contemplando poderes instrutórios do juiz, possibilidade de modificação convencional do ônus da prova, tomada de prova diretamente pelo juiz, acordo das partes para maneira de produção de provas, dinamização judicial do ônus da prova, de maneira que é difícil mesmo saber quais são as regras que serão seguidas em um caso concreto, até que se o conheça efetivamente. Isso denota que no Brasil, nomeadamente sob a égide do CPC/2015, o sistema jurídico-processual convive com normas que outorgam consideráveis poderes para as partes para dispor sobre os ônus, poderes, deveres e faculdades processuais, como ocorre com a cláusula geral de negociação processual inserta no art. 190, CPC/2015, e normas que atribuem um forte poder dirigente ao juiz, inclusive para adaptação procedimental e instrução probatória

Atualmente anda em voga na doutrina brasileira afirmar que o Brasil estaria se aproximando do *Common Law*. Tal afirmação, contudo, deve ser cercada de grandes cautelas. É bem verdade que esta afirmação está normalmente relacionada ao sistema de precedentes vinculantes adotado pelo CPC/2015, mas, mesmo nesse contexto, tal afirmação é míope, o que se entende por precedente, o modelo de súmulas e toda a maneira como se forma a decisão de casos como paradigma decisório para outros no Brasil é muito distinto daquilo que ocorre nos países de *Common Law*. Parece haver um certo exagero na afirmação disseminada. Há inspiração em algumas ideias, reforçada pela insistência da doutrina, não há na *praxis* ou no *ethos*. Na verdade, o Direito brasileiro tem bebido em várias fontes na construção de sua experiência recente, isso se verifica não apenas no direito processual, mas em muitas outras áreas, há uma forte abertura para o recebimento de fertilização cruzada³⁸³. Não é possível, portanto, nem mesmo na experiência das ações probatórias autônomas uma identificação direta com o modelo de *Common Law*. O modo de ser, a cultura e prática processuais são muito diferentes, não sendo possível uma correlação precisa.

A tradicional dicotomia entre os modelos continental e de *Common Law* é insuficiente para explicar adequadamente a questão, não há uma uniformidade e são muitas as diferenças no sistema probatório de cada ordenamento jurídico. Tampouco, os arquétipos gerais de se

³⁸¹ CONSOLO, Claudio. **Spiegazioni di diritto processuale civile**. Torino: Giappichelli Editore, 2011, v. III, p. 40-41.

³⁸² JOLOWICZ, J. A.. **On civil procedure**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 385.

³⁸³ SLAUGHTER, Anne Marie. A global Community of Courts. In: **Harvard International Law Journal**. Cambridge: Harvard, 2003, v. 44, p. 196-198.

afirmar que os poderes instrutórios do juiz no Direito brasileiro e sua ausência como o mesmo vigor no *itálico* permitem que a palavra dispositivo possa ser adequadamente ali empregada, há disponibilidade sobre a produção probatória. A doutrina italiana entende que seu modelo é dispositivo, mas, na verdade, seu direito positivo está muito distante do modelo mais liberal inglês, ainda que considerado após as reformas de Woolf e Jackson.

A leitura das grandes famílias jurídicas, assim, precisa ser feita com cautela e grandes pontuações para as peculiaridades de cada uma. Há uma tendência de convergência, abertura e diálogo entre tradições. Damaska, por exemplo, é claro sobre o ponto *Evidence Law Adrift*, mas, ao menos no viés anglo-americano, a reconstrução de seus paradigmas volta-se mais para as suas próprias tradições e contexto do que para a experiência de outros países³⁸⁴. O mesmo não parece ser o caso brasileiro, quiçá por resquícios de pensamento colonial, mais aberto a apreciar e incorporar experiências de outros países, particularmente dos ditos centrais, ainda que criando, a partir daí, um formato próprio.

³⁸⁴ DAMASKA, Mirjan. *Evidence Law Adrift*. New Haven: Yale University Press, 1997, p. 150-151.

4. O *DISCOVERY* NOS ESTADOS UNIDOS E NA INGLATERRA

4.1. Introdução

O presente capítulo visa a apresentar as linhas gerais do sistema probatório nos Estados Unidos e na Inglaterra e País de Gales, de maneira a indicar as razões para que o *discovery* seja substancialmente mais amplo do que a fase de instrução do processo no Brasil e os limites para o desenvolvimento da atividade de coleta de provas. O Direito americano convive com um sistema flexível em relação à fixação do objeto litigioso do processo até o início do *trial* e possui previsão para uma ação probatória autônoma em apoio a um processo internacional ou estrangeiro. O Direito inglês, ao seu turno, tem, inclusive, um procedimento autônomo para a produção antecipada de provas. O objetivo, então, é apresentar as premissas funcionais daqueles sistemas processuais.

Naturalmente, não é objeto do capítulo a exposição em detalhes do processo civil daqueles dois ordenamentos jurídicos e nem mesmo, de modo abrangente, todos os mecanismos relacionados à *discovery* ou *disclosure*. A exposição é feita para demonstrar o sentido singular que a produção de provas veio a adotar no processo civil daqueles países, verificando-se uma redução significativa do papel de preparação do julgamento, em detrimento de uma valorização dos seus potenciais de indutor de negociação e de avaliação da causa. O *discovery* é considerado, a um só tempo, uma das grandes ferramentas do modelo anglo-americano de processo civil, sendo parte importante do modelo de justiça civil adotado, e um dos grandes culpados pelos altos custos e pela ineficiência do processo.

Além disso, pretende-se indicar uma tendência de condução flexível da produção de provas, a partir do conceito de *proporcionalidade probatória*, permitindo a coleta de provas ainda que não diretamente relevantes para o julgamento do caso ou admissíveis no *trial*.

Linhas sobre a formação do Direito Probatório anglo-americano

Ao iniciar este item deve-se registrar que por Direito Probatório neste capítulo se está a designar as regras sobre produção, admissão e avaliação das provas, em sentido amplo. Assim, a apresentação do conteúdo se dá sob o viés do processo civil. A observação é importante, pois o que se chama na Inglaterra e nos Estados Unidos de Direito Probatório (*Evidence Law*) são primordialmente as regras de admissão de provas para apresentação no *trial*. Trata-se, naquele

sistema, de disciplina autônoma e que não compreende o estudo das regras sobre a coleta de provas pelas partes (ainda que sob supervisão judicial), própria da atividade do *discovery*. É possível acompanhar a evolução das linhas centrais do processo anglo-americano, no que diz respeito à fase cognitiva, a partir da sedimentação do papel do júri e a superação, paulatina, dos meios antigos.

No século XII as ordálias e os juramentos (*oaths*) ainda estavam em ampla utilização na Inglaterra, mas, segundo Pollock, já havia sinais de que começavam a perder espaço³⁸⁵. A chegada dos normandos representa, por outro lado, a disseminação do costume de verificar os fatos pela convocação de um certo número de pessoas com a possibilidade de terem conhecimento dos fatos, notadamente por serem vizinhos dos querelantes, para que apresentassem sua versão do acontecimento, sob juramento³⁸⁶.

Thayer indica que as antigas formas de julgamento eram: (i) o juramento das testemunhas; (ii) o juramento da parte com ou sem o juramento de testemunhas. (iii) as ordálias; (iv) o combate. Todos estes meios de julgamento, ou mais precisamente, de prova, estavam presente ao tempo do surgimento do júri, mas apenas este prosperou.

Se bem que os antigos meios de prova, entendidos também como meios de julgamento (julgamento e prova se aproximam e amalgamam), perduraram. Ainda em 1818, no caso Thornton, é concedida pelo King's Bench Division a possibilidade de julgamento por duelo. Abraham Thornton, acusado de ter raptado e assassinado Mary Ashford, exige o direito de resolver seu caso por meio de um duelo com o autor (irmão da vítima). Como o autor se recusou, Thornton foi absolvido³⁸⁷. Embora amplamente em desuso ao tempo do caso Thornton, a regra permanecia válida como direito costumeiro e apenas em 1846 é que os antigos meios medievais foram afastados pela legislação Inglesa.

Por outro lado, a partir da influência carolíngia, que atingirá os normandos, inicia-se ainda no medievo o uso de um tipo de procedimento novo, chamado de *inquisitio*³⁸⁸, consistente na convocação, pelo magistrado, de um grupo de pessoas da comunidade onde ocorreu o evento, presumivelmente com conhecimento dos fatos, para prestarem juramento de responder a

³⁸⁵ POLLOCK, Frederick; MAITLAND, Frederic William. **The history of English Law before the time of Edward I.** 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1898, v. II, p. 628.

³⁸⁶ THAYER, James Bradley. **A preliminary treatise on evidence at the common law.** Boston: Little, Brown and Company, 1898, p. 7-8.

³⁸⁷ Caso relatado em: RADBRUCH, Gustav. **O espírito do Direito Inglês e a jurisprudência Anglo-Americana.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 36.

³⁸⁸ Não se deve, contudo, confundir com as atividades da inquisição, que surgirá séculos depois e com um sentido de conduzir o processo bastante diferente ou, tampouco, com o sentido atualmente atribuído à expressão “modelo inquisitorial de processo”, que se refere à uma postura mais ativa do magistrado na condução do caso. Rigorosamente, são noções, cada uma delas, completamente distintas entre si.

verdade à questão apresentada por ele. Esta *inquisito* era utilizada tanto em processos de caráter judicial quanto em questões administrativas, até por haver ainda uma confusão entre a administração das prerrogativas reais e a atividade judicante, como sói nas sociedades antigas³⁸⁹.

Havia, assim, uma prioridade da *inquisitio* em relação às testemunhas apresentadas pelas partes, como método de determinação da verdade, que remonta à experiência Franca, introduzida pela conquista normanda. Não apenas a determinação de fatos era feita desta maneira, mas, também, a decisão de questões de cunho eminentemente jurídico, como a identificação do costume, do *status* das pessoas, da propriedade ou mera posse da terra³⁹⁰.

A coroa, o poder real, teve uma influência decisiva para a difusão da *inquisitio* e para que ela viesse a suplantar os antigos modelos, estimulando o abandono dos tradicionais processos formais, marcados pela sacralidade, pela decisão de um grupo *jurado* (no sentido de terem prestado juramento) de pessoas. O instituto normando florescerá na Inglaterra, enquanto decairá na própria Normandia, particularmente com a perda territorial para os reis da França. Lentamente a atuação desses jurados mudará, deixando de ser um meio de prova, até atingir a posição de efetivos julgadores imparciais³⁹¹. Aliás, a própria expressão “veredito”, relacionada ao julgamento dos jurados quanto aos fatos, vem do latim *veredictum*, ou a obrigação de dizer a verdade, decorrente do juramento feito.

Possivelmente, foi a partir do antigo hábito germânico do julgamento popular coletivo que o mecanismo de escolha de pessoas, sob juramento, para decidir casos decorreu, tendo sido incentivado na Inglaterra por influência do rei, após a conquista. Os mesmos procedimentos que eram adotados na Normandia foram adotados na Inglaterra. Com Henrique II, em meados do século XII, foi estabelecido o direito de ter a *inquisito* como meio de prova, a ser assegurado por intermédio de um *writ* do rei, lentamente este direito foi se estendendo para a generalidade de casos. Neste contexto, estava também um esforço de erosão do poder do senhorial local. Antes disso sua utilização era feita como uma liberalidade ou favor real. A designação passa a ser de *recognitio*, embora a expressão designe a outra face da moeda: da inquisição chega-se ao reconhecimento ou resposta. Por isso, da *inquisitio*, como meio de prova e feita por pessoas com presumido conhecimento do fato, se passa à *recognitio*, com a formação de uma decisão

³⁸⁹ MAINE, Henry Sumner. **On early law and customs**. Londres: John Murray, 1890, p. 160.

³⁹⁰ THAYER, James Bradley. **A preliminary treatise on evidence at the common law**. Boston: Little, Brown and Company, 1898, p. 48-49.

³⁹¹ BESSO, Chiara. **La prova prima del processo**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 66.

por pessoas que, até o momento em que foram chamadas a decidir, eram ignorantes sobre os fatos.

Inicialmente o número de pessoas a participarem da *recognitio* não era fixo e, provavelmente, variava grandemente a depender do caso. Apenas no século XIV o número de doze jurados parece se afirmar para os *assizes*. Também não havia a necessidade de unanimidade para se chegar ao veredito, apenas posteriormente é que ela se estabeleceu³⁹².

A disseminação do uso da *recognitio* é marcante e representa uma ruptura importante com o Direito anterior, e não se deu sem resistência. Ao invés de as próprias partes *provarem*, com a intervenção divina direta, o seu caso, por meio do juramento, do duelo, da purgação, da ordália, agora a *prova* e o reconhecimento estariam nas mãos de outras pessoas. Não foi um processo linear, mas o concílio de Latrão de 1215 parece ter sido decisivo para o início do desuso dos meios antigos e a valorização da *recognitio*.

Essa lenta evolução, em fluxos e contrafluxos, foi, também, a passagem de métodos irracionais, ou baseados na intervenção divina, de revelação dos fatos no processo, para a afirmação de um processo de conhecimento e convencimento, com a apresentação de dados e meios de prova. A premissa de ter um julgamento “justo” e que corresponda à “verdade” dos fatos permanece, o que se altera é a maneira como esta investigação é conduzida. A premissa divina, de “revelação”, é substituída pela racional, de “investigação” e “convencimento”³⁹³. Esta evolução levará ao instituto do júri, que será determinante para a conformação do processo da *common Law*, enquanto mecanismo típico de avaliação neutra das provas. De certa maneira, a crença em Deus como fonte reveladora da verdade a intervir no desfecho do julgamento, é substituída pela crença na razão, de que o conhecimento e análise empírica do homem seria capaz de uma exata construção retrospectiva dos eventos. Esta mesma percepção se afirmará com o renascimento e, principalmente, com o iluminismo em todo o continente europeu.

Eventualmente os jurados deixaram de ser escolhidos pelos conhecimentos prévios que tinham do caso e das partes envolvidas e passaram a ter que decidir com base nas provas que fossem apresentadas no *trial*. A mudança foi fundamental não apenas para o papel do júri, mas

³⁹² THAYER, James Bradley. **A preliminary treatise on evidence at the common law**. Boston: Little, Brown and Company, 1898, p. 85-86.

³⁹³ “O Racionalismo Iluminista derrubou a fé cristã do lugar de instância superior da verdade. Todavia, como asseverou Nietzsche, derrubar a fé do lugar de instância última da verdade e ali colocar a reta razão é, afinal de contas, conservar o principal, isto é, o lugar. Destronava-se Deus, entronizando a Razão (ou a Ciência), mas mantinha-se o trono. Esse modelo racional serviu, desta forma, de embrião dos sistemas de pensamento fechados e dogmáticos, que foram sendo sistematizados com base nas premissas iluministas. Houve, destarte, uma autêntica dogmatização da razão, vez que esta, alçada ao lugar de fundamento supremo da verdade, não poderia ser mais questionada.” CAMBI, Eduardo. Verdade processual objetivável e limites da razão iluminista. In: **Revista de Processo**. São Paulo: 1999, v. 96, p. 237.

para o estabelecimento das bases para advocacia contenciosa, voltada para a persuasão de um julgador ignorante sobre os fatos³⁹⁴.

O processo oral de apresentação das provas é marcante em um cenário de julgamento no qual o decisor sobre os fatos não é um técnico (e historicamente sequer era letrado). Daí a importância dos juramentos, do testemunho oral, do *cross-examination*, garantia constitucional ainda hoje nos Estados Unidos, firmada pela 6ª Emenda da Constituição americana. Muitas das instituições e da própria arquitetura e moldagem daquele modelo de processo civil decorrem da conformação do *trial* e da participação popular na justiça.

O instituto do júri, inclusive para casos cíveis, foi, então, moldado lentamente ao longo de séculos na Inglaterra e foi transportado com a colonização para os Estados Unidos. No contexto do iluminismo e da formação do pensamento moderno ele passou, particularmente na América, a ser identificado como um instrumento popular de contenção do arbítrio do Estado, como uma forma de limitar a atuação do governo e de garantir o julgamento por um grupo de cidadãos, verdadeira técnica de democracia judicial.

A figura do júri teve um papel importante para delinear a conformação do processo civil anglo-americano, com destaque para o momento do julgamento, com apresentação oral das provas, com o interrogatório cruzado, e, para o observador externo, com alguma teatralidade na apresentação do caso. Foi o júri, então, um dos fatores que ajudou a determinar a figura do juiz menos interventor, não era responsabilidade do juiz julgar os fatos e, tampouco, cuidar da coleta das provas. Após as alegações iniciais das partes (*pleadings*), se não houvesse controvérsia sobre o fato, mas apenas uma questão jurídica, o caso seria imediatamente julgado pelo juiz. Entretanto, havendo necessidade de comprovação dos fatos o caso seria submetido ao júri. O instituto foi tão importante que até 1854 na Inglaterra não existia sequer a possibilidade de julgamento de um caso (em relação aos seus fatos) sem o júri perante uma corte de *Common Law*³⁹⁵.

A influência para as regras do *Evidence Law* também é clara, pois a avaliação sobre as provas que poderão ser apresentadas para apreciação dos jurados pode ser feita de maneira prévia pelo juiz, com a aplicação das regras de exclusão. Adicionalmente, não há o problema de “contaminação” do convencimento do juiz pelos elementos de prova inadmissíveis, pois o

³⁹⁴ SPENCE, George. **The Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery**. Londres: Stevens and Norton, 1846, v. 1, p. 130-131

³⁹⁵ LANGBEIN, J. H.. The demise of trial in American Civil Procedure: how it happened, is it convergence with European Civil Procedure? In: RHEE, C. H. Van; UZELAC, A.. **Truth and efficiency in Civil Litigation: fundamental aspects of fact-finding and evidence taking in a comparative context**. Cambridge: Intersentia, p. 122.

jugador de fato ignora e não tem conhecimento das provas até que elas lhe sejam apresentadas durante o *trial*. O mesmo não se passa no processo civil da tradição continental e no Brasil, pois mesmo que o juiz repute inadmissível uma determinada prova a verdade é que ele terá tido contato com ela e, em alguma medida, isso enviesará a sua decisão. O Direito Probatório (*Evidence Law*), então, cuida justamente das regras sobre quais meios de prova podem ser apresentadas para julgamento. Ao contrário da tradição continental, na qual produzir a prova ou, mais que isso, constituir a prova é uma atividade feita perante o juiz, conduzida por ele, na tradição anglo-americana há a apresentação da prova durante o *trial*, por isso julgar e conhecer da prova se aproximam e mesmo se equivalem. Além disso, tradicionalmente no *common law* cada parte tinha que cuidar de obter e coletar as suas próprias provas e só teria conhecimento daquelas em poder da autora parte durante o próprio julgamento (*trial*). A criação do *discovery* é, relativamente, recente.

Por tudo isso é que Mirjan Damaska³⁹⁶ aduz que o modelo processual anglo-americano é concentrado, marcado pelo “*day-in-court*” e pelo momento do julgamento, e o modelo continental é episódico, com o juiz tendo contato constante com as provas acostadas aos autos e as alegações das partes com a sucessão de diversos atos até o momento do julgamento. Como a análise do caso apenas ocorrerá durante o *trial*, quando da introdução do *discovery*, as partes têm ampla liberdade de investigação, particularmente pela regra tradicional de que o *discovery* teria por objeto fatos relevantes “ao caso posto no processo³⁹⁷”, pela possibilidade e tolerância com a emenda dos *pleadings* com a postergação da fixação do objeto litigioso do processo de maneira definitiva. Como na tradição do *Civil Law* o juiz conduzirá a instrução processual e as atividades de conhecer do caso e produzir as provas (constituendas) se confundem, há a necessidade de um regime rígido de preclusão e de estabilização do objeto litigioso do processo, após a manifestação inicial das partes. A fase de instrução processual, coleta e apreciação das provas, é espaçada e conduzida pelo juiz que decidirá sobre os fatos em uma sequência de atos sucessivamente conexos. A criação de um mecanismo de investigação anterior ao *trial* (o *discovery*) revolucionou o funcionamento dos processos nos Estados Unidos e na Inglaterra, pois permite que as partes conheçam novos elementos sobre o caso e possam avaliar os meios de prova disponíveis *antes* do início do *trial*.

A distinção entre o juiz ativo do *Civil Law* e o passivo do *Common Law* não guarda apenas uma relação com aspectos intrinsecamente ideológicos da doutrina, como, as vezes, a discussão acadêmica pretende indicar. Sem sobra de dúvida a questão acaba por resvalar sobre

³⁹⁶ DAMASKA, Mirjan. **Evidence Law Adrift**. New Haven: Yale University Press, 1997, p. 58-61.

³⁹⁷ TEPLY, Larry L.; WHITTEN, Ralph U.. **Civil Procedure**. 4. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2009, p. 825.

o grau de intervenção do Estado no contencioso e, por via de consequência, na vida privada de seus cidadãos, entretanto, há um aspecto procedimental, técnico, que justifica esta distinção. A estrutura do processo civil em concentrado ou espaçado e a bifurcação ou unicidade entre julgador sobre os fatos e sobre o direito estão na raiz da questão³⁹⁸. Isso significa dizer que a maneira como se afirmou o papel do júri no processo civil inglês, posteriormente transportado para outros cantos do mundo, é fundamental para estabelecer um modelo de processo adversarial e de juiz “passivo”³⁹⁹, afinal de contas o procedimento se organizava para que as partes apresentassem seu caso e provas oralmente para a decisão do júri, sem uma interferência do juiz na fase de preparação para a audiência de julgamento.

4.3. Processo civil na Inglaterra e nos Estados Unidos, uma aproximação do tema: *Equity* e *Common Law*

A evolução indicada no item anterior, com a formação do júri e a prevalência dos meios racionais de provas, está diretamente relacionada à evolução da *Common Law*. Entretanto, o atual processo civil anglo-americano decorre da fusão e junção de elementos do processo da *Common Law* com o processo da *Equity*. É preciso, pois, compreendê-la.

Durante muitos séculos houve a convivência de uma dualidade de jurisdições na Inglaterra, que veio a ser recepcionada nos Estados Unidos. Ao lado dos tribunais de *Common Law* atuavam os tribunais de *Equity*, decorrentes diretamente do poder real, com atuação em todo o território. Havia uma concorrência de jurisdições e de regras de direito material em um mesmo território⁴⁰⁰. Esta quebra da unidade jurisdicional territorial guarda raízes medievais, com o paralelismo dos tribunais senhoriais e reais e do direito local e costumeiro em oposição ao direito real, nomeadamente pelas petições para intervenção do rei em certas situações, utilizando de sua equidade (*equity*) e consciência. A Europa, de maneira geral, conheceu em algum grau esta divisão, mas a secular afirmação do poder central, particularmente com a importância do *jus commune*, a afirmação da soberania do rei e, posteriormente, com o ímpeto codificador decorrente da revolução francesa levaram a contornos substancialmente diferentes.

³⁹⁸ Sobre os impactos ainda existentes do antigo modelo do júri para o processo civil adversarial inglês: “*the adversarial character of the English adjudication is to a large extent the product of the jury system. Since juries had neither the expertise to direct the process nor the power to do so, their role was limited to adjudication according to the evidence presented before them. In this model the arbiter of fact can no more take a hand in the contest than an umpire in a football match. While trial by jury has virtually disappeared from civil cases long ago, its legacy has outlived it.*” ZUCKERMAN, Adrian. **Zuckerman on Civil Procedure**. 2. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2006, p. 402.

³⁹⁹ JACOBS, Jack. **The fabric of English Civil Justice**. Londres: Stevens & Sons, 1987, p. 6-7.

⁴⁰⁰ JOLOWICZ, J. A.. **On Civil Procedure**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 26.

Foi na Inglaterra que o turbulento século XVII e a Revolução Gloriosa acendram a coexistência jurisdicional paralela, o que só veio a ser resolvido no século XIX, chegando à colônia americana⁴⁰¹.

A *Common Law*, decorrente do costume, acabou se apresentando na prática judiciária medieval como um processo formalístico, marcado pela existência de ações pré-estabelecidas, incapaz de efetivamente resolver algumas situações, particularmente aqueles que envolvessem a execução específica de obrigações⁴⁰². Além disso, o processo da *Common Law* não tinha remédios para compelir a apresentação de documentos por terceiros ou o testemunho⁴⁰³. Para lidar com as limitações do processo de *Common Law*, o interessado poderia peticionar diretamente ao rei e seu conselho, invocando a prerrogativa real de administrar a justiça. A decisão dessas petições veio a ser delegada pelo rei ao Chanceler, que passou a ser o responsável pela decisão de casos na jurisdição de *Equity*. Este pedido não era feito com base no direito (*at law*), mas com base na consciência e equidade real (*in equity*).

Ao contrário das cortes de *Common Law*, que procuravam delimitar especificamente o objeto da decisão, inclusive para permitir que o júri decidisse sobre questões diretas e bem delimitadas de fato, o Chanceler tinha uma atuação mais ampla, inclusive permitindo a reunião de partes e de ações⁴⁰⁴. O processo de *common law* era, portanto, mais formalístico e tinha nos *pleadings* uma ferramenta para restrição do objeto de prova, de maneira a permitir que o júri decidisse sobre questões específicas e adequadamente delineadas. A raiz medieval do *pleading* era, justamente, a formulação de questões precisas de fato e direito para decisão, definindo e delimitando o objeto do processo a ser submetido a julgamento⁴⁰⁵. O processo *in Equity* tinha a feição próxima à do Direito canônico, marcado pela presença do juiz em sua condução⁴⁰⁶, tinha traços, recorrendo-se ao envelhecido arquétipo, inquisitoriais.

O Chanceler, no início normalmente um eclesiástico, conduzia o processo de maneira similar ao sistema romano-canônico do continente, decidindo sobre os fatos sem a participação do júri, e com a adoção de um formato eminentemente escrito. Sua decisão tinha a forma de

⁴⁰¹ KESSLER, Amalia. **Inventing American Exceptionalism**. New Haven: Yale University Press, 2017, p. 19.

⁴⁰² MAIN, Thomas O.. Traditional Equity and contemporary procedure. In: **Washington Law Review**. Seattle: University of Washington, 2003, v. 78, p. 454-455.

⁴⁰³ MATTHEWS, Paul; MALEK, Hodge M.. **Disclosure**. Londres: Sweet & Maxwell, 2012, p. 8.

⁴⁰⁴ HAZARD JR., Geoffrey; LEUBSDORF, John; BASSETT, Debra Lyn. **Civil Procedure**. 6. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2011, p. 16-17.

⁴⁰⁵ HOGUE, Arthur R. **Origins of the Common Law**. Indianapolis: Liberty Fund, 1966, p. 146.

⁴⁰⁶ DAMASKA, Mirjan. The Common Law / Civil Law divide: residual truth of a misleading distinction. In: WALKER, Janet; CHASE, Oscar. (eds.) **Common Law, Civil Law and the future of categories**. Ontario: LexisNexis, 2010, p. 5-6.

uma ordem ou decreto pessoal para que o condenado fizesse ou não fizesse alguma coisa específica, sob pena de prisão por desobediência.

Vários institutos jurídicos de direito material hoje associados à tradição anglo-americana surgiram das decisões e precedentes das cortes de *Equity*, na prática não apenas existiam jurisdições paralelas de *Common Law* e da *Equity*, mas, igualmente, normas jurídicas substanciais. Por isso, ainda recentemente se falava na existência de direitos “legais” e “em *equity*”⁴⁰⁷, persistindo, mesmo com a extinção da dualidade de jurisdições, as marcas tradicionais no pensamento jurídico anglo-americano, na análise de seus institutos e na maneira como são formulados os argumentos.

A convivência das duas jurisdições, *Equity* e *Common Law*, não se deu sem algum atrito e necessidade de acomodação, inclusive pela possibilidade de existência, em tese, de ações paralelas sobre o mesmo contexto fático, em jurisdições diferentes, com o inerente risco de decisões conflitantes. Na verdade, havia alguma sobreposição de competências e, às vezes, a dificuldade em se identificar a jurisdição adequada para julgar um determinado caso⁴⁰⁸.

Os problemas decorrentes da dualidade de sistemas foram sentidos ao longo de séculos e apenas no século XIX a questão começou a ser resolvida, de maneira paralela e independente na Inglaterra, com os *Judicature Acts*, e nos Estados Unidos, a partir do Código Fields de 1848 (em referência a David Dudley Fields) em Nova Iorque⁴⁰⁹. A solução encontrada nos dois países, e introduzida paulatinamente, foi o surgimento de um novo modelo processual, incorporando elementos tanto do processo em *Equity* quanto da *Common Law*. Nos Estados Unidos a fusão do processo civil só se concluiu, no âmbito Federal, com a edição das vigentes *Federal Rules of Civil Procedure*, em 1938, que incorporou diversos elementos de um e de

⁴⁰⁷ HAZARD JR., Geoffrey; LEUBSDORF, John; BASSETT, Debra Lyn. **Civil Procedure**. 6. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2011, p. 18.

⁴⁰⁸ “...the expansion of the English Chancery system's jurisdiction, from royal dispensation of favors and in effect being the “keeper of the King's conscience,” to a separate and independent system of jurisprudence, came about because of the resistance of the English common law judges to changes in their writs and forms of actions. The great struggle between the courts of law and the prerogative court was not resolved until the reign of James I (1603-1625), when the quarrel between Chancellor Ellesmere and Chief Justice Coke over the independence of Chancery was decided in favor of the High Court of Chancery. From that time forward, when there were conflicts between the rigidity of law and the flexibility of equity, equity would prevail.” SMITH, George P.; NIXON, Walter. La Dolce Vita: Law and Equity Merged at Last! In: **Arkansas Law Review**. Fayettevilles: UASL, 1970, v. 24, p. 164.

⁴⁰⁹ O movimento Inglês de unificação dos tribunais de *equity* e *common law* parece ter tido influência nos Estados Unidos: “This fusion of law and equity administration, under which .we need no longer brand a suit as either “at law” or “in equity” took place as we have seen in England in the seventies under the Judicature Acts, which have been copied in the Dominions, and it now obtains in thirty of the forty-eight states of the Union. Any separation of the stream of equity from the main channel of legal administration is today seen to be unjustifiable as an administrative device and explainable only as a historical survival from an era of multitudinous separate courts.” MCCORMICK, Charles T.. The Fusion of Law and Equity in United States Courts. In: **North Carolina Law Review**. Chapel Hill: UNC, 1928, v. 6, n. 3, p. 285.

outro sistema, criando um processo único no âmbito federal⁴¹⁰. Além disso, as *Federal Rules of Civil Procedure* criaram a atual conformação do *discovery* enquanto mecanismo de investigação próprio^{411 412}.

Apenas impropriamente, por metonímia, é que se pode, hoje, afirmar que o modelo processual existente na Inglaterra e nos Estados Unidos é de “*Common Law*”. Na verdade, o modelo de processo civil existente é fruto da fusão e da incorporação de elementos do processo civil “*in Equity*” e “*in Common Law*”, bem como de outros fatores, inclusive a recepção de elementos estrangeiros. Não se pode, por exemplo, olvidar as sucessivas reformas havidas nas FRCP ao longo das décadas, particularmente, nos dispositivos sobre *discovery*. De maneira semelhante, a introdução das CPR em 1999, que já foram objeto de reformas e modificações desde então, tiveram um impacto importante no Direito Processual Civil inglês, inclusive em relação à instrução e coleta de provas.

É imprecisa a identificação imediatamente feita de que o processo anglo-americano seria um processo de “*Common Law*” e adversarial em sua origem. A questão atual, mais precisamente, se relaciona à fusão de dois corpos jurídicos e de funções jurisdicionais paralelas, que nos séculos XIX e XX se fundiram a partir de sucessivas reformas processuais, em um contexto que se relaciona ao próprio surgimento do processo como disciplina autônoma naqueles países, funcionalmente se separando do direito material⁴¹³.

4.4. Um modelo processual de julgamento concentrado. O processo “bifásico”

No pensamento anglo-americano o Direito Probatório (*Evidence Law*) constitui ramo próprio do Direito, tendo autonomia na cátedra universitária e sendo considerado um objeto de estudo próprio. Este objeto é relativamente restrito estando focado nas regras e critérios que

⁴¹⁰ Não se deve olvidar, contudo, que cada Estado Federado tem autonomia para legislar sobre matéria processual, não sendo este um fenômeno uniforme no país inteiro. Sobre a fusão da *law* e da *equity* no Arkansas, vide: SMITH, George P.; NIXON, Walter. *La Dolce Vita: Law and Equity Merged at Last!* In: **Arkansas Law Review**. Fayettevilles: UASL, 1970, v. 24.

⁴¹¹ SUBRIN, Stephen. *Fishing expeditions allowed: the historical back ground of the 1938 Federal Discovery Rules*. In: **Boston College Law Review**. Boston: Boston College, 1998, v. 39.

⁴¹² “*The image of separate systems of law and equity is, however, an increasingly fading memory. In the middle of the nineteenth century, procedural codes merged law and equity into a single unified system in most American state courts. The Judicature Acts of 1873 and 1875 accomplished much the same for law and equity courts in England. Since 1938 the federal district courts of the United States have recognized one merged form of action under the Federal Rules of Civil Procedure.*” MAIN, Thomas O.. *Traditional Equity and contemporary procedure*. In: **Washington Law Review**. Seattle: University of Washington, 2003, v. 78, p. 431.

⁴¹³ KESSLER, Amalia. **Inventing American Exceptionalism**. New Haven: Yale University Press, 2017, p. 12-13.

regulam a admissão e apresentação de evidências durante o *trial* de um caso⁴¹⁴. Naturalmente, esta é uma percepção normativista do fenômeno e uma abordagem mais ampla, particularmente com o surgimento da “nova escola do direito probatório” (*new evidence scholarship*⁴¹⁵), a partir da década de 1970, se preocupa com as questões epistemológicas envolvidas na formação do convencimento dos juízes e jurados^{416 417 418}. O Direito Probatório, portanto, não está incluído, tradicionalmente, na exposição do Direito Processual, mas é um ramo autônomo de estudo, cátedra própria.

Isso, naturalmente, está em contraposição à tradição da *Civil Law*, na qual as regras de Direito Probatório são consideradas, em geral, como parte constante do direito processual, embora muitas regras tenham conteúdo substantivo e constem da legislação material; o Código Civil brasileiro, por exemplo, contém um título específico em sua parte geral sobre a prova dos fatos jurídicos. Além disso, aquilo que se considera como parte do Direito Probatório inclui um escopo relativamente abrangente e as regras processuais sobre provas, sua produção e admissão são componentes de sua estrutura.

A delimitação da *Evidence Law* como um ramo especializado se deu nos séculos XVIII e XIX, com a edição dos grandes tratados jurídicos sobre o tema⁴¹⁹. De maneira paralela, a formação do *discovery*, enquanto mecanismo para a investigação de fatos no processo é ainda mais recente e se relaciona com a superação do modelo formalístico do *pleading*, apenas tomando forma definitiva no século XX⁴²⁰. A fusão entre os processos de *Common Law* e de *Equity* é que permitiu a utilização ampla do instituto, enquanto parte do processo civil inglês e,

⁴¹⁴ “The law of evidence is the system of rules and standards regulating the admission of testimony and exhibition at the trial of a law suit.” BROUN, Kenneth et al. **McCormick on evidence**. 7. ed. Saint Paul: Thomson West, 2014, versão Kindle, Posição 794.

⁴¹⁵ Para uma visão a geral sobre a *new evidence scholarship* e o estudo da aplicabilidade de modelos matemáticos para o tema da prova jurídica, vide: LEMPET, Richard. The new evidence scholarship: analyzing the process of proof. In: **Boston University Law Review**. Boston: Boston University, 1986, v. 66.

⁴¹⁶ PARDO, Michel S.. The field of evidence and the field of knowledge. In: **Law and philosophy**. Berlim: Springer, Jul. 2005, v. 24.

⁴¹⁷ “...evidence scholars extending the field beyond its traditional focus on doctrinal analysis have split into two camps. On one hand, there are the “logical atomists.” Their work emphasizes the science of rational inference and is represented, primarily, by research into probability theory, decision theory, and the uses and misuses of statistics in fact finding. On the other hand, there are the “narrative holists.” Their work emphasizes the cognitive dimension of fact finding and is represented by research into the role that narrative plays in ordering fact finders’ responses to proof. According to the narrative holists, these responses cannot be captured by such constructs as ‘Bayes nets’ and ‘influence diagrams,’ about which most judges, juries, lawyers-and evidence teachers, for that matter-remain ignorant.” KAINEN, James L.. Book review: the rationalist tradition at trial. In: **Fordham Law Review**. Nova Iorque: Fordham University, 1992, v. 60, n. 5, p. 1085.

⁴¹⁸ Sobre o impacto e importância de Estudos interdisciplinares no tema do direito probatório, vide: PARK, Roger. Evidence scholarship, old and new. In: **Minnesota Law Review**. Minneapolis: MUSL, 1991, v. 75.

⁴¹⁹ TWINING, William. Interdisciplinarity and the study of evidence. In: DAWID, PHILIP; TWINING, William; VASILAKI, Mimi. **Evidence, inference and enquiry**. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 74-75.

⁴²⁰ SUBRIN, Stephen. Fishing expeditions allowed: the historical back ground of the 1938 Federal Discovery Rules. In: **Boston College Law Review**. Boston: Boston College, 1998, v. 39, p.695-697.

com algum paralelismo, americano. Assim, do ponto de vista acadêmico, a separação entre a investigação das provas e a possibilidade de sua efetiva introdução e apresentação do processo é notável e as duas questões são objeto de preocupação de normas distintas, estas próprias do Direito Probatório e aquelas relacionadas à *discovery*.

Como se viu, a separação entre as regras propriamente probatórias e aquelas relativas à “descoberta”, *discovery*, dos fatos é uma das marcas do sistema processual anglo-americano. Esta conformação é inusitada para o jurista de formação na *Civil Law*, para quem a distinção entre as regras sobre produção, avaliação e introdução das provas no processo, de maneira geral, não tem utilidade, salvo para a discussão de se as regras são materiais ou processuais (o que tem impactos, por exemplo, de direito intertemporal ou de Direito Internacional Privado). Acontece que na *Civil Law* produção e introdução da prova no processo, com conhecimento do julgador, praticamente se confundem, já que o juiz acompanha toda a marcha processual. Ou seja, produzir a prova tem, praticamente, o mesmo sentido de apresentar ao magistrado. Ora, mesmo quando o magistrado julga uma prova como inadmissível, se ela for uma prova pré-constituída, ele terá tido acesso prévio ao seu conteúdo. Isso se verifica como fruto do modelo espaçado de cognição processual.

A conformação anglo-americana entre as regras probatórias e as de investigação dos fatos resulta de um modelo de processo concentrado, no qual a coleta de informação se dá de maneira estanque, separada do momento de sua efetiva apresentação ao julgador, que, teoricamente, deve ser ignorante sobre os fatos e as provas até o momento do julgamento. Uma possível explicação para o julgamento concentrado e a separação entre a postulação (*pleading*) e o julgamento (*trial*), com a posterior introdução do *discovery* no formato atual, se relaciona com a tradição de que os julgamentos ocorreriam nos condados, no interior do país, inclusive para facilitar a apresentação da prova oral, mas a postulação em Londres, que concentrava a comunidade jurídica⁴²¹. A verdade é que as provas que são coletadas durante o *discovery* servirão como elemento de preparação para o *trial*, mas apenas serão consideradas, efetivamente, como evidência aqueles meios de prova que forem produzidos e apresentados durante o *trial*. O Direito Probatório, então, se relacionaria diretamente à resposta de saber quais são as provas que serão consideradas para fins de julgamento, apresentação no *trial*, ou, mais precisamente, estabelecida admissibilidade inicial de todos os meios epistemologicamente relevantes, quais devem ser excluídas.

⁴²¹ HAZARD JR., Geoffrey; LEUBSDORF, John; BASSETT, Debra Lyn. **Civil Procedure**. 6. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2011, p. 15.

É possível entender o procedimento na Inglaterra e nos Estados Unidos como sendo bifásico⁴²², marcado por uma primeira fase que se inicia com os *pleadings* e que continua com a *discovery* ou *disclosure*, voltada para a preparação do julgamento, coleta de provas, verificação pelas partes dos elementos correspondentes às suas pretensões de direito material, e uma segunda fase na qual haverá a apresentação e análise das provas e o julgamento (*trial*). A fase que antecede o julgamento, *pretrial*⁴²³, permite uma investigação mais ampla dos fatos, com uma menor estabilização e definição do objeto litigioso do processo, se comparado com o modelo brasileiro.

Deve-se registrar, contudo, que a divisão entre *trial* e *pretrial* tem hoje uma importância menor do que no passado, embora ainda seja marcante. No caso do processo inglês, Zuckerman identifica que houve uma transformação significativa na matéria em anos recentes, particularmente pela maior atuação do juiz como gerente do caso (*case management*) e pelo aumento da importância dos atos escritos, com o conhecimento do magistrado dos argumentos e elementos constantes dos autos antes do início do *trial*. A isso se some o anterior declínio do júri na Inglaterra nos casos cíveis⁴²⁴. As reformas processuais inglesas, como se verá (item 4.9.) aumentaram a participação e a influência do juiz na condução do caso e também na própria delimitação do material probatório a ser colhido e apresentado.

Compreender as regras do *discovery* é, portanto, fundamental para se entender como se dá a instrução processual e a coleta, bem como quais os limites para esta atividade em um processo menos marcado pela condução do juiz e pela definição estrita anterior do objeto litigioso. A análise, nos itens a seguir, é feita considerando o modelo norte-americano das *Federal Rules of Civil Procedure*. Embora cada estado federado possa legislar sobre direito processual, as regras federais são o principal modelo adotado e seguido pelas legislações estaduais, além de muitos dos casos importantes serem julgados pelos tribunais federais americanos⁴²⁵. Assim, embora exista, em certos casos, alguma similitude entre estas regras e o modelo federal seja um norte importante, não é possível, com exatidão, fazer generalizações.

⁴²² ARAÚJO, José Aurélio de. A eficácia epistêmica da fase preparatória do processo bifásico. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2015, v. 241. CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2015, v. 245.

⁴²³ “The stage of pre-trial in the conduct of proceedings in courts and tribunals is of crucial, paramount importance, particularly in the context of the English adversary system. It embraces the whole range of procedural steps from the commencement of the proceedings until the stage of the trial itself. It accounts for the largest number of actions and proceedings terminating in one way or another in disposal without a trial, leaving a very small fraction to go to a plenary trial.” JACOBS, Jack. **The fabric of English Civil Justice**. Londres: Stevens & Sons, 1987, p. 68.

⁴²⁴ ZUCKERMAN, Adrian. **Zuckerman on Civil Procedure**. 2. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2006, p. 744-745.

⁴²⁵ CLERMONT, Kevin. **Principles of Civil Procedure**. 5. ed. Saint Paul: West Publishing, 2018, p. 61.

As considerações a seguir sobre o *discovery* tomam por base a legislação federal norte-americana, sem examinar as regras estaduais ou as peculiaridades em sua aplicação, em atenção aos limites deste trabalho. Posteriormente (item 4.9 e seguintes) serão analisados os contornos gerais da *disclosure* na Inglaterra e no País de Gales. Uma advertência, contudo, deve ser feita desde logo: embora existam similitudes nos processos da Inglaterra e dos Estados Unidos, muitas são as diferenças entre os sistemas, particularmente considerando a prática judicial e a aplicação das regras. O *discovery* nos Estados Unidos tende a ser mais amplo do que o que se verifica no *disclosure* inglês⁴²⁶. Mas, a explicação em linhas gerais cumpre o propósito pretendido neste trabalho.

4.5. Organização do procedimento e as provas nos Estados Unidos: o *pleading*

É pelo *pleading* que as partes apresentam e introduzem a causa em juízo. Os *pleadings* no *common law* medieval eram extremamente formais e complexos⁴²⁷. Era necessário seguir uma determinada fórmula artificial e pré-estabelecida de maneira geral, sem atenção aos detalhes do caso. As alegações iniciais e a defesa do réu, portanto, deveriam seguir um modelo formulário. Apenas no século XIX houve a modernização do sistema de introdução da demanda em juízo, na Inglaterra, com os *Judicature Acts*, e nos Estados Unidos, com o *Code of Civil Procedure in New York* de 1848 (as vezes chamados de Código Fields, em alusão a David Dudley Fields, que coordenou a reforma processual)⁴²⁸. O Código Fields introduziu, em âmbito estadual, o chamado modelo do *code pleading*, pelo qual a parte não teria que recorrer a fórmulas artificiais para apresentar seu caso, mas deveria, em linguagem ordinária, descrever os fatos constitutivos da ação, de maneira a serem compreensíveis a uma pessoa comum⁴²⁹, apresentando a sua causa (*cause of action*). Em 1938, com as FRCP, o sistema de *pleading* se

⁴²⁶ SUBRIN, Stephan. Discovery in Global Perspective: Are We Nuts? In: **DePaul Law Review**. Chicago: DePaul University, 2002, v. 52, p. 303-304.

⁴²⁷ HOGUE, Arthur R. **Origins of the Common Law**. Indianapolis: Liberty Fund, 1966, p. 163.

⁴²⁸ “Until New York adopted the Field Code 32 in 1848, a general theory of pleading was unnecessary and nonexistent since in common law procedure each form of action had its own discrete pleading formula. In common law pleading, plaintiff’s most difficult preliminary task was not drafting the initial pleading but choosing the correct writ from among the variety available. Once he had selected a writ, the language of his declaration followed largely as a matter of course.” ROBERTS, David M. Fact pleading, notice pleading and standing. In: **Cornell Law Review**. Ithaca: Cornell University, 1980, v. 65, n. 3, p. 395.

⁴²⁹ MARCUS, Richard L. et al. **Civil Procedure: a modern approach**. Saint Paul: West Publishing, 2014, p. 128-129.

simplificou ainda mais, sendo necessário apenas a descrição do pedido e a demonstração de que o autor deve ser atendido^{430 431}.

O processo, na Justiça Federal dos Estados Unidos, se inicia com o *complaint*, contendo uma breve narrativa dos argumentos do autor e a alegação dos fatos que, se forem provados, levarão ao julgamento favorável do caso. A resposta do réu, *answer*, deve trazer a sua versão dos fatos, controvertendo as alegações da outra parte, e argumentos jurídicos subsequentes. Os fatos incontroversos dispensarão a produção de provas. Esta primeira etapa, chamada de *pleading*, dedica-se à apresentação dos elementos gerais do caso, permitindo o desenvolvimento subsequente do processo.

Não nos parece correta a posição disseminada por parte da doutrina brasileira de que o *discovery* e as outras ferramentas do *pretrial* seria um processo “pré-contencioso”^{432 433}. O *discovery* é parte do processo contencioso, sendo momento posterior aos *pleadings*, que são as alegações de fato e de direito das partes sobre o caso, e anterior ao *trial*, que é o momento de apresentação das provas e julgamento do caso. O fato de os *pleadings* serem menos rígidos do ponto de vista do detalhamento fático a ser apresentado no início do processo do que a petição inicial e a contestação no Brasil, ocasionando uma maior abertura do *discovery*, não o torna um instituto “pré-contencioso” ou, muito menos, “pré-processual”. Além disso, o fato de ser possível encerrar o processo sem o *trial*, quando o juiz proferir um *summary judgment*, mais se

⁴³⁰ Veja-se o texto das FRCP: *Rule 8. General Rules of Pleading. (a) CLAIM FOR RELIEF. A pleading that states a claim for relief must contain: (1) a short and plain statement of the grounds for the court's jurisdiction, unless the court already has jurisdiction and the claim needs no new jurisdictional support; (2) a short and plain statement of the claim showing that the pleader is entitled to relief; and (3) a demand for the relief sought, which may include relief in the alternative or different types of relief.*

⁴³¹ Deve-se observar que as legislações processuais de vários estados, a exemplo da Califórnia, adotam o modelo do *code pleading* em oposição ao estabelecido nas FRCP.

⁴³² Parte da doutrina brasileira desconhece o que representa o *discovery* no sistema processual anglo-americano e seu funcionamento estrutural, querendo enxergar não um processo bifásico, mas um processo que só se iniciaria com o *trial*, como se a causa não fosse introduzida pelos *pleadings* e não houvessem julgamentos sumários (antes do *trial*). Por isso, há uma pressa em identificar diretamente o *discovery* e a ação autônoma de produção de provas. É equivocada, por exemplo, a afirmação de Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., tratando da ação de produção antecipada de provas do CPC/2015, de que o Código vigente valorizaria “a *discovery* (pesquisa probatória anterior ao ajuizamento da demanda), resultando em uma espécie de fase pré-processual (pre-trial), permitindo o conhecimento dos fatos relevantes antes do ajuizamento da demanda⁴³².” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça Multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: SOSA, Ángel Landoni; CAMPOS, Santiago Pereira. (Coords.) **Estúdios de Derecho Procesal – En Homenaje a Eduardo J. Couture. Constitución y Proceso. Principios y Garantías**. Montevideu: La Ley Uruguay, p. 431.) O *discovery*, pelo menos no sentido que é emprestado à palavra nos Estados Unidos e na Inglaterra, não é uma fase “pré-processual”, mas é fase endoprocessual. Não há, rigorosamente, *discovery* no Brasil, mas uma ação autônoma para investigação dos fatos.

⁴³³ Incidindo no mesmo equívoco: MELLO, Rogério Licastro Torres de. O projeto de Novo CPC e a ação probatória não cautelar. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2014, v. 233. LIMA, Caio César Carvalho. A produção antecipada de provas sem o requisito de urgência e o instituto da *disclosure*. In: **Revista Direito Mackenzie**. São Paulo: Mackenzie, 2012, v. 6, n. 1. CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2015, v. 245.

aproxima da figura brasileira do julgamento antecipado do processo (que também dispensa a fase instrutória, com a análise e produção de novas provas) ou da desistência, quando a parte decidir não levar o caso à *trial*.

As FRCP adotaram uma posição bem liberal sobre os requisitos para o *pleading*, na sua *Rule 8*. É suficiente uma indicação simples e direta do pedido e de seus fundamentos⁴³⁴. Pelo modelo do *notice pleading* as partes não têm que apresentar detalhadamente todos os fatos da causa. Os fatos podem ser descobertos e identificados durante a fase do *discovery* e apenas ao final do *pretrial* é que se terá um quadro abrangente da questão em controvérsia⁴³⁵. Apenas neste momento, portanto, é que as partes terão que apresentar a sua versão dos fatos da controvérsia, que será considerada para fins de julgamento⁴³⁶. A tradicional posição sobre a função do *pleading*, de apenas indicar, em linhas gerais, os pedidos e as causas de pedir, sem a necessidade de maiores detalhamentos sobre os elementos fáticos do caso ou sobre seus aspectos jurídicos, foi estabelecida pela Suprema Corte nos casos *Hickman v. Taylor* e *Conley v. Gibson*⁴³⁷, que estabeleceram a “doutrina do *notice pleading*”⁴³⁸. Em *Hickman* a Suprema Corte estabeleceu que os *pleadings* teriam, então, apenas a função geral de informar sobre o caso e o pedido pretendido, não sendo necessária maior explanação⁴³⁹. Apesar disso, a doutrina registra que em muitos casos os juízes federais efetivamente exigem a detalhada apresentação dos fatos já no *pleading*, sendo mais rigorosos do que o teor das FRCP parecem requerer, de maneira que a generalização de que o *notice pleading* seria suficiente seria inexata ou, nas palavras de Fairman, um mito⁴⁴⁰.

Deve-se observar que quem propõe uma ação judicial, nos termos da *Rule 11(b)(3)* FRCP, deve certificar que, dentro de seu melhor conhecimento e de boa-fé, após inquirição razoável sobre as circunstâncias do caso, as alegações fáticas possuem suporte em provas ou que provavelmente encontrarão tal suporte com o desenvolvimento das investigações adicionais

⁴³⁴ FRCP: Rule 8. General Rules of Pleading. (a) CLAIM FOR RELIEF. A pleading that states a claim for relief must contain: (1) a short and plain statement of the grounds for the court's jurisdiction, unless the court already has jurisdiction and the claim needs no new jurisdictional support; (2) a short and plain statement of the claim showing that the pleader is entitled to relief; and (3) a demand for the relief sought, which may include relief in the alternative or different types of relief.

⁴³⁵ MARCUS, Richard L. et al. **Civil Procedure: a modern approach**. Saint Paul: West Publishing, 2014, p. 136.

⁴³⁶ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 67.

⁴³⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **355 U.S. 41 (1957)**. Justice Hugo Black. j.18 nov. 1957.

⁴³⁸ FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur. **Civil Procedure**. 5. ed. Saint Paul: West Publishing, 2015, p. 258-259.

⁴³⁹ MARCUS, Richard L. et al. **Civil Procedure: a modern approach**. Saint Paul: West Publishing, 2014, p. 137.

⁴⁴⁰ O artigo, deve-se notar, foi escrito em 2003, antes dos precedentes estabelecidos em *Bell Atlantic Corp. v. Twombly* e *Ashcroft v. Iqbal*. FAIRMAN, Christopher. The myth of notice pleading. In: **Arizona Law Review**. Tucson: University of Arizona, 2003, v. 45, p. 997-998.

no *discovery*. O descumprimento de tal obrigação acarreta sanção diretamente sobre a parte e sobre o advogado, ou escritório de advocacia, sendo estabelecida a responsabilidade solidária entre o advogado e o escritório, salvo circunstâncias excepcionais⁴⁴¹. Como bem se vê, embora seja possível a propositura da ação sem o detalhamento completo dos fatos e o *discovery* seja abrangente, a propositura de ações frívolas é passível de punição⁴⁴².

O *pleading*, então, serviria apenas para a introdução da causa, com a postergação da individualização dos elementos factuais do caso, para as fases posteriores de *discovery*, *pretrial conference*, *summary judgment* e *trial*, com possibilidade de ajustes nas alegações das partes. Como se vê, o modelo tradicional americano é substancialmente diferente do brasileiro, que traz um regime rigoroso para a descrição da causa de pedir e dos pedidos na petição inicial e das exceções na contestação, sob pena de preclusão. A atividade probatória no Brasil, portanto, é posterior e direcionada por um requerimento de apresentação, logo no início do processo, dos elementos fáticos e jurídicos da causa, enquanto nos Estados Unidos a identificação desses elementos se dá no curso do próprio processo, com o desenvolvimento do *pretrial*.

A Suprema Corte, em 2007, julgou o caso *Bell Atlantic Corp. v. Twombly* e alterou seu precedente e entendimento de décadas⁴⁴³, para estabelecer que o autor deve demonstrar fatos e elementos que indiquem, de maneira plausível, que ele poderá vir a sagrar-se vencedor na demanda, passando a ser mais exigente em relação aos requisitos para o *pleading*. Esta mudança, com a adoção da chamada doutrina do “*fact pleading*” (com a superação da doutrina do “*notice pleading*”), tem impactos importantes para a atividade probatória e é discutida especificamente no Item 4.7.4. O que deve restar consignado neste momento é que a jurisprudência mais recente tem sido no sentido de tornar mais rigoroso o grau de detalhamento fático e da pretensão no início do processo, tolhendo descrições genéricas e exigindo narrativas plausíveis e embasadas, para que o processo possa se desenvolver validamente.

4.5.1. Organização do procedimento e as provas nos Estados Unidos: *discovery*

O *discovery* tornou-se parte central do processo civil anglo-americano, a ponto de ser identificado como uma de suas pedras-angulares. A terminologia *discovery* pode

⁴⁴¹ Sobre a responsabilidade do advogado que assina a peça e do escritório de advocacia que integra, veja-se o precedente de *Pavelic & LeFlore v. Marvel Entertainment*: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **493 U.S. 120 (1989)**. Rel. Justice Scalia. j. 5 dez. 1989.

⁴⁴² Nem a desistência voluntária do processo parece afastar a possibilidade da sanção prevista na Rule 11, como estabelecido no caso *Cooter & Gell v. Hartmarx*: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **496 U.S. 384 (1990)**. Rel. Justice O'Connor. j. 11 jun. 1990.

⁴⁴³ CHASE, Oscar et al. **Civil litigation in comparative context**. 2. ed. Minnesota: West Academic, 2017, p. 279

impropriamente ser utilizada para abranger os métodos pelos quais uma parte pode obter e preservar evidências e informações relevantes à uma ação futura, entretanto, tecnicamente ela é uma parte do *pretrial*, servindo para preparar o caso para julgamento. De qualquer maneira, o termo se relaciona ao exercício pela parte de um direito processual à investigação, descoberta e coleta de evidências de modo ativo e proativo⁴⁴⁴, em cooperação com a parte adversa⁴⁴⁵.

O *discovery* é marcado pela obrigação de um litigante de revelar à parte adversa os fatos que sejam de seu conhecimento e o conteúdo de documentos que estejam em sua posse e que possam ajudar seu adversário na elaboração de seu caso ou defesa. A revelação, tradicionalmente, era feita por meio de um documento escrito, assinado e jurado, sobre os fatos e a efetiva entrega dos documentos⁴⁴⁶. Dois propósitos fundamentais são atingidos com o instituto, por um lado se permite que uma parte teste os elementos probatórios de que a outra dispõe e, por outro, permite a descoberta de novos elementos de prova para o caso⁴⁴⁷.

Historicamente ele não era uma parte integrante do processo judicial na tradição anglo-americana da *Common Law*⁴⁴⁸. Antes de sua introdução, as partes conheciam do caso a partir das manifestações da outra parte (*pleadings*) e desenvolviam por iniciativa própria a tarefa de coletar evidência e elementos para demonstrar seu caso. Era bastante limitada a troca de informações antes do *trial* no procedimento da *common law*, marcado pelo formalismo excessivo. Era possível, contudo, que em *Equity*⁴⁴⁹, por meio de ação autônoma, se buscasse uma *bill of discovery*, objetivando a descoberta de fatos para apoiar o caso da parte, mas não de

⁴⁴⁴ FAHEY, Elizabeth; TAO, Zhirong. The pretrial discovery process in civil cases: a comparison of evidence discovery between China and the United States. In: **Boston College International & Comparative Law Review**. 2014, v. 37, p. 282-283.

⁴⁴⁵ Sobre o deveres de boa-fé e cooperação das partes na condução do *discovery*, veja-se o precedente de In Re Convergent Technologies Securities Litigation: “*The discovery system depends absolutely on good faith and common sense from counsel. The courts, sorely pressed by demands to try cases promptly and to rule thoughtfully on potentially case dispositive motions, simply do not have the resources to police closely the operation of the discovery process. The whole system of Civil adjudication would be ground to a virtual halt if the courts were forced to intervene in even a modest percentage of discovery transactions. That fact should impose on counsel an acute sense of responsibility about how they handle discovery matters. They should strive to be cooperative, practical and sensible, and should turn to the courts (or take positions that force others to turn to the courts) only in extraordinary situations that implicate truly significant interests.*” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. District Court, Northern California. **108. F.R.D. 328 (N. D. Cal. 1985)**. Rel. Magistrate Judge Brazil, j. 28 out. 1985.

⁴⁴⁶ LANGDELL, C. C.. Discovery under the Judicature Acts, 187, 1875, Part I. In: **Harvard Law Review**. Cambridge: Harvard Law, 1897, v. 11, n. 3, p. 137.

⁴⁴⁷ HAZARD JR., Geoffrey; TARUFFO, Michele. **American Civil Procedure**. New Haven: Yale, 1993, p. 118.

⁴⁴⁸ SUBRIN, Stephen; MINOW, Martha; BRODIN, Mark; MAIN, Thomas. **Civil procedure: doctrine, practice and context**. 3. ed. Nova Iorque: Aspen Publishing, 2008, p. 337.

⁴⁴⁹ “*Until about the middle of the present century [Sec. XIX], when full power to compel discovery was conferred by statute upon the common-law courts, the Court of Chancery enforced discovery for the benefit, as well of suitors in the common-law courts, as of its own suitors.*” LANGDELL, C. C.. Discovery under the Judicature Acts, 1873, 1875, Part I. In: **Harvard Law Review**. Cambridge: Harvard Law, 1897, v. 11, n. 3, p. 138.

maneira a descobrir os meios de prova que a parte adversa pretendia se valer no *trial*⁴⁵⁰. Como se vê, as jurisdições de *Equity* e de *Common Law*, por vezes, atuavam de maneira complementar e concorrente. Além disso, as cortes de direito comum não possuíam poderes para preservar a evidência antes do julgamento, as *bill of discovery*, então, eram utilizadas também para a perpetuação da prova, de maneira cautelar. De qualquer maneira, pelas limitações do processo formalístico de *Common Law*, na prática, muitos litigantes eram deixados com poucos elementos probatórios⁴⁵¹, justamente por inexistir uma fase de “instrução” do processo. Não havia como uma parte coletar provas antes do *trial* e nem de, efetivamente, ponderar a viabilidade de seu caso até esta fase processual. O pressuposto era o de que a parte deveria cuidar de ter provas suficientes para a procedência de sua pretensão ao propor a ação ou, ao menos, reunir tais elementos até o momento do *trial*.

O processo da *Common Law*, no final do século XIX, era marcado pelo formalismo, com os *pleadings* sendo feitos por meio das fórmulas dos *writs*, ao invés da narrativa direta dos fatos. Ele tinha, então, uma feição eminentemente formular. Apenas no momento do julgamento é que as questões fáticas seriam, efetivamente, reveladas. A distinção entre as questões de fato e de direito era crucial para a operacionalidade do sistema. A ausência de meios processuais próprios fazia com que as partes fossem a julgamento apenas com os elementos que conseguissem reunir de maneira independente e sem que conhecessem efetivamente as provas que seriam apresentadas pela outra⁴⁵².

Os primeiros chanceleres, nas Cortes de Chancelaria, eram sacerdotes⁴⁵³ e, por isso, o processo *in equity* foi moldado de maneira parecida ao processo germano-canônico e o Direito Canônico teve um papel importante para o desenvolvimento do processo de *discovery*, permitindo uma maior investigação dos fatos. Ela, assim, não é uma criação propriamente inglesa, mas um desenvolvimento decorrente da influência do Direito Canônico sobre a Corte de Chancelaria⁴⁵⁴.

Apenas no século XIX, com a aprovação do *Second Common Law Procedure Act* de 1854, é que as cortes de *common law* na Inglaterra passaram a ter poderes para administrar a *discovery*, inclusive com a possibilidade de cominação das consequências do *contempt of court*.

⁴⁵⁰ HAZARD JR., Geoffrey; LEUBSDORF, John; BASSETT, Debra Lyn. **Civil Procedure**. 6. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2011, p. 335.

⁴⁵¹ FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur. **Civil Procedure**. 5. ed. Saint Paul: West Publishing, 2015, p. 380.

⁴⁵² HAZARD JR., Geoffrey; TARUFFO, Michele. **American Civil Procedure**. New Haven: Yale, 1993, p. 16-17.

⁴⁵³ HOGUE, Arthur R. **Origins of the Common Law**. Indianapolis: Liberty Fund, 1966, p. 166-167.

⁴⁵⁴ LANGDELL, C. C.. Discovery under the Judicature Acts, 1873, 1875, Part I. In: **Harvard Law Review**. Cambridge: Harvard Law, 1897, v. 11, n. 3, p. 139.

Por outro lado, em 1848 o Código de Processo de Nova Iorque teve um papel importante para ampliação de seu papel e utilização nos Estados Unidos. Como se vê, a disseminação do *discovery* como parte integrante de preparação do caso para o *trial* é, relativamente, recente e se relaciona à fusão das cortes de *Common Law* com as de *Equity*.

O processo, como visto, era estruturado de maneira a que, por intermédio dos *pleadings*, a matéria de fato a ser decidida pudesse ser gradualmente restringida, pela apresentação de alegações que não foram adequadamente retorquidas ou contestadas pela outra parte⁴⁵⁵. Entretanto, os *pleadings* acabavam gerando um processo artificial de incontrovérsia, marcado pelo formalismo e pelo rito. A criação progressiva de incontrovérsia pelos *pleadings* era marcante no sistema⁴⁵⁶.

A introdução da *discovery* teve um grande impacto na prática, por permitir o acesso ao depoimento de uma parte que, de outra maneira, estava relutante em falar, mas que terá que o fazer sob juramento, ou, ainda, ter acesso a todas as informações e documentos de que dispõe a parte adversa. Na Inglaterra os *Judicature Acts* de 1873 e 1875 restringiram o papel dos *pleadings* e eles, então, deixaram de representar o principal meio de preparação para o *trial*, cedendo espaço para o *discovery*, com resposta a interrogatórios, e outros mecanismos⁴⁵⁷. O formalismo das alegações para promover a incontrovérsia sobre os fatos foi substituído pela ampla investigação factual pelas partes, com a troca de informações, colheita de provas de maneira anterior ao *trial*. A redução de importância dos *pleadings* e a superação de um modelo formular e rígido de ações foi compensada pela atribuição de mecanismos de investigação processual, colocados à disposição das partes.

O século XIX, como se vê, foi marcado pela ampla modernização do sistema processual inglês, primeiro com a abolição dos *forms of action* para a *Common Law*, fazendo com que as jurisdições reais passassem a administrar o direito comum com ritos processuais simplificados

⁴⁵⁵ “Written pleadings formed the traditional basis of preparation for trial in courts of common law. The chief objective of common law pleading was the production of a single issue which might be tried by the jury. The facts of the controversy were supposed to be narrowed down to a single issue from the respective allegations of the parties. The plaintiff was required to plead his case according to its legal effect and, therefore, could not plead evidence but only the ultimate facts upon which his claim rested. When the facts had thus been stated by the pleader, the opposite party was required to deny specifically each allegation which he wished to controvert at the trial. All the well-pleaded facts not denied by the adverse party were deemed to be admitted. This device, applied to the alternate pleadings, was supposed in the end to produce a single controverted point or issue, but a great number of highly technical rules were required to make it effective.” RAGLAND JR., George. **Discovery before trial**. Chicago: Callaghan and Company, 1932, p. 1.

⁴⁵⁶ LANGDELL, C. C.. **A Summary of Equity Pleading**. Cambridge: Charles W. Sever, 1877, p. viii-ix.

⁴⁵⁷ “Pleadings have been simplified by these reforms in England and some of the faults which existed under the common law system and under the equity system, respectively, have been corrected. But even so, pleadings are not supposed to perform the full function of disclosing and sifting the facts of the case before trial. They have been supplemented by other procedural devices which make possible a more thorough preparation for trial.” RAGLAND JR., George. **Discovery before trial**. Chicago: Callaghan and Company, 1932, p. 8-10.

e modernizados. As reformas de 1873 e 1875 deram passo decisivo nessa modificação, com a reunião em jurisdição superior única das diferentes cortes reais que existiam, ocasionando, efetivamente, a fusão da *Common Law* com a *Equity* do ponto de vista de quem pode administrar os remédios⁴⁵⁸. O mesmo movimento se observou nos Estados Unidos da América, tendo se verificado a fusão entre o *Common Law* e a *Equity*. A influência do Código Fields de Nova Iorque se fez sentir na experiência processual de vários dos estados federados, com o chamado “*code pleading*”⁴⁵⁹. É, portanto, a fusão desses dois “tipos” de processos que, durante séculos, conviveram em paralelo, que se dará a formação do processo anglo-americano moderno.

O modelo então criado pelas reformas dos séculos XIX e XX estipulou que qualquer das partes, após a troca das alegações iniciais, poderia exigir da outra a resposta a interrogatórios escritos, com respostas juramentadas. Foram, igualmente, estabelecido os mecanismos para exercício desse direito e as consequências para uma parte eventualmente resistente⁴⁶⁰. Por isso, é possível afirmar que o *discovery* é uma ferramenta relativamente recente no sistema processual anglo-americano. Ela aparece com o abrandamento do modelo de *pleading*, permitindo que a parte, após o início do processo obtenha informações sobre o caso e possa, até o momento do julgamento, ajustar suas alegações⁴⁶¹. As *Federal Rules of Civil Procedure*, de 1938, estabeleceram, definitivamente, um papel de atuação amplo para o *discovery*, colocando-o no centro da atividade processual e como principal etapa de preparação do caso para julgamento.

4.6. O “excepcionalismo americano” e o papel do *discovery*

A abrangência do *discovery* e a maneira como o processo civil é construído juridicamente e compreendido socialmente nos Estados Unidos é peculiar e não é equivalente, nem mesmo, ao que se observa na Inglaterra. Inegavelmente, a raiz comum do *Common Law* e o passado colonial criam uma aproximação na feição de diversos institutos jurídicos. Mas, a cultura americana, marcada pelo liberalismo e individualismo, numa vertente a se distanciar da concepção dominante na Europa, e o desenvolvimento paralelo de soluções jurídicas e da

⁴⁵⁸ DAVID, René. **O direito inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 10-11.

⁴⁵⁹ KESSLER, Amalia. **Inventing American Exceptionalism**. New Haven: Yale University Press, 2017, p. 148-151.

⁴⁶⁰ RAGLAND JR., George. **Discovery before trial**. Chicago: Callaghan and Company, 1932, p. 18.

⁴⁶¹ MULLENIX, Linda S. **Civil Procedure**. 2. ed. Saint Paul: West Publishing, 2014, p. 554.

própria conformação social, fazem com que sejam pungentes as diferenças⁴⁶². No âmbito do que importa a este trabalho, e para maior clareza do quanto se expõe, é suficiente indicar dois aspectos centrais para o processo civil e que guardam importante diferença entre os Estados Unidos e a Inglaterra: a presença do júri nos casos cíveis e a amplitude do *discovery*.

Se nos Estados Unidos o júri é uma garantia constitucional e, ainda que em declínio na prática, atrai importante atenção doutrinária e é objeto de apaixonada defesa de sua importância, na Inglaterra ainda no século XIX houve o seu declínio nos casos cíveis⁴⁶³. Por outro lado, a maneira como o *discovery* é conduzido é distinta da *disclosure*, que é mais restrita. Para ilustrar esta diferença especificamente pode-se indicar que o Reino Unido, ao aderir à Convenção de Haia de 1970, fez a declaração prevista no art. 23 de que não admite um *pretrial discovery* com a amplitude conhecida nos Estados Unidos⁴⁶⁴. A abrangência do *discovery* e a confiança de que as partes serão capazes de coletar as provas sem a necessidade de intervenção judicial são traços marcantes da cultura processual americana. Se o juiz não tem as atribuições de condução do processo da mesma maneira que em outros lugares, a instrução do processo é feita pela ampla possibilidade de investigação privada, com a possibilidade de apoio judicial.

É por isso que muitos textos que cuidam do processo civil estadunidense indicam a marca de um “excepcionalismo americano”⁴⁶⁵. A noção, possivelmente, remonta a Tocqueville⁴⁶⁶ ao descrever as particularidades da democracia nos Estados Unidos e, no debate político atual, é, muitas vezes, associada à discussão sobre a “doutrina do destino manifesto” para explicar o papel de proeminência econômica, militar e política alcançada ao longo do século XX. Em relação ao processo civil a expressão é utilizada para destacar a maneira própria de conduzir o *discovery* naquele país e a ênfase na liberdade das partes, praticamente sem

⁴⁶² MARCUS, Richard. American Exceptionalism in goals for civil litigation. UZELAC, Alan (Ed.). **Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems**. Londres: Springer, 2014, p. 135.

⁴⁶³ “Until 1854, the jury was the prescribed method of trying cases in the common law courts. As explained in the next section of this paper, the Common Law Procedure Act of 1854 allowed the parties, by consent, the option to have trial judges conduct bench trials. By the middle of the twentieth century, the English civil jury trial had virtually disappeared. Jury trials are available only in a handful of civil cases today.” DORSANEO, William V.. The decline of Anglo-American civil jury trial practice. In: **SMU Law Review**. Dallas: SMU, 2018, v. 71, p. 356.

⁴⁶⁴ Eis o teor da declaração feita pelo Reino Unido sobre o art. 23 da Convenção de Haia de 1970: “3. In accordance with Article 23 Her Majesty's Government declare that the United Kingdom will not execute Letters of Request issued for the purpose of obtaining pre-trial discovery of documents. Her Majesty's Government further declare that Her Majesty's Government understand "Letters of Request issued for the purpose of obtaining pre-trial discovery of documents" for the purposes of the foregoing Declaration as including any Letter of Request which requires a person: a. to state what documents relevant to the proceedings to which the Letter of Request relates are, or have been, in his possession, custody or power; or b. to produce any documents other than particular documents specified in the Letter of Request as being documents appearing to the requested court to be, or to be likely to be, in his possession, custody or power.”

⁴⁶⁵ CHASE, Oscar. American "Exceptionalism" and Comparative Procedure. In: **The American Journal of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002, v. 50, n. 2.

⁴⁶⁶ TOCQUEVILLE, Alexis. **De la démocratie en Amérique**. 5. ed. Paris: Pagnerre Éditeur, 1848, t. 4, p. 153.

equivalência em outros países⁴⁶⁷, o que gera desconforto nas concepções jurídicas de outros países⁴⁶⁸. Inegavelmente a possibilidade de investigação conhecida no processo civil inglês é muito mais circunspecta do que a estadunidense, bem como a atuação dos tribunais sobre o desenvolvimento do processo em *pretrial*. A principal distinção ou excepcionalidade, então, não está, propriamente, na existência do *discovery*, já que todos os ordenamentos contemplam o desenvolvimento de uma fase instrutória, dedicada à coleta de provas. O ponto central reside na amplitude e no grau de investigação existente nos Estados Unidos⁴⁶⁹, em uma condução feita pelas partes, permitindo o acesso a um grande número de informações da contraparte, sem um controle próximo do juiz⁴⁷⁰. Além disso, registre-se que as provas serão coletadas eminentemente de maneira extrajudicial, em troca de comunicações diretas entre as partes e a

⁴⁶⁷ CHASE, Oscar. American "Exceptionalism" and Comparative Procedure. In: **The American Journal of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002, v. 50, n. 2. MARCUS, Richard. American Exceptionalism in goals for civil litigation. UZELAC, Alan (Ed.). **Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems**. Londres: Springer, 2014. MULLENIX, Linda S.. American exceptionalism and convergence theory: are we there yet? In: WALKER, Janet; CHASE, Oscar. (eds.) **Common Law, Civil Law and the future of categories**. Ontario: LexisNexis, 2010.

⁴⁶⁸ "American rules of procedure allow the attorneys to pursue the discovery of evidence outside the courtroom and yet be backed by authority of the court in demanding the cooperation of opponents witnesses. Under the typical American rules each party has the power to require an opponent (or other potential witnesses) to submit to oral questions under oath outside the presence of the judge (a deposition), to answer written questions under oath (interrogatories); open its files to inspection, or, where physical or mental condition in issue, to submit to a medical examination by a physician of the opponent's choosing. (...) It may be argued that the difference in discovery rules is best explained not by underlying cultural differences but by the absence a concentrated trial in the civil law system. The difference in the organization of proof-taking may be traceable to the historic role of jury under common law. A concentrated trial is virtually mandatory when a group of lay people are required to take time out of their work lives to hear and help decide a dispute, but is hardly necessary when the facts will be heard by a professional judge who will be the court daily. As a practical matter there is thus less need for 'trial' preparation in the Continental scheme because of the episodic approach to proof-taking. The readiness by which hearings may scheduled for future occasions obviates the concern that surprise evidence will "ambush" a party to the detriment of the truth-finding process: the surprised party will have an opportunity to present rebuttal evidence at a subsequent session. Pre-trial discovery is, contrariwise, important to American litigation because a substantial delay in the trial to gather new evidence is inconvenient or, in a jury case, virtually impossible. But there is more to the issue than scheduling differences: The civilians view discovery with repugnance, not only because they find it unnecessary but also because they think it inappropriately intrusive for one private party to be able to rummage through the files an adversary simply because they are involved in litigation. In civil law countries compulsory production of evidence is viewed as more properly a governmental function and discovery is objectionable cause it allows the litigants to exercise powers and functions that should be reserved for the court. In the Continental view the formal questioning of witnesses, for example, should be done in court – no at a deposition in some lawyer's office." CHASE, Oscar. American "Exceptionalism" and Comparative Procedure. In: **The American Journal of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002, v. 50, n. 2, p. 293-294.

⁴⁶⁹ MARCUS, Richard L.. Modest procedural reform advances in the United States. In: **Legal Studies Research Papers – University of California**. Hastings: UC, 2017 n. 237, p. 291-293.

⁴⁷⁰ "Hence, the focus should not be on what is sometimes, wrongly in our view, presented as a difference in nature between the two systems, as both seem to accept the idea that a party may request from the other party, documents that the former wants to rely upon but does not have in his or her possession (and, to some extent, obtain an order from the tribunal enjoining that party to produce these documents). Rather, the fundamental difference remains one of scope and degree. And it is true that, once the principle is deemed to have been commonly accepted, the scale of the document production permitted by a tribunal continues and will continue to be hard fought by the parties and to generate some uncertainty". AHDAB, Jalal El; BOUCHENAKI, Amal. Discovery in international arbitration: a foreign creature for civil lawyers? In: VAN DEN BERG, Albert Jan (org.). **Arbitration Advocacy in changing times**. Haia: Kluwer, 2011, v. 15, p. 97-98.

realização de reuniões nos escritórios dos advogados, inclusive para a oitiva de testemunhas e depoimento das partes.

4.7. O *discovery* nos Tribunais Federais Americanos

Nos Estados Unidos da América em 1938, com a introdução das FRCP, houve substancial modificação no sentido de permitir o efetivo julgamento do mérito dos casos, removendo obstáculos processuais, com a simplificação dos *pleadings*, que passaram a ter forma objetiva e direta, e ampliação do papel do *discovery*⁴⁷¹, alçado à condição de elemento central e característico para a investigação dos fatos. Com a redução do escopo dos *pleadings* e se as partes não têm que apresentar no início do procedimento os detalhes e fatos do seu caso, outro mecanismo é necessário para que se prepare o caso e se troque informações. A introdução do *discovery* foi uma verdadeira revolução no processo civil americano, particularmente pela sua singular largueza investigatória⁴⁷².

O *discovery* deixa ampla iniciativa probatória no âmbito de ação dos advogados⁴⁷³ das partes, muito embora o *case management* do magistrado esteja legalmente previsto⁴⁷⁴. Ele não é, contudo, uma etapa preparatória ou pré-processual, mas uma fase do procedimento que antecede o *trial*. É preciso, para entender o seu sentido e conformação, ter em mente que a cognição dos fatos pelo julgador é concentrada em uma única audiência no modelo americano, enquanto é distendida no tempo e episódica na tradição continental⁴⁷⁵ ⁴⁷⁶. O esforço de organização do julgamento, da coleta de provas, da exclusão de provas que poderão ser apresentadas, coloca-se de maneira própria, pois o julgador de fato só terá contato com o acervo probatório no momento do julgamento. A isso se acentue a noção de que a decisão sobre os fatos seria atribuição dos jurados, e não de um juiz de carreira, jurista, que atua decisivamente

⁴⁷¹ STEINMAN, Adam N.. The End of an Era? Federal Civil Procedure After the 2015 Amendments. In: **Emory Law Journal**. Atlanta: EUSL, 2016, v. 66, n. 1, p. 9.

⁴⁷² SUBRIN, Stephen; MINOW, Martha; BRODIN, Mark; MAIN, Thomas. **Civil procedure: doctrine, practice and context**. 3. ed. Nova Iorque: Aspen Publishing, 2008, p. 337.

⁴⁷³ CAMBI, Eduardo. Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2015, v. 245.

⁴⁷⁴ “...o que sobreleva notar é que o *case management* norte-americano parte do princípio que é dado ao magistrado, e não mais exclusivamente às partes ou à lei, de estabelecer qual a melhor rota a ser seguida para a solução da demanda. Seja utilizando-se dos procedimentos gerenciais reconhecidos pelo Federal Judicial Center, seja estabelecendo por si mesmo qual o melhor encaminhamento da causa (elaborando-se um plano próprio de condução do caso logo no início do processado), o fato é que não há vinculação do julgador aos rígidos modelos estabelecidos pelas leis processuais.” GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A flexibilização do procedimento processual no âmbito da *common law*. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2008, v. 163.

⁴⁷⁵ BESSO, Chiara. **La prova prima del processo**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 16-17.

⁴⁷⁶ DAMASKA, Mirjan. **Evidence Law Adrift**. New Haven: Yale University Press, 1997, p. 64-67.

na razão de ser de várias das regras probatórias, se bem que o júri cível, ainda garantia constitucional nos Estados Unidos, esteja em franco declínio (e já praticamente abolido na Inglaterra⁴⁷⁷). No modelo processual em que o julgamento e a cognição do caso são distendidos no tempo, não há a mesma preocupação, a operacionalização da coleta probatória ocorrerá de maneira diferente.

O *discovery* se presta a clarificar e delimitar as questões fáticas que são, efetivamente, controvertidas, já que o maior conhecimento dos fatos e das provas disponíveis permite que as partes possam melhor avaliar a probabilidade de êxito de suas pretensões. O *pretrial*, como um todo, acaba se colocando como uma ferramenta de avaliação constante das partes, para uma solução negociada e mesmo para uma decisão sobre a continuidade do processo para julgamento de mérito⁴⁷⁸. O âmbito de investigação possível no contencioso americano é único em sua amplitude⁴⁷⁹.

O *discovery* impacta o desenvolvimento do processo, além de simplesmente coletar provas e preparar o caso para julgamento, sendo um fato decisivo para sua extinção sem *trial*, por duas razões centrais. Em primeiro lugar ele produz informações sobre o mérito do caso, permitindo que as partes madurem sobre suas posições e sobre as perspectivas de êxito, permitindo uma análise informada sobre a viabilidade do caso, isso acaba induzindo uma solução negociada ou levando o caso a julgamento antecipado e sem *trial* (*summary judgment*). Em segundo lugar, ele é um procedimento custoso, sob as perspectivas de tempo e econômica, as vezes, permitindo que uma parte “desgaste” a outra financeiramente, por questões de estratégia processual⁴⁸⁰. Assim, ele é utilizado como uma ferramenta de avaliação de possibilidades, como um momento para que as partes, com a coleta de informações, tenham um incentivo à celebração de acordos, evitando que o caso prossiga para julgamento. A isso se some a tendência de valorização dos meios adequados de resolução de disputas, com o incentivo do Poder Judiciário americano a sua utilização de maneira incidental e integrada ao processo. Assim, a verificação dos fatos acaba se dando em um ambiente de estímulo (por iniciativa judicial ou pelos custos da própria condução do processo) à uma solução do caso negociada.

⁴⁷⁷ ZUCKERMAN, Adrian. **Zuckerman on Civil Procedure**. 2. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2006, p. 744.

⁴⁷⁸ “*In the U.S., evidence is gathered through the mechanism of discovery. Discovery is the process whereby one party requests that a witness produce or turn over relevant documents or information, or that a witness sit for a deposition, during which her testimony is collected under oath, but outside of court.*” ELUL, Hagit Muriel; MOSQUERA, Rebeca. 28 U.S.C. Section 1782: U.S. Discovery in Aid of International Arbitration Proceedings. In: SHORE, Laurence; CHENG, Tai-Heng et al. (eds.) **International Arbitration in the United States**. Haia: Kluwer Law International, 2017, p. 395.

⁴⁷⁹ SUBRIN, Stephen; MINOW, Martha; BRODIN, Mark; MAIN, Thomas. **Civil procedure: doctrine, practice and context**. 3. ed. Nova Iorque: Aspen Publishing, 2008, p. 338.

⁴⁸⁰ YEAZELL, Stephen C.. **Civil procedure**. 8. ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2012, p. 457.

Não se pode olvidar que os custos inerentes à atividade processual e honorários advocatícios são um importante fator indutor da negociação, verdadeiro estímulo à solução consensual, já que a continuidade de um processo com poucas chances de êxito ocasiona em acréscimo substancial de dispêndio financeiro para as partes.

As partes têm um dever de revelação durante o *discovery*. Devem apresentar para a outra os meios de prova que pretendam se valer durante o *trial*, bem como aqueles que possam prejudicar os seus próprios argumentos e fundamentos. A premissa é que a atividade probatória é cooperativa entre as partes, não é possível, sob pena de sanções cíveis e criminais, a ocultação de provas. Uma parte deve informar, já no início do procedimento, à outra dos elementos probatórios de que, razoavelmente, tem conhecimento e deve, também, entregar aqueles que estejam em seu poder. Se bem que a prática processual, para além do quanto se pode extrair do direito posto, demonstre uma postura competitiva e belicosa.

A *Rule 26* das FRCP estabelece que cada parte deve disponibilizar o nome, o telefone e o endereço de qualquer pessoa que possa vir a fornecer informações potencialmente úteis para serem utilizadas nos requerimentos ou como matéria de defesa. Além disso, devem ser fornecidas cópias, ou uma descrição detalhada e informações sobre onde se encontram, de todos os documentos, físicos ou eletrônicos, e de todas as coisas em poder ou controle da parte. Ainda mais, devem ser informados os nomes dos expertos de que as partes pretendam se valer, incluindo sua qualificação, experiência e opinião técnica sobre o caso⁴⁸¹. Esta revelação inicial é obrigatória e visa a afastar a necessidade de pedido específico da outra parte (*interrogatories*) sobre elementos centrais da causa. Não devem ser apresentados apenas os elementos especificamente que serão utilizados pela parte para demonstrar seus argumentos no *trial*, mas devem ser oferecidas informações sobre todos os elementos relacionados ao caso.

Na sequência, o *discovery* se voltará para a descoberta e análise de todos os meios de prova que sejam relevantes para a causa, desde que não estejam protegidos por um privilégio e que sejam proporcionais às necessidades do caso⁴⁸². O requisito de proporcionalidade, introduzido nas reformas processuais, visa a evitar uma atividade excessivamente abrangente, sendo indispensável a análise dos custos (financeiros e de duração do processo) em relação à importância do caso e dos recursos à disposição das partes. Estabelece-se aí um mecanismo de controle judicial.

Durante o *pretrial* está prevista a realização de uma audiência para o saneamento e gerenciamento do caso e para que sejam determinados os passos a serem adotados pelas partes

⁴⁸¹ CLERMONT, Kevin. **Principles of Civil Procedure**. 5. ed. Saint Paul: West Publishing, 2018, p. 82.

⁴⁸² MARCUS, Richard et al. **Civil Procedure: a modern approach**. Saint Paul: West Publishing, 2014, p. 429.

do ponto de vista probatório e de organização do processo, com o agendamento de atos processuais. Há uma tendência, verificada em várias reformas na regra (que consta da *Rule 16 FRCP*), de expandir o papel do juiz nesta etapa, de maneira a aumentar o seu controle sobre o procedimento⁴⁸³. Nesta audiência, além do saneamento do processo, é possível que seja proferido julgamento sumário, se inexistir controvérsia sobre os aspectos fáticos do caso, entretanto ela não pode ser utilizada para substituir o *trial*, se for necessária a apresentação de provas. Conforme a necessidade do caso, pode ser designada a realização de mais de uma *pretrial conference*, para resolver questões complexas como a reunião de ações, deliberar sobre questões preliminares ou acompanhar a evolução das atividades de *discovery*. Além disso, é possível que as partes sejam requeridas a participar de algum mecanismo adequado de resolução de disputas. O próprio juiz pode estimular a negociação entre as partes, mas ele não pode impor um acordo⁴⁸⁴. Ao término da audiência deverá ser prolatada uma “ordem”, contendo as matérias que foram objeto de decisão judicial ou de acordo entre as partes. Esta ordem regulará o prosseguimento do processo, mas poderá ser ajustada posteriormente para evitar situações injustas ou quando o curso do processo assim o requerer.

É possível o julgamento sumário⁴⁸⁵ da causa, se os fatos forem incontroversos ou uma parte não reunir elementos suficientes para provar suas alegações. Não há, nesta hipótese, a necessidade de *trial* justamente por não existirem elementos fáticos controvertidos, que necessitem da atenção do magistrado. O julgamento sumário, nos termos da *Rule 56 FRCP*, permite que casos nos quais a parte não apresente provas mínimas de seus argumentos (quando a parte não se desincumbir do seu *burden of production*), a justificar a atuação do júri. Sua atuação se diferencia da *motion to dismiss*, particularmente pelo momento em que é apresentado no processo. A tradição do *common law* era de que todos os casos deveriam ser submetidos ao procedimento completo, com o *trial*, para que o caso pudesse ser decidido. Foi introduzida a possibilidade de julgamento sumário, para evitar o prosseguimento de casos manifestamente incabíveis, de maneira a evitar dilações processuais indevidas e ineficiência. Em relação aos fatos, é possível que o juiz analise as provas produzidas para determinar se existe materialidade suficiente para que o caso seja levado a julgamento, ele não deve analisar se o *standard* probatório foi atingido e nem considerar o conjunto das provas, para avaliar a procedência das

⁴⁸³ CLERMONT, Kevin. **Principles of Civil Procedure**. 5. ed. Saint Paul: West Publishing, 2018, p. 104.

⁴⁸⁴ FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur. **Civil Procedure**. 5. ed. Saint Paul: West Publishing, 2015, p. 443-444.

⁴⁸⁵ É possível assim descrever o instituto: “*Summary judgment as a trial-like mechanism with the power to dismiss a case where no factual issues exist and the substantive law supports the moving party.*” BRUNET, Edward. The efficiency of summary judgment. In: **Loyola University Chicago Law Journal**. Chicago: Loyola, 2001, v. 43, n. 1, p. 694.

alegações, apenas se existem elementos suficientes para que um julgador racional possa conhecer do caso. Não se trata, portanto, de uma antecipação do juízo que é feito no *trial*, mas de um julgamento em circunstâncias que indicam não ser adequado o prosseguimento para o *trial*⁴⁸⁶. Do ponto de vista probatório é importante a distinção entre os ônus de produzir a prova e de persuadir (*burdens of production and of persuasion*), que se apresentam de maneira própria. É preciso que a parte detentora do ônus reúna elementos mínimos para que, após o desenvolvimento de etapas de investigação, o seu caso possa prosseguir.

4.7.1. Meios de prova legalmente previstos no *discovery*

Além da obrigação das partes apresentarem, no início do processo, os meios de prova que estejam em seu poder, o *discovery* consiste, por excelência, na formulação de questões, para a coleta de testemunhos e depoimentos, oralmente ou por escrito, e na inspeção de coisas, inclusive com a possibilidade de sua avaliação por pessoa com conhecimento técnico adequado⁴⁸⁷. Cinco são os métodos de prova tipicamente coletados durante o *discovery*, nos termos das FRCP: (i) *depositions*; (ii) *interrogatories*; (iii) requerimento para produção de provas; (iv) requerimentos para avaliação física e mental; e (v) requerimento para admissão de fatos. A questão da apresentação da prova durante o *trial* é, como visto, distinta e que só posteriormente se apresentará.

Os *depositions* consistem na coleta de testemunhos, em formato oral ou escrito (com a apresentação de perguntas e respostas por escrito), antes do julgamento e sem a incidência plena das regras de exclusão do *Evidence Law*, sendo possível a formulação de questões inadmissíveis durante o *trial*, mas úteis ao esclarecimento dos fatos. É possível a formulação de perguntas pela parte requerente e o contrainterrogatório da outra. Tanto é possível a coleta depoimento pelas partes quanto por terceiros, com conhecimentos dos fatos. A tomada da prova oral é feita sob juramento e o depoente tem a obrigação de dizer a verdade, ou cometerá o crime de perjúrio. De maneira geral, os *depositions* são uma antecipação e lembram bastante o formato do depoimento feito durante o *trial*⁴⁸⁸. O objetivo, por conseguinte, é permitir que as partes avaliem os meios de prova oral existentes e analisem, inclusive, se vale a pena colher o depoimento de uma determinada pessoa durante o *trial*.

⁴⁸⁶ MARCUS, Richard et al.. **Civil Procedure: a modern approach**. Saint Paul: West Publishing, 2014, p. 475-476.

⁴⁸⁷ HAZARD JR., Geoffrey; LEUBSDORF, John; BASSETT, Debra Lyn. **Civil Procedure**. 6. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2011, p. 337.

⁴⁸⁸ FREER, Richard D.. **Civil Procedure**. 2. ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2009, p. 368.

Os *interrogatories* são questões e perguntas apresentadas por escrito que cada parte deve responder a pedido da outra. Trata-se de um verdadeiro questionário trocado entre as partes em relação aos elementos fáticos do caso. As respostas aos *interrogatories* tendem a ser cuidadosamente elaboradas e, na prática são, muitas vezes, evasivas, para se evitar a admissão sobre pontos importantes. As respostas não são vinculantes, podendo posteriormente serem contraditadas por outros meios de prova. Apesar disso, são úteis, por representarem uma maneira fácil e barata de clarificar pontos, para além dos termos do *pleading*, ou obter informações que podem levar a outras provas. As respostas são assinadas pelo respondente, que deve jurar dizer a verdade. Ou seja, embora não sejam definitivas, nos termos de uma confissão, as respostas aos *interrogatories* devem ser verdadeiras, dentro do conhecimento do respondente, e apresentadas de boa-fé.

Os requerimentos para a produção de provas se prestam para obter da outra parte a apresentação de documentos, físicos ou eletrônicos, ou outros objetos relevantes para o caso. No *discovery* a parte está obrigada a permitir que a outra tenha acesso e conhecimento a qualquer meio de prova de que disponha. É possível que o requerimento para apresentação de documentos seja feito para uma pessoa de quem se deseja colher o *deposition* oralmente. Nesta hipótese, o depoente deverá comparecer para a coleta de seu depoimento acompanhado dos documentos correspondentes, mas a parte requerente pode solicitar que os documentos ou coisas lhe sejam entregues anteriormente, inclusive para que possa adequadamente formular as suas questões. É possível, também, com a conjugação das regras 34 (a) e (b) e 45(a)(1)(A) FRCP, que sejam solicitados documentos e coisas que se encontrem em poder de terceiros⁴⁸⁹, para que sejam examinados e avaliados pela parte. O mecanismo, em suma, se volta para a verificação de coisas, inclusive documentos, sendo possível pedir informações adicionais e clarificações sobre o seu conteúdo.

Os requerimentos para avaliação física e mental consistem na produção de uma prova técnica sobre o estado físico e mental de uma pessoa. Dado seu caráter invasivo, os tribunais são particularmente cautelosos em determinar a produção deste meio de prova, que não prescinde da apresentação de justo motivo pela parte requerente, como a impossibilidade de aferição do fato por outra maneira⁴⁹⁰. Não é suficiente, portanto, alegar que a produção deste meio de prova é necessária, mas é preciso a demonstração de que a condição mental ou física da pessoa é objeto de controvérsia e que há justo motivo (*good cause*).

⁴⁸⁹ FREER, Richard D.. **Civil Procedure**. 2. ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2009, p. 373.

⁴⁹⁰ CLERMONT, Kevin. **Principles of Civil Procedure**. 5. ed. Saint Paul: West Publishing, 2018, p. 101.

Por fim, os requerimentos para admissão de fatos consistem no pedido escrito para que uma parte admita um fato como verdadeiro. Confessado o fato, há uma vinculabilidade, dispensando-se a produção de outras provas sobre a questão, embora o juiz possa, em certas situações, permitir a retratação. Sua utilidade principal é determinar pontos incontroversos, melhor delimitando os esforços da coleta de informações adicionais.

Todos estes meios de prova servem, rigorosamente, para a investigação do caso. Não há a mesma confusão que há entre *produzir* a prova no processo e *apresentá-la* ao juiz, como há no Brasil. Nos Estados Unidos as provas são produzidas durante o *discovery* e apresentadas durante o *trial*; no caso da prova oral ela é “repetida”, ouve-se a testemunha durante o *discovery* e, também, durante o *trial*, com a possibilidade de *cross-examination*. Rigorosamente, o *discovery* representa uma investigação, mas nem todos os meios de prova produzidos e coletados durante o *discovery* serão apresentados como no *trial*. Apenas são consideradas para fins de julgamento aquelas provas admitidas e apresentadas durante o *trial*, sendo o papel do juiz, justamente, determinar sua admissibilidade⁴⁹¹. É por isso que é corrente a identificação das regras probatórias como sendo regras de exclusão, a impedir a admissão de material probatório.

A identificação do processo americano como sendo bifásico decorre, como visto, desse modelo de investigação dos fatos, com nítida separação entre a coleta de provas, própria do *pretrial*, e a apreciação daquelas provas que forem apresentadas e admitidas para fins de *trial*. O mesmo não acontece no processo de tradição continental⁴⁹², no qual a produção e avaliação das provas se dá de maneira constante, como parte da própria condução do processo e com o juiz se inteirando paulatinamente das provas que forem sendo juntadas aos autos.

4.7.2. Direito autônomo a prova, pré-constituição da prova e o *discovery*

Um dos objetivos centrais do *discovery* é obter e preservar informações. Ele é um mecanismo endoprocessual, preparatório do *trial*, a ser desenvolvido após a oferta dos *pleadings*. Não há, portanto, propriamente um paralelismo direto com as ações probatórias autônomas conhecidas no Direito brasileiro. A larga amplitude do *discovery*, quando comparada com a fase instrutória de um processo judicial no Brasil, se deve, entre outros fatores, a tradicional falta e rigor com a forma dos *pleadings*, com menor delimitação do objeto

⁴⁹¹ LILLY, Graham c.; CAPRA, Daniel J.; SLATZBURG, Stephen A.. **Principles of evidence**. 6. ed. Saint Paul: West, 2012, p. 6.

⁴⁹² E o processo civil inglês reformado segue o mesmo caminho.

do processo do que aqui. Ação probatória autônoma existe, verdadeiramente, no âmbito das *discoveries* em apoio a processos judiciais estrangeiros, do Título 28 Seção 1782 USC (Vide Cap. 6, Item 6.4.3). Por isso, de maneira geral, é equivocada a identificação no *discovery* um paralelo imediato com as ações probatórias autônomas, são situações agudamente distintas.

O *discovery*, no modelo da FRCP, apenas excepcionalmente pode ter lugar fora do bojo de um processo formado. Isso ocorre nas situações nas quais é necessário assegurar a produção da prova, evitando o seu perecimento. O exemplo mais mezinho é o da coleta da prova testemunhal com o depoimento de quem corre o risco de falecer. Ou seja, é possível a produção antecipada de prova cautelar. A urgência justifica a antecipação do *discovery*, como se vê da Regra 27, FRCP, que estabelece a *deposition to perpetuate testimony*. A prova é produzida, justamente, para evitar o seu perecimento definitivo. Ou seja, é possível a produção urgente de provas em antecipação a um processo futuro no modelo das FRCP. O *discovery*, neste caso, pode ser utilizado com o propósito de preservar as evidências, em um papel parecido com as ações cautelares *ad perpetuam rei memoriam* do Direito brasileiro. Mas, mesmo aqui, não há qualquer peculiaridade já que a produção cautelar da prova é amplamente aceita em vários ordenamentos jurídicos. Contudo, não é possível, ausentes os requisitos próprios, desenvolver a *discovery* apenas para verificar fatos⁴⁹³, ausente alguma situação cautelar ou de urgência⁴⁹⁴. A Rule 27, (a),⁴⁹⁵ das *Federal Rules of Civil Procedure* estabelece possibilidade de coleta de testemunho antes da propositura da ação. O requerente deverá demonstrar que poderá ser parte em uma ação, mas que não pode propô-la ou causar sua propositura, identificar o objeto da ação futura e sua relação com o requerente, os fatos que devem ser provados e a motivação para a

⁴⁹³ “Two basic “failure of justice” scenarios might trigger the grant of discovery mechanisms prior to the initiation of a lawsuit. The first is illustrated by Francis Mason’s predicament, in which evidence that will be needed to litigate an expected lawsuit may be lost by the time the lawsuit can be commenced. The second occurs when a prospective plaintiff has an apparently legitimate cause of action but cannot, without the aid of a court, discover the facts necessary to frame her complaint with particularity. Rule 27’s drafters embraced the use of discovery mechanisms to preserve evidence but declined to permit their use to enable a plaintiff to frame a complaint. In interpreting rule 27, courts have been reluctant to allow even the preservation of evidence under the rule.” KRONFELD, Nicholas. The Preservation and Discovery of Evidence Under Federal Rule of Civil Procedure 27. In: **Georgetown Law Journal**. Washington: GU, 1990, v. 78, p. 594.

⁴⁹⁴ FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur. **Civil Procedure**. 5. ed. Saint Paul: West Publishing, 2015, p. 388.

⁴⁹⁵ Rule 27. *Depositions to Perpetuate Testimony*. (a) *Before an Action Is Filed*. (1) *Petition*. A person who wants to perpetuate testimony about any matter cognizable in a United States court may file a verified petition in the district court for the district where any expected adverse party resides. The petition must ask for an order authorizing the petitioner to depose the named persons in order to perpetuate their testimony. The petition must be titled in the petitioner’s name and must show: (A) that the petitioner expects to be a party to an action cognizable in a United States court but cannot presently bring it or cause it to be brought; (B) the subject matter of the expected action and the petitioner’s interest; (C) the facts that the petitioner wants to establish by the proposed testimony and the reasons to perpetuate it; (D) the names or a description of the persons whom the petitioner expects to be adverse parties and their addresses, so far as known; and (E) the name, address, and expected substance of the testimony of each deponent.

preservação de sua memória, além do nome e identificação das partes prováveis da ação futura e a qualificação da testemunha.

No âmbito dos estados federados o entendimento prevalecente é o de não permitir a *discovery* simplesmente para verificação de fatos. Friedenthal, Kane e Miller indicam que, considerando as regras de processo civil dos estados federados, apenas o Alabama e o Texas permitem o *discovery* para verificação de se uma ação deverá ou não ser proposta, embora em outros estados a legislação seja amplamente permissiva sobre a possibilidade de emenda e alteração do *pleading*, o que na prática pode autorizar a utilização do *discovery* para esta finalidade⁴⁹⁶. Alguns estados têm uma legislação mais flexível no ponto, mas a posição majoritária é de restringir a *discovery* antes do início do processo⁴⁹⁷, embora uma opção legislativa por regras mais flexíveis sobre as regras de emenda da petição inicial (*amendment of pleading*) possa permitir, pragmaticamente, a obtenção de um resultado prático parecido. Não obstante, Scott Dodson indica que por meio de regras específicas ou mesmo por um pedido *in equity* em muitos estados americanos é possível se obter um *discovery* pré-processual⁴⁹⁸.

A grande possibilidade de produção autônoma de prova consiste na ação judicial para auxílio a um processo perante um tribunal estrangeiro ou internacional, independentemente da possibilidade de cumprimento de uma carta rogatória ou algum outro mecanismo de auxílio direto. A Seção 1782 do Título 28 do USC permite a produção de provas por iniciativa direta das partes, como se verá com mais detalhes no item 6.4.3.

4.7.3. A abrangência da *discovery*: o movimento de limitação

No Direito norte-americano, há uma relação direta entre os pedidos e exceções formulados e o âmbito de investigação possível no *discovery*. Naturalmente, como acontece no Brasil, é o objeto do processo que determinará a atividade probatória. Entretanto, os *pleadings* são, inicialmente, menos precisos do que a petição inicial e a contestação no Direito brasileiro, sendo apenas a indicação sumária e sem maiores detalhamentos sobre os aspectos fáticos do caso, justamente por se considerar que é no momento em que o caso for a julgamento (*trial*) que os fatos deverão ser considerados e apresentados. Quanto mais claros forem os *pleadings*

⁴⁹⁶ FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur. **Civil Procedure**. 5. ed. Saint Paul: West Publishing, 2015, p. 388.

⁴⁹⁷ Para uma discussão abrangente do tema, vide: HOFFMAN, Lonny. Access to Information, Access to Justice: The Role of Presuit Investigatory Discovery. In: **University of Michigan Journal of Law Reform**. Ann Arbor: University of Michigan Law School, 2007, v. 40, n. 2.

⁴⁹⁸ DODSON, Scott. Presuit discovery in a comparative context. In: **Journal of Comparative Law**. Londres: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2011, v. 6, p. 58-59.

mais fácil será a delimitação do *discovery*. Há, na verdade, uma tendência em maior rigor na análise dos *pleadings*, a partir de um teste de plausibilidade, após o julgamento dos casos *Iqbal* e *Twombly* (vide Cap. 4, Item 4.7.3.).

A *Rule 26*, FRCP estabelece um *discovery* como investigação abrangente, indo para além do que pode ser levado como evidencia no *Trial*⁴⁹⁹. Muitas das regras substantivas do *Evidence Law*, como a vedação ao *hearsay*, são inaplicáveis durante os depoimentos (*depositions*) do *discovery*, pois são pensadas para regular não a investigação das partes, mas a apresentação de elementos de convencimento ao júri⁵⁰⁰. Entretanto, é possível objetar uma questão que seja em si mesma argumentativa ou capaz de levar o interrogado a erro. O *discovery*, como estabelecido no caso *Hickman v. Taylor*⁵⁰¹, tem um papel fundamental na preparação para o julgamento, determinando as questões fáticas a serem enfrentadas. Ou seja, o modelo de controle de provas, representado pelas regras de exclusão, não tem, no processo civil americano, plena aplicação durante o *discovery*, mas se apresenta como um filtro a delimitar o que poderá ser considerado como prova durante o *trial*. O caso *Hickman v. Taylor* estabeleceu a impossibilidade de descoberta dos documentos que sejam preparados pela ou para a parte em um cenário no qual fosse provável o início de um processo contencioso e a impossibilidade de se descobrir as impressões, conclusões, opiniões e teorias jurídicas que sejam apresentadas pelo advogado da outra parte⁵⁰². Esta é a chamada imunidade do “*work product*”⁵⁰³.

De maneira geral os depoimentos, neste momento, não se atêm ao objeto próprio do processo ou mesmo a provar de maneira definitiva os argumentos das partes. Estas são atividades a serem desenvolvidas no *trial*. Mas a atividade investigatória pode ser encaminhada para a descoberta de evidências não admissíveis para julgamento, mas relacionadas ao caso. O *discovery* é intencionalmente amplo, permitindo a investigação de todos os elementos relacionados ao caso, sendo a análise da relevância feita tendo em vista a introdução da prova como *evidence* no *trial*, mas não limitando satisfatoriamente as investigações em *pretrial*⁵⁰⁴. Aí reside uma peculiaridade relevante do sistema norte-americano: o juiz não conduz a produção de provas, mas apenas gerencia o caso, sendo certo que não existe o mesmo rigor, nesta fase

⁴⁹⁹ YEAZELL, Stephen C.. **Civil procedure**. 8. ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2012, p. 459.

⁵⁰⁰ BROUN, Kenneth et al. **McCormick on evidence**. 7. ed. Saint Paul: Thomson West, 2014, versão Kindle, Posição 902.

⁵⁰¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **329 U.S. 495 (1947)**. Justice Frank Murphy. j. 13 jan. 1947.

⁵⁰² CLERMONT, Kevin. **Principles of Civil Procedure**. 5. ed. Saint Paul: West Publishing, 2018, p. 87-88.

⁵⁰³ MARCUS, Richard et al.. **Civil Procedure: a modern approach**. Saint Paul: West Publishing, 2014, p. 438.

⁵⁰⁴ SUBRIN, Stephen; MINOW, Martha; BRODIN, Mark; MAIN, Thomas. **Civil procedure: doctrine, practice and context**. 3. ed. Nova Iorque: Aspen Publishing, 2008, p. 364.

processual, com relação à adstrição da atividade de coleta de provas ao *thema probandum* em comparação com outros sistemas.

De maneira geral, as atividades probatórias são conduzidas pelas partes. Há o controle judicial de sua atividade, sendo certo que o juiz poderá limitar a *discovery* se for “*irrazoavelmente acumulativa ou duplicada, se for possível obter a evidência por outro meio mais conveniente, menos oneroso ou custoso, ou se os custos e esforços com a discovery superarem o seu benefício potencial*”⁵⁰⁵. Além disso, não é possível a obtenção de material privilegiado, seja por meio de evidência oral ou escrita, assim estabelecido nas *Rules of Evidence*, devendo se registrar que há ampla variação entre os privilégios comparando as diversas leis estaduais e a lei federal americana⁵⁰⁶.

Não se deve conduzir a *discovery* de maneira excessivamente ampla ou custosa (*overly broad e unduly burdensome*) para as partes, nos termos da *Rule 26(c)(i)*. Entretanto, cabe a quem se recusa a cooperar com a produção da prova requerida demonstrar que a medida é inadequada para as necessidades do caso⁵⁰⁷, não sendo possível a mera alegação genérica sobre a impropriedade da medida⁵⁰⁸. Além disso, o patamar a ser demonstrado não é tão baixo, no caso *Snowden v. Connaught Laboratories*, por exemplo, foi decidido que o requerimento para a inspeção de uma fábrica não deveria ser indeferido pela mera possibilidade do *discovery* atrapalhar as atividades empresariais, ainda que implicando trabalho para o requerido.⁵⁰⁹

De qualquer maneira, sucessivas reformas foram implementadas justamente com o objetivo de tentar delinear de maneira mais estrita o escopo do *discovery*. Desde a edição das FRCP em 1938, a *Rule 26*, que trata da *discovery*, foi modificada várias vezes, a mais recente no ano de 2015. Muitas destas modificações procuraram adequar o formato da *discovery* e sua amplitude, para atender às críticas de que ela seria uma das responsáveis pelos altos custos e

⁵⁰⁵ Trecho do julgamento do caso *Davis v. Precoat Metals*. ESTADOS UNIDOS. District Court of the Northern District of Illinois. **2002 WL 1759828 (N.D. Ill. 2002)**. Magistrate Judge Nan Nolan. j. 23 jul. 2004.

⁵⁰⁶ FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur. **Civil Procedure**. 5. ed. Saint Paul: West Publishing, 2015, p. 389.

⁵⁰⁷ SUBRIN, Stephen; MINOW, Martha; BRODIN, Mark; MAIN, Thomas. **Civil procedure: doctrine, practice and context**. 3. ed. Nova Iorque: Aspen Publishing, 2008, p. 366-367.

⁵⁰⁸ Veja-se o caso *Fisher v. Forrest*: “*The December 1, 2015 amendments to the Federal Rules of Civil Procedure are now 15 months old. It is time for all counsel to learn the now-current Rules and update their "form" files. From now on in cases before this Court, any discovery response that does not comply with Rule 34's requirement to state objections with specificity (and to clearly indicate whether responsive material is being withheld on the basis of objection) will be deemed a waiver of all objections (except as to privilege).*” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Southern District of New York. **1:2014cv01304 - Document 151 (S.D.N.Y. 2017)**. Rel. Magistrate Judge Andrew Peck. 28 fev. 2017.

⁵⁰⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. District Court, Kansas. **137 F.R.D. 325 (D. Kan. 1991)**. Rel. Magistrate Judge Wooley. j. 14 fev. 1991.

demora processual⁵¹⁰, já que com o passar do tempo as técnicas de *discovery* foram, várias vezes, utilizadas de maneira inadequada, fazendo surgir preocupações sobre a adequação do instituto⁵¹¹. A situação, de certa maneira, é paradoxal. O jurista americano tem orgulho de seu formato de investigação de provas e do seu modelo liberal de processo, mas, ao mesmo tempo, critica o funcionamento pragmático do *discovery*. É por isso que o instituto foi sucessivamente reformado, procurando acomodar as percepções divergentes sobre o seu papel e sobre o atingimento de seus objetivos.

As FRCP foram editadas no ano de 1938 e com menos de uma década de sua vigência teve início a reforma do conteúdo de sua *Rule 26*. A reforma de 1946 clarificou que a parte requerida não poderia objetar um pedido de *discovery*, com o argumento de que a informação seria inadmissível como evidência para fins de julgamento, desde que a informação pretendida razoavelmente pudesse levar à descoberta de evidências admissíveis.

Em 1983 a regra foi novamente modificada, desta vez para evitar *discoveries* redundantes ou desproporcionais, dando ao magistrado o poder para controlar a atividade probatória, além de incentivar uma atuação mais ativa do magistrado. Esta foi uma modificação que procurou incentivar a intervenção judicial como mecanismo de gerenciamento do caso. Na reforma subsequente, em 1993, foram estabelecidos limites no número máximo de utilização de alguns mecanismos de *discovery*, estabelecendo-se 10 *depositions* e 25 *interrogatories* por parte. Esta foi uma tentativa de diminuir a utilização ou a “quantidade” de alguns dos mecanismos, objetivando melhor delinear e concentrar os esforços de investigação das partes.

O legislador americano, procurou, por reforma operada em dezembro de 2000, reduzir o âmbito de investigação possível na *discovery*, criando dois níveis para atuação. Ficou estabelecido, naquela oportunidade, o direito à investigação e produção de provas relacionadas a “qualquer matéria não protegida por privilégio que seja relevante para qualquer alegação

⁵¹⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 75-76.

⁵¹¹ “As the years have passed, discovery techniques and tactics have become a highly developed litigation art -- one not infrequently exploited to the disadvantage of justice. As the Court now recognizes, the situation has reached the point where there is serious concern about undue and uncontrolled discovery.” (caso *Heber v. Lando*) ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **441 U.S. 153 (1979)**. Justice White. j. 18 abr. 1979.

do autor ou defesa do réu”⁵¹² ⁵¹³. Por outro lado, os elementos probatórios descritos, de maneira mais abrangente, como “*relevantes para a matéria discutida na ação*”, apenas poderiam ser produzidos se a parte requerente demonstrar “*boas razões*” para tanto, sendo certo que as informações obtidas pela *discovery* não precisam ser admissíveis como prova para fins de julgamento⁵¹⁴. Houve, como bem se vê, a preocupação em reduzir o *discovery*, que antes poderia recair sobre qualquer matéria relevante para a matéria discutida na ação, para a circunscrição daquilo especificamente relevante para a alegação do autor ou defesa do réu⁵¹⁵.

A nota do comitê responsável pela supracitada revisão, foi clara em demonstrar a amplitude da discussão e da preocupação em restringir a amplitude da *discovery*, para que a atividade instrutória e as atividades das partes e do tribunal pudessem focar no objeto litigioso do processo. A questão, contudo, é que a linha a delimitar o escopo é tênue e mesmo ambígua⁵¹⁶. Na prática, a modificação legislativa não obteve o intento desejado, de maneira geral, os advogados não pediram a limitação do escopo da *discovery* e, muitas vezes, nem os juízes têm tido a iniciativa de limitá-la *ex officio*⁵¹⁷, embora a doutrina reporte a observância de um certo movimento nesse sentido em algumas cortes estaduais⁵¹⁸.

Em 2015 nova reforma e modificação legislativa no ponto, com diversas alterações sendo implementadas nas FRCP, para reforçar os limites possíveis para a *discovery*. A reforma visou a minorar custos e ônus excessivos na fase investigatória, considerando as necessidades da causa, seu valor, os meios e recursos de que dispõem as partes e a importância do objeto do

⁵¹² De maneira geral a condução da questão cabe ao juiz responsável pelo caso e apenas situações de erro grave é que autorizam a revisão da decisão em grau de recurso, vide decisão da Court of Appeals para o 8º Circuito em *Government of Ghana v. Proenergy Services LLC*: “Under the Federal Rules, any unprivileged matter that is relevant to a party’s claim or defense is generally discoverable. Fed.R.Civ.P. 26(b)(1). However, “[a]ppellate review of a district court’s discovery rulings is ‘both narrow and deferential.’ *Roberts v. Shawnee Mission Ford, Inc.*, 352 F.3d 358, 360 (8th Cir.2003) (quoting *Moran v. Clarke*, 296 F.3d 638, 650 (8th Cir.2002) (en banc)). The court “will not reverse a district court’s discovery ruling ‘absent a gross abuse of discretion resulting in fundamental unfairness in the trial of the case.’” *Tenkku v. Normandy Bank*, 348 F.3d 737, 743 (8th Cir.2003) (quoting *McGowan v. Gen. Dynamics Corp.*, 794 F.2d 361, 363 (8th Cir.1986)).” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Court of Appeals of the 8th Circuit. **667 F.3d 340, 343**. Rel. Circuit Judge Melloy. j. 01 mai. 2012.

⁵¹³ DAWSON, Martha; KELLY, Bree. The Next Generation: Upgrading Proportionality for a New Paradigm. In: **Defense Counsel Journal**. Chicago: IADC, out. 2015, p. 436.

⁵¹⁴ MILLER, Arthur. Simplified leading, meaningful days in court, and trials on the merits: reflections on the deformation of federal procedure. In: **New York University Law Review**. Nova Iorque: NYU, 2013, v. 88, p. 355.

⁵¹⁵ TEPLY, Larry L.; WHITTEN, Ralph U.. **Civil Procedure**. 4. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2009, p. 825-826.

⁵¹⁶ ROWE JR., Thomas D.. A Square Peg in a Round Hole?: The 2000 Limitation on the Scope of Federal Civil Discovery. **Tennessee Law Review**. 2001, Knoxville: Tennessee Law Review Association, n. 69, p. 16.

⁵¹⁷ GRIMM, Paul W.; YELLIN, David S.. A Pragmatic Approach to Discovery Reform: How Small Changes Can Make a Big Difference in Civil Discovery. In: **South Carolina Law Review**. Columbia: USCSL, 2013, v. 64, p. 514-515.

⁵¹⁸ NETZORG, Gordon W.; KERN, Tobin. Proportional Discovery: Making It the Norm, Rather than the Exception. In: **Denver University Law Review**. Denver: Sturm College of Law, 2010, v. 87, p. 530.

processo. O texto legal atual estabelece a necessidade de análise de uma verdadeira proporcionalidade probatória, com a verificação de se o mecanismo pretendido é justificável à luz da necessidade de um processo eficiente e sem custos indevidos. Embora a previsão de que o *discovery* deveria ser conduzido de maneira proporcional não seja, propriamente, uma novidade, já que se extraia do sistema, a reforma de 2015 procurou explicitar a necessidade de contenção da investigação probatória, em atenção à necessidade do caso, em um balanceamento proporcional entre as vantagens e desvantagens⁵¹⁹.

Além disso, qualquer requerimento, resposta ou objeção de *discovery* deve conter a declaração e certificação da parte, assinada por seu advogado, de que é feito em conformidade com as regras processuais e com as regras legais e de o requerimento não pretende embaraçar o curso do processo, causar demora desnecessária ou aumentar os custos processuais. A violação dessa certificação, sem justificativa substancial, leva à imposição de sanção, incluindo ordem para o pagamento das despesas e honorários de advogado decorrentes do fato. Entretanto, a posição tradicional dos tribunais americanos tem sido de apenas sancionar as partes em situações graves, havendo uma tolerância na condução do tema⁵²⁰.

O foco da reforma foi reforçar a importância da regra da proporcionalidade na condução da *discovery*, estabelecendo não apenas a responsabilidade do juiz em analisar a questão, mas colocando para as partes o dever de apresentarem requerimentos que sejam razoáveis e proporcionais para seus legítimos objetivos, sob pena de sanção⁵²¹. Por este mesmo motivo foi extinta a distinção introduzida pela reforma do ano 2000 entre “*matéria discutida na ação*” e “*matéria que seja relevante para o pedido ou defesa*” para fins de *discovery*.

A proporcionalidade da *discovery* é uma regra bem estabelecida no sistema americano, mas as várias modificações legais operadas parecem indicar uma constante insatisfação com a operacionalidade prática do sistema. A noção prevalecente é que o *discovery* é um dos causadores dos elevados custos e causa de ineficiência no processo⁵²².

⁵¹⁹ DAWSON, Martha; KELLY, Bree. The Next Generation: Upgrading Proportionality for a New Paradigm. In: **Defense Counsel Journal**. Chicago: IADC, out. 2015, p. 437.

⁵²⁰ HAZARD JR., Geoffrey; TARUFFO, Michele. **American Civil Procedure**. New Haven: Yale, 1993, p.117-118.

⁵²¹ DAWSON, Martha; KELLY, Bree. The Next Generation: Upgrading Proportionality for a New Paradigm. In: **Defense Counsel Journal**. Chicago: IADC, out. 2015, p. 440-441.

⁵²² Alguns doutrinadores, mais acendrados, apontam o *discovery* como um dos grandes problemas do processo civil Norte-Americano, sendo um sistema que falhou e não cumpriu os seus objetivos, sendo desejável que os Estados Unidos adotassem um sistema de instrução probatória mais restrito, a semelhança de outros países. Veja-se, por exemplo, a incisiva colocação de George Shepherd: “*Broad discovery harms the litigation process like a cancer. The discovery provisions in the 1938 FRCP, and thereafter in most states' procedural codes, were a grand experiment. But the last seven decades have shown that, even by the FRCP's own standards, they are a failure. They have not led to the 'just, speedy, and inexpensive determination of every action,' as Rule 1 promised.*”

O sistema de custos relativos ao *discovery* coloca-os sob responsabilidade da parte que deverá apresentar o meio de prova, não da parte que requer sua produção. Esta alocação dos custos envolvidos é, também, um dos fatores que acabam por incentivar uma investigação mais ampla, já que quem arca com as despesas maiores é quem apresenta a prova (quem tem o ônus de sua apresentação) e não quem pediu sua produção⁵²³. A regra da proporcionalidade e a possibilidade de sanção de pedidos ou iniciativas probatórias desproporcionais procuram contrabalançar os interesses e permitir o adequado funcionamento do sistema.

Um dos principais problemas decorrentes da má utilização da *discovery* é a incidência de custos excessivos para as partes. Por isso, se não for adequadamente gerenciada, ela pode virar um instrumento de pressão tática nas mãos de uma das partes. Além disso, o crescente número de dados arquivados eletronicamente tem levado a novos problemas referentes ao armazenamento e produção de dados desse tipo de documento. A noção de que todos os documentos relacionados ao caso devem ser revisados fez com que os limites da atividade de *discovery* fossem, como visto, consideravelmente amplos. Daí a necessidade e preocupação no tratamento dos documentos e informações eletrônicas, já que nas últimas décadas a produção e armazenamento de informações cresceu exponencialmente, o que impactou na quantidade de documentos a serem produzidos e analisados no curso do processo. Os juízes, contudo, de maneira geral não intervêm com frequência no *discovery*, que é tido principalmente como uma atividade das partes, a ser desenvolvida de maneira cooperativa.

4.7.4. *Recentes desenvolvimentos jurisprudências: a importância das investigações informais prévias das partes e a delimitação do pleading*

SHEPHERD, George. Still a Failure: Broad Pretrial Discovery and the Superficial 2015 Amendments. In: **Akron Law Review**. Akron: UASL, 2017, v. 51, p. 818.

⁵²³ “At the time of the Federal Rules’ adoption in 1938, however, apparently no attention, at any level of the process, was devoted to the question of to which party, in the first instance, the cost of discovery should be attributed. It appears that it was widely-if only implicitly- assumed that discovery costs were to remain where they fell: a party required to produce discovery requested by another party was - and to this day continues to be - assumed to bear whatever costs it incurred in the course of that production. Thus, since the adoption of the Federal Rules in 1938, the allocation of discovery costs has been governed by the presumption that the party from whom the information is sought—the producing party—must bear the expenses associated with the fulfillment of its opponent’s discovery requests. Recently, however, several courts have begun to chip away at this presumption. Backed by substantial urging from scholars, a few pioneering judges have ordered the requesting parties to bear some of the production costs associated with their requests for electronically stored information.” REDISH, Martin H.; McNAMARA, Colleen. Back to the future: discovery cost allocation and modern procedural theory. In: **The George Washington Law Review**. Washington: GWULS, 2011, v. 79, n. 3, p. 774.

A partir de 2007, com o julgamento do caso *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*⁵²⁴, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, os esforços pré-processuais, preparatórios e informais ganharam importância maior⁵²⁵. Antes desse caso o entendimento predominante era a “doutrina do *notice pleading*”, consistente na necessidade de que a petição inicial (*pleading*) contivesse apenas uma descrição geral dos termos do caso, sem a necessidade de maiores formalidades ou detalhamento profundo dos fatos (vide item Cap. 4., Item 4.7). Este modelo surgiu com as *Federal Rules of Civil Procedure, Rules 7-10*, em substituição ao tradicionalmente rigoroso sistema do “*fact pleading*”, que era seguido anteriormente no âmbito federal norte-americano⁵²⁶.

A doutrina do *notice pleading* foi delineada pelo precedente estabelecido em 1957 com o julgamento do caso *Conley v. Gibson*, no qual a Suprema Corte estabeleceu que “*uma ação não deveria ser extinta por defeito na apresentação do pedido [uma espécie de improcedência liminar] a menos que, de maneira indubitável, o autor não possa provar nenhum elemento em suporte de sua demanda*⁵²⁷.” Esta linha foi seguida durante muitos anos, a partir da percepção de que um modelo de *pleading* simplificado decorria da liberdade de atuação decorrente das regras de *discovery* e daquelas relativas aos julgamentos sumários para a identificação dos fatos controvertidos e para o encerramento prematuro dos casos evidentemente improcedentes, como afirmado no caso *Swierkiewicz v. Sorema N.A.*⁵²⁸.

Com o julgamento do caso *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, a Suprema Corte alterou um entendimento então vigente a mais de sessenta anos⁵²⁹ e estabeleceu que o autor deve demonstrar fatos e elementos que indiquem, de maneira plausível, que ele poderá vir a sagrar-se vencedor na demanda, aumentando, assim, significativamente o requerimento. Este entendimento veio a ser confirmado no julgamento de *Ashcroft v. Iqbal*⁵³⁰, em 2009. A petição inicial deve conter bases factuais e ser crível a partir de critérios lógicos, indicando a

⁵²⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **550 U.S. 544. (2007)** Justice David Souter. j. 21 mai. 2007.

⁵²⁵ BROWN, Kenneth et al. **McCormick on evidence**. 7. ed. Saint Paul: Thomson West, 2014, versão Kindle, Posição 771.

⁵²⁶ MARCUS, Richard L. et al. **Civil Procedure: a modern approach**. Saint Paul: West Publishing, 2014, p. 214-2105.

⁵²⁷ Tradução livre de: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **355 U.S. 41 (1957)**. Justice Hugo Black. j.18 nov. 1957.

⁵²⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **534 U.S. 506 (2002)**. Justice Clarence Thomas. j. 26 fev. 2002.

⁵²⁹ CHASE, Oscar et al. **Civil litigation in comparative context**. 2. ed. Minnesota: West Academic, 2017, p. 279

⁵³⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **56 U.S. 662 (2009)**. Justice Anthony Kennedy. j. 18 mai. 2009.

possibilidade de êxito do autor. É preciso, portanto, que os *pleadings* sejam específicos e plausíveis, para que se admita o prosseguimento da ação⁵³¹.

Estes precedentes, ao estabelecerem um patamar mais rigoroso para a admissão da petição inicial e, assim, restringirem o âmbito de atividade investigatória possível de ser desenvolvida durante o *discovery*, aumentaram a necessidade de prévia investigação pelas partes⁵³². Deve-se registrar, contudo, que há vozes na doutrina norte-americana entendendo que estas decisões não necessariamente representariam um maior rigor em relação aos *pleadings*⁵³³. Por outro lado, há quem questione se é desejável, efetivamente, a limitação do *discovery* e uma análise mais rigorosa dos *pleadings*, já que o modelo flexível introduzido pelas FRCP apresenta-se como um instrumento importante para permitir a defesa de direitos e o julgamento de casos em seu mérito⁵³⁴.

Para que seja possível a admissão do caso, o *pleading* tem que ser plausível em relação aos fatos. O requisito da plausibilidade passou a requerer um maior detalhamento da exposição dos fatos no início do processo, com a apresentação de elementos. Ele, portanto, limitou as possibilidades de se avançar para o *discovery* sem que os fatos sejam adequadamente indicados, sejam plausíveis. Friedenthal, Kane e Miller indicam que antes da mudança de entendimento da Suprema Corte era comum que réus decidissem negociar um acordo para um caso, mesmo tendo razão em seu mérito, simplesmente para evitar os custos relativos ao *discovery* e que, nesse sentido, estabeleceu-se uma proteção contra custos excessivos e ações aventureiras, ao se estabelecer um requisito preliminar mais rigoroso⁵³⁵.

Alguns críticos do sistema da ampla investigação existente, contudo, indicam que a modificação no entendimento jurisprudencial, levada a cabo pelo pelos precedentes supracitados, não foi suficiente para melhorar o funcionamento do processo civil estadunidense,

⁵³¹ HAZARD JR., Geoffrey; LEUBSDORF, John; BASSETT, Debra Lyn. **Civil Procedure**. 6. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2011, p. 339.

⁵³² Para uma análise crítica do impacto dos casos *Iqbal e Twombly*, questionando seu significado para o processo civil Norte-Americano, vide: MILLER, Arthur. Simplified pleading, meaningful days in court, and trials on the merits: reflections on the deformation of federal procedure. In: **New York University Law Review**. Nova Iorque: NYU, 2013, v. 88, p. 332-335.

⁵³³ “*Pleading standards, of course, were the subject of the Supreme Court’s controversial decisions in Bell Atlantic Corp. v. Twombly and Ashcroft v. Iqbal. But those decisions did not necessarily mandate a stricter approach to pleading - indeed, more recent Supreme Court decisions suggest otherwise. So although empirical studies indicate that federal courts have (at least for some kinds of cases) applied pleading standards more restrictively after Twombly and Iqbal, one explanation may be that lower courts have been misinterpreting those decisions.*” STEINMAN, Adam N.. The End of an Era? Federal Civil Procedure After the 2015 Amendments. In: **Emory Law Journal**. Atlanta: EUSL, 2016, v. 66, n. 1, p. 6.

⁵³⁴ MILLER, Arthur. Simplified leading, meaningful days in court, and trials on the merits: reflections on the deformation of federal procedure. In: **New York University Law Review**. Nova Iorque: NYU, 2013, v. 88, p. 356.

⁵³⁵ FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur. **Civil Procedure**. 5. ed. Saint Paul: West Publishing, 2015, p. 264.

sendo preferível uma reforma legal que eliminasse completamente o atual modelo de *discovery*⁵³⁶.

4.8. O papel do juiz no controle e evolução da *discovery*

Quando se afirma que no modelo processual norte-americano os advogados controlam o andamento do processo, se está a dizer que a atividade de investigação probatória será conduzida diretamente pelas partes. Isto é, sem nada parecido com o processo formal de peticionamento, requerimento e ordens do juiz como acontece no processo brasileiro. A condução é feita, por assim dizer, fora dos autos. As partes devem, de maneira geral, acordar sobre o andamento do *discovery*, apenas se não houver consenso é possível que o interessado peça ao juiz uma ordem para compelir a produção da prova⁵³⁷. Caso o juiz acolha tal requerimento, será expedida uma ordem determinando que a parte ou o terceiro pratiquem o ato, sob pena de sanção. O juiz também dispõe de poderes para controlar a produção de provas, impedindo táticas dilatórias ou a investigação de questões irrelevantes.

As partes devem cooperar durante o *discovery* e, de maneira geral, a troca de informações, a coleta de provas orais, deve ocorrer de maneira consensual entre as partes, sem a necessidade de um envolvimento ou condução direta pelo juiz. Entretanto, se houver resistência injustificada, e demonstrado que a parte requerente tentou obter o *discovery* diretamente com o requerido, é possível que seja feito o pedido para que o juiz determine o *discovery*, sob pena de sanção, nos termos da *Rule 37*, FRCP. As sanções são severas e incluem não apenas a condenação ao pagamento de custas processuais e multa, mas até mesmo a exclusão de parte das alegações fáticas da parte ou de seus argumentos até o julgamento imediato do caso em seu desfavor, embora a jurisprudência indique a necessidade de extrema cautela judicial nestas situações⁵³⁸.

⁵³⁶ “The provisions for broad discovery in the 1938 FRCP were a revolutionary experiment. The experiment began to fail from the beginning and has continued to fail. It has dramatically increased litigation's cost and pain, with few balancing benefits. Moreover, it has caused the profession to switch to hourly billing, causing an additional array of harms. Broad discovery should be eliminated, returning the United States to the sensible approach of the rest of the world. The Supreme Court's decisions in *Twombly* and *Iqbal* correctly focus on the dangers of discovery abuse and they appropriately require dismissal of some cases that would otherwise become fishing expeditions. But reform beyond this is needed. Broad discovery should be eliminated for all cases.” SHEPHERD, George. Failed Experiment: *Twombly*, *Iqbal*, and Why Broad Pretrial Discovery Should Be Further Eliminated. In: **Indiana Law Review**. Indianapolis: IUSL, 2016, v. 49, p. 502-503.

⁵³⁷ “The most important practical aspect is that the parties through their attorneys are expected to carry out the discovery stage themselves, through negotiation and stipulations, and not by going to court for directions and rulings.” HAZARD JR., Geoffrey; LEUBSDORF, John; BASSETT, Debra Lyn. **Civil Procedure**. 6. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2011, p. 338.

⁵³⁸ MARCUS, Richard L. et al. **Civil Procedure: a modern approach**. Saint Paul: West Publishing, 2014, p. 472.

Entretanto, a prática forense revela uma relutância dos juízes em intervir nesta fase processual⁵³⁹. Três são as razões centrais. Em primeiro lugar, os juízes não têm o mesmo contato com o caso, em comparação com as partes, e, por isso, não tem conhecimento de seus pormenores, para que possam agir e intervir de maneira assertiva. Em segundo, há uma tradição liberal em relação ao tema, a introdução do *discovery* representou um avanço tão importante no sistema processual que parece haver uma cultura judicial de não intervenção, apesar das constantes críticas dos operadores e da doutrina⁵⁴⁰. Por fim, o formato do *pleading*, que não delimita adequadamente o objeto do processo e, assim, impede um controle mais vigoroso do escopo da investigação, também contribui para o problema⁵⁴¹.

O juiz, com efeito, dispõe de diversos mecanismos para assegurar o adequado funcionamento do *discovery*. Como parte de sua atribuição de supervisionar e conduzir a fase de investigação, o juiz pode se valer de uma série de mecanismos, a depender da conduta faltosa que seja verificada no caso. A regra 37 das *Federal Rules of Civil Procedure* traz diversas possibilidades de sanção, como considerar provado o fato em desfavor da parte que não cooperou com a *discovery*, proibir a apresentação no *trial* de meios de prova pela parte faltosa, suspender o processo até que seja cumprida a determinação, julgar o caso, no todo ou em parte, imediatamente em desfavor da parte e aplicar as sanções de *contempt of court*.

Embora a doutrina registre uma certa resistência dos tribunais em intervir durante o *discovery*, em casos de abuso extremo a Suprema Corte estabeleceu que a extinção prematura do caso (*dismissal*) pode ser determinada pelo juiz. No julgamento do caso *National Hockey League v. Metropolitan Hockey Club, Inc.*⁵⁴² foi firmado o precedente de que quando houve flagrante má-fé na condução do *discovery* ou um claro descaso para com as obrigações de cooperação processual na fase de investigação é possível que seja aplicada a pena mais grave de determinar o imediato julgamento do processo em desfavor da parte faltosa. Por outro lado,

⁵³⁹ “Conversely, limitations on discovery are rarely enforced absent a specific, fact-supported challenge mounted by the resisting party. Courts with crowded dockets seem to prefer—or are simply more accustomed to—resolution of discovery disputes by an itemized analysis of each disputed discovery request and the sufficiency of the specific objection. Still largely missing is any assessment of whether the discovery sought is proportional in its broader context, considering the needs of the case, the amount in controversy, the significance of the issues, and the resources of the parties. The judicial “vigor” hoped for by the Advisory Committee when the proportionality guidelines were first adopted has failed to materialize.” NETZORG, Gordon; KERN, Tobin. Proportional discovery: making it the norm, rather than the exception. In: **Denver University Law Review**. Denver: Sturm College of Law, 2010, v. 87., p. 522.

⁵⁴⁰ Este argumento se parece um pouco com o que é feito no Brasil em relação aos recursos. Parece haver um consenso de que o sistema recursal é um dos causadores da ineficiência judicial, mas qualquer modificação para diminuir a utilização dos recursos ou sua quantidade encontra resistências, como pode se observar das discussões sobre o Novo Código de Processo Civil.

⁵⁴¹ FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur. **Civil Procedure**. 5. ed. Saint Paul: West Publishing, 2015, p. 421-422.

⁵⁴² ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **427 U.S. 639 (1976)**. j. 30 jun. 1976.

no julgamento de *Societe Internationale v. Rogers*⁵⁴³, a Suprema Corte já havia estabelecido que se a falha em cooperar com o *discovery* ou em cumprir uma determinação judicial não decorrer de má-fé, dolo ou de atitude deliberada da parte, não é possível a extinção prematura do feito (*dismissal*).

Ou seja, para que seja aplicada a sanção mais grave de imediato julgamento do caso em desfavor da parte é indispensável que seja feita uma análise subjetiva do comportamento da parte. Não é o simples descumprimento de uma determinação judicial ou a falha em cumprir com alguma obrigação relativa ao *discovery* que aduzirá esta consequência, mas é preciso que fique evidenciada a má-fé, o dolo ou o deliberado comportamento da parte para não cumprir com a obrigação.

Observa-se, também, uma tendência em não tolerar dilações no prazo acordado para o *discovery*. Por exemplo, no caso *Zurich Insurance v. European Tiles and Floors and Dalzell*⁵⁴⁴, a justiça federal americana entendeu que não seria possível conceder prazo adicional para a colheita de um depoimento, considerando que a parte não observou o prazo previamente calendarizado e nem demonstrou ter diligentemente adotado todas as medidas necessárias para o cumprimento tempestivo do ato processual.

A necessidade de controle judicial do *discovery* se dá para evitar condutas abusivas ou danos às partes, como o indevido aumento de custos com honorários de advogados. Além disso, a intervenção deve se voltar para assegurar um ambiente cooperativo e um processo em tempo adequado. Além da possibilidade de sanção de condutas indevidas é possível que o magistrado adapte o funcionamento do *discovery*, de maneira a assegurar o atingimento de suas finalidades precípuas e que ela seja proporcional às necessidades do caso. Por exemplo, o *discovery* pode ser feito de maneira que a prova seja inicialmente apresentada apenas ao juiz, sem o conhecimento da outra parte, para que seja avaliada a efetiva necessidade de sua produção e do conhecimento do adversário. Esse tipo de medida é importante nos casos no quais o acesso à informação possa causar danos à uma das partes, como a revelação de segredos comerciais. Por outro lado, se o risco estiver relacionado à publicização e eventual acesso de terceiros à prova

⁵⁴³ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. 357 U.S. 197 (1958). j. 15 jun. 1958.

⁵⁴⁴ “the sole reason that Defendant Dalzell did not timely schedule Mr. Semore’s deposition is that counsel “failed to calendar” the January 20, 2017 deadline. (Doc. 58, p. 2). However, Defendant Dalzell was fully aware of Mr. Semore’s timely disclosed expert report and apparently even addressed it at the mediation on December 20, 2016. (Doc. 60, p. 4). In addition, even though counsel forgot to calendar the January 20, 2017 deadline, the summary judgment deadline was rapidly approaching. Thus, Defendant Dalzell should have been diligent in completing discovery in anticipation of that deadline. Therefore, Defendant Dalzell cannot demonstrate diligence in pursuing discovery. See, e.g., *Rumbough v. Experian Info. Solutions, Inc.*, No. 6:12-cv-811, 2013 WL 11325232, *2 (M.D. Fla. Oct. 4, 2013); *Homes & Land Affiliates, LLC v. Homes & Loans Magazine LLC*, No. 6:07-cv-1051, 2008 WL 4186989, *1 (M.D. Fla. Sept. 8, 2008).” ESTADOS UNIDOS. US District Court – Florida. [Case 8:16-cv-729-T-33AAS](#). Magistrate Judge Amanda Arnold Sansone. J. 16 fev. 2017.

é possível que seja determinada a realização em sigilo do *discovery*. O juiz também pode determinar que primeiro será feita a *discovery* sobre certos fatos ou questões e apenas se ficar clara a necessidade de investigação sobre os demais fatos é que se estenderá a *discovery*.

O caminho parece ser o de acomodar os interesses, entre a necessidade de um *discovery* abrangente, consentâneo com a tradição liberal do processo civil americano, e a necessidade de se lidar com o problema crônico dos altos custos envolvidos no processo contencioso nos Estados Unidos. Os mecanismos de gestão processual, a partir de um controle proporcional entre as medidas pretendidas e as necessidades do caso, estão positivados, entretanto, o *discovery*, sua amplitude e custos, continua sendo um dos institutos que justificam a percepção de ineficiência no funcionamento judicial.

4.9. O *disclosure* no Direito da Inglaterra e País de Gales: a influência das *Civil Procedure Rules*

Como visto no Cap. 4, Itens 4.1 e 4.2, acima, a conformação de um modelo de investigação dos fatos remonta ao século XIX, em uma evolução paralela, mas com influências recíprocas, na Inglaterra⁵⁴⁵ e nos Estados Unidos. Na Inglaterra, de maneira semelhante ao estabelecido nas *Federal Rules of Civil Procedure* norte-americanas, também existe uma fase de *pretrial* que envolve a produção de provas e a troca de informações entre as partes, para permitir a reunião de informações, em um ambiente de cooperação, que permita a preparação do caso para julgamento. Deve-se registrar, contudo, que o âmbito do *disclosure* na Inglaterra é substancialmente mais restrito que nos Estados Unidos, permitindo-se a investigação apenas em contornos mais restritos. Os americanos são, realmente, excepcionais em relação à amplitude de investigação processual que outorgam. Além disso, as recentes reformas do processo civil inglês geraram uma situação mais próxima da tradição continental, inclusive pela severa restrição da utilização de júris em matérias cíveis⁵⁴⁶.

Como a tradição do *Common Law* sempre foi a de concentração do julgamento e apreciação das provas no *trial*, as regras probatórias surgiram como filtro ou barreira para impedir a apresentação de determinados elementos ou meios de prova durante o *trial*. Daí, também, o recorte para se falar em fase de “descoberta” ou “revelação” e fase de “apresentação das evidências”. A distinção tradicional entre “*discovery*” e “*evidence*” perde parte de seu

⁵⁴⁵ As menções feitas à Inglaterra devem ser lidas sempre como compreendendo também o País de Gales.

⁵⁴⁶ ZUCKERMAN, Adrian. **Zuckerman on Civil Procedure**. 2. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2006, p. 744-745.

significado e impacto histórico ao se estabelecer que ambas se prestam à mesma finalidade de permitir um adequado acesso à informação das partes e do juiz, sendo menos relevante a separação entre os meios de prova serem considerados ou não no *trial*. As regras de evidência sempre atuaram como filtro para delimitar os elementos aceitos para apresentação e apreciação durante o *trial*, mas com a maior participação do juiz na fase de investigação e o declínio do julgamento pelo júri, a tendência é de aproximação entre as noções, como percebido por Neil Andrews⁵⁴⁷.

Em 1999 a Inglaterra e o País de Gales adotaram, a partir do projeto e dos relatórios sobre acesso à justiça apresentados por Lord Woolf, as *Civil Procedure Rules* (“CPR”). Várias foram as modificações processuais decorrentes da reforma, tendo sido estabelecidos objetivos fundamentais para a atividade processual (*overriding objectives*), para que os casos sejam resolvidos de maneira justa e com custos adequados. No que diz respeito ao objeto deste trabalho, deve-se destacar a preocupação em reduzir o escopo e melhor delinear a atividade do *discovery*⁵⁴⁸, tido como um dos grandes responsáveis pela ineficiência da atividade processual e pelo incremento nos custos⁵⁴⁹. Observou-se a ampliação do papel do juiz, com a criação do gerenciamento processual, e o estímulo à solução consensual e negociada das controvérsias⁵⁵⁰. Isso não significa uma ruptura completa com o sistema adversarial, já que são marcantes a autonomia das partes e a premissa de que o julgamento se dá pelas provas apresentadas pelas partes, embora a *Rule 32.1* estabeleça os poderes do juiz no controle das provas⁵⁵¹⁻⁵⁵². O que se alterou, de maneira mais substancial, foi a possibilidade de o processo ser conduzido, com a determinação para o cumprimento de atos ou fases processuais, por controle do juiz⁵⁵³.

Com a reforma e a introdução das CPR, *disclosure* passou a ser a designação do instituto de troca de informações, documentos, e investigação das partes antes do *trial*, em substituição à nomenclatura tradicional de *discovery*. Uma dos objetivos da reforma do processo civil inglês foi permitir uma fase de coleta de provas mais direcionada e eficiente, evitando a amplitude

⁵⁴⁷ ANDREWS, Neil. **The modern Civil Procedure**. Tubinga: Mohr Siebeck, 2008, p. 108.

⁵⁴⁸ ZUCKERMAN, Adrian A. S.. Lord Woolf's Access to Justice: Plus ça Change... In: **The Modern Law Review**. Londres: John Wiley & Sons, 1996, v. 59, n. 6, p. 780.

⁵⁴⁹ MATTHEWS, Paul; MALEK, Hodge M.. **Disclosure**. Londres: Sweet & Maxwell, 2012, p. 22.

⁵⁵⁰ ONODERA, Marcus. **Gerenciamento do processo e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 86.

⁵⁵¹ Veja-se o teor da Rule 32.1, que versa sobre “Os poderes do juiz para controlar as provas”: “*Power of court to control evidence Rule. 32.1 (1) The court may control the evidence by giving directions as to - (a) the issues on which it requires evidence; (b) the nature of the evidence which it requires to decide those issues; and (c) the way in which the evidence is to be placed before the court. (2) The court may use its power under this rule to exclude evidence that would otherwise be admissible. (3) The court may limit cross-examination*”

⁵⁵² ZUCKERMAN, Adrian. **Zuckerman on Civil Procedure**. 2. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2006, p. 423-424.

⁵⁵³ ZUCKERMAN, Adrian. **Zuckerman on Civil Procedure**. 2. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2006, p. 402-403.

excessiva, com os custos e ineficiência daí advindos, do modelo anterior⁵⁵⁴. A *discovery*, com limites estabelecidos em precedentes do século XIX, era extremamente abrangente, tendo as partes que investigar todos os elementos e documentos, de alguma maneira, relacionados ao caso. Aliás, os problemas com a amplitude da *disclosure* não foram adequadamente resolvidos pela implementação das CPR e, quatorze anos após o início de sua vigência, os altos custos processuais justificaram novas reformas, empreendidas em 2013, que foram introduzidas após a apresentação de dois relatórios por Lord Justice Jackson⁵⁵⁵.

Com o objetivo de racionalizar o procedimento e diminuir os custos, o *disclosure* deve ser conduzido pelo juiz tendo atenção aos objetivos fundamentais do processo civil e a necessidade de sua limitação, permitindo economia de custos e o julgamento justo do caso. Aparentemente as sucessivas reformas não atingiram ao objetivo pretendido de limitação da *disclosure*⁵⁵⁶, existindo propostas para novas modificações no instituto, com a formação de um Grupo de Trabalho para discutir a questão^{557 558} e aprovação de um experimento, com o teste de um “esquema piloto” de *disclosure*, nos *Business and Property Courts*. Os problemas relacionados à falta de direcionamento adequado do *disclosure*, redundando em custos elevados para as partes, demora e ineficiência na prestação jurisdicional são persistentes e ainda

⁵⁵⁴ PARKES, Tim. The Civil Procedure Rules ten years on: practitioners’ perspective. In: DWYER, Déirdre (Ed.) **The Civil Procedure Rules Ten Years On**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 443.

⁵⁵⁵ SORABJI, John. **English Civil Justice after the Woolf and Jackson reforms: a critical analysis**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 1-2.

⁵⁵⁶ Lord Dyson assim coloca a questão: “*disclosure, or discovery as it used to be called until the Woolf reforms, has long been identified as a major source of disproportionate litigation cost. The problem was highlighted in the Woolf Reports. In his report some years after Woolf, Sir Richard Aikens noted that it was still contributing to disproportionate costs. Sir Rupert Jackson reached the same conclusion. Lord Woolf identified the problem with disclosure as emanating from the Peruvian Guano test¹⁶. This rendered the ambit of disclosure ‘virtually unlimited.’ His prescription was to place limits upon it. This was to be achieved primarily by limiting disclosure to ‘standard disclosure’, to those documents that a party wishes to rely upon and those that are adverse to his case or support his opponents. If a party wanted more extensive disclosure than this, je had to apply for it specifically. That was the theory. In practice the culture remained the same despite the reports (...) The cure for this that was proposed by Sir Rupert was to revise the disclosure rules again. Standard disclosure would no longer be the default order. There would be a range of different disclosure orders available to the court. In particular it was made clear, through CPR r. 31.5(1)(b) and r.31.5(7)(a), that the court could limit disclosure to less than standard disclosure or make an order for no disclosure at all. Would the new revised rules have the desired effect? The post-Woolf revision had not altered litigant behaviour. It would appear that to a certain extent the approach to disclosure has not altered significantly even after the latest attempt to change behaviour. Anecdotally (we have no hard data), it appears that the courts and litigants have continued as before. It seems that increasing the range of options has not translated into the making of a wider range of orders, In particular, it seems that courts are not routinely making orders for less than standard disclosure, still less dispensing with disclosure altogether. The tools are at hand, but they are not being used as much as Sir Rupert or I would have wished.” DICKSON, Lord. **The English Experience of Access to Justice Reform**. Disponível em: <<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2015/05/mr-jersey-lecture-may-2015.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2018.*

⁵⁵⁷ SNELLING, Tom. **Civil Litigation disclosure: the reforms are revealed**. Disponível em: <<https://risk.freshfields.com/post/102ej1/civil-litigation-disclosure-the-reforms-are-revealed>>. Acesso em 12 nov. 2018.

⁵⁵⁸ O relatório final sobre a estrutura do Poder Judiciário apresentado por Lord Justice Briggs também indica insuficiências no modelo atualmente existente.

aguardam solução. Como bem se vê, a questão sobre a amplitude e adequação da *disclosure* é um tema ainda em aberto e a procura de soluções na Inglaterra.

4.9.1. Premissas da *disclosure* na Inglaterra e no País de Gales

Uma das premissas fundamentais do processo civil inglês é a de que todos os esforços devem ser feitos para que as partes construam uma solução negociada. Sob este viés, antes mesmo do início do processo as partes devem trocar informações e disponibilizar umas às outras todas as provas de que dispõem. O esclarecimento dos fatos cedo no contencioso é fundamental para permitir que as partes possam racionalmente analisar o caso e decidir sobre a conveniência ou não de iniciar propriamente o processo judicial⁵⁵⁹.

A revelação e troca de informação entre as partes é considerada como uma das etapas mais importantes para a resolução do conflito, pela necessidade de se garantir o equilíbrio delas no processo, além de ser uma ferramenta fundamental para a construção de uma solução consensual, viabilizando que os litigantes façam uma adequada avaliação do caso e de seu prospecto na hipótese de julgamento⁵⁶⁰. Realmente, esta é uma das premissas para que se possa adequadamente buscar compreender a realidade dos fatos relevantes para o processo⁵⁶¹.

A premissa do Direito inglês é de “cartas na mesa”⁵⁶², todas as informações e evidências devem ser disponibilizadas e, cooperativamente, trocadas entre as partes antes do julgamento e o mais cedo possível no processo⁵⁶³. A parte não tem que revelar apenas as informações e meios de prova que sejam favoráveis aos seus argumentos, mas *todas* as informações e meios de prova de que disponham, naturalmente ressalvadas aquelas provas privilegiadas. Nenhuma das partes pode ser surpreendida e o julgador deve conhecer o conteúdo e a natureza das provas antes do início do *trial*. Deve-se observar que o *disclosure* representa a obrigação de a parte apresentar todos os documentos em seu poder, tendo, assim, um sentido diferente da fase de instrução processual conhecida no Brasil, nomeadamente pela ausência de um momento endoprocessual

⁵⁵⁹ DWYER, Déirdre. *Introducton*. In: DWYER, Déirdre. (Ed.) **The Procedure Rules Ten Years On**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 13.

⁵⁶⁰ CHASE, Oscar et al. **Civil litigation in comparative context**. 2. ed. Minnesota: West Academic, 2017, p. 286.

⁵⁶¹ INGLATERRA. House of Lords. *Tweed v. Parades Commission for Norther Ireland*. [2007] 1 AC 650. Rel. Lord Bingham of Cornhill. j.15 dec. 2006.

⁵⁶² ZUCKERMAN, Adrian. **Civil Procedure**. Londres: LexisNexis, 2003, p. 463.

⁵⁶³ “Civil litigation is now developing into a system designed to enable the parties involved to know where they stand in reality at the earliest possible stage, and at the lowest practicable cost, so that they make may make informed decisions about their prospects and the sensible conduct of their cases.” INGLATERRA. Court of Appeals. [1999] EWCA Civ 3030. Rel. Lord Judge. j. 22 out. 1999.

de produção das provas constituídas, em virtude da diferença sobre como se dá a produção e apresentação das provas técnica e oral.

Não apenas as partes devem se preocupar com a coleta e compartilhamento das provas. A questão é, também, compreendida como um dever ético para os advogados. O advogado tem que alertar ao seu constituinte sobre a obrigação de revelar todas as informações e provas de que tiver conhecimento. Além disso, ele deve garantir, no melhor de suas habilidades, que as provas originais sejam preservadas e disponibilizadas à parte adversa durante o *disclosure*. O advogado deve se recusar a patrocinar a causa, renunciando aos seus poderes, se o cliente se recusar a revelar e a disponibilizar todas as provas de que dispõe, como estabelecido pelo Código de Condutas do *Bar* da Inglaterra e do País de Gales⁵⁶⁴. A questão, portanto, é não apenas de uma obrigação da parte, mas um imperativo ético da atuação do advogado.

Adicionalmente, o descumprimento de uma ordem judicial que envolva a obrigação de *disclosure* leva à sanções processuais graves, como o *contempt of court* ou até mesmo a exclusão de um argumento ou pedido da parte, embora, em atenção ao contraditório, deva ser sempre oportunizada a apresentação de justificativas⁵⁶⁵. Existem, então, mecanismos processuais para garantir o cumprimento da obrigação.

4.9.2. Os *pre-action protocols* e a revelação de informações e provas antes do início do processo

Ainda antes do início do processo, as partes devem, conforme a natureza da causa, seguir um protocolo prévio (*pre-actio protocol*), consistente na troca de informações e provas, com o objetivo de se obter uma autocomposição do litígio⁵⁶⁶. Mesmo nas hipóteses em que não há a previsão de um *pre-action protocol* específico, elas devem se portar desta maneira⁵⁶⁷. Assim, existem dois momentos importantes de investigação e troca de informações entre as partes, um deles antes do início do processo, como etapa prevista no protocolo de pré-ação, e outro durante a *disclosure*, com a supervisão e intervenção em *case management* do juiz⁵⁶⁸.

⁵⁶⁴ SIME, Stuart. **A practical approach to Civil Procedure**. 11. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

⁵⁶⁵ TAPPER, Colin. **Cross & Tapper on Evidence**. 12. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 277-278.

⁵⁶⁶ Na doutrina brasileira sobre o tema, veja-se: SILVEIRA, Susana Amaral. **Acordos Incentivados: uma contribuição britânica nos caminhos buscados pelo judiciário brasileiro**. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

⁵⁶⁷ SIME, Stuart. **A practical approach to Civil Procedure**. 11. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 52.

⁵⁶⁸ LAUX, Francisco de Mesquita. Relações entre a antecipação da prova sem o requisito da urgência e a construção de soluções autocompositivas. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2015, v. 242.

Consoante o modelo das CPR, a revelação de provas tem início, de maneira informal, ainda antes do início do processo ou da ação judicial, por meio da troca direta de correspondências e informações entre as possíveis partes de um processo futuro. Os protocolos que devem ser seguidos e observados (*pre-action protocols*) requerem que as partes troquem informações e documentos, por intermédio de seus advogados, antes do começo formal do processo judicial⁵⁶⁹. Esta etapa extrajudicial preparatória deve ser observada de boa-fé entre as partes, para que seja possível a avaliação de ambas sobre a necessidade de início do processo judicial⁵⁷⁰.

Assim, a etapa de *pre-action* visa a atingir três objetivos centrais: (i) permitir que as partes contemplem a viabilidade de autocomposição prévia do caso; (ii) munir as partes de informações que, razoavelmente, são necessárias para que seja possível uma transação, propiciando-a; (iii) caso não seja possível a transação, permitir a condução expedita do processo, considerando que as partes já terão reunido e trocado informações e provas sobre o caso^{571 572}.

Esta opção legislativa se apoia na noção de que a solução adjudicatória é última medida e que todos os esforços devem ser adotados para que as partes construam uma solução consensual, o que deriva dos *overriding objectives* estabelecidos na reforma de Lord Woolf⁵⁷³. Mesmo para os casos que não estejam especificamente listados como requerendo o cumprimento de um *pre-action protocol*, as partes devem trocar informações e documentos voluntariamente antes do processo⁵⁷⁴. O não cumprimento das obrigações pré-contenciosas pode acarretar em sanções, quando do início do processo, além de impactar a postura que o juiz terá no gerenciamento do caso. Ou seja, a postura recalcitrante ou não colaborativa de uma das partes poderá lhe prejudicar na fase contenciosa⁵⁷⁵. Além disso, as partes devem contemplar a possibilidade de solução consensual da controvérsia.

⁵⁶⁹ ANDREWS, Neil. **The modern Civil Procedure**. Tubinga: Mohr Siebeck, 2008, p. 98.

⁵⁷⁰ DODSON, Scott. Pursuit discovery in a comparative context. In: **Journal of Comparative Law**. Londres: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2011, v. 6, p. 54.

⁵⁷¹ ZUCKERMAN, Adrian. **Civil Procedure**. Londres: LexisNexis, 2003, p. 45.

⁵⁷² Lord Woolf assim coloca a questão, no seu relatório final sobre “acesso à justiça”: “*negotiation between the parties or their legal advisers. There are many more potential claimants who settle their disputes without starting legal proceedings at all. It is my intention to build on this. My approach to civil justice is that disputes should, wherever possible, be resolved without litigation. Where litigation is unavoidable, it should be conducted with a view to encouraging settlement at the earliest appropriate stage.*” Disponível em: <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20060213223540/http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm>>. Acesso em 12 nov. 2018.

⁵⁷³ GRAINGER, Ian; FEALY, Michael. **The Civil Procedure Rules in action**. 2.ed. Londres: Cavendish, 2000, p. 17-18.

⁵⁷⁴ GERLIS, Stephen; LOUGHLIN, Paula. **Civil Procedure**. Londres: Cavendish Publishing, 2001, p. 39.

⁵⁷⁵ GERLIS, Stephen; LOUGHLIN, Paula. **Civil Procedure**. Londres: Cavendish Publishing, 2001, p. 48-49.

Neste momento, a apresentação de provas deve ocorrer de maneira voluntária e colaborativa entre as partes. A noção é a de que os casos com pouca viabilidade de êxito não serão processualizados pelas partes, a partir de uma análise e tomada de decisão informada. Em pesquisa realizada por meio de entrevistas com advogados dos maiores escritórios britânicos, Tim Parkes identificou que a maior parte dos advogados concorda que a troca de informações e provas antes do início do processo efetivamente atingiu o objetivo de diminuir a judicialização de casos infundados. Por outro lado, a pesquisa identificou que os casos que prosseguem se iniciam mais bem embasados, já que as provas pré-constituídas já são conhecidas por todos os envolvidos⁵⁷⁶.

4.9.3. *A ação para disclosure pré-processual. Produção antecipada de provas não urgentes à inglesa*

Antes do início de um processo judicial as partes devem se comunicar para a troca de informações. Esta atividade não é desenvolvida sob supervisão judicial, mas se opera extrajudicialmente e de maneira preparatória. É possível, antes do início do processo, que o juiz inglês seja provocado para conceder medidas para preservar bens e documentos que poderão vir a ser elementos de inspeção e prova, também pode determinar a busca e apreensão de documentos ou coisas que possam vir a ser destruídos⁵⁷⁷. Estas medidas têm um caráter de conservação e preservação de provas com um claro intuito acautelatório: o objetivo é resguardar os elementos que serão apreciados posteriormente no curso do processo. Existem, portanto, mecanismos para a preservação de provas em face da urgência, para evitar seu perecimento e assegurar a instrução de um processo futuro. Além disso, foi estabelecido, de maneira ampla, a possibilidade de o juiz, antes mesmo do início do processo, determinar a imediata exibição de documentos em poder de uma das partes ou de terceiros (*Rule 31.16 CPR*), observado os termos de uma *standard disclosure* (*Rule 31.6 CPR*), por intermédio da concessão de uma *interim relief* (*Rule 25.1(1)(c)(i) CPR*)⁵⁷⁸.

Há, como bem se vê, a possibilidade de uma ação de produção antecipada de provas não cautelares no processo civil inglês⁵⁷⁹. O objeto desta ação é produzir uma prova, com a coleta de

⁵⁷⁶ PARKES, Tim. The Civil Procedure Rules ten years on: practitioners' perspective. In: DWYER, Déirdre (Ed.) **The Civil Procedure Rules Ten Years On**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 439.

⁵⁷⁷ ANDREWS, Neil. **The modern Civil Procedure**. Tubinga: Mohr Siebeck, 2008, p. 98.

⁵⁷⁸ ZUCKERMAN, Adrian. **Civil Procedure**. Londres: LexisNexis, 2003, p. 486-487.

⁵⁷⁹ DODSON, Scott. Presuit discovery in a comparative context. In: **Journal of Comparative Law**. Londres: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2011, v. 6, p. 53.

documentos, que posteriormente poderão vir a ser utilizados em uma outra e futura ação⁵⁸⁰. Além do quanto estabelecido na CPR, existem regras específicas sobre a produção autônoma da prova no *Supreme Court Act* de 1981, Seção 33, e no *County Court Acts de 1984*, Seção 52. Além disso, no caso *Norwich Pharmacal*, de 1973, já se havia estabelecido a possibilidade de se obter provas em poder de terceiros, e não de uma provável parte de um processo futuro, antes do ajuizamento de uma ação⁵⁸¹.

A jurisprudência inglesa, por sinal, autoriza a propositura deste tipo de ação inclusive contra uma parte que não seja domiciliada na Inglaterra e para a obtenção de provas localizadas fora daquele país. No julgamento do caso *ED&F Man Capital Markets LLP v Obex Securities LLC and another* ficou estabelecido que é possível o seguimento de ação de produção antecipada de provas contra uma parte localizada no exterior⁵⁸².

Para que seja possível a concessão de uma ordem judicial de *disclosure* pré-processual, deverão ser preenchidos três requisitos, devendo ser demonstrado que: (i) o requerente e o requerido provavelmente serão partes em um processo judicial subsequente; (ii) caso este processo já estivesse em curso o requerente teria que colaborar com a produção da prova pretendida, nos termos de uma *standard disclosure*; (iii) o *disclosure* antecipado é desejável para que seja possível avaliar a necessidade de início do processo, para que seja possível uma resolução não contenciosa do caso ou, ainda, para economizar em custos processuais.

Os casos *Bermuda International Securities Ltd v KPMG*⁵⁸³ e *Black v. Sumitomo*⁵⁸⁴ estabeleceram os precedentes dominantes sobre o entendimento judicial em relação aos requisitos para a determinação de uma *disclosure* pré-processual. Estes precedentes, na verdade, cuidaram de estabelecer os limites para o desenvolvimento da *disclosure* prévia, sendo a postura dos tribunais rigorosa em relação à concessão da medida.

Inicialmente, deve ficar demonstrada, para que seja concedida a ordem, a possibilidade de ser proposta uma ação entre as partes envolvidas na produção antecipada de provas. Outrossim, deve ficar evidenciado que a prova que se pretende produzir é relevante para os possíveis pedidos ou defesa que poderão vir a ser discutidos e que a medida é desejável, por permitir a economia processual, facilitar uma solução consensual ou avaliar a necessidade de

⁵⁸⁰ MATTHEWS, Paul; MALEK, Hodge M.. **Disclosure**. Londres: Sweet & Maxwell, 2012, p. 27.

⁵⁸¹ "...*Norwich Pharmacal* form of presuit discovery is investigative, but it can be sought only from a nonparty, not from the prospective defendant. Neither form of presuit discovery, then, provides viable relief to a plaintiff who needs to obtain facts in the hands of a defendant in order to file a sufficient complaint." DODSON, Scott. Presuit discovery in a comparative context. In: **Journal of Comparative Law**. Londres: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2011, v. 6, p. 53.

⁵⁸² INGLATERRA. High Court. [2017] EWHC 2965. j. 22 nov. 2017.

⁵⁸³ INGLATERRA. Court of Appeals. [2001] EWCA Civ 269. Rel. Lord Justice Waller. j. 27 fev. 2001.

⁵⁸⁴ INGLATERRA. Court of Appeals. [2001] EWCA Civ 1819. Rel. Lord Justice Rix. j. 3 dec. 2001.

propositura da ação. A análise é feita pelo juiz, neste momento, a partir da asserção feita pelo requerente em relação aos fatos e às pessoas envolvidas.

Em *Black v. Sumitomo* estabeleceu-se o precedente para fins de verificação sobre *provável parte* em um processo futuro: deve-se demonstrar que os fatos objeto de *disclosure* podem (*may well*) levar à uma ação judicial entre aquelas partes envolvidas. Não é preciso, portanto, que fique demonstrada qual será a ação ou que provavelmente será proposta uma ação entre aquelas partes, apenas que os fatos, se corroborados pelas provas, podem levar à uma ação judicial entre aqueles envolvidos. Daí se permite a análise da legitimidade para ser parte na ação de *disclosure* pré-processual.

Por outro lado, em *Bermuda v. KPMG* foi decidido que os limites de um *standard discovery* requerem que fique demonstrado que na fase instrutória do processo futuro essas seriam provas que teriam que ser apresentadas. Ou seja, é preciso demonstrar qual é o objeto da prova, quais são os pedidos ou possíveis defesas jurídicas que seriam corroborados ou negados com a ordem para *disclosure*. Deve ser apresentado um resumo dos fatos em questão e de suas possíveis consequências jurídicas, que potencialmente poderão vir a ser objeto de ação judicial⁵⁸⁵. A descrição dos fatos e suas consequências deve ser completa e adequada para permitir a compreensão do magistrado. Além disso, as provas pretendidas devem ser aquelas que seriam produzidas de maneira razoável no curso do processo⁵⁸⁶.

A concessão de uma ordem para produção antecipada de prova é sempre uma medida discricionária do juiz, a ser concedida em um juízo de proporcionalidade e conveniência⁵⁸⁷.

⁵⁸⁵ Lord Waller, assim colocou a questão “...where the court can say that the documents asked for will be documents that will have to be produced at the standard disclosure stage. It follows from that, that the court must be clear what the issues in the litigation are likely to be i.e. what case the claimant is likely to be making and what defence is likely to be being run so as to make sure the documents being asked for are ones which will adversely affect the case of one side or the other, or support the case of one side or the other.” INGLATERRA. Court of Appeals. [2001] EWCA Civ 269. Rel. Lord Justice Waller. j. 27 fev. 2001.

⁵⁸⁶ Assim colocou a *County Court* de Cardiff no caso *EUI Limited v. Charles and Others*: “**Against that background it is difficult to accede to the submission that to require disclosure is intrusive and premature. Rather it goes to an issue central to valuation and relates to documents that the Claimants should have been told that they may have to disclose at some stage in the process in any event.**” INGLATERRA. *County Court at Cardiff*. [2018] EW Misc B7 (CC). j. 21 set. 2018.

⁵⁸⁷ Lord Rix, diferencia os requisitos jurídicos, que não precisam ser considerados de maneira restritiva, da análise discricionária envolvida na concessão de uma ordem para produção antecipada de provas:

“The jurisdictional threshold is not, I think, intended to be a high one. The real question is likely to be one of discretion, and answering the jurisdictional question in the affirmative is unlikely in itself to give the judge much of a steer as to the correct exercise of his power. (...)

In my judgment, for jurisdictional purposes the court is only permitted to consider the granting of pre-action disclosure where there is a real prospect in principle of such an order being fair to the parties if litigation is commenced, or of assisting the parties to avoid litigation, or of saving costs in any event. If there is such a real prospect, then the court should go on to consider the question of discretion, which has to be considered on all the facts and not merely in principle but in detail. (...)

For instance, suppose the jurisdictional test is met by the prospect that costs will be saved. That may well happen whenever there are reasonable hopes either that litigation can be avoided or that pre-action disclosure will assist

Mesmo que demonstrado o preenchimento dos requisitos legais não há a garantia de que o juiz determinará a produção antecipada da prova⁵⁸⁸. Deve-se notar que o discurso nos países de *Common Law* sobre discricionariedade judicial é bastante diferente daquele travado nos países de *Civil Law*, mais apegados à noção de legalidade estrita e de que o juiz ao prolatar a decisão “apenas aplica a lei”. A doutrina continental mais moderna, é bem verdade, tem escrito sobre o papel criativo e interpretativo dos juízes e, também, sobre as decisões judiciais em face dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais, entretanto a afirmação que uma decisão judicial é “discricionária” causa ainda grande choque ao jurista de tradição continental. O que se tem que compreender é que a atuação “discricionária”, para a *Common Law*, se refere à um juízo de proporcionalidade, conveniência e oportunidade sobre a concessão da medida. Deve, portanto, ficar evidenciado que há um objetivo legítimo com a produção antecipada da prova, que não se causará danos à outra parte e nem se está tentando uma *fishing expedition*⁵⁸⁹.

É preciso demonstrar o preenchimento dos requisitos legais e indicar as razões pelas quais o juiz deve prolatar a ordem de antecipação da *disclosure*⁵⁹⁰. Tim Parkes, em pesquisa de opinião realizada com advogados das maiores bancas inglesas, indica que as ordens para antecipação do *disclosure* não são uma medida muito utilizada na prática forense. Várias são as razões indicadas pelos entrevistados para essa situação, dentre elas a demora para que seja efetivada a medida, sendo melhor, na prática, iniciar diretamente o processo e a *disclosure* tradicional. Por outro lado, o teste legal estabelecido para a concessão da ordem seria muito rigoroso, fazendo com que apenas casos já com muitos elementos a indicar sua viabilidade possam se beneficiar da medida⁵⁹¹.

A cognição judicial neste tipo de ação, então, se dá com os olhos para o futuro processo. O juiz avalia a necessidade de produção da prova a partir dos elementos descritos pelo requerente, considerando suas alegações para determinar a necessidade efetiva de produção da

in avoiding the need for pleadings to be amended after disclosure in the ordinary way. That alternative will occur in a very large number of cases. However, the crossing of the jurisdictional threshold on that basis tells you practically nothing about the broader and more particular discretionary aspects of the individual case or the ultimate exercise of discretion. For that, you need to know much more: if the case is a personal injury claim and the request is for medical records, it is easy to conclude that pre-action disclosure ought to be made; but if the action is a speculative commercial action and the disclosure sought is broad, a fortiori if it is ill-defined, it might be much harder.” INGLATERRA. Court of Appeals. [2001] EWCA Civ 1819. Rel. Lord Justice Rix. j. 3 dec. 2001.

⁵⁸⁸ ZUCKERMAN, Adrian. **Civil Procedure**. Londres: LexisNexis, 2003, p. 489-490.

⁵⁸⁹ ZUCKERMAN, Adrian. **Civil Procedure**. Londres: LexisNexis, 2003, p. 465.

⁵⁹⁰ MALEK, Hodge M.. Proportionality and suitability of the disclosure regime under the CPR. In: DWYER, Déirdre (Ed.) **The Civil Procedure Rules Ten Years On**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 288.

⁵⁹¹ PARKES, Tim. The Civil Procedure Rules ten years on: practitioners’ perspective. In: DWYER, Déirdre (Ed.) **The Civil Procedure Rules Ten Years On**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 439-440.

prova e as razões para que não se aguarde a produção incidental, quando da efetiva propositura do processo futuro.

A postura da *Court of Appeals* inglesa, a partir do caso *Black v. Sumitomo*⁵⁹², é cautelosa em relação à antecipação da produção de provas, sendo indispensável que fique bem descrito e indicado qual a importância da produção da prova e os motivos pelos quais a parte tem direito à produção da prova⁵⁹³. A decisão sobre a produção pré-processual de uma prova é feita a partir dos elementos constantes da petição inicial da ação probatória autônoma, a relação com as possibilidades de utilização da prova em outro processo. Embora não se deduzam pretensões de direito material a partir do fato *probandum* e nem se faça uma análise para decidir se o fato foi, ou não, provado, só é possível analisar a necessidade de produção da prova a partir da asserção que seja feita sobre o fato e as suas consequências jurídicas.

Como se vê, há um claro paralelismo entre as condições estabelecidas na *Rule 31.16(3)* das *Civil Procedure Rules* e o disposto no art. 381 do Código de Processo Civil Brasileiro, os objetivos que justificam a produção da prova são parecidos, embora a lei brasileira tenha um conteúdo mais amplo, pela premissa de que a prova deve ser *produzida* com a participação e presença do juiz. Esta é uma diferença importante, o papel esperado do magistrado em relação à constituição das provas impacta o seu conteúdo.

4.9.4. O disclosure na fase de pretrial

Além dos deveres de colaboração probatória antes do início do processo, com a observância de um *pre-action protocol*, há, evidentemente, a possibilidade de constituição de prova de maneira incidental no processo. O *disclosure* é a principal ferramenta para produção de provas na fase de *pretrial* e, em linhas gerais, é equivalente à etapa de instrução do processo existente no Brasil. Após a introdução da causa e a resolução de questões preliminares, o processo civil na Inglaterra, então, prossegue para a fase de *disclosure*, com o objetivo de permitir que as partes tenham acesso a todas as provas relevantes, em poder das outras ou de terceiros. Na verdade, as partes já deveriam ter tido acesso às informações de que a outra dispõe,

⁵⁹² INGLATERRA. Court of Appeals. [2001] EWCA Civ 1819. Rel. Lord Justice Rix. j. 3 dec. 2001.

⁵⁹³ “The more focused the complaint and the more limited the disclosure sought in that connection, the easier it is for the court to exercise its discretion in favour of pre-action disclosure, even where the complaint might seem somewhat speculative or the request might be argued to constitute a mere fishing exercise. In appropriate circumstances, where the jurisdictional thresholds have been crossed, the court might be entitled to take the view that transparency was what the interests of justice and proportionality most required. The more diffuse the allegations, however, and the wider the disclosure sought, the more sceptical the court is entitled to be about the merit of the exercise.” INGLATERRA. Court of Appeals. [2001] EWCA Civ 1819. Rel. Lord Justice Rix. j. 3 dec. 2001.

inclusive durante os *pre-action protocols*, mas esta é uma oportunidade para aprofundamento das questões, identificação dos pontos contenciosos efetivamente controvertidos e produção de novas provas. Esta fase processual se desenvolve sob supervisão do juiz, que deve conduzi-la de maneira proporcional, equilibrando os interesses, as vezes conflitantes, de permitir a coleta de todas as provas relevantes para o esclarecimento da verdade, mas evitando custos excessivos ou delações indevidas para o processo⁵⁹⁴. Os documentos e provas produzidos no curso do *disclosure* são para utilização no processo em questão, não sendo, em regra, possível a utilização das informações com outras finalidades, nos termos da *Rule 31.22, CPR*⁵⁹⁵.

O teste tradicional para saber a amplitude da *disclosure* havia sido estabelecido em 1882, com o julgamento do caso *Peruvian Guano*. Os limites eram bastante amplos e estabelecia-se que todos os documentos, de alguma maneira relacionados ao caso, deveriam ser apresentados à outra parte, para fins de análise e, conforme o caso, apresentação para julgamento⁵⁹⁶. O precedente, contudo, foi estabelecido no século XIX, quando a documentação escrita de informações e o volume de dados era substancialmente inferior ao atual. Com o passar do tempo, a obrigação de apresentar todos os documentos de alguma maneira relacionados ao contexto do caso se revelou inadequada, particularmente com o advento dos fotocopiadores e, depois, das informações eletrônicas e digitais. Na prática, passou-se a registrar diversos abusos, com o aumento de custos com advogados e a utilização de estratégias hostis, como a de enviar milhões de páginas de documentos, para dificultar análise da outra parte sobre o caso. A necessidade de revisão dos documentos descobertos e trocados entre as partes fazia com que o processo demorasse e que esta etapa fosse bastante cara para as partes, que precisam remunerar as horas de trabalho de seus advogados para a leitura de uma documentação e de um acervo probatório amplo.

O aumento do registro de informações, o surgimento dos meios eletrônicos de armazenagem de dados e documentos, fez com que o teste estabelecido no precedente *peruvian guano* se mostrasse inapropriado. Em um contexto de grande troca de informações digitais, a necessidade de revisão de todos os documentos “de alguma maneira relacionados ao caso”, implicava em grande desprendimento de tempo e recursos. Foi para tentar lidar com esta situação que as *Civil Procedure Rules* criaram o *standard disclosure*, aplicável a todos os casos, exceto aqueles alocados ao procedimento especial das pequenas causas⁵⁹⁷. Neste modelo, salvo

⁵⁹⁴ ZUCKERMAN, Adrian. **Civil Procedure**. Londres: LexisNexis, 2003, p. 465.

⁵⁹⁵ TAPPER, Colin. **Cross & Tapper on Evidence**. 12. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 278.

⁵⁹⁶ ANDREWS, Neil. **The modern Civil Procedure**. Tubinga: Mohr Siebeck, 2008, p. 96.

⁵⁹⁷ HIGGINS, Andrew. Open door disclosure in Civil Litigation. In: **International Journal of Evidence & Proof**. 2012, Londres: Sage, v. 16, n. 3, p. 300.

decisão judicial em outro sentido, deveriam ser apresentados todos os documentos que a parte pretende apresentar para provar seus argumentos, os documentos que afetem negativamente o seu caso e os documentos que prejudiquem ou apoiem os argumentos fáticos da parte contrária (*Rule 31.6 das Civil Procedure Rules*).

Deve-se observar, contudo, que a noção de documento aqui é mais ampla do que a do Brasil. No Brasil normalmente a prova técnica é produzida pelo perito indicado pelo magistrado, que apresenta quesitos e conduz as linhas gerais da perícia. A introdução da “escolha consensual do perito” (art. 471, CPC) constitui uma verdadeira novidade. Na Inglaterra a prática é a coleta prévia de laudos e pareceres técnicos, que serão apresentados como prova documentada pela parte, sem prejuízo da oitiva de uma *expert witness*. Os laudos e pareceres técnicos coletados pela parte constituem documentos para fins de *disclosure*. Assim, o enfoque recai sobre as provas documentais, a serem trocadas entre as partes, já que a prova técnica não tem o formato da perícia conhecida na tradição do *Civil Law*, na qual o juiz indica um perito de sua confiança, mas de *expert witness*, com a apresentação do parecer dos peritos escolhidos pelas partes. Não se verificam, assim, as mesmas dificuldades para a produção da prova pericial, com a escolha do perito e desenvolvimento dos trabalhos periciais sobre supervisão próxima do juiz.

Nos termos do *standard disclosure* os documentos que tenham sido destruídos ou perdidos devem, apesar disso, ser indicados e listados, junto com a indicação dos motivos para sua destruição ou perda ou a razão pela qual os documentos não estão mais disponíveis. A parte deve, adicionalmente, apresentar uma declaração de que realizou buscas razoáveis pelos documentos e de que, no melhor de seu conhecimento, cumpriu com a obrigação de revelação de todos os documentos de que dispõe. Prestar uma declaração falsa sobre o dever de revelação, salvo se houver um engano escusável, acarreta sanções de *contempt of the court* (*Rule 31.23, Civil Procedure Rules*). Não se trata de uma mera formalidade, mas tem por objetivo reforçar a obrigação da parte, tanto é assim que o documento deve ser assinado pessoalmente, não podendo ser subscrito apenas pelo advogado⁵⁹⁸.

Até agora se discutiu o *disclosure* entre as partes ou potenciais partes de um processo. É possível, também, que seja determinado o *disclosure* contra terceiros, antes ou de maneira incidental ao processo. Este é um entendimento relativamente recente. Tradicionalmente vigia

⁵⁹⁸ TAPPER, Colin. *Cross & Tapper on Evidence*. 12. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 275.

o entendimento da “*mere witness rule*”⁵⁹⁹, pelo qual terceiros apenas seriam obrigados a testemunhar ou apresentar documentos durante o *trial* (e não na fase processual de *pretrial* ou antes do início do processo). Embora a “*mere witness rule*” continue sendo considerada para estabelecer uma cautela na determinação de produção de provas contra terceiros⁶⁰⁰, está expressamente prevista a possibilidade de *disclosure* contra terceiros quando houver um processo judicial em curso (*Rule 31.17, CPR*), em um desenvolvimento e posituação do entendimento constante ainda no século XIX do caso *Norwich Pharmacal*, que tratou da possibilidade de se compelir a exibição de documentos em poder de terceiros no contexto de uma ação de responsabilização civil.

Apesar de sua importância, a experiência inglesa, a exemplo da norte-americana, revelou que a atividade investigatória pode se mostrar extremamente custosa e, no final das contas, pouco reveladora. Uma das preocupações centrais das CPR foi, justamente, limitar, com a aplicação de proporcionalidade, a amplitude do *disclosure*, de maneira a que os custos e esforços envolvidos na atividade não superem os seus efetivos benefícios para os envolvidos. Na maioria dos casos, sob esse viés, seria adequado o *standard disclosure*, restrito a documentos que sejam diretamente relevantes para o objeto litigioso do processo. É possível, contudo, que o tribunal amplie seu escopo, justamente considerando a relevância do caso, os recursos das partes e considerando a proporcionalidade entre custos e benefícios para o processo⁶⁰¹. Ou seja, além de limitar as provas ordinariamente objeto de *disclosure*, as *Civil Procedure Rules* estabeleceram um papel ativo do juiz, como parte de sua atuação de gerenciamento de casos, na determinação de quais elementos probatórios efetivamente precisam ser produzidos.

Entretanto, o modelo introduzido pelas CPR, a partir dos relatórios de Lord Woolf, mostrou-se incapaz de, adequadamente, lidar com a questão dos custos e inconvenientes decorrentes da amplitude da *disclosure*. Efetivamente, mantiveram-se os mesmos hábitos e prática processual anterior, de apresentação excessiva de documentos e de perda de eficiência e aumento de custos, como identificado por Lord Jackson em seu relatório final de revisão sobre os custos no processo civil⁶⁰². Por isso, em 2013, novamente, o sistema foi reformado, alterando-se a *Rule 31(5), CPR*, para permitir ao juiz determinar o grau de *disclosure* adequado

⁵⁹⁹ “*It is settled, rightly or wrongly, that you cannot get discovery against someone who has no connection with the litigious matters other than that he might be called as a witness either to testify or to produce documents at the trial.*” INGLATERRA. House of Lords. [1974] AC 133. Rel. Lord Denning. j. 25 jul. 1972.

⁶⁰⁰ ANDREWS, Neil. **The modern Civil Procedure**. Tubinga: Mohr Siebeck, 2008, p. 104.

⁶⁰¹ CHASE, Oscar et al. **Civil litigation in comparative context**. 2. ed. Minnesota: West Academic, 2017, p. 288.

⁶⁰² JACKSON, Lord. **Review of Civil Litigation Costs. Final Report**. Norwich: TSO, 2009, p. 368-369.

para cada caso e, até mesmo, determinar não ser necessária a etapa processual. Criou-se uma espécie de “menu” ou cardápio para que o juiz designe o formato mais adequado, sendo a *standard disclosure* a regra padrão, mas não de observância obrigatória. Mais uma vez, reforçaram-se os poderes de gerenciamento de casos pelo juiz e a necessidade de adaptação do procedimento às peculiaridades do caso. Assim, estabeleceu-se a delimitação pelo magistrado da amplitude do *disclosure*, a partir da análise das necessidades do caso e dos custos envolvidos.

Contudo, os problemas, mesmo após estas novas reformas, persistiram e, em 2016, foi estabelecido um Grupo de Trabalho para encontrar possíveis soluções para a situação, presidido por Lady Justice Gloster. O Grupo de Trabalho chegou à conclusão de que o *disclosure* não está adequadamente preparado para o grande número de documentos eletrônicos e que as partes não vêm colaborando adequadamente com o andamento dos casos. Adicionalmente, o Grupo de Trabalho também entendeu que, embora as reformas empreendidas em 2013 tenham disponibilizado diversas alternativas de *disclosure*, a realidade é que a prática judiciária indica que o *standard disclosure* é o modelo predominante. Por isso, haveria a necessidade de o legislador delimitar melhor o escopo das atividades de *disclosure*⁶⁰³. Assim, a modificação no perfil da prova, com o incremento das provas eletrônicas em grande volume, e uma apego à cultura de *disclosure* ampla (representadas pelo adágio de que “*old habits die hard*”), revelaram a incapacidade do modelo pensado por Lord Woolf e das reformas decorrentes das propostas de Lord Jackson para atingir os objetivos fundamentais de um processo eficiente, barato e adequado ao julgamento justo dos casos.

Em agosto de 2018, a partir das constatações e propostas do Grupo de Trabalho, foi, então, após um período de consultas públicas, aprovado um esquema piloto, com duração de dois anos, iniciando em janeiro de 2019, para o *disclosure* perante os *Business and Property Court*. O modelo proposto traz um *disclosure* restrito aos documentos diretamente relevantes para o caso, de que as partes já dispõem e que serão utilizados no *trial*. O objetivo do esquema piloto é verificar se limites mais restritos para o *disclosure* se mostram adequados e suficientes, para que se atinjam os objetivos de maior eficiência judicial e redução de custos.

Embora se trate de um “teste”, a partir da análise de um esquema piloto, existe a expectativa de ampliação de sua aplicabilidade, até mesmo com a revisão de todo o conteúdo

⁶⁰³ “Although the 2013 Jackson reforms set out a broad menu of disclosure options, which range from no disclosure at all, to disclosure by issue, through to very wide disclosure, the reality is that neither the profession, nor the judiciary, has adequately utilized the wide range of alternative orders added as CPR 31.5(7). Standard disclosure has remained the default for most cases.” **Proposed Disclosure Pilot. Briefing Note.** Disponível em: <<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2017/11/dwg-guidance-note-2-nov-2017.pdf>> Acesso em 13 nov. 2018.

da *Rule 31*, CPR, caso os resultados verificados sejam favoráveis⁶⁰⁴. O esquema piloto propõe um *disclosure* básico, mais restrito do que o *standard disclosure* previsto nas CPR, com a possibilidade de sua ampliação de seu escopo por determinação judicial, em situações excepcionais e a depender das necessidades de cada caso. Ou seja, o juiz pode moldar e definir o quanto de atividade probatória é adequada para determinado caso.

Como se vê, a preocupação central das sucessivas reformas e, posteriormente, do esquema piloto de *disclosure*, foi reduzir custos, o tempo de duração e a complexidade dos processos, tirando das partes a responsabilidade central de condução da causa antes do *trial*. Além disso, há uma preocupação em melhor recortar e restringir o escopo do *disclosure*. O modelo inglês se preocupa com a distribuição dos recursos entre os vários casos, pretendendo, na visão de Sorajibi, ofertar aos jurisdicionados uma justiça proporcional, do ponto de vista de sua acessibilidade, como melhor distribuição dos recursos escassos existentes de maneira mais equânime entre os utentes⁶⁰⁵. A consequência foi a atribuição ao juiz de um papel de gerenciador de processos, para que o conduza não apenas pensando nas necessidades do caso, mas na disponibilidade de recursos e a possibilidade de sua alocação para dado caso, considerando a demanda existente. Neste sentido, alguns indicam que há uma prevalência da busca por eficiência sobre a busca de uma decisão correta⁶⁰⁶.

4.10. Fishing expeditions e abuso de discovery

Muitas vezes a *discovery*, que deveria ser conduzida em um ambiente cooperativo, é utilizada com o objetivo de causar embaraços a outra parte, impondo os custos do procedimento e da produção da prova. A *discovery* pode ser utilizada não para o seu legítimo fim de instrução do caso, mas como tática processual hostil, de maneira abusiva. Mesmo quando esta situação não é explorada como tática dilatória a abrangência da investigação nos Estados Unidos e na

⁶⁰⁴ “With some limited exceptions, the scheme will apply to existing and new proceedings across the Business and Property Courts in the Rolls Building and in the centres of Bristol, Birmingham, Cardiff, Leeds, Liverpool, Manchester and Newcastle for a two-year period, commencing in January 2019. While the pilot will be limited to the Business and Property Courts, the expectation is that it will lead to a wider reforms in disclosure. (...) The expectation is that if the Pilot is deemed a success, then the existing Part 31 will be revised to reflect the terms of the Practice Direction and consideration will be given as to whether it should apply to proceedings outside of the Business and Property Courts.” **Disclosure Working Group. Press Announcement.** Disponível em: <<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2018/07/press-announcement-disclosure-pilot-approved-by-cprc.pdf>>. Acesso em: 11 de novembro de 2018.

⁶⁰⁵ SORABJI, John. **English Civil Justice after the Woolf and Jackson reforms: a critical analysis.** Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 207 e ss.

⁶⁰⁶ ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. **Analysis of evidence.** 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, versão kindle, posição 1593.

Inglaterra faz com que etapa de *discovery* seja identificada como causadora de custos elevados para as partes e de ineficiência na condução do processo. Contudo, a prática processual revela que um litigante malicioso pode utilizar a fase de investigação processual como tática dilatória e para causar custos indevidos para a outra parte. Desde o requerimento de documentos, dados e informações desnecessária até a formulação de questões ou impugnações e criação de incidentes impertinentes, muitas são as técnicas utilizadas para obstar o adequado andamento do processo. A cultura do processo adversarial ou do processo como um “jogo”, associada ao alto custo de condução e manutenção do processo, são fatores que propiciam esse tipo de comportamento.

Já se indicou que tanto nos Estados Unidos quanto na Inglaterra foram, sucessivamente, implementadas reformas no sistema processual para tentar resolver justamente os problemas crônicos relativos ao custo financeiro e de tempo na condução da atividade de instrução processual. Cumpre, neste momento, apresentar os dois fenômenos indicados pela doutrina: o abuso de *discovery*⁶⁰⁷ e o *fishing expedition*.

Fishing expedition se relaciona com a pretensão de produção de provas em um contexto de mera especulação, sem que seja possível identificar, com clareza, qual é a pretensão de direito material relacionada à prova ou a própria legitimidade (titularidade do direito) do requerente. A atividade é conduzida com o simples objetivo de obter informações ou extrair dados, sem que fique delineada claramente sua relevância para o caso.

De maneira mais ampla, por abuso de *discovery* pode-se compreender todas as táticas que objetivam a dificultar, retardar, aumentar os custos durante esta etapa processual. Ou seja, quando o instituto é utilizado de maneira indevida, dissociada de sua finalidade de coleta de meios de prova para o *trial* ou para facilitar uma situação consensual. Além da amplitude de investigação reconhecida, muito superior àquela que normalmente se observa em países de tradição do *Civil Law*, o sistema de custos também aguça a potencialidade de distorções na utilização do instituto. Não apenas os próprios custos judiciais, mas a maneira normalmente utilizada de contratação e cálculos dos honorários advocatícios contratuais (não há nada

⁶⁰⁷ Sobre o tema, para definições e exemplos de casos envolvendo abuso de *discovery* vide: FLAGAL, Frank F.. Discovery Abuse: Causes, Effects, and Reform. In: **The Review of Litigation**. 1983, v. 3. EASTERBROOK, Frank H.. Comment – Discovery Abuse. In: **Boston University Law Review**. 1989, v. 69. SETEAR, John K.. The Barrister and the Bomb: The Dynamics of Cooperation, Nuclear Deterrence, and Discovery Abuse. In: **Boston University Law Review**. 1989, v. 69. HOPWOOD, William; PACINI, Carl; YOUNG, George. Fighting discovery abuse. In: **Journal of Forensic & Investigative Accounting**. Baton Rouge: E. J. Ourso College of Business, 2014, v. 6, n. 2.

parecido com o que se chama de honorários sucumbenciais no Brasil) e a ausência de uma defensoria pública estruturada e com proposta de amplo atendimento de qualidade a todos os necessitados, como existe no Brasil, fazem com que litigar seja uma atividade mais cara e exposta a riscos naqueles países. Se por um lado isso, em tese, pode levar à propositura de ações mais ponderadas, sendo um fator otimizador da eficiência do uso do aparato judiciário, por outro, causa distorções que podem, efetivamente, impactar o acesso à justiça.

O esforço reformador, tanto nos Estados Unidos quanto na Inglaterra, ao longo de décadas, então, coloca-se no sentido de restringir a amplitude da atividade de investigação processual e da tentativa de implementação de mecanismos para um maior controle judicial da atividade, impedindo a proliferação de táticas abusivas.

4.11. Proeminência das partes e dos advogados?

A associação entre processo adversarial e o modelo anglo-americano é predominante e, de maneira geral, há a percepção de que o processo seria uma questão das partes, a ser desenvolvido sem a interferência ativa do juiz. O magistrado, portanto, deveria ter uma postura passiva na instrução do processo.

O certo é que o papel do magistrado tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos hoje é mais ativo do que no passado⁶⁰⁸. Existe, nos dois ordenamentos jurídicos, previsão de uma audiência para gerenciamento do caso. O tribunal pode, inclusive, calendarizar e determinar as datas em que os atos processuais relativos ao *discovery* deverão ser praticados pelas partes. Além disso, há uma tendência em reconhecer o poder de o magistrado conduzir a produção de provas, com base na proporcionalidade dos meios, para evitar retardos no julgamento da causa ou que as partes incorram em custos desnecessários⁶⁰⁹. Por outro lado, a audiência de

⁶⁰⁸ ALVES, Tatiana Machado. **Gerenciamento processual no Novo CPC: mecanismos para a gestão cooperativa da instrução**. Salvador: Juspodivm, 2019. ONODERA, Marcus. **Gerenciamento do processo e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

⁶⁰⁹ “Tradizionalmente, il processo civile anglosassone, non per nulla connotato con l’aggettivo adversary, è presentato come un meccanismo indirizzato a ottenere la composizione del conflitto, fondato sulla libera competizione delle parti davanti ad un giudice neutrale e passivo. Senza un particolare interesse nei confronti di una corretta ricostruzione della verità storica che ha dato origine alla controversia. Sporting theory of procedure è il motto utilizzato in passato per denotare questo stato delle cose. Ma siamo di fronte, si badi bene, ad una presentazione comunemente offerta ancora di recente, nonostante le riforme, indirizzate anche negli Usa ma soprattutto nel Regno Unito, ad aumentare in modo considerevole i poteri di direzione attribuiti al giudice nella fase del pretrial, anche nel procedimento diretto all’assunzione delle prove, oltre che a mettere in primo piano, almeno nelle parole del legislatore inglese, l’esigenza di giustizia della decisione. Segno questo di una particolare inerzia delle ideologie nell’adeguarsi ai cambiamenti registrati nelle concrete realtà.” CHIARLONI, Sergio. Riflessioni microcomparative su ideologie processuali e accertamento della verità. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2009, v. 176.

gerenciamento do caso é uma oportunidade para que as partes se reúnam, com a presença do juiz, para a tentativa de solução negociada e consensual do conflito⁶¹⁰. Se não se reconhece um poder investigatório do juiz, na latitude em que o tema é discutido no Brasil, e a atividade de investigação seja conduzida diretamente pelos advogados, verifica-se uma proximidade do magistrado nesta etapa processual, de certa maneira, superando a premissa de que o juiz seria completamente ignorante sobre os fatos até o início do *trial*.

Assim, o *discovery* é conduzido, principalmente, pelas partes, mas sob a supervisão e controle do juiz. De maneira geral, a doutrina americana indica que os juízes tendem a não ser particularmente interventivos durante o *discovery* e que a intervenção é feita de maneira episódica, com a imposição de sanções apenas em casos de claro abuso⁶¹¹. Seja como for, do ponto de vista normativo, os poderes estão estabelecidos.

Na Inglaterra o juiz tem o dever de conduzir o procedimento para que se atinjam os objetivos fundamentais do processo (*overriding objectives*), para que os casos sejam processados de maneira justa e sem custos indevidos. O juiz tem o dever de gerenciar e conduzir o caso (*Rule 1.4, CPR*), o que inclui o dever de identificar e julgar os casos que comportem julgamento antecipado e determinar como deve se dar a instrução do processo, impulsionando o caso e a produção de provas de maneira adequada e proporcional⁶¹².

A condução do processo exclusivamente pelas partes era, na visão de Lord Woolf, uma das razões para a demora no julgamento de muitos casos e para o desenvolvimento de incidentes processuais custosos. As CPR procuraram readequar o procedimento e sua condução, requerendo uma postura cooperativa das partes e o gerenciamento dos casos pelo magistrado. Assim, a velha identificação do modelo processual de *Common Law* como sendo marcado pela figura de um juiz passivo não corresponde à realidade. Na Inglaterra, por exemplo, a *Rule 32, CPR* permite, efetivamente, que o juiz controle a atividade probatória. O juiz pode determinar quais são as questões que necessitam de provas, qual a natureza da prova a ser produzida sobre estas questões e a maneira como a prova deverá ser apresentada. Outrossim, o juiz pode limitar o *cross-examination* de uma testemunha, direcionando uma das maneiras de produzir prova mais amiúde associadas ao modelo adversarial e de *Common Law*.

Além de tudo isso, o juiz pode excluir evidências que, ordinariamente, seriam admissíveis, conforme estabelecido na *Rule 32.1 (2), CPR*. Mesmo na ausência de uma regra

⁶¹⁰ CLERMONT, Kevin. **Principles of Civil Procedure**. 5. ed. Saint Paul: West Publishing, 2018, p. 104.

⁶¹¹ HAZARD JR., Geoffrey; LEUBSDORF, John; BASSETT, Debra Lyn. **Civil Procedure**. 6. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2011, p. 337.

⁶¹² ZUCKERMAN, Adrian. **Zuckerman on Civil Procedure**. 2. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2006, p. 404-406.

exclusionária, uma prova pode ser excluída pelo magistrado ainda que relevante para o caso. As partes não teriam, assim, um direito absoluto à condução da atividade probatória ou sua apresentação no processo. Há, como bem se vê, um modelo flexível e de decisão judicial balanceada sobre a necessidade de introdução da prova no processo. O juiz deve decidir sobre a necessidade de produção e apresentação da prova tendo em atenção os objetivos fundamentais do processo (*overriding objectives*), para que o caso seja decidido sem custos ou dilações indevidas e de maneira justa, a partir de um juízo de proporcionalidade. Não se trata, com efeito, de uma mudança pequena ou desimportante, já que a seleção e escolha pelas partes dos elementos probatórios com que pretendem provar o seu caso sempre foi considerada como uma marca fundamental do processo da *Common Law*⁶¹³.

Katharine Grevling entende que a possibilidade de controle da apresentação e de exclusão de provas é parte do poder do magistrado de gerenciamento de casos e tem particular importância para que o juiz possa impedir, tendo em vista a garantia do devido processo legal, a apresentação de provas obtidas de maneira indevida, mesmo na ausência de uma regra de exclusão específica⁶¹⁴. Adrian Keane e Paul McKeown, ao seu turno, entendem que a regra permite a exclusão discricionária de provas relevantes pelo juiz, para além dos limites anteriormente presentes no *Common Law* de exclusão de provas marginais⁶¹⁵.

A discussão surgiu com particular atenção em casos nos quais se pretendeu a apresentação de testemunho de segundo grau (de “ouvi dizer” ou *hearsay*) a ser prestado por quem não presenciou diretamente o fato probando. A exclusão do *hearsay* já foi considerada uma premissa importante no sistema probatório inglês. Entretanto, com o Civil Evidence Act de 1995, este tipo de prova passou a ser aceita. Com a introdução do poder do juiz de excluir provas admissíveis, em vários casos foram formulados pedidos para exclusão de testemunhos de segundo grau. De maneira geral os juízes têm entendido por não excluir a prova, mas de considerar a questão a partir do valor probante a ser considerado⁶¹⁶. Não apenas verifica-se na

⁶¹³ JOLOWICZ, J. A.. **On Civil Procedure**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 28.

⁶¹⁴ GREVLING, Katharine. CPR R 32.1(2): case management tool or broad exclusionary power? In: DWYER, Déirdre. (Ed.) **The Procedure Rules Ten Years On**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 268-269.

⁶¹⁵ KEANE, Adrian; McKeown, Paul. **The Modern Law of Evidence**. 12. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 47-48.

⁶¹⁶ Veja-se, por exemplo, o caso *Post Office Counters v. Mahida*: “There is no doubt that this secondary evidence was admissible. The power in the Civil Procedure Rules rule 31.1(2) to exclude evidence even if it is admissible is principally a case management power designed to allow the court to stop cases getting out of hand and hearings becoming interminable because more and more admissible evidence, especially hearsay evidence, is sought to be adduced. It would be a strong thing to shut the Post Office out of not only its claim but, it would probably follow, its defence to the counterclaim, or much of its defence to the counterclaim, because of the non- existence of the originals in all the circumstances. I would, therefore, decline to say that the judge was plainly wrong in the exercise of his discretion to admit this secondary evidence.” INGLATERRA. [2003] EWCA Civ 1583. Rel. Lady Justice Hale. j. 22 out. 2003.

Inglaterra poderes para uma atuação do magistrado em matéria probatória, como parte de sua atuação como gerente do caso, mas uma tendência em se tratar a questão probatória a partir de um juízo de proporcionalidade, verificando a necessidade de consideração da informação e os objetivos fundamentais do processo. A modificação na possibilidade de atuação do juiz insere-se em um contexto de atuação flexível de regras probatórias.

Por tudo isso, não parece mais possível se sustentar a premissa de que o processo anglo-americano é representado por um juiz passivo, mas a figura mais exata é a de um juiz gerente do caso. As partes continuam responsáveis pelo desenvolvimento da fase de investigação processual, inclusive por muitos dos atos de revelação e troca de informações sequer ocorrerem no ambiente forense, mas consistirem em contatos diretos entre as partes. Entretanto, ao invés de apenas aguardar o desenvolvimento da atividade das partes, o juiz pode conduzir a atividade, nomeadamente objetivando uma condução eficiente e expedita do feito, bem como procurando evitar custos indevidos para os envolvidos.

Se o modelo permanece substancialmente distinto do juiz instrutor existente na *Civil Law*, ao menos no sentido de que as provas constituídas são apresentadas e constituídas nos autos do processo, com uma direta atuação do juiz em seu conteúdo, e não apenas em sua admissibilidade, não é exata a noção de que o juiz anglo-americano seria passivo. Do ponto de vista comparado, a estrutura processual e os atos de *discovery* serem, na visão de um jurista brasileiro, “extra-autos” em grande medida, não aduz a conclusão de que o juiz daqueles países, no atual momento jurídico, seria inerte ou passivo. Por tudo isso, o protagonismo permanece com as partes e os advogados, considerando o próprio modelo de organização do procedimento, mas a atividade de investigação se desenvolve sob supervisão e gerenciamento judicial.

4.12. O fim do *trial*? Novas perspectivas da fase instrutória e o papel das provas

Nos Estados Unidos e na Inglaterra⁶¹⁷ há uma queda no número de casos que chegam e são resolvidos por *Trial*. Embora isso não signifique que não houve julgamento, já que é possível julgamento antecipado (sumário) em várias hipóteses, há um fator de contribuição importante relacionado com a escolha das partes de, após iniciado o processo e colhidas as provas, decidirem não levar o caso a julgamento, seja por transacionarem ou, ainda, por entenderem não haver prospecto de êxito na ação. Marc Galanter, utilizando dados do

⁶¹⁷ Para uma pesquisa empírica, comparando os dados de várias jurisdições de *common law* e indicando a tendência de queda no número de *trials* nos Estados Unidos e na Inglaterra, vide: KRITZER, Herbert M. Desappearing trials? A comparative perspective. In: **Journal of Empirical Legal Studies**. nov. 2004, v. 1, n. 3.

“*Administrative Office of the US Courts*”, indica que apenas 1,8% dos casos concluídos em 2002 se submeteram à *trial*, após um declínio constante observado nas décadas anteriores⁶¹⁸. Nos tribunais estaduais norte-americanos, no ano de 2002, apenas 0,6% dos casos se submeteram a *trial*, observando-se, também, uma prevalência ampla de julgamentos por juízes (*bench trials*) em comparação com aqueles feitos com a decisão dos fatos pelo Júri⁶¹⁹. Judith Resnik enquadra a questão, também, em um esforço deliberado de “privatização” da resolução de disputas, com um incremento na utilização e estímulo judicial aos meios alternativos de resolução de disputas, e o crescimento do julgamento de ações em regime repetitivo (por meio de sua agregação). Apenas 1% dos casos iniciados na justiça federal norte-americana no ano de 2015 foram submetidos à *trial*⁶²⁰. Friedenthal, Kane e Miller observam que houve a diminuição proporcional do número de casos submetidos à julgamento tanto em situações que seriam decididas pelo magistrado quanto naquelas que seriam submetidas ao júri, mas indicam que a diminuição dos casos cíveis decididos por juris teve queda ainda mais significativa⁶²¹.

Tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos o processo de investigação dos fatos (neste direito *discovery* e naquele *disclosure*) tem sofrido substancial modificação, a partir de uma recompreensão de seu objetivo e da própria função da investigação dos fatos no processo. De certa maneira, a tradicional noção de que a instrução processual é feita para permitir a coleta de elementos para fins de julgamento passa a ser revista. Langbein chega a afirmar que o processo marcado pela preparação do *trial*, típico do modelo anglo-americano, se tornou um processo, quase sempre, sem *trial*. O regime jurídico do *discovery*, o gerenciamento de casos, como o conhecimento do juiz sobre os fatos e as provas durante o *pretrial*, e a prática dos julgamentos sumários tornou o *trial* quase uma exceção. Passou-se de um formato com a prevalência de um momento final no qual as provas seriam apresentadas e apreciadas por todos,

⁶¹⁸ GALANTER, Marc. The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts. In: **Journal of Empirical Legal Studies**. Ithaca: Cornell Law School, nov. 2004, v. 1, n. 3, p. 465.

⁶¹⁹ OSTROM, Brian; STRICKLAND, Shauna M.; HANNAFORD-AGOR, Paula L.. Examining trial trends in State Courts: 1976-2002. In: **Journal of Empirical Legal Studies**. Ithaca: Cornell, 2004, v. 1, n. 3, p.768.

⁶²⁰ “*The other structural fact about today’s litigation landscape is that, as in this colloquium’s title referencing “vanishing trials,” almost no civil cases reach trial in the federal courts. As of 2015, about 1 in 100 civil lawsuits filed began a trial before either a judge or a jury. In terms of numbers, 2,852 civil bench and 1,882 civil jury trials were completed in 2015; the count on the criminal side was 5,027 bench trials and 1,807 jury trials.*” RESNIK, Judith. Lawyers' Ethics Beyond the Vanishing Trial: Unrepresented claimants, De Facto Aggregations, Arbitration Mandates, and Privatized Processes. In: **Fordham Law Review**. Nova Iorque: Fordham University, 2017, v. 86, n. 5, p. 1.019.

⁶²¹ FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur. **Civil Procedure**. 5. ed. Saint Paul: West Publishing, 2015, p. 469.

já que uma parte não conhecia todas as provas da outra até o *trial*, para um no qual o conhecimento dos fatos é gradativo e feito por todos os envolvidos no processo⁶²².

O *discovery*, enquanto modelo de instrução processual, é objeto de alguns questionamentos importantes e que precisam ser adequadamente compreendidos. Três são os fatores centrais que levam ao questionamento de sua função e importância: (i) o declínio do número de casos que efetivamente vão a julgamento e, de maneira especial, do número da utilização do júri; (ii) os custos altos envolvidos no seu desenvolvimento e a presença de certa redundância entre suas atividades e a apresentação de provas no *trial*; (iii) uma evolução em qual é o sentido e a utilidade do *discovery*⁶²³.

Em primeiro lugar, como visto, um pequeno número de casos nos Estados Unidos e, também, na Inglaterra chegam efetivamente ao *trial* e, portanto, a um julgamento. A maior parte dos casos é resolvida de maneira negociada entre as partes durante o *pretrial*. Sem dúvida, o custo financeiro do processo para as partes no modelo anglo-americano é um fator importante para este cenário. Há um desincentivo para que as partes prossigam para o *trial* (que demandará horas adicionais de trabalho de seus advogados), salvo se estiverem convencidas das perspectivas de sucesso de seu caso. Assim, o *discovery* tem uma função importante enquanto ferramenta de avaliação, ao mesmo tempo em que propicia que as partes, justamente por apreciarem as provas disponíveis e poderem investigar sobre os fatos, contemplem a construção de um cenário negocial adequado. Não é possível uma tomada de decisão negocial sem que se compreenda as perspectivas envolvidas no caso.

O *discovery*, em uma análise pragmática de sua função, não está mais direcionado para preparar o caso para julgamento. O *pretrial* tem sido um dos fatores de impulso à coleta de evidências para a solução consensual do conflito ou mesmo para que a parte possa escolher não arcar com os custos adicionais da fase de *trial*, considerando os elementos probatório que pôde reunir. Ou seja, ele tem a função de propiciar a oportunidade de avaliação do caso pelas partes, e não apenas de preparação do julgamento⁶²⁴. No modelo da CPR na Inglaterra isto se torna evidente, inclusive com a compreensão dos objetivos fundamentais (*overriding objectives*)

⁶²² LANGBEIN, J. H.. The demise of trial in American Civil Procedure: how it happened, is it convergence with European Civil Procedure? In: RHEE, C. H. Van; UZELAC, A.. **Truth and efficiency in Civil Litigation: fundamental aspects of fact-finding and evidence taking in a comparative context**. Cambridge: Intersentia, p. 144-149.

⁶²³ GRIMM, Paul W.; YELLIN, David S.. A Pragmatic Approach to Discovery Reform: How Small Changes Can Make a Big Difference in Civil Discovery. In: **South Carolina Law Review**. Columbia: USCSL, 2013, v. 64, p. 501.

⁶²⁴ MARCUS, R. L.. Extremism in the pursuit of truth is our 'virtue': the American infatuation with broad discovery. In: RHEE, C. H. Van; UZELAC, A.. **Truth and efficiency in Civil Litigation: fundamental aspects of fact-finding and evidence taking in a comparative context**. Cambridge: Intersentia, 2012, p. 177.

daquele Direito. O estímulo à solução consensual e produção de provas antes mesmo do processo é marcante, indicando uma tendência de relegar o *trial* à posição de última alternativa para resolução do conflito. Neste sentido ele permite uma tomada de decisão informada. Por um lado, permite saber se há probabilidade de êxito no *trial* e se valem a pena os custos e o investimento relacionados a esta etapa processual. Por outro, ele auxilia na identificação de expectativas e na delimitação das margens de negociação para a solução consensual do caso. Há uma relação direta entre conhecimento dos fatos do caso e margem de negociação. Sem a análise dos elementos probatórios disponíveis não é possível a análise crítica e avaliação das probabilidades de êxito da demanda. Existem, é bem verdade, casos nos quais a discussão é eminentemente sobre a tese jurídica que deve prevalecer, mas, mesmo nestas hipóteses, não se pode negar a utilidade de conhecimento adequado dos fatos e das chances de sua comprovação.

A amplitude e maneira como a coleta de evidência se dá no sistema americano é fundamental para o declínio no número de casos que, efetivamente, vão a julgamento⁶²⁵. Por outro lado, a vertiginosa queda no número de casos que vão a *trial* nos Estados Unidos é objeto de estudos e preocupação para o próprio papel da profissão jurídica e mesmo do modelo democrático e de salvaguarda de direitos^{626 627}.

Uma discussão paralela e objeto de importante atenção tanto na Inglaterra⁶²⁸ quanto no Estados Unidos⁶²⁹ decorre do crescente incentivo à solução alternativa de conflitos, as vezes após o início do processo e da *discovery*, e o preterimento do julgamento no modelo tradicional da cultura anglo-americana. O julgamento, com a produção de precedentes, seria a pedra angular do sistema de justiça civil anglo-americano e a diminuição dos casos efetivamente julgados poderia vir a prejudicar a própria evolução do direito. Ainda na década de 1980 Owen Fiss publicou o seu famoso trabalho “contra o acordo”, a partir desta percepção^{630 631}.

⁶²⁵ Para dados estatísticos sobre o “declínio do *trial*” nos Estados Unidos da América após a 2ª Guerra Mundial, vide: GALANTER, Marc. *The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts*. In: **Journal of Empirical Legal Studies**. Ithaca: Cornell Law School, nov. 2004, v. 1, n. 3, p. 460 e Ss.

⁶²⁶ BURNS, R. P. *What Will We Lose If the Trial Vanishes?* In: **Ohio Northern Law Review**. Ada: Pettit College of Law, 2011, v. 37, p. 575.

⁶²⁷ BURNS, Robert P.. **The death of American Trial**. Chicago: University of Chicago Press, 2009.

⁶²⁸ GENN, Hazel. **Judging civil justice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. GENN, Hazel. *What is Civil Justice For? Reform, ADR, and the Access to Justice*. In: *Yale Journal of Law & the Humanities*. New Haven: Yale, v. 24, n. 1, p. 416.

⁶²⁹ WENDT, George j.; SIMS, Carlton. *The vanishing trial: a hayekian perspective*. In: **Faulkner Law Review**. Montgomery: Faulkner Law, 2011, v. 2.

⁶³⁰ FISS, Owen. *Against Settlement*. In: **Yale Law Journal**. New Haven: Yale, 1984, v. 93.

⁶³¹ O trabalho gerou reação daqueles que veem na difusão dos ADRs como um caminho fundamental para que o sistema de justiça civil possa atingir outros objetivos. Vide: MACTHENIA, Andrew; SHAFFER, Thomas. *For reconciliation*. In: **Yale Law Journal**. New Haven: Yale University, 1985, v. 94. MOFFIT, Michael. *Three things to be against (settlement not included)*. In: **Fordham Law Review**. Nova Iorque: Fordham University, 2009, v.

As sucessivas reformas na *Federal Rules of Civil Procedure*, para aumentar os poderes de gerenciamento de casos do magistrado e estimular os acordos, teriam desencadeado esta situação de drástica redução no número de casos julgados, com ou sem a presença do júri. Na Inglaterra as reformas operadas por Lord Woolf e a própria lógica das *Civil Procedure Rules* seguem a mesma linha e, em algum grau, decorrem das ideias do movimento Americano anterior. No que diz respeito ao *discovery* e à própria condução do processo, isso significa uma redução do papel das partes, um aumento da intervenção do magistrado e um estímulo para que o caso seja resolvido negocialmente.

O *pretrial* deixou de ser eminentemente um fase de preparação: tornou-se o principal ponto para discussão do caso e das possibilidades para sua resolução. A busca por provas, a formação dos argumentos fáticos e jurídicos em uma fase de investigação conjunta e supervisionada pelo magistrado tornou o *discovery* o ponto mais importante de um modelo processual que deveria estar orientado para o *trial*, em alguns casos sendo o único fórum adversarial efetivamente disponível para as partes⁶³². Com efeito, há uma importante modificação entre a prática processual atual e o modelo pensando pela *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938, devido à modificação do balanço de importância entre as fases do processo⁶³³.

Uma sociedade massificada, o surgimento das *class-actions* e dos processos repetitivos criam um modelo de justiça mais preocupado em ser pragmático do que em encontrar a verdade para as alegações. O racional econômico envolvido no custo de litigar faz com que o sistema probatório e a atividade processual não se prestem necessariamente a preparar o ato final de julgamento da causa⁶³⁴.

Há, então, uma relação entre o movimento de busca pelos meios alternativos de resolução de controvérsias e a utilização do *discovery*. Ao se tratar dos meios alternativos de resolução de disputa não se está, simplesmente, a falar em evitar que casos cheguem ao Poder

78, n. 3. ERICHSON, Howard. Reflections on the adjudication-settlement divide. In: **Fordham Law Review**. Nova Iorque: Fordham University, 2009, v. 78, n. 3.

⁶³² GRIMM, Paul W.; YELLIN, David S.. A Pragmatic Approach to Discovery Reform: How Small Changes Can Make a Big Difference in Civil Discovery. In: **South Carolina Law Review**. Columbia: USCSL, 2013, v. 64, p. 504-505.

⁶³³ NAGAREDA, Richard. 1938 All over again? Pretrial as trial in complex litigation. In: **DePaul Law Review**. Chicago: DePaul, 2011, n. 60, v. 2, p. 649.

⁶³⁴ “So perhaps it’s no wonder that, in this age of mass tort litigation, and especially of the class-action lawsuit intended from the outset not to go to trial but to induce a settlement, our civil-justice system seems to be moving closer to the model of purely pragmatic dispute resolution, governed primarily by cost calculations, increasingly more sensitive to economic considerations and less sensitive to the evidence about who or what really caused these injuries – as if we had decided that ensuring that the truth comes out is sometimes just too difficult and too expensive to bother with.” HAACK, Susan. Justice, truth, and proof: not so simple, after all. In: **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, a. 25, n. 99, p. 32.

Judiciário, mas, também, na possibilidade de solução consensual e adequada do conflito na pendência do processo e, inegavelmente, o maior conhecimento dos fatos é um fator de estímulo à negociação.

O *discovery*, em um cenário no qual um número menor de caso será levado à julgamento, assume um papel externo importante, de permitir a construção de bases para o acordo entre as partes. A troca recíproca de informações e o resultado da investigação permite melhor avaliar a chance de sucesso na hipótese de julgamento e, assim, facilitar a construção de um cenário de acordo. Esta nova função do *discovery*, conduzida na busca de elementos para além daqueles estritamente admissíveis durante o *trial*, pela incidência das regras de exclusão da *Evidence Law*, requer uma maior atenção do magistrado, não menor como poderia parecer. A isso se soma a compreensão de que o juiz tem o papel de estimular uma solução consensual entre as partes, que consta, por exemplo, expressamente dos objetivos fundamentais do processo civil inglês (*Rule 1.4, CPR*).

Naturalmente, não se pode olvidar que as atividades são desenvolvidas pensando na possibilidade de julgamento e na coleta de evidências que venham a ser úteis nesta etapa processual. Assim, embora estatisticamente no atual contexto jurídico anglo-americano a maior parte dos processos seja resolvido consensualmente, o *trial* lança uma sombra sobre as atividades probatórias e investigativas desenvolvidas no *pretrial*⁶³⁵.

Se apenas um percentual pequeno de casos será julgado, poderia parecer que o envolvimento do juiz devesse estar voltado para os casos efetivamente submetidos à julgamento, com ou sem a presença do júri. A doutrina, contudo, tem feito o contraponto de que em um contexto de *discovery* mais abrangente e menos voltado para julgamento, a presença do juiz, no seu papel de gerenciador de caso, é relevante. É que o *discovery* e as comunicações e tratativas entre as partes realizadas neste momento são, efetivamente, o espaço para a resolução da disputa. A ausência de participação do magistrado pode acabar implicando o aumento de custos e de tempo, já que as partes poderão acabar gastando mais tempo e esforço, sem ter o seu caso adequadamente gerenciado e encaminhado⁶³⁶. O gerenciamento do caso pelo magistrado, portanto, deve considerar tanto a necessidade de instrução do processo para preparação do *trial* quanto a possibilidade de criação de um espaço para negociação e tomada de decisão informada pelas partes.

⁶³⁵ DENNIS, Ian. **The Law of Evidence**. 5. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2013, p. 58.

⁶³⁶ GRIMM, Paul W.; YELLIN, David S.. A Pragmatic Approach to Discovery Reform: How Small Changes Can Make a Big Difference in Civil Discovery. In: **South Carolina Law Review**. Columbia: USCSL, 2013, v. 64, p. 506.

A sociedade americana e suas demandas mudaram desde 1938, ano de edição das FRCP, e as reformas processuais operadas não foram capazes de redimensionar o perfil da *discovery* da própria atividade processual adequadamente. O surgimento das demandas de massa e de classe, a redução drástica no número de casos que efetivamente vão a julgamento, os custos envolvidos na atividade probatória e em se litigar fizeram com que o modelo processual pensado para o *trial* se apresente como, de certa maneira, inadequado. Por isso, há uma correlação entre a investigação probatória e a integração de meios de resolução de disputas, em um modelo multiportas.

É interessante observar que na doutrina norte-americana e inglesa as causas identificadas para a “permanente insatisfação com o funcionamento do sistema” são bastante similares aos motivos indicados para justificar primeiramente as sucessivas ondas reformatórias empreendidas no CPC/1973 e, posteriormente, a edição do CPC/2015.

No que concerne ao objeto deste trabalho, o papel da prova e da atividade instrutória também se alterou. As provas ainda são colhidas e organizadas pelas partes pensando no convencimento do julgador, em fornecer os elementos para a formação do convencimento sobre o contexto fático do caso. Entretanto, tanto no Brasil quanto na Inglaterra e Estados Unidos a atividade investigatória tem assumido outras funções. Se no Brasil não se verifica o mesmo tipo de desconforto com a “amplitude da fase instrutória”, isso se deve ao papel próximo do julgador e seu constante controle e condução do processo, que, apesar das regras sobre gerenciamento de casos, presentes no modelo anglo-americano, lá não encontra a mesma amplitude. O sistema de preclusões rígidas e de que todas as alegações fáticas e jurídicas devem anteceder a fase de instrução processual (já que devem constar da petição inicial e da contestação) no Brasil faz com que a dinâmica processual seja distinta, naturalmente. Não, se pode, contudo, negar o reconhecimento relativamente recente de um direito material à prova e a criação do procedimento próprio para a produção antecipada de prova, sem a necessidade de demonstração de cautelaridade ou urgência. No ponto, a introdução brasileira, resolvendo qualquer dúvida sobre a existência de ações probatórias autônomas, é mais ampla do que o permitido no sistema Estadunidense, no qual apenas em casos excepcionais e presentes os requisitos legais é possível uma produção de prova antes da propositura da ação “principal”. O modelo americano deixa a investigação prévia aos cuidados e iniciativas privadas das partes. Na Inglaterra, como visto, a situação é distinta da Americana, tanto pela existência dos *pre-action protocols* quanto pela possibilidade de ordem judicial de *disclosure* pré-processual, embora os tribunais sejam cautelosos sobre a questão, a partir do precedente estabelecido em *Black v. Sumitomo*.

Do ponto de vista da relevância e da admissibilidade dos meios de prova, no processo a percepção adequada do papel do *discovery* é fundamental para que se possa fazer o recorte adequado na atividade probatória. O que é relevante para fins de julgamento não é o mesmo que é relevante para fins de investigação.

4.13. A proporcionalidade probatória e o controle do processo

Em um processo de tradição adversarial, no qual a investigação dos fatos é uma tarefa principalmente das partes, a introdução do *discovery* representou um importante avanço, em a relação ao modelo tradicional do *common law* no qual as partes não tinham meios de investigação de provas antes do *trial* e no qual os *pleadings* eram a única maneira de preparar o caso para o julgamento, sendo a produção de provas limitada àquelas que as partes já dispusessem e pudessem introduzir para fins de julgamento. A *discovery*, efetivamente, revolucionou as possibilidades de produção de provas e de investigação na Inglaterra e nos Estados Unidos, sendo uma das características mais marcantes daqueles sistemas processuais.

Nos Estados Unidos a introdução de uma regra de proporcionalidade expressa para o *discovery* remonta à reforma processual de 1983, sendo uma das respostas às críticas à posição francamente liberal adotada pelas FRCP. O balanceamento de uma cultura que preconiza a busca pela verdade e a liberdade de investigação e a necessidade de economia de meios e de eficiência se faz sentir⁶³⁷.

Os custos envolvidos na condução da investigação, a ausência de limites claros sobre quais provas podem ser produzidas, a duplicação de esforços, já que uma testemunha “ouvida” durante o *discovery* terá que depor novamente durante o *trial*, levaram a severas críticas ao funcionamento do instituto. A solução pensada, tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos para lidar com esta situação foi uma maior intervenção do juiz, em um controle flexível e proporcional do caso. Mas, a intervenção do juiz, neste contexto, nada tem com o juiz inquisidor, que pretende produzir provas de ofício (tema que atrai a atenção na discussão entre publicismo e garantismo processual no Brasil), mas com um juiz que controla a atividade de *discovery*, evitando a prática de atos excessivos, redundantes, com o juiz que pretende reduzir custos e direcionar (mais do que controlar) a atividade probatória para os pontos realmente importantes. Boa parte da questão está relacionada a que o *discovery* custa caro e que precisa ser tratado de maneira mais racional, no balanceando o direito das partes de procurarem

⁶³⁷ MARCUS, Richard et al. **Civil Procedure: a modern approach**. Saint Paul: West Publishing, 2014, p. 390.

identificar a “verdade” sobre os fatos e a necessidade de um processo eficiente e sem custos indevidos⁶³⁸.

Quando se fala em custos processuais é preciso ter em mente que não se está a discutir apenas o quanto as partes despendem com o processo, mas, também, o quanto de recursos públicos é investido em um caso e que a alocação de recursos judiciais em um caso implica em menor disponibilidade para outros. Há, assim, uma questão de macrogerenciamento processual a ser considerado, como John Sorabji⁶³⁹ bem indicou como estando no centro do mote das reformas processuais na Inglaterra⁶⁴⁰.

“Verdade” e “justiça” precisam ser equacionadas com proporcionalidade de meios e disponibilidade de recursos. Não há atividade processual sem custos e esforços. A opção tanto da *Rule 26*, FRCP quanto nas *Rules 31(7)* e *44*, CPR foi a de estabelecer um controle do magistrado sobre o *discovery*, para que, de maneira, ponderada, considerando as necessidades do caso se determine a necessidade de produção ou não de uma determinada prova.

Na análise, portanto, deve estar contida a consideração sobre os custos envolvidos na produção da prova, a existência de outros meios ou elementos para a demonstração do fato, o valor do interesse econômico envolvido, a complexidade do caso e de seus aspectos fáticos. Não existe produção de prova gratuita. Sempre há o pagamento de honorários de advogado, de custos com perícia na produção de prova técnica, despesas com deslocamento. Além disso, o poder público está, também, a desprender recursos para a produção da prova (ainda que parcialmente cobertos pelas taxas judiciais), com a disponibilização dos serviços do juiz e dos servidores, de sua estrutura física e de meios. A decisão, portanto, não pode considerar apenas que mais elementos podem contribuir para uma maior “certeza” sobre os fatos e que haverá maior probabilidade de “correspondência” entre a decisão e o quanto ocorreu. Esta consideração está em um lado da balança, do outro lado tem que estar a necessidade de um processo eficiente (maximização de resultados com minimização de custos) e adequada alocação de recursos das partes e do próprio Poder Judiciário.

⁶³⁸ “*The realization that procedural provision may be relative leads to a more general discussion about the extent to which a system of procedure has to strive to ascertain the truth. It is axiomatic that the object of procedure is to render litigants their due; namely, to return judgments which correctly apply the law to the true facts. But this does not mean that the state has an obligation to provide the most accurate civil procedure regardless of cost. It would be absurd to say that we are entitled to the best possible legal procedure, however expensive, when we cannot lay a credible claim to the best possible health service or to the best possible transport system.*” ZUCKERMAN, Adrian. *A Reform of Civil Procedure - Rationing Procedure Rather than Access to Justice*. In: **Journal of Law and Society**. Londres: Wiley & Sons, 1995, v. 22, p. 6.

⁶³⁹ SORABJI, John. **English Civil Justice after the Woolf and Jackson reforms: a critical analysis**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 86-99.

⁶⁴⁰ SORABJI, John. **English Civil Justice after the Woolf and Jackson reforms: a critical analysis**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 180 e Ss.

O direito à prova, portanto, tem que ser exercido de maneira proporcional e ponderada, de maneira a conviver adequadamente com a afirmação de outros valores processuais de igual relevância. A investigação tem que ser conduzida de maneira eficiente, com o emprego de meios tendente à constituição de provas necessárias à instrução da causa⁶⁴¹.

⁶⁴¹ Sobre os aspectos a serem considerados no juízo de ponderação de proporcionalidade sobre a investigação, veja-se o caso *In re Convergent Technologies Securities Litigation*: “*It is no longer sufficient, as a precondition for conducting discovery, to show that the information sought ‘appears reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence.’ After satisfying this threshold requirement counsel also must make a common sense determination, taking into account all the circumstances, that the information sought is of sufficient potential significance to justify the burden the discovery probe would impose, that the discovery tool selected is the most efficacious of the means that might be used to acquire the desired information (taking into account cost effectiveness and the nature of the information being sought), and that the timing of the probe is sensible, i.e., that there is no other juncture in the pretrial period when there would be a clearly happier balance between the benefit derived from and the burdens imposed by the particular discovery effort.*” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. District Court, Northern California. **108. F.R.D. 328 (N. D. Cal. 1985)**. Rel. Magistrate Judge Brazil, j. 28 out. 1985.

5. OS LIMITES TRADICIONAIS DA ATIVIDADE PROBATÓRIA: RELEVÂNCIA E ADMISSIBILIDADE

5.1. A relação entre relevância e admissibilidade: enquadramento tradicional do tema

Nem todos os fatos do mundo natural têm importância para o mundo do Direito. Muitos são os acontecimentos que não aduzem qualquer consequência jurídica. Não são, portanto, juridicizados e não entram no mundo jurídico. O mundo natural é mais amplo do que o mundo jurídico. Apenas os fatos que, por preencherem o suporte fático de uma norma jurídica, sejam parte do mundo jurídico é que serão objeto da necessidade de prova, em sentido jurídico. A prova jurídica, portanto, volta-se para a demonstração de um fato jurídico ou mesmo, eventualmente, para a demonstração de que fato jurídico não há⁶⁴². Do ponto de vista processual as provas podem ser compreendidas como pressupostos para o julgamento do caso, os fatos serão tidos como provados a partir dos meios de provas disponíveis nos autos. A apresentação das provas é regulada pela legislação processual. Não apenas a maneira como a prova que já exista ao tempo do processo poderá ser apresentada, mas, também, a maneira como se poderá constituir a prova processualmente. Nem todos os meios para se demonstrar uma alegação fática podem ser empregados no processo. O processo é, portanto, um mecanismo de investigação factual normativamente delimitado e controlado.

Além disso, nem todos os fatos jurídicos são relevantes para um determinado processo. Ou seja, o processo investiga fatos, inclusive para saber se merecem a qualificação de jurídicos ou para determinar-lhes a consequência. O processo está direcionado ao julgamento de uma pretensão de direito material deduzida, que, inexoravelmente, depende da verificação de um fato jurídico prévio. Não é, contudo, qualquer fato jurídico que será objeto de atenção no processo. Dentre os fatos jurídicos que requerem investigação em um processo civil, apenas aqueles que sejam controvertidos é que serão objeto de atividade probatória. A controvérsia das partes (e, em alguns casos, a iniciativa do juiz) atua, então, delimitando os fatos que requerem demonstração por meios de prova. Por isso, é preciso responder, ao menos, a duas questões para que se possa autorizar a atividade probatória incidental em um processo ou considerar um meio de prova que seja introduzido pela parte: o meio de prova proposto tem utilidade para,

⁶⁴² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 110-111.

efetivamente, auxiliar na verificação da alegação fática – e, em última medida, permitir o julgamento do caso? O meio de prova é aceito pela legislação?

Em outras palavras, apenas as provas admissíveis é que são consideradas no processo. Há muitas maneiras e formas para se demonstrar um evento empírico, mas nem todas essas maneiras são consentâneas com a atividade processual, com as regras sobre verificação de fatos, e podem ser admitidas. Admissibilidade probatória, na verdade, é gênero, que contém as noções de relevância e admissibilidade em sentido estrito.

A admissibilidade, *lato sensu*, diz respeito às provas que podem ser apresentadas para apreciação e para fundamentação da decisão judicial. Ela representa uma investigação de cunho lógico-jurídico⁶⁴³.

Juridicamente o exame da admissibilidade probatória procura assegurar a legalidade na investigação dos fatos⁶⁴⁴. Inicialmente o sentido era o de só se admitirem os meios de prova estabelecidos na própria lei, o que evoluiu para um controle propriamente de restrição de utilização (admissão) de alguns meios de prova. Passou-se de um modelo rígido de legalidade taxativamente positiva para outro de flexibilidade na análise da admissão.

Do ponto de vista da admissibilidade lógica, por um lado, requer-se que um determinado meio pretendido para demonstrar um fato seja capaz de efetivamente atingir esta finalidade. Há, neste ponto, duas questões: a primeira diz respeito à idoneidade do meio de prova e a segunda ao seu direcionamento. Por exemplo, no que diz respeito à idoneidade do meio de prova, a psicografia não é aceita, em mínimos critérios, como um meio de verificação de fatos e o detector de mentiras é considerado como um mecanismo incapaz de determinar efetivamente a verdade das alegações⁶⁴⁵. O estado da arte científica é o que se busca para a verificação dos fatos. O consenso científico sobre determinada técnica ou método reflete em sua idoneidade probatória. Por outro lado, a prova tem que ser direcionada ao *thema probandum*. Só devem ser produzidas provas para as alegações fáticas e controvertidas, que já não estejam esclarecidas ou suficientemente demonstradas no processo. Se o meio de prova for útil e idôneo para demonstração dos fatos, passa-se à segunda fase da investigação de sua admissibilidade, que importa em saber se existe alguma regra jurídica que impeça a admissão da prova. As regras de admissibilidade probatória atuam, justamente, impedindo que provas idôneas e direcionadas sejam produzidas ou apreciadas no processo. Em outras palavras, as regras de admissibilidade

⁶⁴³ TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Milão: Giuffrè Editore, 1992, p. 337.

⁶⁴⁴ VANZ, Maria Cristina. **La circolazione della prova nei processi civili**. Milão: Giuffrè Editore, 2008, p.40-41.

⁶⁴⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Carta psicografada como fonte de prova no processo civil. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2014, v. 234, p. 45 e Ss.

excluem material epistemologicamente relevante, sendo chamadas de regras de exclusão. Por exemplo, ouvir uma pessoa que presenciou uma briga entre outras duas, em uma ação reparatória na qual há controvérsia sobre o que foi dito durante a desavença, é, certamente, um meio idôneo e direcionado ou pertinente. Entretanto, se a pessoa que se pretende colher o testemunho é cônjuge de uma das partes, não é possível admitir a prova (ou, ao menos, aceitar o seu pleno valor probante). No mesmo sentido, pode ser relevante, por ajudar a esclarecer um fato controvertido no processo, a oitiva do advogado da parte, entretanto esta prova é inadmissível, já que a lei impede o depoimento do advogado (art. 447, § 2º, III, CPC/2015), sendo direito do advogado se recusar a depor não apenas no processo no qual funcionou ou deva funcionar, mas também sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional (art. 7, XIX, EOAB).

A admissibilidade probatória, então, pressupõe a análise da relevância dos meios de provas e das regras exclusão, que constituem o juízo *stricto sensu* de admissibilidade das provas. Assim, é possível falar em admissibilidade em sentido largo, a incluir a investigação da relevância e da admissibilidade em sentido estrito.

Cada meio de prova, individualmente considerado, se submete ao juízo de admissibilidade. A admissibilidade, então, não é feita de maneira genérica, mas a partir da observação de cada um dos elementos de informação disponibilizados⁶⁴⁶. Relevância é um critério eminentemente lógico⁶⁴⁷, mas a lei estabelece regras para a inadmissibilidade probatória de material logicamente relevante, sendo este, aliás, o objeto tradicional da “*Evidence Law*”. Ou seja, existem provas relevantes que são excluídas pelo sistema (como decorrência de uma regra jurídica, a exemplo da que veda as provas obtidas ilicitamente ou a que estabelece a impossibilidade de se atribuir valor probatório à confissão feita pelo incapaz), mas as provas irrelevantes nunca são admissíveis.

Bruno Sassani indica que a relevância probatória se voltaria para o fato. O fato que se pretende provar é que seria relevante ou não para a decisão da causa, a exigir a produção de uma prova. A prova, então, seria produzida apenas se o fato a ser provado fosse relevante e o meio de prova pretendido admissível. A relevância não estaria no meio de prova, mas no próprio

⁶⁴⁶ VÁSQUEZ, Carmen. La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales. In: **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante: Marcial Pons, 2015, n. 38, p. 105.

⁶⁴⁷ “Admissibility is determined, first, by relevancy, — an affair of logic and experience, and not at all of law; second, but only indirectly, by the law of evidence, which declares whether any given matter which is logically probative is excluded.” THAYER, James Bradley. **A preliminary treatise on evidence at the common law**. Boston: Little, Brown and Company, 1898, p. 269.

fato probando⁶⁴⁸. A relevância, nesta concepção estaria próxima da identificação do *thema probandum*. Naturalmente, existem fatos irrelevantes para o processo por não guardarem relação com a hipótese de incidência em investigação ou com os fatos hipoteticamente previstos⁶⁴⁹. A afirmação de que estes fatos não devem demandar atividade investigatória (pelo simples fato de não dizerem respeito ao julgamento da causa) está correta. Apenas os fatos *controvertidos, pertinentes e relevantes* é que precisam ser demonstrados no processo, sendo designados como objeto de prova⁶⁵⁰. Neste sentido, relevantes são aqueles fatos que possam influenciar no julgamento judicial⁶⁵¹. Contudo, é possível indagar se os *fatos* são relevantes e, igualmente, se o *meio de prova* o é, dada sua finalidade. Quando a referência é feita à relevância do meio de prova a questão aproxima-se da noção de sua utilidade para a demonstração de um fato componente do objeto litigioso do processo⁶⁵².

O processo bifásico e concentrado, modelo tradicional da *Common Law*, particularmente quando há a presença do júri, torna o momento da admissibilidade muito claro e destacado. O juiz realiza a prévia admissibilidade das provas que serão apresentadas ao júri, para formar seu convencimento. No modelo processual espaçado, retomando a metáfora de Damaska, o mesmo não acontece de forma tão aguda, já que o processo de conhecimento dos fatos e de análise do acervo probatório não se concentra em um único ato processual episódico⁶⁵³. De qualquer maneira, pontuadas as peculiaridades procedimentais, nos dois sistemas a apresentação da prova se submete ao *iter* de apresentação, admissão e avaliação.

Relevantes são as provas que tenham utilidade para demonstrar ou negar uma determinada alegação fática, por terem pertinência em relação aos pontos controvertidos e por serem idôneas para auxiliar na compreensão dos fatos. O meio de prova tem que ser útil para a demonstração, direta ou indireta, da alegação. Em regra, todos os meios de prova são admissíveis e podem ser utilizados no processo, salvo aqueles que sejam contrários à lei ou à

⁶⁴⁸ SASSANI, Bruno. **Lineamenti del processo civile italiano**. 5. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2015, p. 229-230.

⁶⁴⁹ WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Sentido y hecho em el derecho**. Cidade do México: Fontamara, 2008, p. 234.

⁶⁵⁰ “*I fatti oggetto di prova sono i fatti giuridicamente rilevanti ai fini della decisione della causa, ossia sono i fatti costitutivi del diritto fatto valere in giudizio, nonché i fatti impeditivi, modificativi ed estintivi.*” BONATO, Giovanni. Il sistema probatório nel processo civile italiano. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte: UFMG, 2017, n. 71, p. 173.

⁶⁵¹ CAMBI, Eduardo. **Curso de Direito Probatório**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 39

⁶⁵² “*O juízo de admissibilidade difere do de relevância, porque a admissibilidade é um requisito de legalidade e constitucionalidade, já que para ser a prova admitida, deve respeitar as formas e o procedimento previsto na lei, bem como não estar em contraste com nenhum outro valor ou bens, assegurado na Constituição e nas leis, que impeçam o ingresso da prova em juízo. As regras de admissibilidade são, pois, regras de exclusão ou regras que limitam a possibilidade de se valer de determinados meios de prova. Já o juízo de relevância implica um juízo preliminar de utilidade da prova, isto é, somente as provas que possam contribuir à demonstração do fato jurídico é que podem ser consideradas relevantes*”. CAMBI, Eduardo. **A prova cível: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006, p. 262.

⁶⁵³ DAMASKA, Mirjan. **Evidence Law Adrift**. New Haven: Yale University Press, 1997, p. 59-62.

Constituição, desde que relevantes para a demonstração de um fato componente do *thema probandum*⁶⁵⁴. Relevância, traz em si, as noções de *utilidade* e de *necessidade*, a produção da prova tem que ser útil e necessária para o esclarecimento dos fatos. Se já existem outras provas, pode ser desnecessária a produção de novos elementos, não se admitindo a prática de um ato processual inútil.

O juízo de admissibilidade *stricto sensu*, ao seu turno, diz respeito às regras jurídicas que impedem a introdução ou produção de material probatório relevante no processo. O juízo de admissibilidade, nesse sentido, requer a análise de se determinado meio de prova está em consonância com a lei, considerando o objeto do processo (por exemplo, não se admite prova contrária ao documento público quando a lei estabelecer que ele é da substância do ato e, também, não é possível a confissão sobre direitos indisponíveis) ou a qualidade dos sujeitos (exemplificativamente, não é possível a tomada de depoimento do menor de dezesseis anos; o cônjuge da parte, em regra, é impedido de testemunhar). Não importa se a prova seria capaz de ajudar no esclarecimento dos fatos e é, portanto, relevante. Se ela é juridicamente inadmissível não poderá ser considerada para fins de decisão judicial. A admissibilidade probatória em sentido estrito, portanto, consiste na verificação de se a lei autoriza a utilização do meio de prova pretendido⁶⁵⁵. As regras de admissibilidade *excluem* material probatório relevante, são regras de exclusão, e têm por objetivo impedir a valoração da prova pré-constituída ou produção da prova constituenda.

A posição clássica sobre a questão era a de que a admissibilidade das provas em face das regras de exclusão atuaria em um modelo de tudo ou nada. O preenchimento do suporte fático de uma regra de exclusão de provas significaria a impossibilidade de se valorar e considerar o meio de prova. A prova restaria, definitivamente, inadmissível no processo. Entretanto, observa-se uma tendência de “flexibilização” da questão, fazendo com que a apreciação das provas se dê menos no campo de sua admissibilidade do que no de sua avaliação e valoração. A construção de um modelo democrático de processo pressupõe a avaliação das informações disponíveis e a indicação racional das conclusões fáticas obtidas a partir dos meios de provas disponíveis.

A tradição do *Common Law* estabeleceu as regras de exclusão como sendo o objeto de estudo do ramo do direito “*Evidence Law*”. Isso levou à uma conformação substancialmente distinta da tradição continental, que nunca teve o Direito Probatório como ramo autônomo e, por isso, nunca se preocupou metodologicamente em fixar seu objeto, sendo o seu ensino

⁶⁵⁴ CAMBI, Eduardo. **A prova cível: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006, p. 263.

⁶⁵⁵ CONTE, Mario. **Le prove nel processo civile**. Milão: Giuffrè, 2002, p. 48-49.

difuso, mas majoritariamente objeto das preocupações da doutrina processual e, de maneira acidental, de diversos ramos do direito material. Quando Wigmore procurou desenvolver as bases para a “Ciência das Provas”, o seu foco estava voltado para a diminuição do âmbito e da importância das regras de exclusão, sendo cada vez mais admitida a ampla introdução de material probatório, algo que pode ser identificação com a “prova livre”. A questão, lentamente, se afastava de um modelo composto por regras rígidas e tradicionais de admissibilidade para um modelo mais flexível. Paralelamente, não é por acaso que na Europa continental e na América Latina, onde as regras de exclusão não mereceram tradicionalmente a mesma atenção e não há a figura do júri (com a mesma amplitude), tantos trabalhos cuidem justamente da avaliação “racional” das provas pelo julgador e da necessidade de adequada fundamentação da decisão judicial sobre os fatos. Neste ponto, o já aludido declínio do júri e um aumento do número de casos nos quais não há julgamento ou o julgamento é feito pelo magistrado faz com que as preocupações se aproximem em alguma medida.

Apesar da maior atenção que o tema mereceu na tradição do *Common Law*, o sistema continental de apresentação de provas também é baseado nas noções de relevância e de admissibilidade de provas, apenas a matéria é tratada como pertencente ao direito processual e, em alguns casos, ao direito material – e não de um ramo jurídico autônomo. Na verdade, nas duas tradições observa-se uma tendência de diminuição das regras de exclusão de material probatório relevante a partir de um sistema rígido de pré-exclusão legal de algumas provas. A tendência é de flexibilização dos critérios de admissibilidade a partir de um juízo de proporcionalidade (dificuldade de produzir a prova em comparação com a preservação dos valores tutelados pela regra exclusionária), bem como o incremento da importância do momento de valoração e justificação racional das conclusões probatórias em relação à admissibilidade⁶⁵⁶. A esta tendência se soma o incremento do papel do juiz na condução do processo, em alguns casos sendo-lhe atribuída até mesmo a iniciativa probatória e, em outros, o poder de gerenciar o caso e determinar as provas que serão consideradas para fins de julgamento.

O movimento no sentido da redução das normas jurídicas que previamente excluíam a introdução de material probatoriamente relevante no processo conflui para a compreensão do sentido constitucional do direito à prova. Sob o prisma da Constituição, o direito de participação e produção de provas no processo está relacionado às garantias processuais fundamentais. Por isso, nenhum limite probatório é justificado, salvo se presente uma situação específica que

⁶⁵⁶ VANZ, Maria Cristina. **La circolazione della prova nei processi civili**. Milão: Giuffrè Editore, 2008, p. 43.

excepcione o direito de as partes se valerem de todas as provas relevantes^{657 658}. Isso fomenta a passagem de um modelo legalista rígido, que pressupõe a prévia definição pelo legislador de quais provas são admissíveis em sentido estrito, para um outro, flexível, no qual cabe ao juiz, em um juízo de ponderação, determinar quais são as provas relevantes que devem ou não ser produzidas, considerando os objetivos fundamentais do processo e as garantias decorrentes do devido processo legal. O direito à prova precisa ser compreendido em sentido que o empreste máxima efetividade⁶⁵⁹.

Para fins de admissibilidade é importante a tradicional distinção entre provas pré-constituídas e provas constituendas⁶⁶⁰. As provas, ou mais especificamente os meios de prova (evidência), pré-constituídas são aquelas que preexistem ao processo e que não necessariamente são funcionalmente criadas para uma utilização processual (por exemplo, fotos tiradas do local do acidente, o documento do contrato, mensagens escritas trocadas entre as partes). As provas constituendas são aquelas que são produzidas no curso do processo, normalmente por determinação do juiz e com a participação das partes⁶⁶¹. As vezes uma prova existe *fora* do processo, mas precisa a ele ser trazida, pois a parte interessada não dispõe dela, como acontece na exibição incidental. Na tradição continental e no Brasil, as provas constituendas são, efetivamente, produzidas na presença do juiz e com sua intervenção e participação. O juiz formula perguntas ao depoente em primeiro lugar, determina a maneira como se dará a perícia, está, em suma, envolvido pessoalmente na produção da prova, e não apenas em sua avaliação ao final. Na tradição anglo-americana a produção das provas sempre esteve a cargo das partes, cabendo ao juiz apenas determinar quais provas são admissíveis para apresentação durante o *trial* ou eventualmente considerá-las para o julgamento sumário da causa. Por isso, no momento do *trial* todas as provas são pré-constituídas (foram produzidas e documentadas antecipadamente), salvo a prova oral com a possibilidade de exame cruzado (*cross examination*) da testemunha fática ou técnica. A diminuição dos julgamentos pelo júri no

⁶⁵⁷ CAMBI, Eduardo. **A prova cível: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006, p. 36.

⁶⁵⁸ É inegável que o direito à prova é uma garantia constitucional, sobre o tema veja-se julgado da Corte Constitucional Espanhola: “...este Tribunal ha declarado reiteradamente que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes constituye un derecho fundamental, inseparable del derecho de defensa, que el art. 24.2 CE reconoce y garantiza a todos los que son parte en un proceso judicial, y cuyo contenido esencial se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto que es objeto del proceso...” ESPANHA. Tribunal Constitucional d’Espanya. SENTENCIA 37/2000, de 14 de febrero. j. 14 fev. 2000.

⁶⁵⁹ CAMBI, Eduardo. O Direito à prova no processo civil. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba: UFPR, 2000, v. 34, p. 153.

⁶⁶⁰ TARZIA, Giuseppe. **Lineamenti del processo civile di cognizione**. 4. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2009, p. 213.

⁶⁶¹ CONTE, Mario. **Le prove nel processo civile**. Milão: Giuffrè, 2002, p. 34-35.

processo civil e a modificação do papel do *discovery* têm um impacto importante nesta questão tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos, havendo a possibilidade de contato entre o juiz e a prova, no curso da própria investigação. Este, aliás, é um pressuposto para que possa ser adequadamente desenvolvido o gerenciamento do caso.

As regras de admissibilidade, então, estabelecem quais provas podem ser apresentadas (se previamente constituídas), produzidas no processo (se constituídas) e, principalmente, consideradas e valoradas para fins decisão judicial. Admissão *stricto sensu* vincula-se ao impedimento jurídico de ingresso de um meio de prova no processo. Para os meios de prova que serão constituídos durante o curso da instrução processual, o juízo de admissibilidade é feito de maneira prévia à sua produção e implica a impossibilidade de sua realização. Para as provas pré-constituídas, contudo, a análise da admissibilidade tem uma feição retrospectiva⁶⁶², exigindo a retirada do meio de prova inadmissível do processo e a impossibilidade de fundamentação da decisão judicial com base na prova inadmissível. Na tradição da *Common Law*, com a presença do júri, a admissibilidade normalmente era feita de maneira prévia. Com a diminuição de seu uso as experiências se aproximam. É que uma vez que o julgador de fato tenha conhecimento ou contato com a prova inadmissível não é possível simplesmente “apagar” o conteúdo de sua memória. Nesta hipótese há, na verdade, uma vedação argumentativa. Não será possível fundamentar a decisão adotando por base o elemento probatório inadmissível.

Rigorosamente, do ponto de vista pragmático, se o juiz que decidir pela inadmissibilidade da prova for o mesmo que tiver que julgar o caso, não há como garantir que ele, em alguma medida, não será psicologicamente influenciado ou terá sua percepção enviesada pela prova inadmissível. O que o sistema jurídico pode garantir é que, semanticamente, não será possível argumentar na fundamentação da decisão judicial considerando o elemento de prova inadmissível. Caso a prova seja invocada como fundamento, a decisão judicial será nula. Caso seja introduzida uma prova inadmissível a consequência jurídica será sua retirada dos autos do processo e o juiz não poderá levá-la em consideração ao decidir a causa. Há uma vedação à fundamentação da causa com base na prova inadmissível. Isso, contudo, se dá no plano semântico-argumentativo. No plano pragmático a prova inadmissível poderá ter alguma influência no convencimento do magistrado, não sendo possível controlar os efeitos psicológico do contato do juiz com a informação. Apenas se erige a expectativa de que ela seja efetivamente desconsiderada.

⁶⁶² CAMBI, Eduardo. **A prova cível: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006, p. 33-34.

O controle de admissão das provas cabe ao juiz, entretanto é indispensável a oportunidade de prévia discussão em contraditório da questão pelas partes. Ou seja, embora o magistrado esteja incumbido de decidir sobre a admissibilidade das provas, as partes cooperativamente devem influenciar na decisão, bem como na produção das provas constituídas. Para as provas pré-constituídas as partes devem ter ciência de sua apresentação no processo, sendo-lhes oportunizada a possibilidade de impugnar sua admissão, bem como se manifestar sobre o valor probatório que lhes deve ser atribuído e sobre as possíveis inferências que podem ser retiradas do meio de prova apresentado. Para as provas constituídas a discussão deve abarcar também a necessidade de produção da prova, a partir de outros elementos constantes dos autos, bem como a eficiência e economia de recursos no processo. O tema está umbilicalmente relacionado à necessidade de saneamento do processo e à vedação das decisões surpresas. As partes não podem ser surpreendidas por um julgamento sem que tenham sido informadas dos fatos ainda pendente de provas e nem é possível o julgamento sem que se assegure à parte a possibilidade de produzir provas para a demonstração de suas alegações. O CPC/2015 caminhou neste sentido ao preconizar o chamado “saneamento compartilhado”, com a valorização do papel das partes na definição dos pontos controvertidos e que requerem a produção de provas. Entretanto, a demonstração das alegações e a preocupação com o esclarecimento dos fatos no processo revelam que a instrução processual é um mecanismo falho de investigação e pontuado por limitações.

As regras sobre a admissibilidade probatória e sobre a apresentação das provas no processo fazem com que a identificação dos fatos seja peculiar e pontuada por limitações, tornando o processo um meio inadequado para a condução de uma investigação. A situação é paradoxal, as regras processuais sobre provas, preocupadas na obtenção de uma decisão justa, afastam, muitas vezes, a possibilidade de verificação dos fatos⁶⁶³; existem, é bem verdade, outros objetivos processuais a serem preservados ou atingidos.

O processo não é o melhor método para “descoberta” da verdade dos fatos⁶⁶⁴ e nem é um meio de cientificamente comprovar hipóteses. Antes, ele é um mecanismo de decisão de

⁶⁶³ “Os sistemas processuais se preocuparam, durante séculos, em estabelecer regras minuciosas de admissibilidade e avaliação das provas, como se a verdade processual tivesse uma essência própria, pouco ou nada dependente daquela que se encontra no mundo real, quando, ao contrário, como evidenciou Jeremias Bentham, a busca da verdade não é uma atividade privativa do juiz, e o resultado que o juiz deve buscar deve ter a mesma consistência daquele que é objeto da investigação dos fatos em qualquer outra área do conhecimento humano.” GRECO, Leonardo. A Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro- Anteprojeto do Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais” da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro: UERJ, 2014, v. 13, n. 13. Disponível em: <www.redp.com.br>. Acesso em 09 jul. 2018.

⁶⁶⁴ HAACK, Susan. Epistemology Legalized: or, Truth, Justice, and the American Way. In: **The American Journal of Jurisprudence**. Notre Dame: UNDSL, 2004, v. 49, p. 56-48.

disputas, cercado por garantias legais e constitucionais; muitas destas garantias justamente impedem a produção de provas, que poderiam impactar na decisão sobre os fatos. A identificação dos fatos não é o único objetivo do processo e nem a aplicação do direito um trabalho autômato, uma vez esclarecidos os fatos. Aliás, em certas situações a lei sequer exige sejam produzidas provas para que o caso possa ser julgado, como acontece na produção dos efeitos materiais da revelia no processo civil, no qual a ausência de controvérsia sobre os fatos torna desnecessária a produção de provas (além daquelas que já devem ter acompanhado a petição inicial, como os documentos de que o autor já dispuser).

5.2. Limitações à introdução de material probatório no processo. Justificativas legítimas ao direito fundamental de produzir prova no processo

A decisão sobre admissibilidade de provas é revestida de particular importância, pois é o momento em que se põe a análise do próprio exercício do direito à produção da prova⁶⁶⁵, quando exercido endoprocessualmente. Entretanto, para a decisão ser legítima, no sistema brasileiro, ela deve ser adequadamente fundamentada, explicitando-se as razões pelas quais o elemento probatório foi ou não admitido. A noção tradicional de que todas as provas relevantes são admissíveis, salvo aquelas excluídas por alguma norma jurídica, precisa ser compreendida à luz de um modelo de processo constitucional⁶⁶⁶.

Existe um claro limite constitucional para a restrição à produção de provas no processo, que se vincula à impossibilidade de se retirar da parte completamente a possibilidade de produzir uma prova indispensável à defesa judicial do seu direito. É que, nesta hipótese, estar-se-ia substancialmente negando à parte a possibilidade de se valer da tutela jurisdicional e de atuar para a formação do convencimento do julgador e para o esclarecimento dos fatos. O direito à prova, neste contexto, vincula-se à noção de acesso à ordem jurídica justa e de direito à tutela jurisdicional⁶⁶⁷. Se é certo que o direito à prova é de matiz constitucional, ele não é ilimitado, podendo a lei restringir o seu exercício, desde que não aniquile a própria garantia fundamental.

⁶⁶⁵ “...é no pronunciamento judicial relativo à admissão das provas que se encontra o núcleo do direito à prova; assim, somente através da disciplina legal das hipóteses de rejeição das provas, acompanhada da exigência de decisões expressas e motivadas, e dotadas após o debate contraditório, podem estar atendidas as garantias processuais.” GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Princípios gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, 2009, a. 46, n. 183, p. 38.

⁶⁶⁶ DANTAS, Ivo. Direito Processual Constitucional e Direito Constitucional Processual: um debate em aberto. In: **Revista Acadêmica**. Recife: Faculdade de Direito do Recife, 2013, v. 95, n. 2, p. 200.

⁶⁶⁷ CAMBI, Eduardo. **A prova cível: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006, p. 39.

As provas devem ser úteis para o caso⁶⁶⁸. A noção de devido processo legal substancial alberga o direito da parte de, participando em contraditório, se defender ou agir provando, utilizando-se de todos os meios de prova lícitos e relevantes para o caso⁶⁶⁹. Muitas vezes, na jurisprudência brasileira, vê-se uma grave e pernicioso confusão, a partir da noção de que a “prova serve à formação do convencimento do juiz” e de que a produção de uma prova seria desnecessária pois o juiz já “estaria convencido”, baralhando, de maneira autoritária, as etapas de admissibilidade probatória e de avaliação dos meios disponíveis⁶⁷⁰.

O direito subjetivo de provar, contudo, não equivale ao direito de produzir qualquer prova⁶⁷¹. Ou seja, o conteúdo do direito é a possibilidade de apresentar elementos, obter e produzir provas que possam influenciar no desfecho do caso⁶⁷². É possível, entretanto, que o direito de provar seja plenamente exercido e resguardado ainda que não se apresentem todos os meios de prova. O ponto é delicado, contudo. É que a análise para que se saiba quais inferências podem ser retiradas da prova e, por conseguinte, se perquirir sobre o impacto probante do elemento (relacionado ao exercício do direito de provar), só pode ser feita de maneira retrospectiva, isto é, apenas analisando efetivamente o conteúdo da prova. Ou seja, a decisão negativa, indeferindo a produção de prova por desnecessária, é sempre uma extrapolação presuntiva, já que não se conhece de antemão o conteúdo daquilo que seria produzido.

O direito à prova não se apresenta isolado, mas sempre de modo contextual. Quando confrontado com outros valores juridicamente relevantes, como, por exemplo, a proteção à privacidade, a necessidade de eficiência na condução do processo, a preservação da relação cliente e advogado, do segredo profissional, do sigilo comercial, poderá ter que ceder espaço. A lei cuida de muitas hipóteses nas quais se limita a produção de provas, justamente com a criação de regras de exclusão. Entretanto, a definição dos contornos do direito à prova pode depender de um juízo de ponderação específico sobre outros direitos relevantes para o ordenamento jurídico. Este juízo de ponderação é exercido pelo legislador e, às vezes, caberá ao juiz decidir no curso do processo qual valor deve preponderar.

A restrição ao direito à prova, à luz das garantias constitucionais do processo, só se justifica para salvaguardar um outro direito ou interesse juridicamente merecedor de proteção,

⁶⁶⁸ Sobre o tema, veja-se julgado do Tribunal Constitucional Espanhol: ESPANHA. Tribunal Constitucional d’Espanña. **SENTENCIA 22/1990, de 15 de febrero**. j. 15 fev. 1990.

⁶⁶⁹ VANZ, Maria Cristina. **La circolazione della prova nei processi civili**. Milão: Giuffrè Editore, 2008, p. 46.

⁶⁷⁰ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 19-20.

⁶⁷¹ ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoría General de La Prueba Judicial**. Buenos Aires: Victor P. de Zavília Editor, 1972, t. I, p. 35.

⁶⁷² TARUFFO, Michele. Il diritto alla prova nel processo civile. In: **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, 1984, v. 39, p. 75-76.

com base em critérios recíprocos de coordenação⁶⁷³. Esta afirmativa é correta tanto para a prova produzida de maneira incidental quanto para aquela alçada à condição de objeto de uma ação probatória autônoma.

5.3. Relevância da prova, sua análise e o “princípio da melhor prova”

A regra geral sobre a admissão de evidência é a de que as provas irrelevantes devem ser excluídas e apenas as provas relevantes são admissíveis^{674 675}. Em uma visão restrita, relevância se relaciona uma alegação fática que requer prova. O teste é saber se essa evidência potencialmente tende a confirmar (ou negar) o fato probando em alguma medida.

Assim, saber se a introdução de um meio de prova é relevante para o processo é realizar um julgamento eminentemente lógico⁶⁷⁶ da proposição. O juízo de relevância se volta a saber a necessidade de apresentação da prova para a demonstração da existência dos fatos controvertidos e para a incidência da norma jurídica material para a decisão da causa. O objeto do processo deve ser levado em consideração para se saber se uma determinada prova é ou não relevante⁶⁷⁷.

A inadmissibilidade das provas irrelevantes se justifica pela necessidade de efetividade e celeridade processual. Não devem ser produzidas provas, com os custos inerentes à sua produção, que não auxiliarão, efetivamente, no esclarecimento dos fatos e no julgamento

⁶⁷³ VANZ, Maria Cristina. **La circolazione della prova nei processi civili**. Milão: Giuffrè Editore, 2008, p. 45.

⁶⁷⁴ “*En efecto, los sistemas jurídicos han establecido tradicionalmente un cúmulo más o menos extenso de excepciones al principio general de inclusión de las pruebas relevantes, dando como resultado la exclusión de pruebas pese a su relevancia. En definitiva, para que un elemento de prueba sea admisible muchas veces debe satisfacer una variedad de demandas adicionales a la relevancia.*” VÁSQUEZ, Carmen. La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales. In: **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante: Marcial Pons, 2015, n. 38, p. 102.

⁶⁷⁵ BROUN, Kenneth; et al. **McCormick on evidence**. 7. ed. Saint Paul: Thomson West, 2013, v. 1, p. 994.

⁶⁷⁶ “*Logic, however, is not the same thing with knowledge, though the field of logic is co-extensive with the field of knowledge. Logic is the common judge and arbiter of all particular investigations. It does not undertake to find evidence, but to determine whether it has been found. Logic neither observes, nor invents, nor discovers; but judges. It is no part of the business of logic to inform the surgeon what appearances are found to accompany a violent death. This he must learn from his own experience and observation, or from that of others, his predecessors in his peculiar pursuit. But logic sits in judgment on the sufficiency of that observation and experience to justify his rules, and on the sufficiency of his rules to justify his conduct. It does not give him proofs, but teaches him what makes them proofs, and how he is to judge of them. It does not teach that any particular fact proves any other, but points out to what conditions all facts must conform, in order that they may prove other facts. To decide whether any given fact fulfills these conditions, or whether facts can be found which fulfill them in a given case, belongs exclusively to the particular art or science, or to our knowledge of the particular subject.*” MILL, John Stuart. **System of logic, ratiocinative and inductive: being a connected view of the principles of evidence, and methods of scientific investigation**. Londres: J. W. Parker, 1843, p. 10-11.

⁶⁷⁷ CONSOLO, Claudio. **Spiegazioni di diritto processuale civile**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011, p. 139-140.

definitivo da causa⁶⁷⁸. A instrução processual é atividade voltada, diretamente, para o julgamento do objeto do processo, de maneira eficiente e sem dilações indevidas.

Dentro da tradição racionalista, uma prova é relevante para o *fato probando* se ela corroborar ou negar a alegação, consoante as regras de lógica. A relevância, portanto, não é uma questão propriamente legal ou um problema jurídico-normativo, mas lógica⁶⁷⁹. O que as regras de exclusão, regras de admissibilidade, por outro lado, fazem é justamente afastar material logicamente relevante, mas inadmissível pelas regras aplicáveis. A regra geral tanto na *Civil Law* quanto na *Common Law* é de que as provas relevantes podem ser apresentadas, criando-se previsões específicas que excepcionam a regra geral⁶⁸⁰. Ou seja, enquanto a questão da relevância se põe no plano lógico, a questão da admissibilidade em sentido estrito está no normativo. Por exemplo, o depoimento do esposo de uma das partes pode ser extremamente relevante, sendo capaz de trazer importantes informações para o processo, entretanto é inadmissível, pois a lei veda o testemunho dessas pessoas, ou, ao menos, atribui um valor probatório inferior ao da prova testemunhal não impedida (art. 447, § 5º, CPC/2015).

Embora a análise da relevância seja, em si, uma análise lógica, a identificação do que é relevante guarda estreita relação com o direito tendo, assim, a questão uma feição lógico-jurídica. Por exemplo, em uma ação de cobrança por falta de pagamento de um contrato oneroso e bilateral, se o réu alegar que não pagou, pois utilizou seu dinheiro para pagar o tratamento médico de um primo seu, é irrelevante a produção de provas para demonstrar como o dinheiro foi empregado, pelo simples fato de que o direito obrigacional não estabelece esta alegação como uma exceção ou argumento de defesa válido. Mesmo que fique provado que o pagamento não se deu por este motivo, não haverá a exoneração do devedor ou a extinção da obrigação. Por outro lado, se a alegação for a de que não houve pagamento, pois o produto entregue era defeituoso ou a obrigação contraposta não foi cumprida, é relevante produzir prova sobre o fato investigado, pois se está diante de uma *exceptio non adimpleti contractus*⁶⁸¹. Assim, é apenas para as alegações fáticas controvertidas e com repercussão jurídica que a atividade probatória será necessária. As provassão relevantes para a verificação (confirmação ou negação) de fatos

⁶⁷⁸ LILLY, Graham c.; CAPRA, Daniel J.; SLATZBURG, Stephen A.. **Principles of evidence**. 6. ed. Saint Paul: West, 2012, p. 31.

⁶⁷⁹ ZUCKERMAN, Adrian. **Civil Procedure**. Londres: LexisNexis, 2003, p. 660

⁶⁸⁰ “*En efecto, los sistemas jurídicos han establecido tradicionalmente un cúmulo más o menos extenso de excepciones al principio general de inclusión de las pruebas relevantes, dando como resultado la exclusión de pruebas pese a su relevancia. En definitiva, para que un elemento de prueba sea admisible muchas veces debe satisfacer una variedad de demandas adicionales a la relevancia.*” VÁSQUEZ, Carmen. La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales. In: **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante: Marcial Pons, 2015, n. 38, p. 102.

⁶⁸¹ O exemplo é de: YEAZELL, Stephen C.. **Civil procedure**. 8. ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2012, p. 458.

jurídicos, o problema da qualificação se põe como fulcral. Primeiramente é preciso definir no que consiste, em tese, o fato jurídico para, na sequência, se indagar se logicamente o meio de prova é relevante para sua demonstração. Além disso, é preciso definir qual é a prova adequada para a demonstração do fato.

Stephen entendia que a relevância seria o racional subjacente para toda a *Evidence Law*. A partir da noção de relevância o sistema jurídico-probatório poderia ser adequadamente compreendido. Tal percepção foi duramente criticada por Pollock, identificando que a relevância, rigorosamente, está no campo da lógica, não sendo ditada pelo direito positivo⁶⁸². Antes disso, Gilbert havia apresentada a sua concepção da “regra da melhor prova” (*best evidence rule*)⁶⁸³ e Bentham, de maneira pungente, criticava as regras do *Evidence Law*, por sua artificialidade e ilogicidade. Sua exposição é, essencialmente, crítica e defendia a redução das regras probatórias, para que o “sistema natural de processo” pudesse funcionar adequadamente⁶⁸⁴.

A preocupação estava, na linha da tradição anglo-americana, na preservação do júri do contato com provas indevidas ou enganosas. Como o júri é formado por pessoas sem formação específica, do povo, se põe o cuidado em estabelecer o contato com meios de prova anteriormente testados, privilegiando sempre a análise da melhor prova, o que se somaria à análise da relevância propriamente dita.

A “regra da melhor prova”, no século XIX, era predominante nos principais tratados da *Evidence Law*, como Greenleaf, requerendo que a melhor prova possível para um caso fosse aquela efetivamente apresentada à julgamento. A questão é assim colocada: “*deve ser excluída apenas a evidência que indicar a existência de uma fonte de informação mais original*”. Se não for possível identificar uma fonte de prova melhor, deve ser admitida como evidência aquela que estiver disponível⁶⁸⁵. Best, em seu tratado, repete a concepção de Greenleaf e, de certa

⁶⁸² TWINNING, William. **Rethinking Evidence: exploratory essays**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 202-203.

⁶⁸³ GILBERT. **The Law of Evidence**. 7. ed. Filadélfia: Joseph Crukshank, 1805, p. 3.

⁶⁸⁴ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 170.

⁶⁸⁵ “...rule, which governs in the production of evidence, is that which requires the best evidence of which the case in its nature is susceptible. This rule does not demand the greatest amount of evidence, which can possibly be given of any fact; but its design is to prevent the introduction of any, which, from the nature of the case, supposes that better evidence is in the possession of the party. It is adopted for the prevention of fraud; for when it is apparent that better evidence is withheld, it is fair to presume that the party had some sinister motive for not producing it, and that, if offered, his design would be frustrated. The rule thus becomes essential to the pure administration of justice. In requiring the production of the best evidence applicable to each particular fact, it is meant, that no evidence shall be received which is merely substitutionary in its nature, so long as the original evidence can be had. The rule excludes only that evidence, which itself indicates the existence of more original sources of information.” GREENLEAF, Simon. **A treatise on the Law of Evidence**. 9. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1858, v. 1, p. 119.

maneira, segue o caminho anteriormente proposto por Gilbert, ao afirmar que “*existe apenas uma regra probatória geral, a de que a melhor evidência deverá ser apresentada*”.

Este conceito surge para explicar e tentar sintetizar coerentemente o grande número de regras evidenciárias criadas em séculos de decisões judiciais componentes da *Common Law*. A vedação ao testemunho de segundo grau ou sobre o “ouvi dizer” (*hearsay*), por exemplo, é adequadamente explicada neste contexto, já que a fonte original da informação é mais confiável como testemunha do que aquele que “ouviu dizer”. Assim, mais do que propriamente procurar ordenar coerentemente o objeto da disciplina a “regra da melhor prova” procura justificar a evolução do sistema e guiar a apresentação de evidências no julgamento, sendo um redutor de complexidade. Sob perspectiva histórica, a evolução do *Evidence Law* demonstra que as regras de exclusão que antes eram exceção, com o acúmulo de precedentes ao longo dos anos, excluindo casuisticamente um ou outro meio de prova em dada situação e, posteriormente, o surgimento de exceções às regras de exclusão, passaram a ocupar um espaço central de atenção da doutrina⁶⁸⁶. Isso tornou a matéria excessivamente complexa e incoerente. Assim, a evolução confusa da matéria acaba por justificar os esforços de sua simplificação retrospectiva.

Nance Dale sustenta que a regra da melhor evidência se relaciona à eficiência e custos relacionados ao processo. Se não houvessem custos, rigorosamente, toda prova relevante e legalmente admissível deveria ser apresentada a julgamento. Entretanto, este não é o caso, por isso as partes devem apresentar apenas os itens com maior eficácia probatória para o caso, considerando as restrições relativas ao tempo e à necessidade de decisão eficiente do caso⁶⁸⁷. Para a autora, a regra da melhor evidência continua sendo um pilar no sistema probatório anglo-americano. A regra da melhor evidência não requer que o meio de prova “ótimo” ou “excelente” deva ser apresentado, sem considerar limitações externas concernentes às condições das partes e aos custos envolvidos. Uma possível noção seria a de que a melhor evidência requereria a apresentação do meio de prova que, estando razoavelmente ao alcance da parte, se apresente como mais apto a permitir que o julgador decida sobre o conjunto fático pertinente. Esta noção pode ser entendida como requerendo o melhor elemento epistêmico razoável. Esta posição pode ser contraposta aquela que requer o melhor balanço entre o valor probatório do elemento e

⁶⁸⁶ THAYER, James Bradley. **A preliminary treatise on evidence at the common law**. Boston: Little, Brown and Company, 1898, p. 285.

⁶⁸⁷ “*In a world without cost, if one can be imagined, the best evidence on an issue is all relevant evidence. In the real world, of course, litigation is a practical enterprise that must seek finality within reasonable time, money, and other resource constraints. Thus, to the extent that litigants are the source of the information used by the trier of fact to decide the factual questions, the litigants' collective obligation is to present the set of evidentiary items that will be most probative within the constraints arising from the expenses and inconveniences of litigation and the need for finality.*” DALE, Nance. **The best evidence principle**. In: *Iowa Law Review*. Iowa City: UISL, 1988, v. 73, p. 233.

certos riscos relacionados à apresentação da prova, como criar uma percepção equivocada no decisor ou levar à pré-conceitos. Ou seja, esta segunda posição está relacionada à preocupação com riscos “supra-epistêmicos” e pode ser designada como a posição que requer o meio de prova cnicamente melhor.

As regras sobre admissibilidade, naturalmente, excluem material probatório potencialmente relevante, ao sopesar a necessidade de produção da prova com outros fatores, intrínsecos ou extrínsecos ao processo. Por exemplo, o sigilo profissional certamente impede que informações relevantes para um julgamento de um caso sejam apresentadas, mas a regra se impõe para preservar a relação médico-paciente ou advogado-cliente. Assim, há uma razão extrínseca ou exoprocessual que justifica a criação da regra. Isso se verifica por não estar o processo preocupado exclusivamente com seus objetivos epistêmicos ou com a busca da verdade em um dado caso. Esta é uma preocupação e objetivo central, não poderia ser diferente ou surgiriam sérios problemas legitimatórios no contexto da tradição racionalista, mas não é a única.

A posição “cínica”, preocupada com riscos supra-epistêmicos da introdução da prova, guarda forte relação com a visão tradicional sobre as regras de *Evidence Law* e de que ela seria, na visão thayerista, “filha do júri”. A desconfiança sobre a atuação do júri e sua capacidade de racionalmente analisar e decidir sobre os fatos, avaliando as provas e respeitando o *standard legal*, relaciona-se com esta concepção. É interessante notar que na *Civil Law* tal preocupação não surge ou recebe atenção própria da doutrina, em virtude da ausência de cisão entre o decisor de fato e o de direito.

No que diz respeito ao papel do princípio da melhor evidência, há quem conteste sua capacidade de efetivamente explicar o desenvolvimento jurisprudencial das regras evidenciárias. Imwinkelried sustenta que não foi para tentar controlar a atuação do júri ou mesmo para criar uma atuação decisória coerente que as regras de exclusão foram desenvolvidas, mas para evitar, controlar ou expor o perjúrio e a adulteração de testemunhas. Assim, ao invés de buscar a melhor evidência o objetivo era, ao contrário, evitar a “pior”⁶⁸⁸.

O pensador de maior impacto, contudo, na definição do objeto da *Evidence Law*, possivelmente, foi Thayer. Na concepção thayerista as normas de direito probatória seriam um

⁶⁸⁸ “The worst evidence principle is that the common law of Evidence was shaped by and is largely explicable in terms of the early judges' desire to prevent, deter, and expose the worst type of evidence, perjury. This principle not only has solid historical support, it has more extensive explanatory power than either the jury control or the best evidence hypothesis.” IMWINKELRIED, Edward J.. The Worst Evidence Principle: The Best Hypothesis as to the Logical Structure of Evidence Law. In: **University of Miami Law Review**. Miami: UMSL, 1992, v. 46, n. 5, p. 1077.

conjunto complexo de exceções ao princípio da prova livre. Ou seja, seriam limitações legalmente impostas à noção de que todas as provas podem ser apresentadas ao decisor sobre os fatos. A definição, assim, do objeto do Direito Probatório é restritiva. O escopo da matéria seria a possibilidade de apresentação de evidências nos tribunais, não se preocupando com as funções da prova além de fornecer subsídios para a decisão judicial. Isso fez com que muitas das questões pertinentes ao tema das provas, na tradição anglo-americana, tenham sido relegadas para outros ramos do direito, como o processo, o direito material e o constitucional⁶⁸⁹.

A restrição do âmbito da *Evidence Law* permitiu a redução da matéria a dois princípios coerentes e complementares. O primeiro de que “nada deve ser admitido se não for logicamente relevante para o tema probando” e o segundo de que “tudo o que tiver valor probatório deve ser admitido, exceto se uma regra jurídica explicitamente o excluir”⁶⁹⁰. O primeiro princípio cuida da exclusão de material probatório, não constituindo uma questão ou problema jurídico, mas está adstrito ao campo da lógica. Regras positivas não podem indicar se uma determinada evidência é ou não relevante para o tema probando. O segundo princípio, rigorosamente, estabelece uma regra geral de inclusão probatória, estabelecendo que tudo o que for logicamente relevante pode ser apresentado como meio de provas, exceto o conteúdo que a lei decidir proteger,. Neste contexto, o papel central das normas evidenciárias seria definir o escopo das exceções ao princípio geral de ampla inclusão lógica a partir da relevância⁶⁹¹.

As regras de exclusão, limitadoras do conceito amplo de relevância lógica, ao seu turno, decorrem de inúmeros fatores, as vezes não facilmente identificáveis, mas que podem ser tão singelos quanto a simples reminiscência histórica ou, ainda a preservação de algum interesse juridicamente relevante, como a proteção da intimidade ou a preservação do direito à não incriminação. Neste sentido, o Direito Probatório é fruto da experiência e de opções tomadas ao longo de sua formação. A aspiração de seu funcionamento é racional, as razões que motivaram a criação de suas regras não necessariamente o são.

A concepção thyerista pode ser compreendida como baseada na noção de “prova livre” e abrangente e que as regras evidenciárias seriam um conjunto de exceções discrepantes à

⁶⁸⁹ THAYER, James Bradley. **A preliminary treatise on evidence at the common law**. Boston: Little, Brown and Company, 1898, p. 484-485.

⁶⁹⁰ “When we have said (1) that, without any exception, nothing which is not, or is not supposed to be, logically relevant is admissible; and (2) that, subject to many exceptions and qualifications, whatever is logically relevant is admissible; it is obvious that, in reality, there are tests of admissibility other than logical relevancy.” THAYER, James Bradley. **A preliminary treatise on evidence at the common law**. Boston: Little, Brown and Company, 1898, p.

⁶⁹¹ “Admissibility is determined, first, by relevancy, — an affair of logic and experience, and not at all of law ; second, but only indirectly, by the law of evidence, which declares whether any given matter which is logically probative is excluded.” THAYER, James Bradley. **A preliminary treatise on evidence at the common law**. Boston: Little, Brown and Company, 1898, p. 269.

“prova livre”. Mcnamara propõe a visão de que existiria um princípio inclusionário geral, pontuado por exceções que apenas confirmam a regra⁶⁹². Assim, todas as provas relevantes para o julgamento da causa poderiam ser apresentadas (portanto são passíveis de inclusão no processo), existindo exceções pontuais⁶⁹³.

O sistema da prova livre se refere à ausência de regras formais que intervenham na livre investigação e na ponderação racional e natural dos elementos, como decorrência do senso comum. Em um modelo processual mais adversarial, no qual as partes possuem um maior controle sobre o procedimento, caberá às partes decidir os meios de prova que pretendem apresentar, mas isso representa uma liberdade e ausência de interferência na avaliação do júri ou do magistrado na decisão sobre os fatos controversos. Sob este viés, Twining entende que é uma liberdade mais para as partes do que para o juiz (ou o júri), dada a redução da iniciativa probatória, funcionando melhor em um contexto inquisitorial⁶⁹⁴. Entretanto, não é possível menosprezar o amplo grau de liberdade de avaliação e o pressuposto lógico de que não existem regras a direcionar esta avaliação, ou, ao menos, não existem critérios para efetivamente se verificar o efeito prático dessas regras.

A noção de relevância, saber se um dado meio de prova ajuda a confirmar ou negar alguma das afirmações fáticas feitas pelas partes no processo, não possui qualquer distinção, independentemente do contexto jurídico em que se insira. Isso porque é um critério eminentemente lógico. Não são as regras jurídicas que estabelecem a relevância de um dado probatório, mas a lógica. Este é o sentido da *Rule* 401 das FRE ou dos arts. 369 e 370 do Código de Processo Civil brasileiro. As provas necessárias para o julgamento do processo nada mais são do que aquelas úteis, precisas, para sustentar ou refutar alegações das partes. As demais regras sobre a admissibilidade da prova, na verdade, são restrições ao princípio geral de que todas as provas necessárias (ou relevantes) são admissíveis no processo⁶⁹⁵.

Na análise da relevância dois critérios devem ser levados em consideração: a materialidade e o valor probatório do meio de prova pretendido. Por materialidade se entende

⁶⁹² TWINNING, William. **Rethinking Evidence: exploratory essays**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 208-209.

⁶⁹³ “If the common law rules of evidence are dominated by a single principle or set of principles, they are dominated not by canons of exclusion but by the inclusionary principle that all information sufficiently relevant to the facts in issue at a trial is not only admissible but positively required to be admitted if elicited in proper form from a competent witness and for a proper purpose. All other rules of evidence are both conceptually subordinate to and in practical terms dwarfed by this single principle.” MCNAMARA, Philip. The canons of evidence – rules of exclusion or rules of use? In: **The Adelaide Law Review**. Adelaide: Adelaide University Press, 1986, n. 3, p. 341.

⁶⁹⁴ TWINNING, William. **Rethinking Evidence: exploratory essays**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 209.

⁶⁹⁵ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 167.

a relação entre a prova e o caso, entre as alegações fáticas que seriam confirmadas ou negadas pela apresentação do meio de prova. Por valor probatório se entende a capacidade que o meio de prova tem de esclarecer um ponto fático controvertido^{696 697}. Para ser admissível o meio de prova deve ser capaz de ter aptidão para provar ou negar um fato alegado e a elucidação deste fato tem que ser importante para o julgamento da causa⁶⁹⁸. Em alguns casos, a relevância se dá tendo em vista um fato secundário, que, caso provado, permitirá a formulação de uma inferência sobre⁶⁹⁹.

Quando o art. 370, parágrafo único, CPC/2015 afirma que o juiz indeferirá, fundamentadamente, as diligências meramente protelatórias ou inúteis, o que ele está fazendo é estabelecer que a eficiência processual (necessidade de julgar a causa com menor dispêndio de recursos) é um constritor para a produção probatória a cingir que apenas a prova que seja necessária ao julgamento da causa deverá ser apresentada. De igual modo a *Rule 403*, FRE estabelece que a prova repetida, cumulativa, não é admissível, justamente pela necessidade de se ter um processo efetivo e célere. Esta regra, na verdade, vai mais além e estabelece amplos poderes de controle pelo magistrado para evitar a apresentação de provas que causem demoras desnecessárias ou perda de tempo. A regra, evidenciária que é, contudo, diz respeito à sua apresentação ao júri e não cuida de sua produção ou verificação durante o *discovery*.

Parte da doutrina entende que a vedação à prova supérflua ou inútil seria um limite lógico para sua admissão. Gustavo Badaró, contudo, discorda de tal posicionamento, afirmando se tratar de uma questão eminentemente jurídica e de uma análise retrospectiva; é a análise dos elementos já constantes do processo que indicará a necessidade de produção de uma prova e se visa a tutelar a celeridade processual⁷⁰⁰.

⁶⁹⁶ BROUN, Kenneth et al. **McCormick on evidence**. 7. ed. Saint Paul: Thomson West, 2013, v. 1, p. 998-999.

⁶⁹⁷ Com refinamentos conceituais: RICE, Paul R.. **Evidence: common law and the Federal Rules of Evidence**. Nova Iorque: Matthew Bender, 1986, p. 31.

⁶⁹⁸ LILLY, Graham c.; CAPRA, Daniel J.; SLATZBURG, Stephen A.. **Principles of evidence**. Saint Paul: West, 2012p. 34-36.

⁶⁹⁹ TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Milão: Giuffrè Editore, 1992, p. 338-339.

⁷⁰⁰ “*Há quem inclua entre os limites lógicos a não produção de prova supérflua, ante sua evidente inutilidade. Não é possível concordar com tal posicionamento. A prova supérflua, assim como a prova irrelevante, é uma prova inútil. Mas, a razão de sua vedação não é lógica. A não produção de prova manifestamente supérflua tem por finalidade tutelar o princípio de economia processual, na medida em que tais provas levariam a um resultado cognoscitivo já produzido, ou que poderia ser obtido por meio diverso. Nesse caso, a elaboração da prova teria custos consideráveis e não serviria para nada além de produzir uma prova cujo conteúdo já foi amplamente constatado por outros meios de prova já produzidos. Não se trata de um critério originário de inadmissão da prova, mas de fator que operará já no curso da instrução, depois de haver atividade probatória já realizada.*” BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: BEDAQUE, José Roberto; CINTRA, Lia Carolina; EID, Elie Pierre. **Garantismo processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

A limitação da produção da prova supérflua é um critério, portanto, posterior à análise de sua pertinência. O exemplo clássico é o de que para a verificação de um evento que ocorreu em lugar público não é necessário colher o depoimento de dezenas de pessoas que presenciaram o seu acontecimento.

Prova supérflua é aquela que possui o mesmo objeto de outra prova já produzida no processo e que não amplia o grau de convicção para fins de confirmação ou negação das alegações fáticas deduzidas. Prova impertinente, por outro lado, é aquela que se volta para demonstração de algo que não é objeto de indagação cognitiva no processo. É preciso, entretanto, diferenciar a prova supérflua da prova de corroboração ou confirmação, que possui inegável valor epistêmico, não podendo ser indeferida. A prova de corroboração é aquela que vem a reafirmar o que já consta de outra prova, reiterando a veracidade ou falsidade de uma alegação fática, atestando sua credibilidade. Por isso, ela não é supérflua.

A noção de relevância está relacionada à decidibilidade do conflito, ela é analisada, então, pela importância do meio de prova para subsidiar a tomada de decisão. É possível, então, distinguir a relevância da simples pertinência. Pertinente é a prova que diz respeito ao *thema probandum*. Mas, é possível ser pertinente e não ser relevante, por ser supérflua ou desnecessária⁷⁰¹. Por exemplo, pode ser pertinente ao esclarecimento dos fatos a realização de um meio de prova, mas, apesar disso, pode se mostrar irrelevante a produção desta prova, considerando a existência de outros elementos probatórios nos autos, posto que os fatos já estão adequadamente demonstrados. De certa maneira, a relevância se volta para o meio em si, na medida em que a análise é de se ele, o meio de prova, é capaz de influenciar a formação do convencimento, a pertinência volta-se para os fatos alegados. Sob este viés a prova deve recair sobre fatos que sejam relevantes, pertinentes e capazes de influenciar o julgamento da causa⁷⁰². A distinção é sutil, mas de significados muito importantes.

5.3.1. Relevância como critério lógico-jurídico e a demonstração de fatos correlatos à questão de fato central

Como para a incidência da norma é indispensável o preenchimento de seu suporte-fático, a relevância está relacionada à comprovação de que o suporte-fático foi em um dado caso preenchido ou não. Afirmar que não são as normas jurídicas que definem o conceito de

⁷⁰¹ LILLY, Graham c.; CAPRA, Daniel J.; SLATZBURG, Stephen A.. **Principles of evidence**. 6. ed. Saint Paul: West, 2012, p. 23.

⁷⁰² VERGÈS, Étienne; VIAL, Geraldine; LECLERC, Oliver. **Droit de la preuve**. Paris : PUF, 2017, p. 161.

relevância não é, portanto, o mesmo que afirmar que sua análise pode ser feita sem considerar as normas. Isso porque a prova é relevante para o objeto do processo, para as questões fáticas e jurídicas em análise. As provas são apresentadas no processo para comprovar alegações fáticas que são juridicamente qualificadas ou, em outras palavras, para que se possa aplicar as próprias regras. É por isso que não se pode fazer uma análise da relevância desconsiderando as normas jurídicas que são pertinentes aos pedidos apresentados. A causa de pedir jurídica em sua estreita relação com a causa de pedir fática é crucial para se aferir a relevância ou não da introdução no processo de um determinado meio de prova.

Do ponto de vista lógico, a relevância denota uma conexão entre o enunciado fático e o enunciado referente ao resultado probatório positivo pretendido. Assim, tendo-se “x” como o enunciado fático e “y” como o pretendido resultado probatório, são três as possibilidades de conexão para fins de relevância: (i) “x” e “y” versam sobre fatos diferentes e que não estão inter-relacionados, não está evidenciada uma conexão direta ou indireta; (ii) “x” e “y” versam sobre o mesmo fato e compartilham a mesma referência empírica, então “y” oferece informações tendentes a confirmar a verdade de “x”; (iii) “x” e “y” não dizem respeito ao mesmo fato, mas “y” é referente ao fato “x¹” e a partir de “x¹” é possível estabelecer uma inferência para sustentar uma conclusão sobre “x”. Na hipótese (i) não há relevância, por completa ausência de conexão entre “x” e “y”. Na hipótese (ii) há uma relevância direta, devendo a prova ser admitida. A hipótese (iii) também leva à relevância da prova pretendida. Embora a conexão básica seja entre o resultado do elemento de prova considerado e o fato principal que deve ser provado, ou seja, entre “x¹” e “x”, é possível estabelecer uma inferência a permitir uma conclusão sobre o objeto de prova⁷⁰³.

Entretanto, estabelecer esta conexão não é tão elementar como poderia parecer. É que o teste depende, necessariamente de um contexto social prévio, para que se possa estabelecer adequadamente a relação causal entre apresentação do dado e resultado (seja de confirmação ou de negação). Por exemplo, em um contexto social no qual se considere que determinadas características físicas definem um criminoso, como a proposta Lombrosiana, é relevante uma prova de que o suspeito possui ditos atributos. Entretanto, em um contexto que rejeite tal percepção são irrelevantes as características físicas do acusado⁷⁰⁴.

Em outras palavras, o critério de relevância depende de critérios axiológicos, cognitivos e de pressuposições previamente compartilhadas. Ou, como Berger e Luckeman colocariam a

⁷⁰³ TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 37-38.

⁷⁰⁴ TWINNING, William. **Rethinking Evidence: exploratory essays**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 121-122.

questão de “*um estoque socialmente compartilhado de conhecimento em uma dada sociedade*”⁷⁰⁵. Neste ponto, a estrutura do procedimento tradicional da *Common Law* e da *Civil Law* mostra-se pungente, posto que naquele sistema o decisor de fatos é “alguém do povo” e sem treinamento jurídico, enquanto neste é um magistrado. Tal diferença, certamente, influencia na própria construção do que é relevante ou não para o processo.

5.4. Regras de exclusão e admissibilidade

As provas relevantes devem ser admitidas. Já se afirmou que esta é a regra geral, por vezes designada de “princípio da relevância”. Contudo, a admissibilidade é ditada, também, por critérios eminentemente jurídicos, como as regras de exclusão probatória. Também já resta claro que o próprio objeto da *Evidence Law* já esteve identificado com este tipo de normas, sendo um tema que mereceu grande atenção da doutrina anglo-americana. Para que se possa compreender estas regras, que não são em nada exclusivas daquele modelo, mas grassam em todos os sistemas jurídicos, é oportuno seguir a tradicional distinção entre *regras de exclusão stricto sensu* e *privilégios*. Assim, por regras de exclusão se está a designar um gênero composto de duas espécies⁷⁰⁶.

Os privilégios, no Direito americano, se inserem como uma limitação ao *discovery* e autorizam seu detentor a não revelar a informação de que dispõe, protegendo-o do dever de sua apresentação⁷⁰⁷. Compreender a limitação à investigação em um contexto tão liberal quanto o modelo americano pode fornecer elementos interessantes ao se refletir sobre o exercício e limite do Direito Probatório autônomo.

A exclusão de provas pressupõe a necessidade ou imposição legal de que material probatório relevante seja excluído do processo, não sendo admitido como evidência. Nos processos com a presença do júri isso significa que as provas não serão apresentadas a conhecimento do julgador sobre os fatos, nos processos em que o juiz conduz a instrução e profere o julgamento sobre os fatos a prova apresentada e que venha a ser excluída não poderá ser utilizada para fins de fundamentação válida da decisão judicial. As consequências da inadmissão das provas, portanto, são significativamente distintas a depender do modelo processual.

⁷⁰⁵ BERGER, Peter L.; LUCKEMAN, Thomas. **The Social Construction of Reality: a Treatise in the Sociology of Knowledge**. Londres: Penguin, 1966, p. 54 e Ss.

⁷⁰⁶ TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 39.

⁷⁰⁷ BOCCHINO, Anthony; SONENSHEIN, David. **A practical Guide to Federal Evidence**. 8. ed. Louisville: Nita, 2006, p. 17.

Por outro lado, quando o art. 379, CPC/2015 estabelece que a parte tem que colaborar com o juízo e praticar os atos que lhe forem determinados, mas ressalva o direito de a “parte não produzir prova contra si” está estabelecendo um limite jurídico para a apresentação da prova. Ainda que seja relevante, útil ou necessária ao julgamento, a parte poderia, em uma leitura literal, se escusar de apresentar ou produzir uma prova que seja contrária aos seus interesses. O mesmo acontece quando são estabelecidos os limites ao depoimento pessoal da parte, no art. 388, CPC/2015, ou as regras sobre impedimento e suspeição ou escusa do depoimento das testemunhas, nos arts. 447 e 448, CPC/2015. A impossibilidade de utilização de provas ilícitas, ou melhor, obtidas ilicitamente, também tem o mesmo significado de impedir a válida utilização de material probatório relevante para fins de julgamento.

Embora se estabeleça que as partes podem se valer de todos os meios de prova para demonstrar a “verdade” de suas alegações, existe uma série de regras exclusionárias ou limitadoras daquela atividade. Naturalmente, o processo não tem apenas objetivos epistêmicos, mas precisa contrabalancear outros valores jurídicos relevantes.

No Direito anglo-americano as regras de exclusão, cerne do próprio Direito Probatório, se apresentam como exceções pontuais à garantia do *free proof*. Já há muito vem se observando a tendência de restrição de sua importância e muitas das regras tradicionais vêm sendo retiradas do sistema. Também em países de tradição continental se observa a mesma tendência, exemplificativamente, Maria Cristina Vanz indica que na Itália a atividade interpretativa e evolução normativa determinaram uma decisiva erosão do espaço ocupado pelas normas limitativas do direito à prova⁷⁰⁸.

A exclusão de testemunhas é um tema importante e que possui nuances comparatísticas importantes entre os dois sistemas. De maneira geral, é possível afirmar que todas as pessoas podem ser testemunhas. É isso, por exemplo, que estabelece a *Rule 601* das FRE norte-americanas, existindo exceções pontuais. O mesmo se verifica em vários ordenamentos europeus e latino-americanos. No direito processual civil brasileiro, por exemplo, a distinção entre o depoimento da parte e o testemunho é muito importante, não apenas pelas consequências jurídicas da confissão, mas pela premissa de que o depoimento deve ser provocado pela outra parte, não sendo uma prerrogativa da parte a oferta de seu depoimento. A lógica seria a de que a parte já se manifestaria por meio das petições arrazoadas apresentadas pelo seu advogado e que seu depoimento seria provocado para fins de confissão.

⁷⁰⁸ VANZ, Maria Cristina. **La circolazione della prova nei processi civili**. Milão: Giuffrè Editore, 2008, p. 49.

A visão tradicional sobre o depoimento, contudo, é anacrônica e se apoia apenas na topografia das provas. Nada impede que a parte seja ouvida por iniciativa sua, dê-se o nome que se quiser, oitiva, depoimento, testemunho, para esclarecer sua percepção dos fatos e informar o juízo. Um modelo probatório rígido e formalista não se coaduna com as atuais premissas do processo civil brasileiro, calcado na efetiva participação e protagonismo cooperativo dos sujeitos processuais. De qualquer maneira, o tema ainda não é pacífico.

Sobre a restrição da prova testemunhal, no âmbito anglo-americano, o exemplo mais pungente é o da tradicional vedação ao “ouvi dizer” (*hearsay*). A vedação ao *hearsay* está relacionada ao tema da “melhor prova”. Um relato apresentado por alguém que não presenciou o fato, mas apenas ouviu sobre ele, não equivale ao feito por quem presenciou os eventos, sendo este a melhor prova. Além disso, a ausência de quem efetivamente presenciou os fatos não permitiria um interrogatório cruzado adequado (*cross examination*), já que o depoente apenas pode afirmar ser verdadeiro ou falso o fato de ele ter ouvido e não o próprio conteúdo da informação que obteve. A regra, então, serviria para impedir que o júri fosse influenciado pela informação prestada pela testemunha (de que ouviu algo) com a consequência de que o que foi ouvido seria verdadeiro. Ou seja, se busca impedir uma prova indireta, que não se reporta ao que aconteceu, mas à uma narrativa ou fonte secundária. Embora essencialmente voltada à prova testemunhal, o campo de aplicação da vedação das provas indiretas também se relaciona a documentos escritos e condutas não verbais⁷⁰⁹.

A regra da vedação ao *hearsay* é tradicional e já foi considerada como um pilar central do sistema anglo-americano, mas é, também, uma regra apegada ao passado e em decadência. A regra geral de vedação às provas indiretas foi considerada muito restritiva, tendo sido criadas diversas regras específicas de exceção à regra geral, gerando uma vasta doutrina e decisões sobre o tema.

Nos Estados Unidos a regra geral foi reafirmada em 1975, com a *Rule 802* das FRE, com várias exceções nas *Rules* subsequentes. Embora o objetivo da criação das *Federal Rules of Evidence* tenha sido, justamente, reduzir a complexidade do sistema probatório, a verdade é que persistem muitos traços do velho sistema e da tradição da *Common Law*.

Na Inglaterra, contudo, a situação atual é muito diferente. Primeiramente o *Civil Evidence Act* de 1968 e o mais recente *Civil Evidence Act* de 1995 alteraram profundamente o modelo tradicional, para estabelecer a admissibilidade ampla do testemunho indireto, se o testemunhante for capaz para testemunhar e a parte adversa seja devidamente notificada. São

⁷⁰⁹ TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 41.

admissíveis tanto o testemunho indireto de primeira mão quanto os de segunda mão, neste caso se a declaração estiver registrada em uma gravação. São, ainda, estabelecidos critérios para avaliação da credibilidade das provas testemunhas indiretas. De maneira geral a admissibilidade desse tipo de prova está na discricionariedade da corte.

5.5. Privilégios no Direito americano

O Direito Probatório, enquanto responsável por determinar as provas que serão consideradas para julgamento, procura permitir uma verificação dos fatos efetiva, capaz de compreender os eventos relevantes, excluindo provas que não são confiáveis ou, às vezes, resguardando algum valor, como as relações familiares ou profissionais. Ou seja, provas relevantes são excluídas para que se salve valores extrínsecos ao processo, que devem prevalecer sobre a necessidade de verificação efetiva dos fatos⁷¹⁰. Os privilégios de comunicação excluem provas, pois sua produção causaria danos a interesses públicos ou privados salvaguardados pelo sistema jurídico⁷¹¹. Além disso, eles se colocam como elemento que impede a investigação e o dever de revelação que se operam no *discovery*, que deve recair sobre meios de prova não privilegiados, nos termos da *rule 26(b)(1) FRCP*⁷¹².

As regras que estabelecem privilégios afetam, naturalmente, a quantidade de provas que poderão ser produzidas ou apreciadas, mas o ordenamento jurídico já preestabeleceu que entre o direito à prova e a preservação de outros valores aquele deverá ceder. No Direito americano, o direito de exercer ou invocar um privilégio pertence exclusivamente à pessoa que o detém, que não necessariamente será uma das partes do processo. Nesta hipótese, o privilégio não poderá ser invocado pela parte, mas pelo detentor do privilégio, embora em alguns casos seja possível outorgar poderes para o exercício do privilégio.

Não se deve, tecnicamente, confundir privilégios com obrigações de confidencialidade, estabelecidas em alguns códigos profissionais. Esta traz uma obrigação ética para o profissional,

⁷¹⁰ IMWINKELRIED, Edward J. **Evidentiary foundations**. 9. ed. São Francisco: LexisNexis, 2015, p. 301-302.

⁷¹¹ LILLY, Graham c.; CAPRA, Daniel J.; SLATZBURG, Stephen A.. **Principles of evidence**. 6. ed. Saint Paul: West, 2012, p. 313.

⁷¹² FRCP. Rule 26. (...) (b) *DISCOVERY SCOPE AND LIMITS. (1) Scope in General. Unless otherwise limited by court order, the scope of discovery is as follows: Parties may obtain discovery regarding any nonprivileged matter that is relevant to any party's claim or defense and proportional to the needs of the case, considering the importance of the issues at stake in the action, the amount in controversy, the parties' relative access to relevant information, the parties' resources, the importance of the discovery in resolving the issues, and whether the burden or expense of the proposed discovery outweighs its likely benefit. Information within this scope of discovery need not be admissible in evidence to be discoverable.* (...)

mas, para fins de processo, apenas os privilégios estabelecidos na lei ou no direito comum⁷¹³ é que poderão ser invocados⁷¹⁴. Assim, privilégio e dever ético de confidencialidade profissional não se confundem.

De maneira geral, os privilégios não são estabelecidos por lei escrita, mas são construídos jurisprudencialmente, pela *Common Law*. As FRE, portanto, não trazem um regramento minucioso ou preciso sobre os privilégios, já que a *Rule 501*⁷¹⁵ estabelece o desenvolvimento da matéria pelos precedentes e regras costumeiras da *Common Law*. No âmbito das FRE, então, apenas algumas hipóteses estão especificamente tratadas legislativamente: são elas o *attorney-client privilege* e a proteção ao *work product*, nos termos da *Rule 502*.

O privilégio de comunicações entre clientes e advogados é reconhecido em âmbito federal e em todos os estados. O seu racional se apoia tanto na privacidade quanto na necessidade de confiança entre cliente e advogado e prestação de aconselhamento jurídico em um ambiente seguro⁷¹⁶. Neste sentido, o privilégio propicia o acesso à justiça, por estimular a consulta jurídica e proteger as comunicações havidas. São protegidas as comunicações que versem sobre aconselhamento jurídico, ainda que incidentalmente digam respeito a outros temas, como orientações de cunho comercial ou financeiro, sendo consideradas a razão predominante para a comunicação.

O privilégio do *work product doctrine* protege de divulgação no *discovery* materiais que sejam especificamente preparados e elaborados pelas partes para apresentação no *trial*. O seu conteúdo surgiu, justamente, para limitar o amplo escopo do *discovery*, permitindo que os elementos que a parte preparar especificamente para o *trial* estejam imunes ao dever de revelação⁷¹⁷. Neste sentido, aquelas informações e documentos que forem produzidos pelas

⁷¹³ Deve-se ter em mente que se o caso for julgado com aplicação de uma regra estadual são aplicáveis os privilégios reconhecidos na lei do Estado.

⁷¹⁴ LILLY, Graham c.; CAPRA, Daniel J.; SLATZBURG, Stephen A.. **Principles of evidence**. 6. ed. Saint Paul: West, 2012, p. 314-315.

⁷¹⁵ FRE - Rule 501: *The common law — as interpreted by United States courts in the light of reason and experience — governs a claim of privilege unless any of the following provides otherwise: the United States Constitution; a federal statute; or rules prescribed by the Supreme Court. But in a civil case, state law governs privilege regarding a claim or defense for which state law supplies the rule of decision.*

⁷¹⁶ A Corte Suprema Americana assim colocou a questão, no julgamento do caso *Fisher v. United States*: “As a practical matter, if the client knows that damaging information could more readily be obtained from the attorney following disclosure than from himself in the absence of disclosure, the client would be reluctant to confide in his lawyer and it would be difficult to obtain fully informed legal advice. However, since the privilege has the effect of withholding relevant information from the factfinder, it applies only where necessary to achieve its purpose.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **425 U.S. 391 (1976)**. Justice White. j. 21 abr. 1976.

⁷¹⁷ “Expansion of the scope of discovery by the Federal Rules of Civil Procedure created tension between an attorney’s obligation to his client and his duty to respond to discovery requests. Courts developed the work product doctrine to ease this tension. Because his client’s case was largely immune from discovery in American courts

partes, pessoalmente ou com o concurso de terceiros, e que tenham sido elaborados tendo em vistas o contencioso, são privilegiados. O seu conteúdo é um pouco mais limitado do que o emprestado ao *attorney-client privilege*, na medida em que se resume ao que for preparado considerando o contencioso atual ou razoavelmente esperado, enquanto as comunicações com o advogado recebem uma proteção mais ampla.

5.6. Confidencialidade, privilégios e investigação no Direito inglês

É corrente, no processo civil inglês, a distinção entre informações e dados confidenciais e privilegiados. A diferença reside nomeadamente no grau de proteção jurídica emprestada à informações, inclusive para fins de *disclosure*, instrução e investigação processual.

Confidenciais, para o direito inglês, são as comunicações, documentos e provas que não podem ser reveladas a terceiros, mas que podem vir a ser objeto de uma ordem judicial para que sejam prestados ou apresentados. A violação de uma obrigação de confidencialidade autoriza a utilização de ações para a tutela de obrigação de fazer (*in equity*) ou para a reparação pecuniária do ilícito. Isso significa que as informações confidenciais são protegidas na forma da lei, mas que não obstam uma determinação de sua apresentação para fins de instrução processual.

Os privilégios, ao seu turno, representam um grau mais elevado de sigilo e impedem qualquer utilização como prova, não podendo haver determinação judicial para a apresentação de provas privilegiadas. Todas as informações privilegiadas são confidenciais, mas nem todas as informações confidenciais são privilegiadas. Por exemplo, as discussões entre o confidente e o seu ministro religioso são confidenciais⁷¹⁸, bem como aquelas havidas entre um cliente e seus prestadores de serviço em diversas profissões, mas não são privilegiadas⁷¹⁹.

Existe uma tendência de interpretação restritiva em relação aos privilégios, como indicado no precedente do caso *Waugh v. British Railways Board*⁷²⁰, que entendeu que se houver um interesse público em relação a causa a interpretação restritiva do privilégio deve ser

prior to the Federal Rules, an attorney had no need for a protective doctrine either at law or in equity. The discovery devices at law were narrowly defined and of limited use, and the primary equitable discovery device, the bill of discovery, did not permit disclosure of an adversary's case. Conflicts between an attorney's duty to court and client were not unknown in the common law, but they arose at trial during the presentation of evidence rather than out of pretrial discovery." ANDERSON, Jeff A.; CADIEUX, Gina E.; HAYS, George E.; HINGERTY, Michael B.. Work Product Doctrine. In: **Cornell Law Review**. Ithaca: Cornell University, 1983., v. 68, n. 6, p. 765.

⁷¹⁸ AHDAR, Rex. **Research Handbook on Law and Religion**. Cheltenham: Edward Elgar, 2018, p. 450.

⁷¹⁹ ANDREWS, Neil. **The modern Civil Procedure**. Tubinga: Mohr Siebeck, 2008, p. 115.

⁷²⁰ INGLATERRA. House of Lords. [1980] AC 521. Rel. Lord Edmind Davis. j. 12. Jul. 1979.

aplicada, no interesse do adequado julgamento da causa. São três as categorias de privilégio para o processo civil inglês: (i) privilégio contra a autoincriminação; (ii) privilégio de comunicações cliente-advogado; (iii) comunicações “*without prejudice*”.

O privilégio contra autoincriminação significa que uma parte não é obrigada a responder uma questão ou a produzir documentos se estes elementos tenderem a expô-la a uma sanção criminal. O risco de persecução criminal deve ser real e imediato, não é suficiente a mera alegação genérica de existência de risco⁷²¹. O privilégio se estende também aos documentos e respostas que possam expor o cônjuge do requerido à persecução criminal. O privilégio deve ser exercido no momento em que for apresentada a pergunta ou requeridos os documentos, caso a pergunta venha a ser respondida ou os documentos apresentados eles serão admissíveis como meio de prova. É que o objetivo do privilégio é, justamente, proteger contra a autoincriminação, se já foi apresentado o elemento incriminador, não há motivos para impedir sua valoração probatória. O privilégio é relativo à resposta e à apresentação dos documentos, mas não há impedimento para que a pergunta ou a requisição do documento sejam formulados, o que se põe é a possibilidade de recusa da resposta ou da apresentação da informação. Neste sentido, ele se coloca como uma matéria de defesa, a justificar a não apresentação da resposta e colaboração na produção da prova.

São privilegiadas as comunicações entre a parte, ou algum de seus funcionários⁷²², e seus advogados quando feitas no contexto de aconselhamento pré-contencioso. A confidencialidade entre as comunicações advogado e cliente é uma garantia fundamental do sistema probatório inglês⁷²³, inclusive sob a perspectiva da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Trata-se de um privilégio permanente e que não cessa, mas que pode ser renunciado pelo seu detentor. Entretanto, a recusa à renúncia ao privilégio não pode ser considerada negativamente contra o detentor, nem se pode extrair qualquer inferência ou conclusão⁷²⁴. São privilegiadas todas as comunicações, conselhos, orientações e reuniões havidas entre o cliente e seu advogado. Não apenas as orientações diretamente jurídicas, consistentes em expor ao

⁷²¹ SIME, Stuart. **A practical approach to Civil Procedure**. 11. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 376.

⁷²² INGLATERRA. Court of Appeals. [2018] EWCA Civ 2006. Rel. Sir Brian Levenson. j. 05 set. 2018.

⁷²³ “*Legal professional privilege is a creation of the common law, whose ordinary incidents are wholly defined by the common law. In principle, therefore, it is for the courts of common law to define the extent of the privilege. The characterisation of privilege as a fundamental human right at common law makes it particularly important that the courts should be able to perform this function. Fundamental rights should not be left to depend on capricious distinctions unrelated to the legal policy which makes them fundamental.*” INGLATERRA. Supreme Court. [2013] UKSC 1. Rel. Lord Neuberger j. 23 jan. 2013.

⁷²⁴ INGLATERRA. Privy Council. [2003] UKPC 38. Rel. Lord Millet. j. 19 mai. 2003.

cliente “o direito”, são privilegiadas, mas também os conselhos e orientações sobre como se comportar ou como lidar com determinada situação.

O direito de que o cidadão possa obter aconselhamento jurídico especializado apenas pode ser assegurado se o cidadão souber que pode compartilhar todos os fatos e informações de que dispõe com o seu advogado, sem o risco de seu advogado vir a ser obrigado a revelá-los a terceiros. Por isso, a sua caracterização como garantia fundamental. Os precedentes que estabeleceram este privilégio remontam ao século XVII, sendo uma noção antiga e bem estabelecida no direito inglês e, também, no escocês. Naqueles países o privilégio é um direito que pertence ao cliente⁷²⁵. No Brasil, de maneira mais ampla, ele é, também uma garantia e prerrogativa do próprio advogado (art. 7º, XIX, EOAB).

É preciso, também, registrar a distinção entre o privilégio relacionado às situações contenciosas (*litigation privilege*) do privilégio de aconselhamento jurídico não contencioso (*advice privilege*). Embora exista proximidade entre os dois, o privilégio relacionado às situações contenciosas abrange todas as comunicações relativas a um processo contencioso (presente ou futuro), não apenas aquelas entre cliente e advogado, mas, também, aquelas havidas com terceiros, como as testemunhas ou *expert witnesses*⁷²⁶. O seu sentido é o de proteger as atividades relacionadas à atuação do advogado no contexto contencioso.

O privilégio das comunicações entre cliente e advogado deriva da necessidade de se garantir acesso à justiça através da informação e do aconselhamento. Inicialmente, o privilégio apenas se relacionava às comunicações feitas em um contexto contencioso, mas o privilégio foi alargado⁷²⁷ e abrange as situações de aconselhamento jurídico. Naturalmente, documentos e outros meios de prova que forem entregues ao advogado para sua análise não se tornam privilegiados pelo simples fato de serem submetidos à apreciação do profissional, o que se protege é o âmbito da comunicação e do aconselhamento jurídico. Estão asseguradas todas as comunicações feitas em um contexto jurídico⁷²⁸, contudo quando um advogado atuar em função

⁷²⁵ ZUCKERMAN, Adrian. **Civil Procedure**. Londres: LexisNexis, 2003, p. 540-541.

⁷²⁶ ZUCKERMAN, Adrian. **Civil Procedure**. Londres: LexisNexis, 2003, p. 532.

⁷²⁷ INGLATERRA. Court of Appeals. [2003] EWCA Civ 474. Rel. Lord Woolf. j. 4 fev. 2003.

⁷²⁸ Baroness Hale of Richmond, em voto convergente proferido no julgamento do caso *Three Rivers District Council and others v. Governor and Company of the Bank of England*, assim colocou a questão: “*Legal advice privilege restricts the power of a court to compel the production of what would otherwise be relevant evidence. It may thus impede the proper administration of justice in the individual case. This makes the communications covered different from most other types of confidential communication, where the need to encourage candour may be just as great. But the privilege is too well established in the common law for its existence to be doubted now. And there is a clear policy justification for singling out communications between lawyers and their clients from other professional communications. The privilege belongs to the client, but it attaches both to what the client tells his lawyer and to what the lawyer advises his client to do. It is in the interests of the whole community that lawyers give their clients sound advice, accurate as to the law and sensible as to their conduct. The client may not always act upon that advice (which will sometimes place the lawyer in professional difficulty, but that is a separate matter)*”

executiva ou quando sua comunicação tiver um objetivo eminentemente comercial – e não jurídico – não haverá privilégio para a comunicação. É a doutrina do “*mere man of business*”. Quando a comunicação disser respeito a elementos mercadológicos, investimentos financeiros, orientações sobre práticas comerciais, estará afastado o privilégio. Naturalmente, há uma zona cinzenta sobre a questão e apenas uma análise casuística é que permite a identificação da existência de um contexto jurídico. É indispensável a análise das circunstâncias nas quais se deu a comunicação, para que seja possível identificar uma relação entre advogado e cliente e a existência de um contexto jurídico a fazer incidir o privilégio⁷²⁹.

O privilégio de comunicação entre cliente e advogado também não se aplica quando houver conluio para a prática de atos fraudulentos ou desonestos entre a parte e o advogado e nem quando o aconselhamento jurídico tiver por objeto permitir que o cliente cometa um crime ou fraude. Não é preciso que o advogado saiba da intenção ilegal de seu cliente, ao prestar o aconselhamento jurídico, sendo suficiente que o cliente pretenda utilizar a comunicação especificamente para atingir um fim ilegal⁷³⁰.

A regra da vedação à utilização das comunicações “*without prejudice*” significa que não é possível utilizar negociação como meio de prova uma alegação ou afirmação feita durante uma negociação feita em esforço para a solução consensual de uma controvérsia. A regra, tradicional no direito inglês, está alinhada com o objetivo fundamental das *Civil Procedure Rules* de estimular a autocomposição dos conflitos.

Para que uma negociação possa chegar a bom termo é preciso a criação de um espaço de franqueza, de contemplação de possibilidade, de admissão conjunta de fatos e de troca produtiva de informações. Para que isso ocorra é indispensável que as partes estejam confortáveis e seguras de que suas afirmações e documentos produzidos especificamente para fins de tentativa de uma solução consensual não serão utilizados como meio de prova em seu desfavor, caso o esforço de solução consensual venha a ser frustrado.

Para que o privilégio possa ser invocado, é necessário que as partes concordem em realizar as comunicações “sem prejuízo”, mas se a comunicação é feita com o propósito claro de se construir uma solução consensual, não deve ser aceita sua introdução como meio de prova.

but there is always a chance that he will. And there is little or no chance of the client taking the right or sensible course if the lawyer's advice is inaccurate or unsound because the lawyer has been given an incomplete or inaccurate picture of the client's position. (...) There will always be borderline cases in which it is difficult to decide whether there is or is not a 'legal' context. But much will depend upon whether it is one in which it is reasonable for the client to consult the special professional knowledge and skills of a lawyer, so that the lawyer will be able to give the client sound advice as to what he should do, and just as importantly what he should not do, and how to do it.” INGLATERRA. House of Lords. [2004] UKHL 48. Rel. Lord Scott of Foscote. j. 11 nov. 2004.

⁷²⁹ ANDREWS, Neil. **The modern Civil Procedure**. Tubinga: Mohr Siebeck, 2008, p. 118-119.

⁷³⁰ ZUCKERMAN, Adrian. **Civil Procedure**. Londres: LexisNexis, 2003, p. 554.

O desenvolvimento de uma negociação consensual e “sem prejuízo” é absolutamente voluntário, mas a parte que receber uma comunicação inicial confidencial e desejar que as comunicações subsequentes não sejam privilegiadas deve comunicar a outra parte de maneira inequívoca.⁷³¹ Existem, como nos demais privilégios, exceções às regras. Uma delas diz respeito à possibilidade de a comunicação ser utilizada como prova de uma postura de chantagem, perjúrio ou outra conduta inapropriada da parte, o privilégio não pode ser utilizado como escusa para justificar um comportamento claramente abusivo⁷³².

Como se vê, na linha também observada no Direito americano, o Direito inglês procura resguardar determinadas relações e comunicações de intromissão probatória e ao dever de revelação, erigindo a categoria dos privilégios, não apenas a impedir a introdução da prova que viole o privilégio no *trial*, mas a limitar a própria atuação do *disclosure*.

5.7. A questão das provas atípicas. Um problema de *Civil Law*?

A noção de prova atípica se constrói por exclusão. Típicas são as provas previstas expressamente na lei, consistente no meio estabelecido em lei para se acessar a fonte de prova⁷³³. A lei descreve quais são os *tipos* de prova que podem ser produzidas no processo e estabelece um correlato *procedimento* para sua apresentação ou mesmo produção em um dado processo judicial. A atipicidade, então, pode dizer respeito tanto à inexistência de previsão normativa do meio de prova, quanto à ausência de um procedimento tendente à sua realização ou produção⁷³⁴. Assim, são atípicas aquelas provas que não foram previstas especificamente pelo legislador ao cuidar dos meios processuais de instrução⁷³⁵. A doutrina de *Civil Law* não há sempre aceitado a figura da prova atípica, existindo vários fundamentos para esta resistência.

A primeira crítica pode ser designada de normativista. O juiz não poderia admitir em um processo um meio de prova que não tivesse sido prevista pelo legislador, nem extrair consequências jurídicas ou efeitos de sua análise. Existiria uma preocupação, no ponto, na própria relação da imparcialidade do magistrado ao analisar a prova e a possibilidade de verificação de um contraditório substancial sobre aquele elemento⁷³⁶.

⁷³¹ ZUCKERMAN, Adrian. **Civil Procedure**. Londres: LexisNexis, 2003, p. 571.

⁷³² ZUCKERMAN, Adrian. **Civil Procedure**. Londres: LexisNexis, 2003, p. 571.

⁷³³ CAVALLONE, Bruno. Critica della teoria delle prove atipiche. In: **Studi in onore di Enrico Tullio Liebman – Volume 2**. Milão: Giuffrè Editore, 1979, p. 1.346.

⁷³⁴ AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 2. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 70.

⁷³⁵ CONTE, Mario. **Le prove nel processo civile**. Milão: Giuffrè, 2002, p. 349.

⁷³⁶ “A siffatta generale constatazione si accompagna la altrettanto costante preoccupazione che il dilagare incontrollato di tale tendenza finisca per incidere negativamente su diritti delle parti costituzionalmente garantiti,

A premissa que justifica a resistência aos meios atípicos de prova, na verdade, se vincula à uma percepção eminentemente formalista das garantias e do próprio sentido de legalidade processual. A criação de um catálogo de meios de prova cria a noção de que se poderia extrair uma taxatividade, como se fosse possível aprioristicamente exaurir os meios pelos quais se pode verificar e epistemologicamente apreciar uma dada alegação sobre um evento passado. De igual maneira, a questão se coloca sobre a limitação dos instrumentos legítimos de verificação dos fatos no processo judicial, imbuído da noção de que a investigação jurídica sobre os fatos é intrinsecamente distinta daquela que é feita em outros âmbitos⁷³⁷.

A segunda preocupação se voltaria para a contenção do “arbítrio judicial”. A falta de previsão legislativa de um meio de prova, como observa Mario Conte, faria com que o juiz tivesse que estabelecer a eficácia probatória e, em última medida, pudesse criar uma “regra de processo”⁷³⁸. A vedação da utilização de provas atípicas estaria vinculada à posição do juiz no processo, seria uma maneira de conter sua atuação e discricionariedade. Isso porque o legislador já teria previamente estipulado quais os meios possíveis para a determinação processual dos fatos.

A importância da tipologia de provas é fundamental para a aproximação prevalecente da matéria probatória na academia, seguindo esquematicamente o modelo morfológico estabelecido na legislação processual. Não é coincidência que os manuais de processo apresentem uma breve introdução geral dos temas afetos às provas, normalmente sem um maior aprofundamento sobre as concepções teóricas, e, em seguida, avancem para a descrição das “provas em espécie”, que nada mais é do que o estudo dos tipos de provas e os procedimentos para a produção das provas constituídas no processo. Não se pode, portanto, desprezar o papel central que a noção possui para a tradição da *Civil Law*, posto que orienta todo o estudo da disciplina.

Sobre a noção de atipicidade deve se esclarecer que as legislações processuais modernas, na verdade, trazem meios para obter conhecimento a partir de três fontes lógicas, que são as únicas possíveis⁷³⁹. Ou a verificação de um fato se dá pela análise de uma pessoa (seja ou não parte do processo), do exame de uma coisa ou de um fenômeno natural. Não

in particolare comprimendo o elidendo del tutto la regola che impone il contraddittorio nel procedimento probatorio, sì da configurare una pericolosa deviazione del processo verso un modello di tipo autoritario, sottratto ad ogni effettivo controllo in ordine alla formazione del convincimento del giudice sul fatto.” D’ALESSANDRO, F. Cesare. Prove Atipiche, argomenti di prova e presunzioni. In: **Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura**. Roma: Consiglio Superiore della Magistratura, 1999, n. 108, v. 2, p. 235.

⁷³⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo. **Le prove civili**. 3. ed. Milão: UTET Giuridica, 2010, p. 52-53.

⁷³⁸ CONTE, Mario. **Le prove nel processo civile**. Milão: Giuffrè, 2002, p. 350.

⁷³⁹ AROCA, Juan Montero. **La prueba en el proceso civil**. 7. ed. Madri: Civitas, 2012, p. 150.

existem outras possibilidades. Neste grau de abstração, todas as fontes de conhecimento estão contempladas do ponto de vista lógico na própria lei e são, portanto, típicas. Não restam dúvidas de que a legislação processual traz mecanismos para apreensão de conhecimento nestes três âmbitos⁷⁴⁰.

O que, efetivamente, varia é a maneira ou a forma pela qual o juiz tem acesso à estas fontes de conhecimento e, a partir delas, obtém informações úteis para a decisão dos fatos relevantes para a causa. Em outras palavras, a questão que se põe é saber se é possível, e em quais limites o é, obter informações por meios distintos daqueles que a lei cuidou de expressamente regular e estabelecer o modo processual para sua introdução^{741 742}. A questão, então, se volta para as dificuldades procedimentais para se incorporar ao processo uma nova fonte de prova⁷⁴³.

A questão, de maneira geral, evoluiu no sentido de que todas as fontes de prova lícitas podem ser utilizadas no processo, independentemente de estarem tipologicamente elencadas no rol legal.

A questão da tipicidade de provas está, como ressalta Juan Montero Aroca, diretamente relacionada à de legalidade processual. A atividade probatória não pode se realizar por um caminho ou procedimento que não tenha sido estabelecido na própria lei. Ou seja, menos do que a possibilidade de se valer de algum meio de prova não previsto em lei, o foco está na utilização de um procedimento que não tenha sido antevisto pelo legislador⁷⁴⁴. A questão, contudo, pode ser adequadamente compreendida de maneira menos rígida, considerando a necessidade de observância das garantias do devido processo substancial e do contraditório. Assegurada a participação cooperativa da parte e o legítimo exercício do contraditório, inexistem razões para fazer prevalecer um rol tipologicamente fechado de meios de prova.

A própria discussão sobre os problemas procedimentais para a produção de algum meio de prova atípico é sem sentido, no contexto brasileiro atual, dado os poderes de adaptação procedimental do magistrado, resguardado o contraditório⁷⁴⁵.

A discussão sobre a utilização de provas atípicas é própria da tradição de *Civil Law*, não se colocando no contexto anglo-americano. Lá, como o dever de recolher as provas sempre recaiu sobre as partes, não sobre o juiz, qualquer meio de prova colhido deveria ser considerado,

⁷⁴⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 1994, v. 76, p. 115.

⁷⁴¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 1994, v. 76, p. 116.

⁷⁴² LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: RT, 2000, p. 173.

⁷⁴³ AROCA, Juan Montero. **La prueba en el proceso civil**. 7. ed. Madri: Civitas, 2012, p. 151.

⁷⁴⁴ AROCA, Juan Montero. **La prueba en el proceso civil**. 7. ed. Madri: Civitas, 2012, p. 157.

⁷⁴⁵ AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 2. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 234-235.

independentemente de maiores formalidades para sua coleta, que ocorreria, no mais das vezes, extrajudicialmente. Nas notas à tradução inglesa da obra de Pothier, do início do século XIX, Ewans já indicava a maior rigidez do sistema probatório continental em comparação com o sistema da *Common Law*. A questão da admissão de provas atípicas não se colocou naquele contexto, apesar da inegável importância das regras exclusionárias que, aliás, são o cerne da *Evidence Law*. É exatamente por isso que Taruffo indica que os modelos probatórios de *Common Law* e de *Civil Law* pode ser identificados como sendo, respectivamente “aberto” e “fechado”⁷⁴⁶. O sistema aberto é marcado pela aceitação de qualquer meio epistêmico, ressalvados aqueles especificamente vedados pelo ordenamento (regras de exclusão). O fechado, a seu turno, indicaria o rol de meios de prova admissíveis e minuciosamente cuida da produção endoprocessual da prova, sob supervisão do juiz.

A tipicidade dos meios de provas está, portanto, vinculada à noção de rigidez procedimental; o respeito ao procedimento relativo aos meios de prova seria capaz de conferir segurança, isonomia e legalidade no acesso à fonte de prova⁷⁴⁷. É, como se vê, uma concepção tipicamente moderna e legalista. Paralelamente, a criação das regras de exclusão, na tradição anglo-americana, está tradicionalmente relacionada à uma percepção de controle da atividade do júri, com o surgimento de um corpo complexo de regras probatórias, voltadas para um controle prévio da atividade cognitiva do julgador.

A questão também se relaciona ao “paternalismo epistêmico” (vide Cap. 5, Item 5.8). Modelos probatórios rígidos pressupõem uma análise apriorística sobre a conveniência do decisor de fato poder ter acesso a determinada fonte de prova. A vedação às provas atípicas e a criação das regras exclusionárias representam, em duas tradições jurídicas distintas, manifestações de uma concepção de mundo similar. A isso se deve perceber a aproximação existente (em maior ou menor grau) entre as premissas sobre o modelo de processo, a indicar a superação de uma divisão estanque: o *Common Law* não gravita mais apenas em torno da figura do júri e o *Civil Law* convive com a atipicidade e liberdade dos meios de prova.

A evolução mais recente do problema indica um caminho paralelo, no sentido de desregulamentação e diminuição da importância dos arquétipos legais para a apresentação e introdução da prova em processos judiciais. É uma passagem de uma percepção rígida para outra flexível, permitindo a análise casuística e mais adequada à cada situação da admissibilidade probatória. A liberdade de prova, entendida como a possibilidade de

⁷⁴⁶ TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado: ensaios**. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 50-51.

⁷⁴⁷ AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 2. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 69.

apresentação de qualquer meio legítimo para a demonstração de um fato, paulatinamente deixou de ser uma exceção para se firmar como regra no *Civil Law*⁷⁴⁸. O foco se transferiu de uma preocupação com a legalidade da prova para outra, relacionada à sua utilidade efetiva de esclarecimento dos fatos (potencial epistêmico). De um pressuposto legalista, rígido e formalista se passou a outro, mais flexível e que põe na avaliação racional do conteúdo e fundamentação adequada a correta identificação do valor probatório de determinado meio de prova. Este é o conteúdo próprio do modelo do livre convencimento motivado, adotado pelo sistema jurídico brasileiro⁷⁴⁹.

Sob o viés do procedimento, é possível afirmar que há uma flexibilização do processo, com o surgimento de diversos meios para adequação e adaptação procedimental. O paralelismo aqui é evidente. Há uma desregulamentação e uma flexibilização da admissibilidade dos meios probatórios. Esta percepção não significa, contudo, que as regras que afetam a produção de provas no processo não tenham importância. Apenas que a relação entre as normas reguladoras e a instrução do processo, no que diz respeito à admissibilidade de provas, está se alterando. As normas são indispensáveis, ao estabelecer o modelo de procedimento e ao criarem as balizas que permitam que o direito à prova (e o objetivo gnoseológico do processo) possa conviver com outros valores relevantes, com a eficiência, duração razoável, segurança jurídica. Não é por acaso que as regras sobre o ônus de provas e de alegação, sobre distribuição dos custos da produção de provas, sobre a prioridade de introdução de provas⁷⁵⁰, sobre a possibilidade de julgamento antecipado do processo persistem fundamentais.

Também, não se pode afirmar que se trata de um processo monolítico ou, ainda, generalizar para uma afirmação de que os sistemas probatórios na *Common Law* e na *Civil Law* passaram a ser flexíveis. Este tipo de afirmação seria uma redução superficial e incapaz de corretamente apreender a questão. É, contudo, apreensível, que paralelamente, em ambas as tradições há uma tendência de abertura dos estudos sobre o Direito Probatório e de diminuição da importância de critérios normativos rígidos sobre a admissão e também sobre a avaliação das provas.

5.8. O paternalismo epistêmico. Uma preocupação da *Common Law*?

⁷⁴⁸ VERGÈS, Étienne; VIAL, Geraldine; LECLERC, Oliver. **Droit de la preuve**. Paris: PUF, 2017, p. 272.

⁷⁴⁹ AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 2. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 35.

⁷⁵⁰ CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. **Droit judiciaire privé**. 10. ed. Paris: LexisNexis, 2017, p. 497-498.

Uma das críticas comuns ao sistema de *Common Law*, nomeadamente pelo aspecto competitivo e adversarial de coleta e apresentação das provas, seria a de que ele não guardaria compromisso com a verdade dos fatos, mas apenas com o julgamento da causa. Esta noção aparece de maneira difusa em autores importantes como Damaska ou Taruffo. Uma análise mais precisa, contudo, indica que o pressuposto de convencimento racional e apreciação da prova é compartilhado, mas que o desenho procedimental e o funcionamento do sistema de julgamento levaram à criação de regras distintas⁷⁵¹.

Carmen Vasquez designa por “paternalismo epistêmico” a preocupação em excluir do julgador de fato o acesso a determinados elementos probatórios, a partir da preconcepção de que ele seria incapaz de adequadamente compreender o seu significado ou extrair as inferências corretas⁷⁵². Este mesmo tipo de questão fundamenta a discussão sobre a noção de *best evidence*, que floresceu no mundo do *Common Law*. A preocupação com o impacto de certas provas no julgador de fato seria o “mote” para a criação de várias das regras de exclusão. O paternalismo decorreria da concepção de que o júri não conseguiria adequadamente valorar e extrair a consequência em relação a certas provas⁷⁵³. A exclusão do material probatório, então, surgiria para proteger os jurados “deles mesmos”.

É, não se pode deixar de observar, curioso que este tipo de percepção surja em um sistema no qual a figura do júri é, ainda hoje, exaltada como sinônimo da atividade democrática e participativa no processo e de que ele seja, também, um elemento de limitação e controle contra as arbitrariedades do Estado, possuindo uma conotação libertária.

A intervenção paternalista na atuação do júri aconteceria em três níveis: a) inicialmente vedando o acesso e o conhecimento dos jurados sobre a existência de certas provas; b) limitando ou impedindo o acesso ao conteúdo do meio de prova, ainda que o júri saiba da existência dela; ou c) caso tenha havido contato com as provas, indicando qual o valor probatório que deverá ser considerado para o meio de prova.

A questão não se põe, naturalmente, da mesma maneira no contexto processual e jurídico de tradição continental, pelo simples fato de que a figura do júri é inexistente nos casos cíveis e mesmo no criminal tem um papel muito reduzido e específico. O paternalismo epistêmico, seria para Vásquez, uma retomada de posição, uma manifestação e exercício do

⁷⁵¹ MARCUS, Richard L.; REDISH, Martin H.; SHERMAN, Edward F.; PFANDER, James E.. **Civil Procedure: a modern approach**. Saint Paul: West Publishing, 2014, p. 1-4.

⁷⁵² VÁSQUEZ, Carmen. La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales. In: **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante: Marcial Pons, 2015, n. 38, p. 104-105.

⁷⁵³ LILLY, Graham c.; CAPRA, Daniel J.; SLATZBURG, Stephen A.. **Principles of evidence**. 6. ed. Saint Paul: West, 2012, p. 1-2.

poder estatal. Ela estaria, contudo, adequadamente alinhada com o pressuposto racionalista de que é possível o alcance de uma posição epistemicamente correta, na medida em que o que justifica a atuação paternalista do legislador seria minorar os riscos de erros, decorrentes da formação de crenças e da extração de inferências falsas⁷⁵⁴.

Os dois modelos ocidentais cuidam da criação de normas jurídicas que procuram definir quais os meios de prova podem ser apresentados ou, mesmo, direcionar a atividade interpretativa do julgador. Os *standards* probatórios, por exemplo, atuam assim, ao estabelecerem que para se ter um fato como provado deverá estar presente maior ou menor “grau de convicção”. Por outro lado, não há nada mais “paternalista” do que a vedação epistêmica, que ocorre com o estabelecimento de provas legais rígidas, como a exigência da prova por escritura pública para certos atos, como se colhe de vários exemplos na tradição continental. Naturalmente, o argumento aparece como um requisito da legislação material, requerendo a forma solene para aperfeiçoamento do negócio, mas a questão não deixa de ser probatória. O mesmo acontece com as presunções absolutas estabelecidas na lei, que “não admitem prova em contrário”. Ou seja, a tradição de *Civil Law* possui várias regras de claro controle da atividade epistêmica do juiz, estabelecendo sua limitação ou procurando vincular seu conteúdo.

Na tradição anglo-americana, a *best evidence rule* tinha um papel central também em relação à prova documental, pois apenas a prova primária poderia ser apresentada para demonstrar o conteúdo de um documento. Assim, a demonstração de um contrato por escrito não prescindiria da apresentação de seu original, sendo, assim, designada de *original writing rule*. Atualmente, contudo, esta não é uma regra absoluta, mas representa uma preferência probatória, estimulando o uso do meio de prova mais adequado. Mais precisamente, na Inglaterra ela foi abandonada sendo, de modo geral, aceito o uso de meios de prova secundários, mesmo para transações escritas.

Entretanto, todas as regras que, de alguma maneira, limitam a atividade cognitiva do juiz ou do júri objetivam atingir um processo seguro e econômico. Procura-se a eliminação de erros ou de “injustiça”, com a pré-fixação legal das consequências em determinada situação ou a limitação dos esforços que podem ser empreendidos para o esclarecimento de um fato. Sem sobra de dúvida este tipo de preocupação está igualmente presente nos países de *Civil Law*, a

⁷⁵⁴ VÁSQUEZ, Carmen. La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales. In: **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante: Marcial Pons, 2015, n. 38, p. 104-108.

base do modelo das provas legais era, justamente, permitir conclusões seguras, limitando o árbitro nas decisões judiciais⁷⁵⁵.

A decisão do júri se legitima pelo contexto democrático de sua formação e escolha, entretanto não há qualquer possibilidade de verificabilidade racional dos motivos que levaram os jurados à determinada decisão. Não há fundamentação nas decisões do júri. As regras de exclusão interferem na formação do convencimento dos jurados, entretanto, o mesmo se passa no julgamento fático feito pelo magistrado, ao qual se requer, também, uma fundamentação justificadora de suas conclusões. Por isso, justamente pela preocupação legitimatória de se obter um julgamento justo, todos os sistemas jurídicos possuem regras de caráter “paternalista”, no sentido de que, de alguma maneira, vinculam ou procuram controlar a apreciação do julgador sobre os fatos.

5.9. Provas ilícitas: controle flexível?

No âmbito do processo civil não existe uma definição legislativa sobre o que seria a prova ilícita. O art. 369, CPC/2015 limita-se a indicar que as partes têm o direito de empregar todos os meios legais e moralmente legítimos, ainda que não indicados especificamente em lei, consagrando a atipicidade das provas. A indicação de que os meios de prova legais e moralmente legítimos podem ser empregados leva ao raciocínio de que aqueles meios de prova que forem imorais ou ilegais não são admissíveis, já restando claro que a legalidade probatória não se restringe à um rol taxativo de meios típicos de prova⁷⁵⁶.

O Código de Processo Penal, em seu art. 157, com a redação dada pela Lei 11.690/2008, ao seu turno, define como sendo ilícita a prova obtida em violação das normas constitucionais ou legais. A prova ilícita, juntada aos autos do processo, deve ser excluída, desentranhada⁷⁵⁷. Também são inadmissíveis aquelas provas que derivem da prova ilícita, salvo se for possível obter a prova derivada por uma fonte distinta e independente da primeira⁷⁵⁸. É, então, inadmissível a prova ilícita por derivação, que é aquela que apenas foi obtida como

⁷⁵⁵ CARNELUTTI, Francesco. **La prueba civil**. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982, p. 19-20.

⁷⁵⁶ AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 2. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 208.

⁷⁵⁷ GOMES, Luís Flavio. Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo (exclusionary rule). In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, 2003, v. 809.

⁷⁵⁸ “*Daí, falar-se em existência de provas autônomas (independent source) e em descobertas inevitáveis (inevitable discovery) como exceções à proibição ao uso da prova derivada da prova ilícita. Nesse diapasão, nem sempre a existência de prova ilícita determinará a contaminação imediata de todas as outras constantes do processo, devendo ser verificada, no caso concreto, a configuração da derivação por ilicitude.*” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 91.867-PA**. Rel. Min. Gilmar Mendes. j. 24 abr. 2012.

consequência de uma prova ilícita. A prova que seria obtida de maneira distinta, com o próprio desenrolar da instrução processual, não é ilícita por derivação, ainda que circunstancialmente tenha sido obtida nesta situação⁷⁵⁹. Vale, nesta hipótese, a chamada *inevitable discovery exception*, a significar que aquelas provas que seriam normalmente identificadas e produzidas no curso da instrução não se reputam ilícitas por derivação pelo simples fato de terem sido circunstancialmente encontradas no contexto de obtenção de uma prova ilícita.

É preciso, contudo, compreender o sentido a ser emprestado à noção de “*violação de normas constitucionais ou legais*”, nomeadamente, ao se trazer o conceito para o âmbito do processo civil. A inadmissibilidade recai quando há a violação de um direito ligado à personalidade, intimidade, sigilo de fontes, às liberdades públicas, entre outros. A simples violação de uma eventual norma procedimental relacionada ao procedimento de produção da prova não faz com que o meio de prova seja ilícito, para fins de admissibilidade⁷⁶⁰. Poderá haver, é bem verdade, a nulidade do ato processual, mas isso precisa ser analisado no contexto do controle das nulidades no processo civil, o que requer a verificação de efetivo prejuízo e efetivo atingimento da finalidade do ato (arts. 277 e 282, § 1º, CPC/2015). Além disso, não se reconhece a nulidade quando for possível decidir em favor da parte a quem a aproveitaria (282, § 1º, CPC/2015).

No Direito brasileiro a vedação da utilização da prova ilícita, vale dizer, da prova obtida por meio ilícito, é uma garantia constitucional (art. 5º, LVI, CF). Não se admite a utilização de meio de prova que tenha sido obtido em violação à norma jurídica⁷⁶¹. A Constituição de 1988 cuidou, ainda, de regular especificamente a prova obtida por meio de interceptação telefônica, de maneira a resguardar o direito fundamental ao sigilo de comunicações, estabelecendo como pressuposto a necessidade de instrução de processo criminal (art. 5º, XII, CF).

⁷⁵⁹ CARVALHO, Caio Augusto Nunes de. Provas ilícitas no Direito Brasileiro. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. (Coords.) **Direito Probatório**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 196.

⁷⁶⁰ ROCHA, Caio Cesar; LIMA, Tiago Asfor Rocha. As captações ambientais audiovisuais e o direito ao silêncio. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, 2010, v. 899.

⁷⁶¹ “A **Constituição** da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do ‘male captum, bene retentum’.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 93.050**. Rel. Min. Celso de Mello. j. 10 jun. 2008.

Na verdade, a questão tem que ser apreciada à luz da ponderação de normas fundamentais⁷⁶², em um juízo de proporcionalidade sobre os interesses conflitantes^{763 764}. Por isso, não é possível uma resposta absoluta sobre a admissibilidade ou não da prova ilícita, pois isso equivaleria a um juízo de valor apriorístico sobre um conflito de direitos que requer a adequada compreensão contextual de sua colocação^{765 766}.

A admissibilidade da prova ilícita, reveste-se de excepcionalidade, devendo ser, concretamente, verificadas algumas premissas, durante o juízo de admissibilidade. Em primeiro lugar, ela só pode ser admitida quando for imprescindível. Caso seja impossível a verificação do fato por outros meios ou se o meio alternativo for excessivamente danoso ou custoso para as partes. Neste tipo de situação, é possível que o direito à prova deva ser maximizado em comparação com a vedação da prova ilícita. A análise deve ser feita de maneira proporcional e ponderada, entre os bens da vida contrapostos. Além disso, independentemente da questão da admissibilidade da prova, o juiz deve tomar as providências necessárias para a punição da conduta antijurídica verificada, conforme o caso. Se houve ilícito criminal deve ser determinada a ciência do Ministério Público. Se houve infração de ordem administrativa, os órgãos de controle deverão ser comunicados para que adotem as providências adequadas. Além disso, é assegurada a tutela civil e reparatória para a parte lesada, conforme o caso. Isso implica dizer que a admissão da prova obtida ilicitamente em nada afasta ou modifica a ilicitude, que continua passível de punição ou de adoção das medidas jurídicas próprias. Por isso, é possível identificar no Brasil uma tendência de admissão, com certos cuidados, da prova obtida ilicitamente.

Além das regras de exclusão específicas, a posição tradicional do direito inglês era a de que o juiz não teria poderes para excluir uma prova considerando a maneira pela qual ela foi obtida. Se a prova fosse relevante para o caso, na ausência de uma regra de exclusão própria,

⁷⁶² LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Das Provas. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. (orgs.) **Comentários do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 573.

⁷⁶³ CAMBI, Eduardo. **A prova cível: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006, p. 93-95.

⁷⁶⁴ “A aplicação excepcional do princípio da proporcionalidade para o fim de avaliar a admissibilidade da prova ilícita no processo permite abrandar o caráter rígido ostentado pela vedação constitucional contida no art. 5º, LVI e sopesá-la com as demais garantias fundamentais concretamente envolvidas. Dossy decorre que se não estiver em jogo outra garantia fundamental, não há que se falar em aplicação do princípio da proporcionalidade e o juiz deverá prestigiar a vedação constitucional do emprego de provas ilícitas no processo.” AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 2. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 226-227.

⁷⁶⁵ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 99.

⁷⁶⁶ Para André Roque Vasconcelos, a admissibilidade estaria condicionada à uma situação de estado de necessidade processual: “O que se sustenta aqui é que, preenchidos os requisitos para a configuração do estado de necessidade processual, que nada mais é do que uma excludente de ilicitude com específicas consequências processuais, a prova que foi produzida de forma (aparentemente) ilícita deve ser admitida no processo, porque não se aplica a ela a vedação contida no texto constitucional.” VASCONCELOS, André Roque. O estado de necessidade processual e a admissibilidade das provas (aparentemente) ilícitas. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2007, v. 153.

ela deveria ser admitida ainda que obtida de maneira ilícita⁷⁶⁷. No caso *Helliwell v. Piggott-Sims*, da década de 1980, por exemplo, ficou estabelecido que a obtenção ilícita da prova não seria motivo para sua inadmissibilidade, demonstrada sua relevância para o caso⁷⁶⁸.

Esta posição, contudo, não é mais predominante, considerando os objetivos fundamentais do processo civil inglês, particularmente a necessidade de se garantir um julgamento justo. Adicionalmente, a *Rule 32.1(2)* da CPR permite, expressamente, que o juiz controle a admissão das provas, inclusive para excluir provas que são relevantes. Um importante precedente foi estabelecido no julgamento do caso *Jones v. University of Warwick*⁷⁶⁹. Neste caso, a seguradora da Universidade de Warwick desconfiou que a Senhora Jones estaria exagerando a sua condição de deficiente para obtenção de vantagens e invadiu a casa da autora, realizando filmagens sem sua autorização e violando sua privacidade. A *Court of Appeal* entendeu que a circunstância relativa à obtenção de provas era importante para determinar sua admissibilidade. Lord Woolf, neste julgamento, colocou que na admissão de provas dois valores precisariam ser adequadamente balanceados: a necessidade de identificação dos fatos e o imperativo de se desencorajar comportamentos ilícitos para a obtenção de provas. Estes dois valores possuem significado para o viés publicístico do processo. Assim, seria apropriada uma ponderação entre os valores conflitantes, de maneira a preconizar os objetivos fundamentais do processo civil⁷⁷⁰.

5.10. A questão da prova emprestada

Ainda atrai considerável discussão a possibilidade de uso em uma determinada ação de meio de prova pré-constituído e documentado em um outro processo, tanto sob o viés da admissão dessa prova quanto de sua valoração, embora, por vezes, os dois planos sejam indevidamente confundidos.

A doutrina convencionou designar por “prova emprestada”⁷⁷¹ a utilização de uma prova documentada nos autos de outro processo de onde ela é trasladada. A terminologia prova emprestada é, de mais a mais, completamente inadequada. Ora, não se trata de empréstimo,

⁷⁶⁷ TAPPER, Colin. **Cross & Tapper on Evidence**. 12. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 213. ZUCKERMAN, Adrian. **Civil Procedure**. Londres: LexisNexis, 2003, p. 661.

⁷⁶⁸ KEANE, Adrian; McKeown, Paul. **The Modern Law of Evidence**. 12. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 61-62.

⁷⁶⁹ INGLATERRA. Court of Appeals. [2003] EWCA Civ 151. Rel. Lord Woolf. j. 4 fev. 2003.

⁷⁷⁰ KEANE, Adrian; McKeown, Paul. **The Modern Law of Evidence**. 12. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 63.

⁷⁷¹ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado, 1998, n. 140.

como se algo fosse cedido e viesse a ser devolvido ao processo que a emprestou. O que ocorre, simplesmente, é a utilização de uma prova pré-constituída no curso de outra ação, aceitando o conteúdo do quanto foi documentado para fins de avaliação e formação do convencimento do julgador. Ela consiste no transporte e aproveitamento da produção probatória realizada em um processo em outro, com o traslado dos documentos que a registraram. À mercê da utilização generalizada da doutrina brasileira, é mais precisa a designação empregada por Hernando Echandía de que se está a analisar uma “prova trasladada”⁷⁷². A prova emprestada nada mais é do que o traslado de cópias de um primeiro processo, que entram no segundo como meio de prova⁷⁷³. É possível o traslado da prova oral, da técnica, de documentos e atos processuais, como o conteúdo da ata de uma audiência ou as notas taquigráficas de um julgamento. Deve, naturalmente, haver o cuidado de se exigir e ser apresentada toda a reprodução documental da produção probatória, evitando-se recortes ou omissões de material que impeçam a adequada análise pelo julgador.

A utilização da prova emprestada, embora não estivesse expressamente prevista no texto do CPC/1973, decorria da cláusula geral autorizativa da utilização de todos os meios legais e moralmente legítimos para fins probatórios, estabelecida no seu art. 332. A sua utilização na prática, portanto, decorreu da possibilidade de utilização de meios atípicos de prova⁷⁷⁴. Por isso, não há qualquer óbice fundamental à admissão da prova emprestada, que nada tem de ilícita, a questão central recai sobre a necessidade de participação adequada, de debate cooperativo sobre seu conteúdo⁷⁷⁵.

Parcela da doutrina, a bem da verdade, demonstrou alguma antipatia pelo instituto da prova emprestada, preocupada com a necessidade de contraditório e os impactos que a interpretação errônea do conteúdo do meio de prova pelo juiz que não acompanhou sua constituição poderiam ter⁷⁷⁶. De maneira geral, a solução doutrinária de compromisso mais

⁷⁷² ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoría General de La Prueba Judicial**. Buenos Aires: Victor P. de Zavília Editor, 1972, t. I, p. 367.

⁷⁷³ MIRANDA FILHO, Luiz Antonio Castro de. Breves apontamentos sobre a prova emprestada no Novo Código de Processo Civil. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. (Coords.) **Direito Probatório**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 661.

⁷⁷⁴ SILVA, Felipe Carvalho; PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Prova emprestada: pontos de convergência e divergência entre a doutrina e a jurisprudência. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2018, v. 275.

⁷⁷⁵ “...registro que prova emprestada não se confunde com prova ilícita. Ao contrário, é absolutamente admissível a apreciação de provas técnicas realizadas em outros processos judiciais, desde que garantido o contraditório e a ampla defesa. Seria realmente um atentado à economia processual exigir a repetição desnecessária, procrastinatória e ineficiente de atos e fatos já perfeitamente produzidos em demandas diversas e, ainda assim, submetidas ao contraditório, no novo processo.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 617.428/SP** Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma. j. 26 ago. 2010.

⁷⁷⁶ CASTRO, Roberta Dias de. A prova emprestada e o risco de ficar eternamente vinculado a uma inadequada instrução probatória. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2017, v. 266.

clássica foi a de considerar, sem maiores dificuldades, admissível a prova emprestada decorrente de um processo no qual houvesse identidade de partes com o processo no qual se pretende sua introdução. Desta maneira, afastar-se-ia o risco de uma eventual violação ao contraditório⁷⁷⁷. Quando, contudo, não houvesse identidade de partes entre os processos deveria haver um juízo de *ratificação* da prova, pois a prova não poderia produzir efeitos contra quem não foi parte do processo e acompanhou sua produção⁷⁷⁸. Ou seja, seria preciso ratificar o conteúdo da prova trazida, com a prática de um ato processual tendente a confirmar o seu conteúdo. Por exemplo, seria preciso ouvir a testemunha que prestou depoimento no processo anterior para que ela reiterasse a exatidão de suas afirmações. Os documentos públicos e aqueles produzidos pela parte que participou do processo anterior, ao seu turno, não precisariam de ratificação.

A prova emprestada transita, portanto, entre sua forma documental, que reproduz e perpetua seu conteúdo, e o meio de prova (depoimento, testemunho, perícia, inspeção...) reproduzido documentalmente. Claro, uma perícia ou um testemunho reduzido à escrito não perdem suas características pelo simples fato de o registro ser documental ou escrito⁷⁷⁹. Aliás, o surgimento de novas mídias, com a disseminação de, com facilidade, se realizar a gravação em vídeo de atos processuais, bem vem a revelar que este conteúdo, em áudio e vídeo, também pode ser utilizado em outro processo e também será uma prova emprestada, caso produzido em um procedimento anterior, não fazendo sentido se imaginar que a questão se cingiria ao meio de prova documentado por escrito. Nesta senda, a prova emprestada, no formato em que se apresenta, mantém potencialmente o mesmo valor probante originário, a ser apreciado pelo juiz do processo na qual venha a ser introduzida⁷⁸⁰.

O tema foi tratado no art. 372, CPC/2015 de maneira adequada⁷⁸¹, ao se estabelecer que é possível a admissão da prova emprestada, afastando a discussão sobre sua admissibilidade,

⁷⁷⁷ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: RT, 2014, p. 148.

⁷⁷⁸ Distinguindo as situações nas quais há a identidade de partes nos dois processos e aquelas nas quais não há, assim coloca Echandía: “*en la segunda hipótesis debe distinguirse si la parte contra quien se opone la prueba es o fue parte en el juicio en que se practicó o admitió, o si, por el contrario, estuvo ausente de él; en el primer caso, tampoco se requiere su ratificación, aun cuando quien la aduzca no haya sido parte en dicho proceso por haber cursado o estar tramitándose entre ese ponente y varias personas, en razón de que tal circunstancia no altera la debida contradicción que allí tuvo por aquél; en el segundo, como la prueba no puede producir efectos contra quien no fue parte en el proceso donde se admite o practica, por prohibirlo el principio de la contradicción, es indispensable proceder a su ratificación.*” ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoría General de La Prueba Judicial**. Buenos Aires: Victor P. de Zavíla Editor, 1972, t. I, p. 367-368.

⁷⁷⁹ AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 2. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 105.

⁷⁸⁰ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado, 1998, n. 140, p. 147.

⁷⁸¹ “*Agravo de instrumento. Deferimento do exame pericial para aferição do valor locativo de imóvel. Decisão agravada que admitiu o uso de prova emprestada para a definição do valor locativo do escritório comercial*”

sendo indispensável o contraditório. É preciso, entretanto, precisar no que consiste o contraditório adequado sobre a prova emprestada, para que se compreenda adequadamente a dimensão do instituto⁷⁸². Existem duas possibilidades a serem examinadas. A primeira, que pode ser designada como “duplo contraditório”, indica a necessidade de que, para que a prova seja admissível, as partes tenham debatido o seu conteúdo e colaborado para sua produção em contraditório tanto no processo no qual se pretende introduzir a prova emprestada, quando naquele de onde se toma o empréstimo. A segunda possibilidade seria entender que apenas seria necessário o contraditório no momento de introdução da prova no processo que a toma por empréstimo, pois garantindo-se a possibilidade de manifestação sobre seu conteúdo e, eventualmente, apresentação de contraprova, estar-se-ia respeitando o devido processo legal.

A questão gera dissenso doutrinário. Entretanto, deve-se exigir o duplo contraditório, sendo necessária a participação cooperativa das partes envolvidas tanto na elaboração da prova quanto no momento de sua introdução e juízo de admissibilidade em outro processo⁷⁸³. Isso porque a produção da prova, a definição de seu conteúdo é marcada pela atuação das partes. A documentação representa, na verdade, um esforço dialógico dos envolvidos, que não deve ser suprimido. Esta orientação, que já era indicada por Couture⁷⁸⁴, preconiza a participação efetiva das partes⁷⁸⁵. Isso não significa, contudo, que uma prova produzida unilateralmente não poderá ser admitida em termos absolutos em um outro processo, inclusive pela tendência de flexibilização proporcional das regras de admissibilidade probatória. A questão recairá pela necessidade de avaliação de impossibilidade de constituição incidental de uma nova prova e o risco de um julgamento sem a composição de elemento adequados, mas não se trata de uma situação generalizável e que requer uma circunscrita aplicação. Evidentemente, uma vez

situado no sétimo pavimento. Prova emprestada que se refere a escritório comercial situado no décimo sexto pavimento do mesmo edifício. Valor pertinente as unidades autônomas de um mesmo edifício que não é uniforme, ainda que possuam a mesma planta, há variação em razão do pavimento em que está situado e de sua posição geográfica no andar. Admissível a contraprova deferida, sobretudo porque o art. 372 do CPC determina que a admissão de prova emprestada deve observar o contraditório. Útil e necessária a perícia a bem da observância da ampla defesa e do contraditório.” Agravo desprovido. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **AI nº 2057552-93.2017.8.26.0000**. Rel. Des. Rômulo Russo, 7ª Câmara de Direito Privado, J. 28 jun. 2017.

⁷⁸² MIRANDA FILHO, Luiz Antonio Castro de. Breves apontamentos sobre a prova emprestada no Novo Código de Processo Civil. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. (Coords.) **Direito Probatório**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 662.

⁷⁸³ AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 2. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 107.

⁷⁸⁴ COUTURE, Eduardo. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. Florianópolis: Conceito, 2008, p. 125.

⁷⁸⁵ Neste sentido é o Enunciado 52 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, que assim dispõe: *(art. 372) Para a utilização da prova emprestada, faz-se necessária a observância do contraditório no processo de origem, assim como no processo de destino, considerando-se que, neste último, a prova mantenha a sua natureza originária.*

admitida a prova emprestada ela receberá adequada valoração⁷⁸⁶, como, aliás, acontece com todos os meios de prova, sendo indispensável a fundamentação efetiva, como requisito para a fundamentação adequada à luz da persuasão racional do julgador⁷⁸⁷.

A discussão apresentada neste item é importante para o objeto deste trabalho, pois cuida justamente do tratamento a ser dado, do ponto de vista de admissão e avaliação de uma prova produzida em outro processo. O meio de prova produzido autonomamente ingressa no processo no qual venha a ser apresentado como uma prova emprestada, no sentido de que é o registro documental de um determinado meio de prova (testemunhal, pericial etc.), conservando o valor probatório próprio do tipo de prova documentado⁷⁸⁸.

5.11. A modificação do papel da prova jurídica. Da prova voltada para o julgamento e o passado para a prova voltada para o futuro e os novos objetivos. Questões para as noções de admissibilidade e relevância

O tema da prova jurídica passa, tanto na tradição continental quanto na anglo-americana, a ser compreendido não apenas enquanto um instrumento para permitir o julgamento do caso ou como elemento para formação da convicção e análise do julgador de fato. Os demais destinatários da prova jurídica e o seu papel importante em outros momentos pré e paraprocessuais ganham relevo. Neste contexto, as noções de admissibilidade e relevância de provas precisam ser compreendidos.

Duas constatações são fundamentais para a reconstrução das noções de admissibilidade e relevância probatória. Por um lado, a noção de que a prova não apenas é um instrumento de convencimento, utilizado pelas partes para a obtenção de uma decisão judicial que lhes seja favorável, mas que ela tem outras funções importantes e outros destinatários (no sentido de potenciais intérpretes interessados no seu sentido), que não apenas o juiz, mas as próprias partes ou mesmo, às vezes, terceiros. Por outro, a concepção de que o processo judicial é um meio adequado para a produção de provas, que possuirão estas outras funções e destinatários, como se percebe da positivação, no Direito brasileiro, da ação probatória autônoma ou os papeis do *discovery* e o declínio do *trial*⁷⁸⁹.

⁷⁸⁶ AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 2. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 106.

⁷⁸⁷ LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: RT, 2000, p. 65.

⁷⁸⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, v. 2, p. 372.

⁷⁸⁹ MARCUS, Richard L.; REDISH, Martin H.; SHERMAN, Edward F.; PFANDER, James E.. **Civil Procedure: a modern approach**. Saint Paul: West Publishing, 2014, p. 1-12.

Isso faz com que as regras jurídicas de exclusão, que limitam a admissibilidade de material probatório relevante, passem a ter um papel ainda mais diminuto⁷⁹⁰. Se a tendência, já há muito tempo, era de redução de sua aplicação, isso se acentua ao se perceber outros destinatários, que não o julgador, e outras funções, que não formar o convencimento para a decisão judicial.

A noção de relevância, que em uma primeira vista poderia parecer passar imune à situação, por ser um conceito eminentemente lógico, e não jurídico, também precisa ser repensada. É que, embora não estabelecida propriamente por nenhuma norma jurídica, a relevância sempre foi analisada com os olhos voltados para a coleta de material para sustentar ou negar as alegações fáticas controvertidas das partes. O seu foco, portanto, estava direcionado para o julgamento do caso e para o *thema probandum* de um certo processo. Ora, se a prova não é mais utilizada apenas como elemento para formação da convicção do julgador, é certo que a relevância não é um limite intransponível para a produção probatória no processo, desde que alguma função probatória relevante seja contemplada. Por outro lado, remanesce a noção de relevância entre conexão lógica entre a prova que se pretende produzir e o que se pretende provar. Na ação probatória autônoma a noção ainda guarda algum sentido ao se considerar o próprio objeto e pedido formulado. Ou seja, ele se aproxima da noção de mérito de simples produção de prova.

A apresentação das provas no processo sempre teve um direcionamento para o passado⁷⁹¹. É a comprovação dos eventos fáticos alegados e controvertidos que sempre determinou a atividade instrutória e probatória. Entretanto, quando se passa a considerar a produção probatória como um elemento para a autocomposição do conflito ou ainda para avaliar a perspectiva de se ter êxito em uma demanda judicial a ser proposta existe uma consideração sobre um evento futuro. Claro que o julgamento da causa também é um elemento futuro em relação à produção da prova no processo, mas ele é tomado como inexorável e como definidor da atividade probatória que pode ser desenvolvida. Neste sentido ele é limitador da reconstrução probatória dos eventos passados. Na produção de prova para autocomposição e mesmo na avaliação das possibilidades de êxito de uma demanda eventual não se verifica a mesma situação, os eventos futuros não limitam a produção da prova da mesma maneira, antes são moldados ou dependentes do sentido da prova que for produzida.

⁷⁹⁰ ZUCKERMAN, Adrian. **Civil Procedure**. Londres: LexisNexis, 2003, p. 661.

⁷⁹¹ TWINNING, William. Interdisciplinarity and the study of evidence. In: DAWID, PHILIP; TWINNING, William; VASILAKI, Mimi. (Eds.) **Evidence, inference and enquiry**. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 88.

Importante observar a afirmação da relação entre investigação dos fatos, produção de provas, e a solução de conflitos por meios consensuais, não adjudicatórios. Tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos e na Inglaterra observa-se um tendencial incremento dos meios adequados de resolução de disputas, que muitas vezes não prescindem da atividade processual para que se desenvolvam, sejam por se desenvolverem de maneira incidental, como o *Court-Annexed ADR*, ou por aproveitarem alguns elementos da atividade processual.

6. NOVAS PERSPECTIVAS DAS PROVAS, PARA ALÉM DO CONVENCIMENTO DO JULGADOR

6.1. Introdução

Este capítulo procura compreender os novos sentidos que são atribuídos à atividade processual-probatória no contexto de um sistema de justiça civil multiportas e de internacionalização do contencioso, em cotejo com algumas experiências verificadas na Inglaterra e nos Estados Unidos. A possibilidade de produção judicial de prova, para além dos limites de um *thema probandum* pertinente ao julgamento de uma causa, precisa ser compreendida no contexto de permanente crise do(s) Poder(es) Judiciário(s) e de integração e complementariedade de atuação entre centros decisores e de meios para a solução de conflitos. Por isso, analisar-se-á a produção da prova sob o viés de processo civil cooperativo e multiportas e da produção de provas no contexto do contencioso internacional.

6.2. Novas funções da prova para além da formação da convicção do julgador e as ações probatórias autônomas

O papel do processo civil passa por um momento de importante ressignificação. As premissas tipicamente modernas que permearam o surgimento, ainda no século XIX, de um pensamento processual distanciado do direito material e com pretensão de cientificidade, sua afirmação como ramo científico e disciplina acadêmica autônoma passam a ser colocadas em novas perspectivas ou, por força da atuação da doutrina e da atividade legislativa, recebem novos contornos jurídico. Fala-se, portanto, não apenas de crise do direito processual, mas, também, busca-se novos significados para alguns de seus conceitos fundamentais, inclusive em relação à tríade jurisdição, ação e processo⁷⁹². A atividade processual passa a ser entendida em termos mais largos e, de certa maneira, mais flexíveis do que anteriormente. É possível identificar, sem fugir aos limites deste trabalho, que o processo civil foi pensado enquanto ferramenta, racional, para aplicação do direito material a um caso individual, no contexto do cientificismo jurídico⁷⁹³. É indisfarçável o discurso oitocentista dos direitos subjetivos e do individualismo, sendo o processo o mecanismo para fazer “atuar o direito material ao caso

⁷⁹² Vide: GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

⁷⁹³ GLISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 7. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2013, p. 514.

concreto”. É neste contexto em que se insere a concepção sobre a produção processual de provas⁷⁹⁴.

As bases modernas do direito processual, portanto, trazem como elemento central e fulcral da atividade processual o julgamento de casos, como meta e justificação dos institutos processuais e da conformação do procedimento. Há, também, um discurso de prevalência do juízo sobre os direitos, alçados ao centro da atividade, ao juízo sobre os fatos⁷⁹⁵. Inegavelmente, a investigação e análise dos elementos fáticos sempre foi tida como importantíssima, mas o escopo do processo não é *descobrir os fatos*, e sim *atuar o direito material*, mesmo em situações nas quais os fatos não foram propriamente verificados (como ocorre com as presunções legais ou no julgamento pelos efeitos materiais da revelia⁷⁹⁶). A certificação do direito, atividade própria do processo de conhecimento, da atividade judicial por excelência (para o pensamento normativista), revela a relação entre as questões de fato e as questões de direito. Os fatos são importantes para permitir o julgamento da pretensão de direito material deduzida, autorizando um raciocínio jurídico eminentemente subsuntivo⁷⁹⁷. A relação entre atividade processual e os meios de prova é, portanto, instrumental. A produção da prova se dá, justamente, para permitir a confirmação ou negação das alegações fáticas controvertidas, para que o direito material possa ser atuado, com a prolação da decisão judicial. As questões probatórias, então, não seriam objeto (principal) de um processo, mas questões incidentais para o julgamento do caso. Os fatos são esclarecidos para permitir o julgamento da pretensão de direito material deduzida, são as pretensões de direito o objeto da atividade jurisdicional⁷⁹⁸.

A disciplina jurídica da prova sempre se voltou, primordialmente, para as regras processuais relativas à colheita de informações úteis para o *julgamento* sobre os fatos de um caso e sobre os limites ao exercício dos poderes instrutórios do juiz e sobre a fundamentação de suas decisões⁷⁹⁹. Além disso, ela cuidou das regras imperativas de direito material, capazes de vincular o juiz, impedindo conclusões distintas daquelas legalmente pré-estabelecidas (como

⁷⁹⁴ PEREIRA, Mateus Costa. **Teoria Geral do Processo e seu tripé fundamental: racionalismo, pensamento sistemático e conceitualismo**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

⁷⁹⁵ TWINNING, William. **Rethinking Evidence: exploratory essays**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

⁷⁹⁶ LESSA NETO, João Luiz. Anotações sobre a revelia e a contumácia no Código de Processo Civil de 2015. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2016, v. 261.

⁷⁹⁷ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Quem não chorar no enterro da própria mãe corre o risco de ser condenado à morte – o (ab)uso de máximas de experiência na valoração e interpretação probatória. In: BURIL, Lucas; PEIXOTO, R. M.; FREIRE, Alexandre. **Novo CPC – Doutrina Seleccionada, v. 3: processo de conhecimento, provas**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 366-367.

⁷⁹⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINIMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 45.

⁷⁹⁹ MARCUS, Richard L.; REDISH, Martin H.; SHERMAN, Edward F.; PFANDER, James E.. **Civil Procedure: a modern approach**. Saint Paul: West Publishing, 2014, p. 1-8.

ocorre com as presunções)⁸⁰⁰. A própria premissa de que a atividade jurisdicional significaria julgar conflitos se põe como resistência a se permitir uma ação para “simplesmente” produzir uma prova, ainda que para se avaliar a necessidade de propositura de outra ação ou para facilitar uma solução autocompositiva⁸⁰¹.

Se as ações probatórias autônomas, em si, não são uma novidade, a generalização de seu cabimento é importante. A ação de justificação, de exibição de documentos, e mesmo a produção cautelar e antecipada de provas são medidas antigas e bem conhecidas, entretanto, sempre houve um “desconforto” no tratamento do tema, a relacionar a questão, tanto do ponto de vista legislativo quanto em boa parte da doutrina, às medidas de urgência ou cautelares. Não é, portanto, pequena a consagração do art. 381 do CPC/2015, de maneira mais ampla, de que é possível produzir provas antes de um (outro) processo não apenas se houver receio de impossibilidade de verificação do fato no futuro, mas, também, quando ela puder viabilizar a autocomposição do conflito, bem como quando for útil para avaliação jurídica das perspectivas relativas ao ajuizamento, ou não, de uma ação. Esta situação encontra paralelo, por exemplo, na importância dos *pre-action protocols* para o processo civil inglês, que estabelecem o esclarecimento e informação das partes sobre as provas e os fatos pertinentes ao caso antes mesmo do início do processo contencioso, como uma ferramenta para avaliação e solução consensual dos conflitos (vide Cap. 4, Item 4.9.2). A experiência norte-americana também indica uma utilização da produção de provas, da investigação por meio do *discovery*, para além das raias de mera preparação do julgamento. Na tradição continental o mesmo vem, paulatinamente, se verificando, a exemplo dos sistemas francês⁸⁰² e espanhol⁸⁰³. Sistemas processuais tão distintos quanto os indicados, portanto, passam a valorizar novos sentidos para a investigação factual por meio do processo.

A produção processual da prova autônoma se reveste de particular importância no contexto de uma sociedade de generalizada informação, comunicação, troca e formação de opiniões de maneira açodada. Há quem fale em uma época da “pós-verdade”, para se referir ao contexto da divulgação, muitas vezes maliciosa, de informações inverídicas, seja com o objetivo de influenciar a opinião pública, denegrir a imagem de outrem, gerar autopromoção

⁸⁰⁰ CAVALLONE, Bruno. Riflessioni sulla cultura della prova. In: **Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale**. Milão: Giuffrè Editore, 2008, v. 51, n. 3, p. 949.

⁸⁰¹ CABRAL, Antonio. Per un nuovo concetto di giurisdizione. In: **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte: PUC/MG, 2015, v. 18, n. 35, p. 8.

⁸⁰² DESPRÉS, Isabelle. **Les mesures d’instruction in futurum**. Paris: Dalloz, 2004.

⁸⁰³ RODRIGUES, Marco Antonio; PIMENTEL, João Ricardo Ferreira. A preparação do processo civil: produção antecipada de provas, diligências preliminares, pretrial discovery e os pre-action protocols. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2019, v. 290.

ou seja qual for a razão⁸⁰⁴. Neste sentido, a velha ação de justificação pode assumir revigorada utilidade, com a verificação e supervisão judicial sobre o procedimento de produção de um determinado meio de prova, ainda que não se faça um juízo declaratório sobre o fato. Aí bem se denota o sentido legitimador da supervisão judicial da produção da prova.

É possível visualizar a produção de provas *no interesse do julgamento* de uma causa ou *no interesse de informação das partes*. Existe, naturalmente, uma sobreposição entre estas duas esferas. O esclarecimento dos fatos para o julgamento de um processo se dá no interesse das partes. No processo civil as principais interessadas em comprovar as suas alegações fáticas são as próprias partes, a partir do delineamento do ônus probatório⁸⁰⁵. Claro, o Estado tem o interesse na pacificação social com justiça e na afirmação dos direitos, como parte de seu programa, mas é inegável que está no âmbito de liberdade privada a possibilidade de iniciar ou não o processo e de determinar em que termos se pretende fazê-lo. Parte importante da doutrina processual no Brasil e, de maneira mais ampla, na tradição continental, particularmente aquela impressionada com a finalidade pública do processo, entende que a produção de provas deve ser conduzida pelo juiz, para que, no interesse público, se dê a formação de seu convencimento⁸⁰⁶. Mas, se a discussão sobre um papel ativo ou não do juiz é relevante para a colheita da prova, ela não afasta o fato de que o risco de não provar recai sobre as partes⁸⁰⁷. A noção de produção de provas no interesse das partes não tem o sentido de desvinculação da possibilidade de convencimento do juiz, este é um objetivo sempre mediato. Entretanto, significa que a prova pode ser produzida *apesar* do convencimento do juiz ou *independentemente* de haver algum convencimento a ser formado. Esta conclusão é importante, pois afasta a possibilidade de “indeferimento” da produção de uma prova pretendida pelas partes com o simplório argumento de que o juiz “já dispõe de elementos para julgar o caso”. Nesta situação há um ônus argumentativo severo do magistrado, para que se justifique a não produção da prova pretendida pelas partes, já que a nova prova pode, inclusive, alterar seu convencimento⁸⁰⁸.

⁸⁰⁴ A questão tem grassado particularmente o ambiente político e as pessoas dedicadas à vida pública. Para uma discussão sobre como a questão influenciou as eleições norte-americanas de 2016, mas com ideias que certamente se aplicam a outros contextos eleitorais: D'ANCONA, Matthew. **Post-truth: the new war on truth and how to fight it back**. 2017, formato Kindle.

⁸⁰⁵ DIDIER JR., Fredie. A distribuição legal, jurisdicional e convencional do ônus da prova no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: **Revista Direito Mackenzie**. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2017, v. 11, n. 2, p. 132.

⁸⁰⁶ Para uma discussão abrangente sobre o tema, com textos de autores de vários países, vide: AROCA, Juan Montero (Coord.) **Proceso Civil e Ideología**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

⁸⁰⁷ DESPRÉS, Isabelle. **Les mesures d'instruction in futurum**. Paris: Dalloz, 2004, p. 2.

⁸⁰⁸ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 19-20.

As provas e o acesso à informação são colocados como instrumentos de avaliação e de negociação. Por isso, também, a criação de um procedimento especial para a tutela do direito à prova, para que se permita atingir estas finalidades. Há uma correlação entre produção de provas no interesse das partes e o modelo multiportas de resolução de disputas, que foi acolhido no CPC/2015. A premissa de um modelo processual democrático, cooperativo, e de um sistema de justiça civil abrangente e voltado para o tratamento adequado de conflitos, com a conjugação de várias técnicas de resolução de disputas, fomenta e autoriza a atividade probatória sob supervisão judicial (processual, portanto) mesmo quando o objetivo imediato do esclarecimento dos fatos não seja julgar uma pretensão de direito material deduzida. Além disso, a verificação dos fatos, com o uso do aparato público, com o suporte do Estado por meio da prestação jurisdicional, assume particular importância em um contexto de internacionalização do contencioso, quando o litígio resvala em ordenamentos jurídicos distintos, para além dos limites da territorialidade nacional. A questão, neste sentido, é saber se a produção da prova de maneira autônoma se justifica para utilização em um processo civil estrangeiro.

Na verdade, a modificação no perfil da prova produzida processualmente está relacionada a quatro fatores, que se afirmam como premissas do processo atual: (i) o processo é um espaço democrático e participativo para a investigação de fatos; (ii) o processo é uma ferramenta para resolução de disputas de maneira adequada e não apenas o para julgamento de casos; (iii) eficiência e celeridade processual não estão apenas relacionadas ao julgamento do caso em tempo adequado, mas se relacionam à oferta jurisdicional de ferramentas de esclarecimento de fatos; (iv) a atividade de resolução de disputas é crescentemente internacionalizada, sendo necessária a cooperação de diferentes entidades para a coleta de provas.

Esta compreensão é importante para que se delimite o âmbito da ação probatória autônoma, inclusive em relação à experiência verificada no *discovery* anglo-americano. Não parece adequada uma compreensão normativa desapercibida do contexto maior envolvido. Passaremos à análise de cada uma dessas premissas.

6.3. Processo como espaço democrático de investigação dos fatos

As relações entre processo e democracia são muitas. Naturalmente, a legalidade procedimental dos atos do poder público, a conter os arbítrios de sua atuação ou afirmar os requisitos mínimos participativos e de controle para a legitimidade do agir do Estado, é fundamental. O processo, também, enquanto ferramenta de resolução de disputas, de

pacificação social com justiça, densifica os valores democráticos, consubstanciados na garantia de um processo devido (*due process of law*). As sociedades democráticas, portanto, procuram delinear um modelo processual que permita esmerada participação do cidadão na defesa de seus direitos, preconizando um verdadeiro espaço para exercício da cidadania⁸⁰⁹.

O processo civil deve ser um espaço colaborativo, as partes e o juiz devem cooperar para a condução do processo, para o esclarecimento dos fatos e para a solução do conflito⁸¹⁰. Para a atividade probatória isso significa não apenas que as partes não devem resistir, causar embaraços, ao andamento do processo, a constituição e apresentação de provas, mas devem apresentar os fatos com clareza e exatidão, sem distorções e sem insistir em medidas probatórias inadequadas ou irrazoáveis⁸¹¹. A visão de que o processo tem que ser um espaço cooperativo é disseminada de maneira ampla e é colocada como premissa não apenas no Brasil⁸¹², mas em países como Portugal, Espanha, França, Inglaterra e Estados Unidos. O processo civil inglês, por exemplo, estabelece que a parte deve apresentar todos os documentos e provas que estejam em seu poder, e não apenas aqueles que lhe são favoráveis ou que pretende utilizar para a demonstração do seu caso e argumentos. Um processo civil que sempre foi entendido como “adversarial”, na verdade, estabelece um patamar mais elevado de revelação durante o *disclosure* do que no Brasil ou na tradição continental⁸¹³. Claro, no Brasil é possível que uma parte demande a apresentação de uma prova que sabe estar em poder da outra parte, mas não há um dever da parte, sem qualquer provocação, apresentar todas as provas que dispõe. A ideia de que o processo não é um problema exclusivo das partes ou do juiz, mas que tem que se desenvolver como espaço de contraditório em cooperação é prevacente no ocidente, mas a definição de como o processo se desenvolve e o que se espera das partes e dos juízes tem nuances específicas em cada caso particular, por distinções culturais e normativas⁸¹⁴.

⁸⁰⁹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 231-234.

⁸¹⁰ LANES, Júlio Cesar Goulart. **Fato e Direito no Processo Civil Cooperativo**. São Paulo: RT, 2014, p. 123.

⁸¹¹ LANES, Júlio Cesar Goulart. **Fato e Direito no Processo Civil Cooperativo**. São Paulo: RT, 2014, p. 123-128.

⁸¹² BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 237.

⁸¹³ “Common law systems tend to oblige parties to present all relevant evidence, including that which is adverse to their own interests, in part to deter misleading selectivity. Such systems also provide rights to call for document production by the opposing party so that all relevant material is before the tribunal. Civilian systems, however, leave it to the parties to determine what information they wish to rely upon and have that supplanted by evidence called for by the tribunal and do not require adverse evidence to be produced as a matter of course.” WAINCYMER, Jeffrey. **Procedure and Evidence in International Arbitration**. Haia: Kluwer, 2012, p. 746.

⁸¹⁴ LANES, Júlio Cesar Goulart. **Fato e Direito no Processo Civil Cooperativo**. São Paulo: RT, 2014, p. 121.

Adicionalmente, há uma modificação recente na tradicional percepção de qual é o papel do Judiciário na resolução de disputas e no que consiste a própria atividade processual. A passagem é de um sistema de processo adjudicatório de casos individuais (com a identificação entre processo civil e o estudo do procedimento em contraditório – o próprio processo – para julgamento de uma pretensão de direito material) para o de um sistema de justiça abrangente, no qual o Poder Judiciário cuida não apenas de julgar casos individuais, mas atua para a tutela de direitos coletivos em sentido amplo e para oferecer ferramentas e técnicas para a solução adequada (e não mais “alternativa”) de resolução de disputas. Por um lado, há a valorização dos meios consensuais de resolução de disputas em um ambiente extrajudicial, preconizando novos espaços de solução de conflitos. Há a integração, estruturação e oferta de novos serviços de resolução de disputas pelo próprio Poder Judiciário. A recente Lei de Mediação brasileira e o CPC/2015 bem demonstram os contornos desta questão, na linha de valorização das soluções consensuais extrajudiciais e de integração de meios, com a introdução de um modelo de processo civil multiportas⁸¹⁵.

O que se entende atualmente como objeto da atividade jurisdicional é, substancialmente, diferente daquilo que se pensou na fase científica do processo. Várias questões paralelas, incluindo as modificações no pensamento da doutrina, mudanças no perfil da sociedade, velocidade de comunicação e de interação acelerada, fertilização cruzada de ideias, levaram o processo judicial a ser sucessivamente reformado, reformulado, repensado, particularmente na segunda metade do século XX e início do século XXI. A “justiça” está, permanentemente, em crise, em virtude da constante demanda por novas respostas e a rápida modificação no perfil da sociedade⁸¹⁶. Uma olhada em ligeira retrospectiva mostra que de um processo individual(ista), calcado na ideia de tutela de direitos subjetivos e de casos individuais, passou-se a sofrer os influxos da pós-modernidade, com suas novas demandas e questões.

Verifica-se uma ampliação do papel do Poder Judiciário em sua relação com a sociedade. A própria dinâmica e premissa individualista do processo precisou ser revista, para permitir a tutela dos “novos direitos”⁸¹⁷. O caminho foi o delineamento de um sistema de justiça civil abrangente, o Poder Judiciário passa a oferecer novas opção para a solução de disputas

⁸¹⁵ WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa (conceito atualizado de acesso à justiça), processos coletivos e outros estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 7-8.

⁸¹⁶ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

⁸¹⁷ Sobre o perfil dos novos direitos e os seus impactos para a dogmática jurídica contemporânea, vide: WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma Teoria Geral dos “Novos Direitos”. In: **Revista Jurídica – UNICURITIBA**. Curitiba: Unicuritiba, 2013, v. 2, n. 31.

que surgem na sociedade e a própria noção de participação processual passa a ser repensada⁸¹⁸. Entretanto, a proposta de um sistema de justiça civil abrangente se coloca como resultado de uma maturação doutrinária e legislativa lenta e verificada com relação a várias questões que, em um primeiro momento, poderiam aparentar ser paralelas ou não inter-relacionadas. Mas, do modelo de processo individualista, se avançou para a preocupação de efetiva tutela de um direito material, a ser obtida pelo julgamento do caso, e para a possibilidade de tutela dos novos direitos, até a percepção de que nem sempre é preciso julgar casos para resolver conflitos e mesmo que o julgamento pode, até mesmo, não ser a melhor solução, que pode ser construída pelos interessados. Está-se a indicar o esforço doutrinário e legislativo ao longo de décadas, modificando o perfil do processo civil e as premissas de atuação do Poder Judiciário⁸¹⁹. Esta modificação se relaciona, também, com as possibilidades de produção de prova no processo e da tutela jurídica da prova.

O processo moderno se assenta na premissa de que o Poder Judiciário atuaria para julgar casos. Toda a estrutura do processo e do procedimento, naquele contexto, estava relacionada ao momento final do julgamento e, na sequência, aos mecanismos de controle dele, na seara recursal, e de seu cumprimento⁸²⁰. As medidas cautelares, que no modelo original do CPC/1973 não prescindiam da instauração de um processo autônomo, eram apresentadas como tendo uma função instrumental, completavam o sistema para assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou da execução (vale dizer, permitir que o processo de certificação do direito pudesse se desenvolver adequadamente ou garantir a efetividade da decisão judicial). O julgamento do caso, então, seria o momento mais importante do processo, a própria premissa subjacente é a de que a decisão judicial seria o mecanismo próprio para a afirmação do direito material e para a solução da lide. Todos os atos processuais estão concatenados e estruturados para o ato final de julgamento da causa, que representa a própria razão de ser do processo. A doutrina evoluiu para a percepção, contudo, de que o processo seria um instrumento e de que não seria suficiente o julgamento da causa, senão a resolução do mérito da disputa, com a efetiva análise e pronunciamento judicial sobre as pretensões de direito material deduzidas. O processo, então, passou a ser justificado por sua feição instrumental, para a tutela do direito material⁸²¹. Houve o resgate do objetivo de se atuar o direito material, entendendo a forma processual de

⁸¹⁸ WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa (conceito atualizado de acesso à justiça), processos coletivos e outros estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 100.

⁸¹⁹ WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAIS, Maurício Zanóide de. (Coords.) **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

⁸²⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

⁸²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

maneira valorativa, para atender sua finalidade⁸²². Não seria suficiente julgar o processo, mas resolver o mérito da causa.

Também houve uma modificação no esquema processual clássico, assentado na premissa do processo individual, para abarcar a necessidade de adequada tutela de interesses difusos e coletivos, com a superação do paradigma da relação obrigacional e de direito subjetivos moderno. O processo coletivo, então, se desenvolveu para atender às novas demandas de uma sociedade cada vez mais urbanizada e sofisticada, com o surgimento de danos e direitos relativos à um grupo de pessoas ou de caráter transindividual. Em decorrência disso, não apenas foram criados diversos instrumentos de processo coletivo, como a Lei de Ação Civil Pública, de Mandado de Segurança, o Código de Defesa do Consumidor, mas, também, para a gestão adequada dos processos repetitivos. A massificação das relações sociais refletiu-se no surgimento dos processos individuais, mas repetitivos. O CPC/2015 trouxe diversas ferramentas de gestão desses processos repetitivos e aposta em um modelo de fixação de teses jurídicas, com um sistema de precedentes vinculantes, para permitir a abreviação de procedimentos relativos às discussões jurídicas sobre as teses firmadas.

A questão relativa à participação no processo também passou por modificações, como a criação e ampliação do papel dos *amicus curae* ou a possibilidade de audiências públicas para a tomada de decisões judiciais em processos de interesse coletivo. Adicionalmente, a doutrina brasileira passou a verificar a necessidade de implementação de um *modelo* processual cooperativo, para além da clássica divisão entre os modelos “adversarial” e “inquisitivo”⁸²³, pressupondo uma postura colaborativa das partes e do juiz para a condução do processo e, igualmente, para o esclarecimento dos fatos⁸²⁴.

Por outro lado, se passou a entender que o acesso à justiça não seria apenas a possibilidade de se valer de um processo adjudicatório com custos razoáveis e sem dilações indevidas ou, tampouco, apenas a possibilidade de se ter assistência judiciária gratuita, mas acesso à justiça estaria relacionado à possibilidade de ter o seu conflito resolvido pelo mecanismo ou técnica de resolução de disputas mais adequada. Kazuo Watanabe consagrou a

⁸²² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁸²³ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3. ed. São Paulo: RT, 2015. DIDIER JR., Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 46.

⁸²⁴ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 281.

noção de acesso à uma “ordem jurídica justa”, com a necessidade de se passar de uma cultura da sentença para uma de pacificação⁸²⁵.

Daí, então, passou-se a incentivar os meios consensuais e a arbitragem para a resolução de disputas, com a identificação de que são meios mais adequados em muitos casos. O ponto central está na superação da percepção de que existe o julgamento judicial impositivo e tudo mais são meros meios alternativos, para a noção de que há um conjunto de meios possíveis para resolver uma disputa, em igualdade de importância com o processo civil tradicional.

A Resolução 125 de 29 de novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça estabeleceu uma política nacional para o tratamento adequado de conflitos no âmbito do Poder Judiciário. Ou seja, o Poder Judiciário não é mais um local apenas para o julgamento, mas para o *tratamento adequado de conflitos*. Tratamento adequado significa perceber as particularidades de cada caso e as potencialidades de cada técnica e meio. Não se trata de uma mera questão semântica, mas do próprio paradigma organizacional da justiça civil. Esta foi a opção trazida, também, pelo CPC/2015.

A solução consensual do litígio, no Brasil, atualmente se coloca como uma norma fundamental a guiar toda a atividade processual, art. 3º, § 3º, CPC/2015. A opção pelo modelo multiportas, ademais, significou a definição de um procedimento comum no qual a primeira etapa consiste na tentativa de solução consensual da controvérsia e, se não for possível a composição, o processo seguirá para sua fase instrutória e de julgamento. O próprio procedimento em primeira instância foi modificado e adequado para atender à nova premissa, que pressupõe um sistema de justiça amplo e não apenas destinado ao julgamento de casos. Além disso, a opção legislativa foi acompanhada pela edição da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015), que regulou tanto a mediação judicial quanto a extrajudicial, e a própria reforma da Lei de Arbitragem (operada pela Lei 13.129/2015). Observou-se uma modificação do papel do próprio Poder Judiciário e do serviço público de justiça.

Na Inglaterra e nos Estados Unidos se observa uma predominância dos casos que são resolvidos consensualmente no curso do processo judicial, de maneira que apenas um número pequeno deles é que será efetivamente objeto de julgamento (a questão é tratada com mais

⁸²⁵ WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAIS, Maurício Zanóide de. (Coords.) **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, 2005, 686-687.

detalhes em Cap. 4, Item 4.12), ao ponto de se falar na fusão da fase probatória com a de negociação, tendo sido cunhado o neologismo *litigotiation*⁸²⁶, para descrever o cenário⁸²⁷.

A isso se deve somar a noção de que a condução processual deve ser adequada às necessidades do caso, inclusive com a possibilidade de flexibilização e adequação procedimental. Esta noção, que tem origens na própria premissa do direito da *Common Law* de que o procedimento não está relacionado à contenção do arbítrio, da atuação do Estado-Juiz, mas à condução da causa para o esclarecimento da verdade, passa, paulatinamente, a ser adotada no âmbito da própria tradição continental⁸²⁸. Ou seja, surge a noção do juiz como gerente e gestor de casos⁸²⁹.

A prova produzida por meio do processo inegavelmente precisa ser compreendida considerando todas estas modificações, o novo contexto do sistema da justiça civil e os avanços doutrinários e legislativos do sistema processual. O estabelecimento de um procedimento especial para a “simples” produção de prova está, então, relacionado com estas novas demandas, com este contexto. Ele se insere em uma modificação de cultura, com a superação da cultura da sentença, pela a da pacificação⁸³⁰, que não pode dispensar a correta compreensão dos fatos passados e sua avaliação.

6.3.1. As provas no sistema multiportas de justiça civil

O modelo multiportas pressupõe que cada conflito seja encaminhado para a técnica ou mecanismo mais adequado para sua solução. Do ponto de vista do serviço público de justiça, o fórum deve ofertar diversas opções de técnicas para que se obtenha a pacificação social. O processo judicial, com o julgamento impositivo da controvérsia é apenas uma possibilidade dentre outras – e nem sempre a mais desejável. Deve, então, ser estimulada a solução adequada

⁸²⁶ “On the contemporary American legal scene the negotiation of disputes is not an alternative to litigation. It is only a slight exaggeration to say that it is litigation. There are not two distinct processes, negotiation and litigation; there is a single process of disputing in the vicinity of official tribunals that we might call *litigotiation*, that is, the strategic pursuit of a settlement through mobilizing the court process. Full-blown adjudication of the dispute - running the whole course - might be thought of as an infrequently-pursued alternative to the ordinary course of *litigotiation*. I do not minimize its importance: adjudication remains a compelling presence even when it does not occur.” GALANTER, Marc. World of deals: using negotiation to teach about legal process. In: **Journal of Legal Education**. Washington: Association of American Law Schools, 1984, v. 34, n. 2, p. 268.

⁸²⁷ CLERMONT, Kevin. **Principles of Civil Procedure**. 5. ed. Saint Paul: West Publishing, 2018, p. 116.

⁸²⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A flexibilização do procedimento processual no âmbito da *common law*. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2008, v. 163.

⁸²⁹ ONODERA, Marcus. **Gerenciamento do processo e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

⁸³⁰ WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa (conceito atualizado de acesso à justiça), processos coletivos e outros estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 102.

e, sempre que possível, consensual das controvérsias⁸³¹. Os meios de resolução de disputas, no contexto do fórum multiportas, passam a ser integrados.

A relação, então, entre os meios extrajudiciais e o processo judicial na identificação dos fatos é de complementariedade⁸³². No modelo de processo civil multiportas o próprio processo é conduzido sempre tendo em vista a possibilidade de uma solução autocompositiva e adequada para o caso. Por isso, nada impede que, no curso do processo, seja produzida uma prova que, embora não seja indispensável para o julgamento da causa, seja útil para uma negociação ou mediação incidental que esteja sendo construída pelas partes. Como a primazia da resolução consensual de disputas é norma fundamental do processo civil brasileiro (art. 3º, CPC) o estímulo à autocomposição, com a participação do magistrado, pode significar a produção incidental de uma prova, de maneira a facilitar uma solução consensual na pendência do processo. Naturalmente, o juiz deve sopesar esta necessidade probatória com a de um processo que se desenvolva de maneira eficiente e sem dilações indevidas.

A produção autônoma da prova, também, coloca-se como uma técnica integrada, complementar, no sistema multiportas de resolução de disputas, a permitir a coleta de elementos que facilitem uma solução negocial⁸³³. Ou seja, a produção de provas passa a ser mais uma técnica no contexto do fórum multiportas, funcionando de maneira complementar e, por vezes, conjunta com outras técnicas adequadas de resolução de conflitos. Por isso, é possível a propositura de uma ação de produção antecipada de provas com vistas a permitir o melhor desenvolvimento de uma mediação ou, até mesmo, de uma negociação direta entre as partes.

Quando se pensa nos mecanismos de solução adequada de conflitos, os exemplos mais conhecidos e estudados são a mediação e a conciliação (enquanto ferramentas de negociação assistida por um terceiro) e a arbitragem (verdadeira jurisdição privada). Mas existem muitas outras técnicas adequadas e, todas elas, passam, em algum grau, pela necessidade de avaliação de provas, simplesmente pela definição dos fatos e pela compreensão das percepções diferentes e subjetivas sobre eventos ocorridos no passado se encontrarem na raiz de qualquer disputa⁸³⁴. Não é possível uma negociação sem a avaliação retrospectiva de fatos e delineamento de

⁸³¹ LESSA NETO, João Luiz. O Novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?!. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2015, v. 244.

⁸³² CARVALHO, Fabrício de Farias. A prova e sua obtenção antecipada no Novo Código de Processo Civil. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. (Coords.) **Direito Probatório**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 767.

⁸³³ BERIZONCE, Roberto Omar. Prueba anticipada y procedimientos preliminares como medios para la decisión temprana de los conflictos. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. (Coords.) **Direito Probatório**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 783.

⁸³⁴ BROWN, Arthur; MARRIOT, Arthur. **ADR: principles and practice**. Londres: Sweet & Maxwell, 2011, p. 20-24.

possíveis cenários decorrentes. A tomada de decisão negocial, avaliativa, tem estreita relação com a apreensão do contexto fático.

É possível enxergar a avaliação dos fatos, auxiliado pela produção de provas, em uma perspectiva dinâmico-progressiva e em outra estático-retrospectiva, embora, por vezes, as duas perspectivas possam se apresentar entrelaçadas ou de maneira conjunta, como é própria da relação entre os tempos passado e futuro.

A perspectiva dinâmico-progressiva de avaliação dos fatos relaciona-se às relações de trato continuado, com a necessidade premente de verificação de eventos e de solução de disputas pontuais, para que se permita a continuidade da relação. Por exemplo, a atuação do engenheiro, no modelo de contratos de construção FIDIC, ou dos *dispute boards*, em seu papel avaliativo, bem ilustram que o pronto esclarecimento de fatos são ferramentas importantes para autorizar o prosseguimento de uma relação contratual continuada, como são as obras de engenharia de grande importância. Não se avaliam as disputas apenas retrospectivamente, isoladamente, mas a partir da necessidade premente de continuidade da obra e da relação jurídica, mantendo-se um canal comunicativo entre as partes. Ou seja, o esclarecimento dos fatos, a presença de instrumentos (meios de prova) para sua verificação, põe-se como questão dinâmica, como é a própria relação continuativa entre as partes. A interação entre eventos passados, o tempo presente e os objetivos futuros comuns fazem com que a avaliação da questão e a necessidade de rápida superação das disputas se coloquem como requisito para a continuidade da relação entre as partes.

A perspectiva estático-retrospectiva está relacionada a um evento passado, que precisa ser compreendido e adequadamente esclarecido para que as partes possam encontrar uma solução consensual. A verificação se dá rotineiramente a partir dos elementos de que as partes já dispõem, quase que instintivamente. Mas a atividade probatória ou, ao menos, a avaliação das provas e dos fatos é indispensável para a construção de qualquer solução negocial. A avaliação pode se dar pelas partes, mas pode, também, contar com a presença de um terceiro. A mediação avaliativa (*evaluative mediation*), na qual o mediador apresenta diretamente sua opinião sobre o caso, seus pontos fracos e fortes, e tenta direcionar a solução consensual pelas partes. Outra ferramenta de resolução adequada de disputas, diretamente relacionada com a necessidade de avaliação de provas, é a avaliação imparcial por terceiro (*early neutral evaluation*), na qual um terceiro avaliará o caso e as provas e apresentará suas opiniões e impressões para as partes, que as considerarão como ferramenta de indução negocial.

O CPC/2015, por exemplo, estabelece a chamada perícia consensual (art. 471). As partes podem escolher conjuntamente o perito, sem prejuízo de indicarem seus assistentes

técnicos e acompanharem as atividades periciais. O laudo pericial apresentado substitui, para todos os fins, aquele que seria produzido pelo perito indicado e nomeado pelo juízo. Neste instituto, as partes confiam e escolhem o profissional responsável pela realização da perícia. Em um ambiente pré-contencioso as partes podem, por negócio jurídico processual, estabelecer uma perícia consensual, a ser realizada por ação probatória autônoma, tanto para que possam continuar negociando, quanto para que avaliem a perspectiva de êxito de seus argumentos na hipótese de judicialização do caso enquanto como ferramenta, efetivamente, de antecipação da produção de uma prova constituenda.

As ações de produção autônoma da prova podem ser utilizadas como instrumento de resolução adequada de disputas, não apenas no sentido de pré-constituir uma prova para ação judicial futura, mas enquanto ferramentas de resolução consensual de disputas, permitindo a avaliação retrospectiva de eventos e a manutenção dinâmico-progressiva de relações jurídicas. Os *dispute boards* têm por característica justamente o acompanhamento de obras (relação de trato continuado) com a constante avaliação de fatos e resolução de questões que se apresentem⁸³⁵. Normalmente a coleta e análise de provas está no âmbito de atuação extrajudicial dos membros do *board*, mas nada impede que as partes utilizem uma ação probatória autônoma com a mesma finalidade, de produzir uma prova, em um espaço processual cooperativo, para que seja por elas analisados. Esta é uma potencialidade importante das ações probatórias autônomas: constituir provas que autorizem, inclusive, que as partes avaliem conjuntamente situações e eventos, facilitando a continuidade de relações jurídicas de trato continuado.

6.3.2. Os contornos da verificação dos fatos nos meios consensuais

Qualquer disputa está, em algum grau, relacionada a um conjunto de fato sobre os quais as partes controvertem. É preciso, contudo, para compreender o sentido da produção probatória em apoio à solução do conflito entender que a complexidade do que se controverte quando se considera a construção de uma solução negocial é bastante diferente do sentido técnico-processual. Controverter para os meios consensuais de solução de disputas não tem o sentido formal adotado no processo civil de se deduzir uma alegação contrária, mas um senso mais sutil que se relaciona à percepção dos eventos, às impressões, sentimentos e aos interesses dos envolvidos. O início de qualquer processo contencioso se dá com a seleção, normalmente pelo advogado, dos fatos que são relevantes para que seja deduzido um pedido jurídico

⁸³⁵ Na verdade, existem vários modelos e possibilidades de atuação para os *dispute boards*. Vide: BAKER, Ellis et al. **FIDIC Contracts: Law and Practice**. Londres: Informa, 2009, p. 509.

(alegadamente) procedente. Ou seja, o processo se inicia com um recorte e escolha seletiva de fatos, com a redução de complexidade, pois apenas com aqueles fatos relevantes para a procedência do pedido, pela amalgamação das causas de pedir próxima e remota, é que são pertinentes para a causa e, ainda mais especificamente, apenas sobre aqueles que sejam controvertidos é que recairá a atividade probatória. Os advogados, então, “recontam” e “reconstroem” os fatos, assinalando aqueles importantes para o caso e para o pedido ou defesa apresentado – e deixando de narrar ou apresentar tantos outros verificados no contexto do conflito. Os fatos já não são considerados senão pela lente da reconstrução juridicamente feita pelos advogados e pelo filtro semântico das palavras que os descrevem.

A já bem conhecida distinção entre *direitos* e *interesses* se apresenta pungentemente. Os meios consensuais permitem a contemplação e compreensão dos interesses dos envolvidos, seus sentimentos e objetivos e não apenas a identificação de se elas, do ponto de vista do direito material, possuem, ou não, direito ao acolhimento de um certo pedido. Logo se vê que os fatos controvertidos nos meios consensuais adotam uma invulgar amplitude, pois o entendimento humano e a conciliação passam pela necessidade de compreensão das perspectivas do outro, em toda sua complexidade, bem como pela avaliação das alternativas existentes para a continuidade da vida, dos negócios, apesar do conflito havido. Isso porque resolver o conflito consensualmente é permitir a continuidade da existência humana dos envolvidos, em termos mutuamente aceitáveis, apesar do que se verificou. Ocorre que a relação entre passado e futuro depende de uma compreensão e reconstrução, no presente, do próprio passado, pela apreensão dos fatos, pela explicação e compreensão de leituras divergentes.

Os fatos que são importantes, relevantes, para um contexto de esforço de solução consensual não são os mesmos do processo contencioso – pode haver uma relação de continente e conteúdo, mas, às vezes, nem isso. Fatos completamente irrelevantes do ponto de vista jurídico, considerados a partir de um certo pedido, são muito importantes em uma apreciação tendente à solução consensual da controvérsia. Claro, o âmbito dos interesses reais, psicológicos, sociológicos, envolvidos em um conflito não está adstrito aos direitos que as partes eventualmente entendam possuir. A leitura jurídica é apenas uma das facetas pertinentes ao conflito. Basta pensar, por exemplo, em um contexto familiar de divórcio que envolva uma pretensão de pensão alimentícia ou guarda de filho menor. Uma decisão judicial pode determinar se é ou não devida a pensão e o seu valor ou como deve ser o regime de guarda, analisando o preenchimento do suporte fático das normas jurídicas correlatas, com a apreciação das provas. Mas, não é capaz de, efetivamente, restaurar um clima mínimo de convivência familiar e nem estabelecer uma convivência ou guarda nos mesmos termos que decorreriam de

um relacionamento no qual há a possibilidade de diálogo e entendimento. Pode ser que os fatores para esta conciliação digam respeito a fatos que em nada se relacionam com saber se uma parte tem ou não direito à alimentos, mas que se forem compreendidos e trabalhados pelos envolvidos podem permitir o atendimento dos interesses atualmente existentes. Uma das mais importantes iniciativas para uma negociação de sucesso é a de se focar no problema e não nas “pessoas”⁸³⁶ (o que está representado na ética cristã de se repudiar o pecado, mas não o pecador), mas para que alguém tenha compreensão do próprio problema deverá entender qual é o problema ou questão para a outra pessoa.

De Roo e Jagtenberg⁸³⁷ apresentam um caso fictício que bem ilustra a situação. Duas companhias, Tijolo e Telhado, atuam na venda de material de construção, esta focando em telhas e coberturas e aquela em itens gerais, e possuem estabelecimentos confinantes. As duas companhias têm uma atuação cooperativa e constantemente indicam clientes ou são contratadas conjuntamente. Os dois estabelecimentos são separados apenas por uma pequena faixa de terra e por um muro. Os administradores das companhias, de maneira informal, decidiram construir, no fundo dos terrenos, um armazém, para uso comum. Para tanto ajustaram retirar o muro existente e criar um acesso conjunto ao fundo dos terrenos. Entretanto, após Tijolo já ter contratado pessoal para trabalhar na edificação do galpão, Telhado avisa que não prosseguirá com a obra imediatamente, pois teve problemas na obtenção de licença para a construção. As partes divergem e não conseguem resolver a questão. Tijolo, então, fica desapontado com o não cumprimento do quanto acordado e decide construir o armazém sozinho imediatamente. Obtém, então, o alvará necessário para construir no seu próprio terreno e pretende destruir o muro, já que sem sua retirada não é possível o acesso aos fundos da propriedade. Ao tomar ciência da situação, Telhado procura seu advogado, visando a impedir a derrubada do muro e identifica que o muro não foi construído na linha lindeira entre as propriedades como se pensava, mas está dentro de seu próprio imóvel, nos termos do registro imobiliário.

A depender da opção de resolução de disputas escolhidas os fatos relevantes a serem considerados variará grandemente. Caso a questão seja levada a um processo contencioso a discussão recairá sobre a propriedade do muro, a possibilidade de sua retirada por uma das partes e o direito de passagem para se atingir o terreno dos fundos. Os fatos relevantes são

⁸³⁶ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In**. Nova Iorque: Penguin, 2011, *passim*.

⁸³⁷ A estória foi adaptada neste trabalho, vide: ROO, A. de; JAGTENBERG, R.. The relevance of truth: the case of mediation versus litigation. In: In: RHEE, C. H. Van; UZELAC, A.. **Truth and efficiency in Civil Litigation: fundamental aspects of fact-finding and evidence taking in a comparative context**. Cambridge: Intersentia, 2012, p. 32-34.

aqueles pertinentes à propriedade sobre o muro e aos limites dos imóveis confinantes. Entretanto, se o caminho for uma solução consensual, uma mediação, por exemplo, será possível explorar que, no fundo, Telhado gostaria de poder utilizar do armazém e se não o puder gostaria de impedir sua construção. Além disso, que Telhado entendeu como antiprofissional a maneira como o assunto foi conduzido por Tijolo, já que estava tentando obter o alvará para realizar a construção em conjunto como planejado, quando foi surpreendido pelos planos individuais de Tijolo. Além disso, Telhado entende que a preservação da parceria seria importante, já que muitos clientes eram mutuamente indicados e que as empresas, afinal, oferecem produtos complementares. Neste contexto, a propriedade ou o direito de retirar o muro não é o foco de preocupação, antes a questão recai sobre outros pontos, os interesses das partes, suas percepções sobre os eventos ocorridos, a necessidade de continuidade das atividades comerciais, entre outros. Os fatos a serem explorados serão, irremediavelmente, distintos daqueles que seriam considerados em um processo judicial, pois, no fundo, a questão não é sobre a propriedade ou possibilidade de demolição do muro.

Este esclarecimento é necessário para que se compreenda que o que poderá vir a ser pedido em uma ação probatória autônoma em apoio à uma mediação ou conciliação poderá não ter relevância jurídica para a definição dos direitos das partes, mas ser importante na avaliação dos interesses e de possíveis cenários para a solução do caso. Assim, a análise do pedido de produção autônoma de prova, quando apresentado com escólio no art. 381, II, CPC/2015, precisa considerar um contexto mais abrangente do que o sentido de preparação de um contencioso futuro, já que os fatos relevantes para a solução consensual não equivalem, necessariamente, àqueles do contencioso. O juiz julgará a pretensão nos termos em que lhe for deduzida, mas a sua apreciação não pode perder de vistas, quando a prova a ser autonomamente produzida se destinar à um esforço de solução consensual de controvérsia, que os fatos relevantes para uma solução negociada não são os mesmos que seriam em um contencioso.

6.3.3. Produção autônoma de provas e arbitragem

Nos métodos consensuais de resolução de disputas é evidente que o recurso pontual ao Poder Judiciário para a produção de provas pode vir a se mostrar necessário, de maneira a auxiliar o desenvolvimento do esforço para solução consensual. Pela própria maneira de atuação desses mecanismos, há situações em que a possibilidade de produção de uma prova sob supervisão judicial pode se mostrar adequada, complementando as possibilidades de atuação de mediadores e conciliadores e auxiliando as partes na compreensão dos fatos.

A arbitragem, contudo, é o exercício de uma jurisdição privada. Os árbitros são juízes de fato e de direito da demanda que lhes é posta, detendo poderes para conduzir o procedimento arbitral, nomeadamente conhecer das provas que lhes sejam apresentadas. No curso da arbitragem, incidem os ônus probatórios, já que cada parte deve demonstrar a veracidade de suas alegações. Cabe aos árbitros, no curso do procedimento, admitir as provas úteis ao julgamento do caso, bem como efetuar sua valoração, inclusive com a aplicação de eventuais inferências. Instalada a jurisdição arbitral os árbitros devem gerenciar e conduzir a instrução probatória, em uma atividade cooperativa com as partes. A questão central é compatibilizar uma convivência cooperativa entre a arbitragem e o Poder Judiciário, mas que preserve o âmbito de competência do árbitro, permitindo o adequado desenvolvimento da jurisdição privada⁸³⁸.

Não há dúvidas de que existindo uma situação urgente, com o risco de perecimento de uma prova antes da instalação da arbitragem, é possível a propositura de ação judicial para a tutela da urgência, ressalvada a existência de regra sobre atuação de árbitro provisório ou de urgência^{839 840 841}. Nesta situação, a produção antecipada da prova observará a regra prevista no art. 22-A da Lei de Arbitragem, pois compete ao Poder Judiciário conhecer das medidas de urgentes prévias e até a constituição da arbitragem⁸⁴². O fato de a medida de urgência necessária ter um caráter probatório não afasta a possibilidade de atuação do Poder Judiciário, para preservar a evidência que pode vir a se perder. Contudo, com a instauração da arbitragem competirá aos árbitros decidir sobre as situações de urgência, consoante regra do art. 22-B da Lei de Arbitragem, inclusive sobre a urgência probatória. Além disso, a efetiva admissão e análise da prova produzida antecipadamente em virtude da urgência cabe apenas aos árbitros, valendo a regra geral de que o juízo da produção antecipada de prova (urgente ou não) não valora seu conteúdo e que nada reputa como provado ou demonstrado⁸⁴³.

⁸³⁸ LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário: a definição da competência do árbitro**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 43-45.

⁸³⁹ Sobre a tutela de urgência judicial pré-arbitral: MANGE, Flavia Fóz. **Medidas de Urgência nos Litígios Comerciais Internacionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 137-138.

⁸⁴⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/1996**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

⁸⁴¹ Heitor Sica pondera a efetividade do árbitro de emergência para efetivamente produzir uma prova urgente em comparação com o procedimento relativamente singelo da produção autônoma de prova judicial. SICA, Heitor. Direito à prova e efetiva participação no processo. In: VALENÇA FILHO, Clávio; VISCONTE, Debora, LESSA NETO, João Luiz; PERETTI, Luís. (orgs.) **Debates de Arbitragem e Processo Ano II – Direito Probatório entre a Arbitragem e o Processo Civil**. São Paulo: CIESP, 2017, p. 50.

⁸⁴² Esta já era a solução antes mesmo da reforma da lei de arbitragem e do advento do CPC/2015, vide: YARSHELL, Flávio Luiz. Brevíssimas notas a respeito da produção antecipada da prova na arbitragem. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: RT, 2007, v. 14.

⁸⁴³ Antes da reforma da lei de arbitragem, em 2015, já existiam precedentes reconhecendo a produção antecipada à arbitragem de prova urgente: MEDIDA CAUTELAR DE PRODUÇÃO DE PROVAS ANTERIOR À

As situações urgentes pré-arbitrais devem ser submetidas ao Poder Judiciário, ressalvada a incidência de regra sobre a atuação de árbitro provisório ou de emergência, conforme o caso. Não há razão para se supor que quando houver risco de perda de elementos materiais de prova e houver a necessidade de imediata asseguuração ou perpetuação de seu conteúdo não seria possível a utilização da via judicial. A tutela da urgência possui regras próprias, a indicar o recorte e repartição de atividades e competências entre juízes e árbitros.

A questão mais complexa, entretanto, diz respeito à competência para a produção antecipada de provas não urgentes em um caso relacionado à uma convenção de arbitragem. É possível a produção autônoma de uma prova em um contexto relacionado ao âmbito de abrangência de uma convenção de arbitragem? Em sendo possível, esta prova deverá ser produzida judicialmente ou deveria ser objeto de uma arbitragem com este fim específico?

Parte da doutrina internacional que cuidou do tema entende pela incompetência do Poder Judiciário para conhecer da produção antecipada da prova em situações não urgentes. Neste sentido, por exemplo, se coloca Adrian Zuckerman⁸⁴⁴ no Reino Unido. Isso porque cabe aos árbitros determinar a produção de provas, não sendo possível que a parte que optou pela utilização de arbitragem mova uma demanda judicial, ainda que com o escopo de produzir uma prova. Nos Estados Unidos existe uma caudalosa discussão sobre a aplicação da Section 1782 do US Code às arbitragens, mas alguns circuitos têm aceitado a produção autônoma de prova em apoio à uma arbitragem internacional (o caso americano será melhor explorado posteriormente, vide Item 6.4.3).

Em sentido contrário, se colocam Loïc Cadiet e Emmanuel Jeuland⁸⁴⁵, na França, indicando que a existência de uma convenção de arbitragem não é obstáculo à utilização do art. 145 do *Códe de Procedure Civile* antes da instauração da arbitragem. No mesmo sentido, à luz

CONSTITUIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL. Acolhimento do pedido de perícia, em razão do evidente *periculum in mora*. Após a conclusão dos trabalhos do *expert*, o laudo deverá ser remetido aos interessados ou entregue aos árbitros. [...]

Verifica-se que a convenção de arbitragem representa uma hipótese de cláusula compromissória cheia, porque estão definidos os critérios para nomeação dos árbitros. Portanto não há necessidade de ajuizar a ação do art. 7º da Lei nº 9.307/1996, o que não impede de afirmar que existe um vácuo temporal até que se instale o juízo arbitral, criando um espaço para de risco para situações que reclamem soluções urgentes. Exatamente para eliminar os problemas dessa lacuna, a doutrina, com inegável bom-senso, admite que a parte recorra Judiciários, nos termos do art. 800 do CPC. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **MC 494.408-4/6**. Rel. Des. Enio Santarelli Zuliani, j. 28/06/2007.

⁸⁴⁴ “*However, disclosure will not be ordered where the dispute comes within the terms of an arbitration agreement as the proceedings would be referred to arbitration rather than tried in court*”. ZUCKERMAN, Adrian A.. Zuckermann on Civil Procedure. 3a ed. Londres: Sweet&Maxwell, 2013, p. 4

⁸⁴⁵ “*...la demande doit être formée avant tout procès, ce qui s’entend ‘avant saisine de la juridiction compétente’, qui peut être une juridiction étatique ou une juridiction arbitrale dès lors, bien sûr, que le Judge du fond est appelé à être saisi du même litige*”. CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. **Droit Judiciaire Privé**. 9. ed. Paris: LexisNexis, 2016, p. 511. Vide, particularmente, a nota de roda-pé nº 188 nesta mesma página.

do direito francês, Anne-Marie Batut sustenta que o juiz do *référé* pode decidir tanto sobre medidas de conservação de provas quanto sobre sua produção autônoma⁸⁴⁶. O entendimento decorre do julgamento do caso *Société Eurodisney*, de 1995, pela Corte de Cassação francesa. Naquele caso ficou estabelecido que a atuação do juiz não serviria apenas para a concessão de medidas probatórias urgentes, mas que o teor do art. 145 do *Code de Procédure Civile* permitiria a produção imediata da prova, já que o conteúdo do art. 1458 do *Code de Procédure Civile*, que dispõe sobre a incompetência do juiz estatal para julgar o fundo de uma controvérsia abrangida por convenção de arbitragem, não restringiria a medida de instrução *in futurum*⁸⁴⁷.

José Zakia e Gabriel Visconti sustentam que, no direito brasileiro, a ação de produção antecipada de provas poderia ser proposta perante o poder judiciário, mas os autores fazem esta afirmação a partir da premissa de que a produção antecipada de provas não seria uma atividade jurisdicional⁸⁴⁸. Evidentemente, não se concorda com a afirmação e, particularmente, com a premissa adotada, já que é certo que a produção antecipada de provas é hipótese de claro

⁸⁴⁶ O refinamento que requeria distinção entre a produção de provas conservativa e sem urgência não foi acolhido pela jurisprudência francesa: “*Ces pouvoirs que le juge des référés peut exercer en amont de la saisine de l’arbitre ont d’ailleurs été admis depuis longtemps par la Cour de cassation, avant même que les textes qui ont fondé le nouveau Code de procédure civile aient accru les pouvoirs de ce juge (Civ. 2, 4 décembre 1953, D.S. 1954, p. 108). Il en est donc logiquement ainsi pour l’application de l’article 145 (Civ. 3, 20 décembre 1982, Bull. n° 260 ; Civ. 2, 11 octobre 1995, Bull. n° 235) “L’existence d’une convention d’arbitrage ne fait pas obstacle au pouvoir du juge des référés d’ordonner, sur le fondement de l’article 145 du nouveau Code de procédure civile, et avant saisine de la juridiction compétente, toutes les mesures d’instruction légalement admissibles, qui ne se limitent pas aux constatations”. Cette dernière précision est importante, car elle met un terme à un raisonnement - tenu notamment par le demandeur au pourvoi dans l’affaire ayant donné lieu à l’arrêt de 1995 - selon lequel le recours au juge étatique, avant saisine de la juridiction arbitrale, serait limité aux simples mesures conservatoires, ce qui ne permettrait d’obtenir que des constats qui empêchent le dépérissement des preuves. En revanche, prescrire une expertise qui, à la différence de la mesure de constatation, implique qu’un avis soit demandé au technicien, empièterait sur les pouvoirs de l’arbitre. En réalité, dès lors que le juge des référés peut appliquer l’article 145, il n’y a aucune raison de limiter ses pouvoirs à la prescription des seules constatations et en tout état de cause, la désignation d’un expert au titre de ce texte reste une mesure provisoire, dépourvue au principal de l’autorité de la chose jugée, les conclusions de l’expert ne liant pas le juge du fond (arbitral ou étatique). Et par ailleurs l’étendue de la mission confiée à l’expert relève du pouvoir souverain du juge qui prescrit la mesure, dès lors, du moins, qu’il ne lui demande pas de se prononcer sur des questions juridiques.” BATUT, Anne-Marie. Les mesures d’instruction “in futurum”. In: **Rapport de la Court de Cassation 2000**. Paris: La Documentation Française, 2001.*

⁸⁴⁷ Eis a ementa do julgado: “**ARBITRAGE - Clause compromissoire - Portée - Référé - Mesure d’instruction - Pouvoir de l’ordonner avant la saisine de la juridiction compétente. L’existence d’une convention d’arbitrage ne fait pas obstacle au pouvoir du juge des référés d’ordonner, sur le fondement de l’article 145 du nouveau Code de procédure civile, et avant saisine de la juridiction compétente, toutes les mesures d’instruction légalement admissibles, qui ne se limitent pas aux constatations.**” FRANÇA. Cour de Cassation. **N° de pourvoi: 92-20496. 2° Chambre Civile. Rel. M. Buffet. j. 11 out. 1995.**

⁸⁴⁸ “*Não havendo prestação jurisdicional, também não há necessidade de que a produção autônoma de provas seja requerida em arbitragem – mesmo caso haja convenção de arbitragem. A arbitragem, enquanto método jurisdicional, não se presta a outra função que não pacificar e solucionar litígios por meio da aplicação do direito ao caso concreto através de procedimento, respeitando as garantias processuais. Requerer dos árbitros que simplesmente determinem a produção de certa prova, por meio desse procedimento *suis generis*, parece-nos desvirtuar o próprio instituto da arbitragem.*” ZAKIA, José Victor Palazzi; VISCONTI, Gabriel Caetano. Produção antecipada de provas em arbitragem e jurisdição. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: RT, 2018, v. 59.

exercício da jurisdição, com a análise de uma pretensão à produção de prova, como exposto neste trabalho.

Arthur Arsuffi entende que a jurisdição arbitral é excepcional e que apenas a partir de uma previsão específica da convenção de arbitragem seria possível uma interpretação que exclua a atuação do Poder Judiciário. Isso significa dizer que, ausente regra específica, a produção autônoma de provas não se enquadraria na jurisdição do árbitro. A distinção entre *direito de provar* e *direito à prova* seria, na visão do autor, particularmente relevante, sendo certo que as partes de uma arbitragem ou de um conflito abrangido pela convenção de arbitragem possuem direito de provar suas alegações, participando do processo arbitral e ali produzindo prova. O direito de provar guarda estreita relação com o processo cujo objetivo principal é o acertamento do direito, a declaração do direito material. Isso, contudo, não afasta o direito à prova, sem que se requeira qualquer declaração sobre o direito material subjacente⁸⁴⁹, justamente por a ação que objetiva a produção autônoma da prova ter objeto litigioso próprio⁸⁵⁰. Por isso, a ação probatória autônoma não estaria abrangida pela convenção de arbitragem, distinguindo-se da produção urgente da prova.

A questão recai, realmente, sobre a análise de convenção de arbitragem e da causa de pedir que venha a ser deduzida para justificar o pedido de produção autônoma de prova. Em outras palavras, considerando que a produção autônoma de provas veicula uma pretensão própria, correlata ao direito à prova⁸⁵¹, é preciso saber se o exercício processual deste direito está ou não abrangido pelo âmbito da convenção de arbitragem. Mas, afirmar que é a partir da verificação da abrangência da convenção que se saberá a quem compete decidir a questão não é o mesmo que estabelecer a necessidade de previsão contratual específica para que se reconheça a competência do árbitro.

Naturalmente, a arbitragem se justifica e legitima pelo consenso, pela vontade, das partes em ter sua desavença dirimida arbitralmente. Nesse sentido, ela representa a possibilidade de derrogação convencional da tutela pela jurisdição estatal, em prol de uma

⁸⁴⁹ O autor segue a distinção proposta por Yarshell, para justificar a sua conclusão. Sobre direito à prova e direito de provar, vide: YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 312-313.

⁸⁵⁰ “*Ou seja, a ação de produção antecipada da prova sem o requisito da urgência tem como objeto uma relação jurídica diversa daquela que envolve a declaração do direito material em determinado caso concreto. Trata-se de uma segunda relação jurídica, onde a obtenção autônoma da prova é protagonista. O que as partes pretendem com o ajuizamento dessa ação não é a declaração do direito material, mas apenas e tão somente a i) declaração de que existe o direito a obtenção daquela determinada prova; ii) a obtenção da prova.*” ARSUFFI, Arthur Ferrari. **Produção Antecipada da Prova: Eficiência e Organização do Processo**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

⁸⁵¹ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2, p. 42.

jurisdição privada. Mas, se as partes desejaram ter um conflito ou os conflitos derivados de determinada relação jurídica resolvidos por arbitragem é preciso se entender que todas as pretensões de direito relacionadas àquele conflito estão, em princípio, no âmbito de abrangência da convenção de arbitragem, inclusive as pretensões de cunho probatório. Neste ponto, a produção de prova por antecipação, para utilização em um contencioso futuro, está no âmbito da convenção de arbitragem⁸⁵². Por exemplo, em uma disputa societária, existindo cláusula de arbitragem nos instrumentos sociais e parassociais próprios, a pretensão para prestação de contas ou a exibição de documentos não cautelares⁸⁵³, estão, em princípio no âmbito de abrangência da convenção de arbitragem. Ora, se o objetivo das partes era o de que os litígios societários seriam resolvidos arbitralmente, não há razão para distinguir o exercício do direito à prova neste contexto (litigioso) do exercício de qualquer outro direito relacionado à relação jurídico-societária abrangida pela convenção. Não é ocioso lembrar que as situações de urgência já encontram adequado tratamento, seja pela utilização de cautelares pré-arbitral ou, mesmo, pela atuação do árbitro provisório. Vale, para a conservação da prova que corre o risco de perecer, a regra do art. 22-A da Lei de Arbitragem, sendo certa a possibilidade de propositura de ação cautelar nesta hipótese.

O simples fato de se cuidar de um direito à prova não ilide a vontade de se submeter à arbitragem, caso a prova seja produzida tendo em vista o contencioso. Neste caso, é possível cogitar de uma arbitragem exclusivamente probatória⁸⁵⁴. Esta opção pode ser pragmaticamente inconveniente, considerando os custos envolvidos em um processo arbitral, mas decorre da força vinculante da convenção de arbitragem. O argumento de conveniência, relacionado aos custos da arbitragem, é utilizado por autores que pretendem afastar a ação probatória autônoma do âmbito da arbitragem⁸⁵⁵. Entretanto, ele não é suficiente para afastar a convenção de

⁸⁵² “*Em princípio, as ações probatórias autônomas relativas a determinado litígio estão abrangidas pela convenção arbitral para ele estipulada. Então, não havendo urgência que impedisse aguardar-se o início da arbitragem, a produção antecipada da prova para fins não cautelares normalmente deveria ser feita em processo arbitral específico para tal fim.*” TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2016, v. 260.

⁸⁵³ “*Se o sócio quer se inteirar do conteúdo de algum documento, conforme direito emergente da relação jurídica societária, pode se valer da ação exhibitória independentemente de outra ação principal futura. Esse pedido não terá finalidade probatória, constituindo tão-somente exercício de direito sobre o conteúdo do documento e isto porque a relação de direito material estabelece uma obrigação de comunicação do documento, a que corresponde a pretensão de exibição. A demanda exhibitória, nessa hipótese, nada compreenderá de cautelares e muito menos antecederá a outra: a exibição do documento desde logo satisfará o direito do sócio.*” LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1988, v. VIII, p. 302.

⁸⁵⁴ SICA, Heitor. Direito à prova e efetiva participação no processo. In: VALENÇA FILHO, Cláudio; VISCONTE, Debora, LESSA NETO, João Luiz; PERETTI, Luís. (orgs.) **Debates de Arbitragem e Processo Ano II – Direito Probatório entre a Arbitragem e o Processo Civil**. São Paulo: CIESP, 2017, p. 56-57.

⁸⁵⁵ MAZZOLA, Marcelo. Temas contemporâneos na arbitragem: do clássico ao circuito alternativo e alguns “curtas-metragens”. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2019, v. 291.

arbitragem e, muito menos, a competência-competência dos árbitros para decidir a questão. O tema deve ser analisado arbitralmente. As partes, ao negociarem e optarem pela arbitragem, devem considerar as vantagens e desvantagens do instituto para o seu caso, não podendo validamente se construir um raciocínio sobre a vinculabilidade da convenção de arbitragem a partir de um juízo de “conveniência”. As partes optam pela arbitragem e convivem com o instituto com suas vantagens e eventuais desvantagens. Não é possível sustentar que o custo da arbitragem ou a dificuldade para a formação do tribunal arbitral seria um fator para, dogmaticamente, se afastar a abrangência e vinculabilidade da convenção de arbitragem, em um contexto no qual não há urgência probatória.

Eduardo Talamini, propõe uma solução intermediária. Para ele, em regra, a competência seria dos árbitros, mas, excepcionalmente, seria possível afastar essa competência, em duas situações. A primeira seria quando a própria produção da prova permitir definir os contornos da pretensão do requerente, para saber se está abrangida pela convenção arbitral, e a segunda seria quando se tiver indicativos de que não haverá colaboração ou haverá resistência à produção da prova, pois seria necessário o poder de império do juiz estatal⁸⁵⁶. Contudo, parece que os dois argumentos devem ser rejeitados. O primeiro por se tratar de uma questão de abrangência da convenção de arbitragem. Ora, se não há clareza se uma situação está ou não abrangida por convenção de arbitragem, a questão, em sendo levada ao Judiciário, deverá ser dirimida na forma da exceção de arbitragem e, conforme o caso, com extinção do processo sem resolução de mérito. O juiz, neste contexto, detém poderes para analisar o escopo da convenção de arbitragem. Mas, isso nada tem em relação com responder concretamente se a produção autônoma da prova pode ser feita fora da arbitragem ou não. Sempre é preciso analisar a própria convenção (interpretação contratual). O segundo argumento também não se sustenta; ou se teria que admitir que todas as pretensões de obrigação de fazer ou de cunho mandamental e executivo (carga preponderante do provimento) estariam excluídas antemão da arbitragem, pelo simples fato de eventualmente ser necessário o concurso de atos coercitivos judiciais. Não é isso que

⁸⁵⁶ “Mas podem existir fatores que concretamente justifiquem a antecipação probatória perante a autoridade judiciária. É o que se dá, entre outros casos, quando apenas a própria produção da prova permitirá ao requerente definir os exatos contornos de sua pretensão, inclusive para saber se ela está efetivamente abrangida pela convenção arbitral. Outro exemplo tem-se em casos em que, diante de indicativos concretos, sabe-se de antemão que haverá negativa de colaboração ou resistência à produção probatória, de modo a exigirem-se medidas coercitivas que apenas poderiam ser determinadas, em qualquer caso, pelo juiz estatal (Lei 9.307/1996, art. 22, §§ 2.º e 4.º). Nessa hipótese, parece razoável que a medida de produção antecipada seja desde logo requerida judicialmente. Além disso, pode haver situações em que a produção probatória que se pretende antecipar é extremamente singela e de curta duração (por exemplo, ouvida de uma única testemunha), de modo que seria desproporcional, por sua extrema onerosidade, complexidade e demora, constituir um tribunal arbitral apenas para isso. Também em tais casos justifica-se a competência judiciária.” TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2016, v. 260.

ocorre, evidentemente. O árbitro decide a questão, e cooperativamente, o juiz dará efeito à medida, mas isso não significa que caiba ao juiz apreciar o mérito da pretensão. Na verdade, a solução mais escorreita é na linha preconizada pelo § 2º do art. 22 da Lei de Arbitragem, que estabelece que o árbitro poderá requerer cooperação do Poder Judiciário para a condução da testemunha renitente. Por isso, a questão é analisada e decidida pelo árbitro, caso seja necessária a prática de ato de império, então, será requisitada a cooperação jurisdicional.

Saber se uma pretensão probatória apresentada autonomamente – e sem o requisito da urgência – poderá ser processada perante o Poder Judiciário depende da análise do objeto litigioso deduzido na ação probatória em confronto com o âmbito de abrangência da convenção de arbitragem. Por outro lado, se o pedido de produção de prova se dá para a simples documentação de fato, sem caráter contencioso, âmbito clássico da ação de justificação, parece mais difícil enquadrar esta hipótese no âmbito de abrangência de uma determinada convenção de arbitragem. De qualquer maneira, em regra, devidamente considerada a abrangência da convenção de arbitragem, a produção de prova por antecipação, para utilização em processo contencioso que deverá se desenvolver arbitralmente, não pode ser feita perante o Poder Judiciário, salvo se presente o risco de perecimento da prova (urgência).

6.4. A internacionalização do contencioso e a produção autônoma de provas

O quanto já indicado sobre a identificação da atividade judicial com o julgamento de casos no pensamento moderno, deve ser complementado com a afirmação da soberania estatal, representada pela atividade judicial. O ideário moderno representou o delineamento, o surgimento e a definição de um Estado centralizado e forte. O Estado colocou-se como centro criador da juridicidade e, como decorrência disso, como o local próprio para o julgamento de disputas. A afirmação do papel do Estado, enquanto centro decisório, e a redução do sentido de Direito, ao senso de Direito Estatal, são marcantes no discurso moderno. O processo judicial, estatal, seria o *locus* próprio para a solução de conflitos. É notável o pensamento racionalista que determinou a concepção criada sobre a atividade jurisdicional.

O Poder Judiciário foi alçado ao nível de manifestação de uma ordem soberana, numa intrincada rede de delineamento e controle do poder político (o que se designou um sistema de freios e contrapesos)⁸⁵⁷. A atividade jurisdicional consistiria em manifestação do Poder Estatal, na atuação e aplicação do Direito⁸⁵⁸. O ideário moderno pressupôs afirmação do Estado sobre

⁸⁵⁷ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Editora Globo, 1996, p. 196-202.

⁸⁵⁸ ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62-63.

outras ordens sociais. Rigorosamente, o Estado passou a ocupar um espaço definido na vida social sem precedentes, o que abarcou a atividade de julgar conflitos com definitividade. É justamente no contexto de afirmação do Estado que as ordens feudais, senhoriais (privadas), o direito e a jurisdição eclesiástica cederam espaço para o Direito estatal. Retoricamente, para afirmar o papel do Estado, delineou-se a noção de soberania, justamente procurando identificar a figura do soberano moderno com conceitos romanos, o próprio Direito Público Romano e a noção subjacente de autoridade do imperador. Trata-se, rigorosamente, de um fenômeno lento e que se iniciou ainda no medievo e sedimentou-se gradativamente. Neste contexto, é evidente que o Direito Estatal se apresenta como *o Direito* e que as disputas deveriam ser solucionadas pelo e no Estado, por meio da atividade jurisdicional responsável pela sua aplicação⁸⁵⁹. Por outro lado, decidir conflitos seria equivalente a julgar uma lide ou aplicar o direito a um caso concreto⁸⁶⁰.

O aumento das trocas humanas decorrente da globalização, o surgimento da *internet*, a comunicação instantânea, a facilidade para viajar e a ampla circulação de pessoas, bens e serviços em escala mundial levaram ao redimensionamento do papel do Estado e, para muitos, a emergência de uma ordem globalizada. A globalização, que é um fenômeno típico de uma sociedade marcada pelo avanço tecnológico e pela expansão das trocas transfronteiriças, acaba por criar uma crescente aproximação entre os Estados nacionais e propiciar a emergência de outros atores e centros decisórios. Nota-se um incremento no tráfego internacional, na circulação de pessoas, de bens, de ideias e, bem assim, na velocidade de produção e de comunicação, como fruto da constante evolução tecnológica⁸⁶¹. Não se pode olvidar também o papel da revolução tecnológica e do incremento das ferramentas de comunicação para a criação de uma sociedade mundial em constante contato e em constante troca⁸⁶².

A distância, com o advento da comunicação instantânea e do comércio internacionalizado eletrônico, já não tem o mesmo significado que em outros tempos. A solução de controvérsias, que sempre foi concebida como um monopólio eminentemente Estatal, construção típica da modernidade, tem de conviver com a realidade de trocas transnacionais e de uma sociedade de atores cada vez mais complexa e plural. Na verdade, a globalização, embora, por vezes, entendida como um fenômeno puramente econômico, traz também

⁸⁵⁹ Vide: ROBERTS, Simon; PALMER, Michel. **Dispute processes: ADR and the primary forms of decision-making**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 11-19.

⁸⁶⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 148.

⁸⁶¹ BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 4.

⁸⁶² WIENER, Jarrod. **Globalization and the harmonization of law**. Londres: Pinter, 1999, p.7.

importantes consequências sociológicas para as relações interpessoais, para a cultura e para o Direito^{863 864}. Observa-se um constante contato entre o local, o regional e o global, em uma permanente cadeia de comunicação, de troca e, por vezes, de atrito⁸⁶⁵. É possível falar em uma “globalização dos Tribunais”, para identificar como as demandas decorrentes da pós-modernidade se apresentam perante tribunais diversos, que precisam não apenas decidir se possuem ou não competência para julgar o caso ou qual a lei aplicável, mas, além disso, considerar como as suas decisões impactam sobre outros tribunais e centros decisórios. É neste sentido, por exemplo, que Anne-Marie Slaughter fala na emergência de uma *judicial comity*⁸⁶⁶. Gunther Teubner⁸⁶⁷, ao seu turno, identifica que, como decorrência da globalização, há uma mudança de foco e que o direito vai saindo dos centros politicamente institucionalizados do Estado Nação para a *periferia*, nos limites entre o direito e outros setores sociais globalizados. Haveria uma espécie de direito espontâneo e social.

Em nível global a regulação jurídica de determinadas atividades sociais estaria fugindo da moldura institucionalizada do Estado, para desenvolver uma racionalidade decisória própria. Existiria uma dupla fragmentação da sociedade mundial, na medida em que a diferenciação funcional entre os subsistemas sociais causaria o choque entre as normas jurídicas ligadas a cada um desses sistemas e, em segundo lugar, observar-se-ia um choque entre o direito formal do Estado e o direito informal de determinados grupos sociais⁸⁶⁸. Na verdade, muitas esferas sociais têm os seus conflitos decididos, de maneira vinculante e definitiva, *fora* do Estado, por centros decisórios vinculantes. É o que acontece, por exemplo, nas disputas relativas à *internet*, ao esporte internacional e, em muitos casos, no próprio comércio transfronteiriço.

⁸⁶³ “A globalização é um processo político que tende à integração dos Estados, que nasceu a partir de um fato cultural (as inovações tecnológicas e a revolução das comunicações) e que tem consequências econômicas, sociais, culturais e políticas e seu corolário no universo jurídico, ao haverem sido introduzidas modificações no universo fático.” OCAMPO, Raúl Granillo. **Direito internacional público da integração**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 7.

⁸⁶⁴ “O direito moderno vem sentindo o impacto voraz da globalização e de seus efeitos. Muitos conceitos tradicionais vêm sendo revisitados e redimensionados pelos reflexos deste fenômeno no âmbito das relações jurídicas. Criaram-se novas realidades, novos ambientes, novas formas de comunicação e, conseqüentemente, novas relações jurídicas. As implicações do processo de globalização podem ser observadas em diversos ramos da ciência do direito.” CABRAL, Antonio do Passo. Sentença Estrangeira e Globalização: Acesso à Justiça e Cooperação Internacional. In: **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2001, v. 4, n. 16, p. 207.

⁸⁶⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. Globalizations. In: **Theory, Culture & Society**. Nottingham: Nottingham Trent University, 2006, n° 23.

⁸⁶⁶ SLAUGHTER, Anne-Marie; HELFER, Laurence. Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication. In: **The Yale Law Journal**. New Haven: Yale, 1998, v. 107.

⁸⁶⁷ TEUBNER, Gunther. Global private regimes: Neo-spontaneous law and dual constitution of **autonomous sectors in world society?** Disponível em: <http://www.jura.unifrankfurt.de/42852650/global_private_regimes.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2014.

⁸⁶⁸ TEUBNER, Gunther; KORTH, Peter. **Two Kinds of Legal Pluralism: Collision of Transnational Regimes in the Double Fragmentation of World Society**. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1416041> Acesso em: 20 nov. 2014.

A sociedade atual é marcada por uma formação social que se desvincula das organizações políticas territoriais e atua em um horizonte de comunicação que ultrapassa as fronteiras dos Estados. Haveria uma intrincada rede de centros decisórios em conexão e constante troca entre si. A sociedade apresenta-se, portanto, multicêntrica, a partir de uma pluralidade de esferas de comunicação com pretensão de autonomia conflitantes entre si. Daí a importância do estabelecimento de vínculos construtivos de aprendizado e influência recíproca entre as diversas esferas sociais (acoplamento estrutural)⁸⁶⁹. Além disso, identifica-se uma diferenciação de níveis não apenas entre as ordens jurídicas, estatal, supranacional ou internacional, mas também, existiriam ordens jurídicas transnacionais, que por sua diferenciação funcional, são desvinculadas do Estado⁸⁷⁰.

A relação de conflito e cooperação entre jurisdições (e entre centros decisórios) não ocorre mais apenas em um plano horizontal, com a interpelação entre jurisdições estatais, mas ocorre de maneira complexa e polivértica, por exemplo: juízes estatais requerem a cooperação de seus pares estrangeiros; árbitros decidem ter jurisdição e afastam qualquer jurisdição estatal; o Tribunal de Justiça da União Europeia decide uma questão, criando um precedente vinculante para os Poderes Judiciários dos Estados-Membros; o Tribunal do Esporte decide que um atleta não participará de uma competição internacional – e tal decisão prevalece, do ponto de vista prático, sobre uma sentença prolatada por um Estado.

Para o Direito Probatório isso tudo significa uma necessidade de coleta de provas em diversos países. Com a pluriconexão do conflito com vários ordenamentos jurídicos e a interação entre técnicas e meios de resolução de disputas, surge uma nova dinâmica de interação cooperativa em matéria de produção de provas. O contencioso internacionalizado passa, portanto, a requisitar novas respostas e mecanismos de atuação para produção probatória. As cartas rogatórias, tradicional mecanismo de cooperação jurídica internacional para a produção de provas, se assentaram na premissa de que uma entidade soberana pediria a outra o apoio para a produção de prova no exterior. O pedido de cooperação, então, era feito em nível de requisição de cooperação entre entidades soberanas, seja em decorrência do princípio da reciprocidade ou, ainda, de acordos bilaterais. De maneira mais ampla, a Convenção de Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial, ainda na década de 1970, estabeleceu um modelo multilateral de cooperação probatória.

Há uma tendência em se reconhecer que a parte, o indivíduo, independente da atuação de um ente nacional, possa pleitear, diretamente, a um tribunal estrangeiro a produção de uma

⁸⁶⁹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 29-36.

⁸⁷⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 116.

prova, com a finalidade de utilizar em um processo jurídico de seu interesse. Trata-se de uma modificação a indicar a aceitação de que o indivíduo tem o direito de produzir provas, nomeadamente para a utilização perante um tribunal estrangeiro ou internacional.

Vale a pena registrar que tanto a Inglaterra quanto os Estados Unidos reconhecem que um *interessado* pode diretamente propor uma ação judicial para produção de uma prova útil para um processo estrangeiro ou internacional. O modelo das ações probatórias autônomas no Brasil não exclui ou limita a utilização de uma prova produzida no seu âmbito em um processo ou caso no exterior e, por isso, se apresenta como uma possibilidade de coleta de informações no país com a atuação da jurisdição brasileira.

Considerando a internacionalização do contencioso e a conseqüente necessidade de coleta de provas em diversos países, convém iniciar examinando, ainda que brevemente, o principal instrumento convencional vigente no Brasil sobre a matéria, para, posteriormente, investigar o papel que pode ser ocupado pelas ações probatórias autônomas.

6.4.1. Convenção de Haia de 1970

O Brasil já há muito era parte, em nível convencional, de tratados multilaterais de âmbito regional sobre a produção de provas em matérias cível e comercial, a exemplo da Convenção Interamericana sobre Prova e Informação acerca do Direito estrangeiro, assinada em Montevideu em 1979, o Protocolo de Las Leñas (Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Cível, Comercial, Trabalhista e Administrativa), no âmbito do Mercosul de 1992, e de âmbito bilateral, como os celebrados com a Espanha, a França e a Itália⁸⁷¹. Entretanto, apenas em 2017 o Brasil incorporou no âmbito interno a Convenção de Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial de 1970, após sua entrada em vigor para o país em âmbito internacional em 9 de junho de 2014.

A Convenção de Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial estabelece a possibilidade de cooperação jurídica internacional especificamente para a coleta de provas localizada no exterior. A Convenção foi firmada em 18 de março de 1970 e entrou em vigor em 7 de outubro de 1972. Inicialmente ela foi firmada por quatorze países e,

⁸⁷¹ Para outras referências e maiores detalhes sobre os tratados bilaterais e multilaterais regionais em vigor no Brasil em matéria probatória cível e comercial, vide: VIEIRA, Máira de Melo. *Cooperação Jurídica Internacional para Produção de Provas em Matéria Civil e Comercial: a perspectiva brasileira*. In: RAMOS, André de Carvalho; MENEZES, Wagnes. (Orgs.) **Direito Internacional Privado e a Nova Cooperação Jurídica Internacional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 220-224.

atualmente, conta com mais de sessenta participantes⁸⁷², sendo a mais importante convenção internacional sobre a matéria. No ordenamento jurídico brasileiro ela foi promulgada pelo Decreto Presidencial 9.039/2017⁸⁷³.

A convenção estabelece a possibilidade de solicitação, por meio de uma Autoridade Central, de carta rogatória para a obtenção de meios de prova localizados fora do país solicitante da medida. É possível a coleta de testemunhos, com a produção de prova oral, pedidos para exibição ou obtenção de documentos localizados no estrangeiro e, conforme o caso, até a coleta de prova técnica, decorrente da verificação de fatos e emissão de laudo por experto. A Convenção de Haia procurou criar um regramento jurídico uniforme para a coleta de provas no exterior, evitando as imprecisões e dificuldades decorrentes de um sistema baseado apenas na *comity* ou na reciprocidade internacional, além de procurar acomodar mecanismos e maneiras de produção de provas distintos, particularmente as diferenças existentes entre os países de tradição de *Common Law* e os de *Civil Law*⁸⁷⁴.

No Brasil, o Ministério da Justiça, por intermédio do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), de sua Secretaria Nacional de Justiça, é a Autoridade Central brasileira, é responsável por tramitar os pedidos de auxílio jurídico nos termos dessa convenção⁸⁷⁵.

A Convenção de Haia estabelece a possibilidade de produção de provas no estrangeiro relativas a processos judiciais que já tenham se iniciado ou que se pretenda iniciar. Não é preciso, portanto, que exista uma ação judicial em curso, nem que exista um objeto litigioso posto para análise de um Poder Judiciário estrangeiro. A produção de provas pode se dar de maneira antecipada ao processo judicial, de maneira preparatória e para sua utilização conforme a legislação de cada país. A versão em português do texto estabelece que as “*Cartas Rogatórias não serão utilizadas para obter meios de prova que não sejam destinados a ser utilizados em*

⁸⁷² Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=82>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

⁸⁷³ A Convenção de Haia não é o único instrumento jurídico que trata da produção de provas no estrangeiro ou a tramitação de cartas rogatórias, existem muitos outros, como, por exemplo, acordos bilaterais, a Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa do MERCOSUL, o Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e o Chile. A Convenção de Haia, contudo, é particularmente relevante por versar especificamente sobre o tema da coleta de provas e trazer a previsão específica sobre a produção de provas antes do início de um processo judicial.

⁸⁷⁴ CASTILLO JR., Angel. The Hague Evidence Convention: are foreign parties required to provide broad discovery in United States litigation?. In: **Florida International Law Journal**. 1987, v. 2, n. 3, p. 250.

⁸⁷⁴ BERMAN, George A. **Transnational Litigation**. Saint Paul: Thomson West, 2003, p. 311.

⁸⁷⁵ Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-civil/acordos-internacionais/convencao-da-haia-sobre-provas>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

processo judicial já iniciado ou que se pretenda iniciar”. Assim, compreende-se que a prova pode ser produzida para ser utilizada em um processo futuro, que se pretenda iniciar. A versão original da Convenção de Haia, em língua inglesa, indica que a prova poderia ser colhida para uso em um processo judicial que tenha começado ou que seja contemplado (“...*use in judicial proceedings, commenced or contemplated*”), o que, talvez, permita uma interpretação um pouco mais ampla do que a tradução em Português.

O texto da convenção indica, especificamente, a produção de meios de prova em um contexto “*cível ou comercial*” e que “*sejam destinados a ser utilizados em processo judicial já iniciado ou que se pretenda iniciar.*” A literalidade dos dispositivos tem autorizado em parte da doutrina norte-americana, por exemplo, a interpretação de que processos arbitrais ou outros meios adequados de resolução de disputas não autorizariam o pedido de cooperação. Apenas processos judiciais, presentes ou futuros, é que permitiriam a utilização dos mecanismos da convenção. Não seria, também, possível reconhecer a possibilidade de pedido de cooperação a entidades administrativas. Adicionalmente, questões que envolvam Direito Tributário ou Direito Administrativo poderiam estar excluídas do âmbito da convenção, já que não seriam matérias cíveis ou comerciais⁸⁷⁶. À luz do Direito brasileiro, contudo, parece ser possível a produção de provas em questões estrangeiras que envolvam direito tributário ou administrativo, pois são questões que estão abrangidas no escopo do processo civil, no sentido que normalmente se empresta à matéria no país. A convenção deve ser lida no sentido de restringir questões criminais e que estão fora da jurisdição civil. Como para o Direito brasileiro são processadas como parte do processo civil as questões tributárias ou de direito administrativo, não se justifica uma interpretação restritiva. Por outro lado, não parece possível invocar o mecanismo da Convenção de Haia no contexto de um processo arbitral internacional. É possível, contudo, que sejam expedidas as Cartas Arbitrais, que possuem regramento específico, nomeadamente no CPC/2015, e que estão fora do âmbito da Convenção de Haia.

Tendo sido o pedido de cooperação jurídica internacional adequadamente formulado, não é possível seja rejeitado o cumprimento da carta rogatória por a legislação do Estado requerido atribuir ao seu próprio Poder Judiciário competência judiciária exclusiva para decidir sobre a questão. Assim, por exemplo, o fato de a legislação brasileira atribuir aos juízes pátrios a competência internacional exclusiva para decidir sobre partilha de bens localizados no Brasil (art. 23, III, CPC/2015), não obsta a produção de provas para um processo estrangeiro sobre a mesma questão. Naturalmente, poderá, posteriormente, haver a impossibilidade de

⁸⁷⁶ BERMANN, George A. **Transnational Litigation**. Saint Paul: Thomson West, 2003, p. 304.

homologação da decisão judicial estrangeira no Brasil, ainda que tomada a partir das provas aqui produzidas, mas a questão da competência internacional exclusiva não pode ser tomada como fundamento para impedir a produção da prova para utilização no juízo estrangeiro⁸⁷⁷. Também não é possível se rejeitar o cumprimento de carta rogatória por o país requerido “*não reconhecer o direito em que se baseia o pedido*”. O mérito de qualquer pedido a ser apreciado, considerando a prova a ser coletada, deverá ser analisado exclusivamente pelo país requerente, e não pelo país onde se pretende a produção da prova, ao qual incumbe, precipuamente, dar cumprimento ao pedido de cooperação jurídica internacional.

Conforme o art. 12 da Convenção de Haia é possível apenas rejeitar o pedido de produção de provas se: a) no Estado requerido o cumprimento não estiver no âmbito das atribuições do Poder Judiciário; ou b) o Estado requerido considerá-lo prejudicial à sua soberania ou segurança. Trata-se de hipóteses restritas e específicas. Estando adequadamente instruído o pedido de cooperação probatória internacional, exceto nas hipóteses especificamente listadas na Convenção de Haia, deverá ser determinada a produção da prova⁸⁷⁸.

O Poder Judiciário do país requerido seguirá o seu próprio procedimento e meios para a produção da prova. Ou seja, em princípio, no Brasil a prova deve ser produzida observando as regras estabelecidas no CPC/2015. O regime jurídico-processual do país que dá cumprimento ao pedido é relevante para a determinação do modo de ser e dos aspectos procedimentais da coleta de prova. Entretanto, o art. 9 da Convenção de Haia estabelece que deverão ser atendidos pedidos da autoridade requerente de que se proceda a coleta da prova de maneira específica, desde que tal procedimento não seja incompatível com a legislação do país requerido ou impossível de ser implementado. Assim, por exemplo, em regra, a colheita de uma prova testemunhal no Brasil seguirá o quanto estabelecido no art. 450 e seguintes do CPC/2015, inclusive com a possibilidade de que o juiz formule primeiramente, antes dos advogados das partes, perguntas, consoante especificamente previsto art. 456 CPC/2015. Entretanto a autoridade estrangeira poderá solicitar que a prova oral seja produzida em formato de *cross examination*, com interrogatório direto pelos advogados das partes, sem intervenção ativa do juiz. Tal pedido deve ser atendido, já que é compatível com o procedimento brasileiro. Pode até não ser parte da tradição jurídica pátria, mas não há nada que obste sua realização. Assim, é possível que a produção de prova no estrangeiro seja compatibilizada com as práticas do

⁸⁷⁷ VIEIRA, Maíra de Melo. Cooperação Jurídica Internacional para Produção de Provas em Matéria Civil e Comercial: a perspectiva brasileira. In: RAMOS, André de Carvalho; MENEZES, Wagnes. (Orgs.) **Direito Internacional Privado e a Nova Cooperação Jurídica Internacional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 226-227.

⁸⁷⁸ BERMANN, George A. **Transnational Litigation**. Saint Paul: Thomson West, 2003, p. 307.

requerente e com sua maneira de produzir provas, a final de contas é para utilização no estrangeiro que a prova está a ser produzida.

A Convenção de Haia acolhe reservas e declarações de alguns países, de maneira a compatibilizar a normatização convencional com outros dispositivos da legislação interna. O Brasil houve por bem, nos termos do Decreto 9.039/2017, acolher a convenção com quatro especificidades. A primeira é a de que todas as cartas rogatórias enviadas ao Brasil deverão ser devidamente traduzidas ao Português. Não é possível, assim, o trâmite de pedidos, ainda que perante a Autoridade Central nacional, que não estejam no vernáculo. A segunda é que as autoridades judiciárias do Estado requerente poderão assistir o cumprimento das cartas rogatórias no Brasil, mediante autorização da autoridade responsável pela execução da carta. Não é possível, contudo, que representantes diplomáticos, agentes consulares ou comissários obtenham provas diretamente no Brasil, sendo necessária a atuação do Poder Judiciário Brasileiro. Por fim, e esta é a declaração mais relevante para o objeto desse trabalho, em relação ao art. 23 da Convenção de Haia, o Brasil declarou que não cumprirá as cartas rogatórias que tenham sido emitidas com o propósito de obter o que é conhecido, nos países de *Common Law*, pela designação de "*pre-trial discovery of documents*"⁸⁷⁹.

É preciso compreender quais as consequências jurídicas da declaração feita pelo Brasil, de que não dará cumprimento a cartas rogatórias para a obtenção de um "*pre-trial discovery of documents*" (remetemos o leitor o quanto indicado sobre o *pretrial* norte-americano, vide Cap. 4, Item 4.7. e seguintes). George Bermann observa que a maior parte dos estados signatários da Convenção de Haia fizeram esta mesma declaração, normalmente compreendida como sendo a vedação à produção de documentos que não sejam claramente identificados ou categorias de documentos que não estejam diretamente relacionados ao objeto do processo. Além disso, a preocupação dos Estados que optaram por fazer esta declaração estaria em definir adequadamente os limites das provas a serem produzidas e evitar "*fishing expeditions*"⁸⁸⁰. A existência dessa declaração está relacionada aos limites que os tribunais americanos têm emprestado ao *discovery*, inclusive aqueles com repercussões transfronteiriças⁸⁸¹. Mesmo os tribunais ingleses, obviamente cerne da tradição do *Common Law*, têm se mostrado reticentes

⁸⁷⁹ VIEIRA, Maíra de Melo. Cooperação Jurídica Internacional para Produção de Provas em Matéria Civil e Comercial: a perspectiva brasileira. In: RAMOS, André de Carvalho; MENEZES, Wagnes. (Orgs.) **Direito Internacional Privado e a Nova Cooperação Jurídica Internacional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 227.

⁸⁸⁰ BERMANN, George A. **Transnational Litigation**. Saint Paul: Thomson West, 2003, p. 308-309.

⁸⁸¹ MARCUS, R. L.. Extremism in the pursuit of truth is our 'virtue': the American infatuation with broad discovery. In: RHEE, C. H. Van; UZELAC, A.. **Truth and efficiency in Civil Litigation: fundamental aspects of fact-finding and evidence taking in a comparative context**. Cambridge: Intersentia, 2012, p. 165.

em cumprir pedidos de cooperação jurídica internacional para produção de provas, nos limites de *discovery* praticados pelos Estados Unidos⁸⁸². No caso *Gernira Trade & Finance Inc. v. Refco Capital Markets Ltd*, por exemplo, a Court of Appeals inglesa estabeleceu que não é possível atender a um pedido genérico para oitiva de terceiros ou para apresentação de documentos, não sendo possível uma investigação ampla, no sentido de uma *discovery* americana, mas apenas a produção de meios específicos de prova⁸⁸³. O entendimento decorreu do estipulado na *Rule 2(4)* do EA/1975 que a produção de prova documental deve ser deferida em relação a documentos específicos e que provavelmente estejam em poder do destinatário da ordem de produção de prova.

A declaração contida no art. 23 da Convenção de Haia, portanto, significa que não é possível uma ampla investigação ou o cumprimento de pedido genérico de produção de provas, nos termos em que se processa a *discovery* no *pre-trial* estadunidense. Assim, o que não se permite no Brasil é o cumprimento de cartas rogatórias que contenham pedidos amplos e inespecíficos para a produção de documentos ou para a coleta de prova oral de pessoas ainda não determinadas. A declaração feita pelo Brasil, na verdade, significa que a carta rogatória deve especificar, com clareza, qual a prova que deve ser produzida, não há espaço para a condução da produção da prova pelas partes em um formato de *discovery*, no qual a análise de uma prova leva à necessidade de apresentação de outras, circunstancialmente relacionadas com aquela.

6.4.2. A resposta dos Tribunais americanos às limitações dos demais signatários da Convenção de Haia

⁸⁸² BORN, Gary; RUTLEDGE, Peter. **International Civil Litigation in United States Courts**. 4. ed. Nova Iorque: Aspen Publisher, 2007, p. 989.

⁸⁸³ “Once again time and money is being spent in the English courts over Letters Rogatory requesting the English court to order the production of documents and oral deposition from third parties to litigation in the United States of America. That time and money would be unnecessary, if those seeking the request from the United States Court appreciated the differences between the attitude of the United States Courts to the making of “discovery” orders against non-parties, and the attitude of the English court to the making of such orders. The United Kingdom, when becoming parties to the Hague convention concluded in 1970, registered a reservation pursuant to Article 23 which became enshrined in the Evidence (Proceedings in Other Jurisdictions) Act 1975 making it clear that discovery against non-parties was something the English court would not provide because it simply was not part of its procedure. It is only that Act which gives the English Court the jurisdiction to make orders to assist foreign courts. A number of authorities of the House of Lords since the coming into force of that Act have emphasised the position. But still much time is taken up in our courts trying to give effect to Letters of Request, problems in relation to which could have been avoided if proper steps had been taken to bring to the attention of the foreign court the constraints under which the English court operates.” INGLATERRA. Court of Appeals. [2001] EWCA Civ 1733. Rel. Lord Justice Waller. j. 21 nov. 2001.

A declaração de reservas do art. 23 da Convenção de Haia foi adotada, como visto, por vários países que resistem ao modelo de ampla investigação de fatos, permitido nos Estados Unidos. Os juízes americanos, então, procuraram circunvagiar esta situação, em várias decisões a partir da década de 1980⁸⁸⁴. Existem vários precedentes estabelecendo que a Convenção de Haia não é o único mecanismo à disposição do Poder Judiciário daquele país para a obtenção de provas no estrangeiro⁸⁸⁵.

No caso *Societe Nationale Industrielle Aerospatiale v. United States*, a Suprema Corte entendeu que seria possível que o juiz americano determinasse diretamente à parte a exibição de documentos localizados no estrangeiro, sem a necessidade de requisitar a cooperação jurídica do país onde se localizam fisicamente os documentos⁸⁸⁶. Existindo um caso pendente, o Judiciário norte-americano permite a condução do *discovery*, inclusive para determinar a apresentação de provas que se encontrem no estrangeiro, pelo Poder Judiciário Americano, sem a necessidade de se seguir o mecanismo estabelecido na Convenção de Haia. A questão seria tratada como uma ordem pessoal, uma obrigação de fazer, a ser cumprida pela parte⁸⁸⁷. Esta posição jurisprudencial objetiva lidar com a ampla limitação estabelecida em vários países ao *pre-trial discovery*, com a declaração do art. 23 da Convenção de Haia, de maneira a não diminuir a atividade probatória em um caso pendente no Poder Judiciário americano, pelo simples fato de ser necessária a coleta de provas no exterior⁸⁸⁸, o que é consentâneo com a tradição de coleta liberal de provas daquele país.

6.4.3. *Discovery nos Estados Unidos em apoio a processos internacionais*

⁸⁸⁴ CASTILLO JR., Angel. The Hague Evidence Convention: are foreign parties required to provide broad discovery in United States litigation?. In: **Florida International Law Journal**. 1987, v. 2, n. 3, p. 252-254..

⁸⁸⁵ BERMANN, George A. **Transnational Litigation**. Saint Paul: Thomson West, 2003, p. 311.

⁸⁸⁶ “*The Convention does not provide exclusive or mandatory procedures for obtaining documents and information located in a foreign signatory's territory. The Convention's plain language, as well as the history of its proposal and ratification by the United States, unambiguously supports the conclusion that it was intended to establish optional procedures for obtaining evidence abroad. Its preamble speaks in nonmandatory terms, specifying its purpose to "facilitate" discovery and to "improve mutual judicial cooperation." Similarly, its text uses permissive language, and does not expressly modify the law of contracting states or require them to use the specified procedures or change their own procedures. The Convention does not deprive the District Court of its jurisdiction to order, under the Federal Rules, a foreign national party to produce evidence physically located within a signatory nation.*” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **482 U.S. 522 (1987)**. j. 15 jun. 1987.

⁸⁸⁷ BORN, Gary; RUTLEDGE, Peter. **International Civil Litigation in United States Courts**. 4. ed. Nova Iorque: Aspen Publisher, 2007, p. 989.

⁸⁸⁸ BERMANN, George A. **Transnational Litigation**. Saint Paul: Thomson West, 2003, p. 311.

Os Estados Unidos possuem uma tradição, que remonta ao século XIX, de autorizar a produção de provas em apoio a processos estrangeiros⁸⁸⁹. O Capítulo 1782 do Título 28 do USC⁸⁹⁰ traz a previsão de um procedimento judicial, perante a Justiça Federal norte-americana, para a obtenção de documentos ou coleta de prova oral de pessoas, físicas ou jurídicas, que se encontrem nos Estados Unidos, em apoio a processos, presentes ou futuros, perante Tribunais estrangeiros ou internacionais⁸⁹¹, para muitos inclusive arbitragens comerciais internacionais, embora a questão seja controversa nos tribunais^{892 893}, com parte da doutrina criticando a conveniência da possibilidade de se recorrer ao Judiciário norte-americano no curso de uma arbitragem internacional⁸⁹⁴.

O objetivo central do instituto insculpido no Capítulo 1782 do Título 28 do USC é auxiliar as partes envolvidas em um contencioso internacional e encorajar países estrangeiros a fornecerem auxílio aos tribunais norte-americanos de maneira similar, possibilitando o desenvolvimento de *discovery* para casos que têm ou poderão ter curso fora dos Estados Unidos, mas relacionado a partes americanas ou com domicílio no país. Nesta ação são possíveis a coleta de depoimentos e a exibição de documentos, embora nem todos os mecanismos do *discovery*, com os *interrogatories* e as *requests for admission*, possam ser produzidos, já que a medida não

⁸⁸⁹ BORN, Gary; RUTLEDGE, Peter. **International Civil Litigation in United States Courts**. 4. ed. Nova Iorque: Aspen Publisher, 2007, p. 995.

⁸⁹⁰ “ 28 U.S. Code § 1782 - (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.”

⁸⁹¹ WESSEL, Jane; EYRE, Peter. US Discovery in Aid of Foreign or International Proceedings: Recent Developments Relating to Title 28 US Code Section 1782. In: **Arbitration**. Londres: Sweet & Maxwell, 2009, v. 75, n. 2, p. 158-159.

⁸⁹² MOSES, Margaret L.. **The principles and practice of international commercial arbitration**. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 124.

⁸⁹³ ELUL, Hagit Muriel; MOSQUERA, Rebeca. 28 U.S.C. Section 1782: U.S. Discovery in Aid of International Arbitration Proceedings. In: SHORE, Laurence; CHENG, Tai-Heng et al. (eds.) **International Arbitration in the United States**. Haia: Kluwer Law International, 2017, p. 393-394.

⁸⁹⁴ RUTLEDGE, Peter B.. Discovery, Judicial Assistance and Arbitration: A new tool for cases involving US entities. In: **Journal of International Arbitration**. Haia: Kluwer Law International, 2008, n. 25, p. 174 e Ss.

se volta para a definição de um objeto litigioso pendente nos tribunais americanos, mas ao apoio a coleta de elementos para um julgamento alienígena.

Existem três componentes que devem ser analisados em um pedido baseado na Seção 1782, Título 280, USC, para que se verifique a procedência da medida. Em primeiro lugar, o requerimento deve ser feito por uma *pessoa interessada*. Em segundo lugar, o requerido deve *residir* ou se *encontrar* no distrito da Justiça Federal americana no qual a medida é proposta. Por fim, a produção da prova deve ser direcionada para utilização perante um tribunal estrangeiro ou internacional. Além disso, a determinação da prova está no âmbito discricionário de atuação do juiz⁸⁹⁵, o simples preenchimento dos requisitos não condiciona a concessão da medida, devendo o juiz ponderar sua necessidade efetiva^{896 897}. O *leading case* sobre o instituto foi o julgamento do caso *Intel Corp v Advanced Micro Devices Inc*, pela Suprema Corte Americana⁸⁹⁸.

Naquele caso, a Suprema Corte estabeleceu que qualquer interessado na produção da prova tem acesso diretamente aos tribunais americanos para esse tipo de *discovery*. Ficou estabelecido uma concepção liberal e ampliativa para os limites do remédio jurídico. Não é necessário que o pedido seja formulado por um tribunal ou juiz estrangeiro, sendo certo que qualquer parte envolvida ou interessada em um processo estrangeiro ou internacional possui legitimidade ativa para pleitear a medida. Assim, é possível a obtenção de provas por meio de carta rogatória enviada pelo juízo estrangeiro, mas, também, é possível que seja proposta ação judicial diretamente pelo interessado. Trata-se de uma ampliação dos limites tradicionais da produção de prova para utilização no estrangeiro, permitindo diretamente a propositura de uma ação judicial para a produção autônoma de prova nos Estados Unidos por quem é parte em um processo estrangeiro ou internacional⁸⁹⁹. Deve-se registrar que os Estados Unidos são parte da Convenção de Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial, mas a possibilidade de uma autoridade estrangeira solicitar a cooperação jurídica internacional não afasta o acesso das partes interessadas diretamente aos tribunais americanos⁹⁰⁰. Assim, a

⁸⁹⁵ Caso *Brandt-Dohrn v. IKB Deutsche Industriebank AG*. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Court of Appeal for the Second Circuit. **11-4850-cv**. Rel. Circuit Judge Straub. j. 6 mar. 2012.

⁸⁹⁶ ELUL, Hagit Muriel; MOSQUERA, Rebeca. 28 U.S.C. Section 1782: U.S. Discovery in Aid of International Arbitration Proceedings. In: SHORE, Laurence; CHENG, Tai-Heng et al. (eds.) *International Arbitration in the United States*. Haia: Kluwer Law International, 2017, p. 401.

⁸⁹⁷ BERMANN, George A. **Transnational Litigation**. Saint Paul: Thomson West, 2003, p. 301.

⁸⁹⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **542 U.S. 241 (2004)**. Rel. Justice Ginsburg. j. 21 jun. 2004.

⁸⁹⁹ BORN, Gary; RUTLEDGE, Peter. **International Civil Litigation in United States Courts**. 4. ed. Nova Iorque: Aspen Publisher, 2007, p. 1.002.

⁹⁰⁰ "As a practical matter, Section 1782 provides foreign litigants a mechanism for accessing U.S. courts to obtain discovery. It is essentially a tool which can be used against U.S. parties and non-parties, and by foreign parties,

Convenção de Haia e a ação proposta nos termos do USC se colocam como mecanismos paralelos e igualmente disponíveis para a produção de provas.

A prova deve ser produzida para ser utilizada (“*for use*”) em um processo. Entretanto, os tribunais têm entendido que a previsão do USC deve, neste ponto, ser interpretada de maneira ampla. Não é preciso que o processo esteja pendente ou, mesmo, esteja na iminência de ser proposto. O precedente de *Intel* estabeleceu que é suficiente que o processo seja razoavelmente possível de vir a ser proposto (“*be within reasonable contemplation*”). Não é requisito, portanto, que fique demonstrado que o processo será efetivamente proposto ou que a prova será fundamental para o seu resultado⁹⁰¹. É suficiente que se demonstre que é razoável, possível, o início de um processo perante um tribunal estrangeiro ou internacional, para que seja concedida a *discovery* perante os tribunais norte-americanos. Na verdade, como *dictum*, o precedente de *Intel* afirma que será necessária maior cautela em conceder a medida a requerimento de quem é já parte em um processo estrangeiro, já que o tribunal estrangeiro tem poderes para conduzir sua própria instrução probatória, mas quem não é parte em um processo poderá não dispor de outros meios para obtenção da prova⁹⁰². A *Court of Appeals* do Segundo Circuito, no caso *In Re: Accent Delight Intenational Ltd.*, entendeu que o requisito “para uso em um processo estrangeiro” deve ser compreendido como significando que a prova poderá ser levada com “alguma vantagem” a um processo estrangeiro, independentemente do tipo de processo⁹⁰³.

to obtain U.S.-style discovery for non-U.S. proceedings in which such discovery might normally not be possible or permissible. While recourse to Section 1782 is not the exclusive means for foreign parties to obtain discovery in the United States, it is the most convenient and expeditious.” MCCLELLAN, Charles. America, Land of (extraterritorial) discovery: Section 1782 Discovery for foreign litigants. In: **Transnational Law & Contemporary Problems**. Iowa: UICL, 2008, v. 17, p. 814.

⁹⁰¹ “It properly recognizes that judicial co-operation should be available on the same terms irrespective of the nature of the evidence sought. The only limitation on the nature of the evidence is that it must be sought for use in a proceeding in a foreign or international tribunal. It is not necessary, however, for the proceeding to be pending at the time the evidence is sought, but only that the evidence is eventually to be used in such a proceeding.” SMIT, Hans. International Litigation Under the United States Code. In: **Columbia Law Review**. Nova Iorque: Columbia, 1965, v. 65, n. 6, p. 1.026.

⁹⁰² “First, when the person from whom discovery is sought is a participant in the foreign proceeding (as *Intel* is here), the need for §1782(a) aid generally is not as apparent as it ordinarily is when evidence is sought from a nonparticipant in the matter arising abroad. A foreign tribunal has jurisdiction over those appearing before it, and can itself order them to produce evidence. (...) In contrast, nonparticipants in the foreign proceeding may be outside the foreign tribunal’s jurisdictional reach; hence, their evidence, available in the United States, may be unobtainable absent §1782(a) aid.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **542 U.S. 241 (2004)**. Rel. Justice Ginsburg, j. 21 jun. 2004.

⁹⁰³ “From this discussion the following principles emerge. First, a Section 1782 applicant must establish that he or she has the practical ability to inject the requested information into a foreign proceeding. Second, as long as he or she makes that showing, it is not fatal to the application that he or she lacks a claim for relief before the foreign tribunal, whether for damages or otherwise. Rather, the term “for use” in Section 1782 has only its ordinary meaning—that the requested discovery is “something that will be employed with some advantage or serve some use in the proceeding.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Court of Appeal for the Second Circuit. **No. 16-3655**. Rel. Circuit Judge Kaplan, j. 28 ago. 2017.

Além disso, o precedente *Intel* rejeitou o argumento de que uma norma estrangeira restritiva aos limites do *discovery* ou à produção de uma determinada prova deveria ser levada em consideração pela Justiça Federal norte-americana no momento de determinar ou não o *discovery*. Não haveria qualquer infração à *comity* internacional na simples produção de provas, sendo certo que a decisão de aceitar ou não o meio de prova produzido nos Estados Unidos remanesce no poder do tribunal estrangeiro.

O mesmo tipo de entendimento já havia sido expressado pela *Court of Appeals* do Terceiro Circuito, entendendo que as limitações de um país estrangeiro sobre a maneira como as provas são produzidas não determina a maneira como os tribunais norte-americanos conduzirão a produção de provas, nem significa que, necessariamente, estas provas não serão aceitas pelo tribunal estrangeiro⁹⁰⁴.

No caso *Intel* Justice Breyer prolatou voto vencido, entendendo que dois limites complementares devem ser estabelecidos nos pedidos fundados no Título 28 da Seção 1782 do USC. Em primeiro lugar, deveria se verificar se o requerente teria, efetivamente, direito ao *discovery* conforme a lei estrangeira e, em segundo lugar, se seria possível a produção da prova pela lei americana em circunstâncias análogas, em uma situação doméstica. Justice Breyer, por exemplo, cita que a produção antecipada de provas é bastante limitada, nos termos da *Rule 27* FRCP, que apenas a autoriza para perpetuação do testemunho⁹⁰⁵, não sendo da tradição americana a produção autônoma ou antecipada de provas sem a presença de urgência. Por isso, não seria adequado conferir uma amplitude de atuação maior para o *discovery* em apoio a um processo estrangeiro ou internacional do que aquele existente no âmbito interno, particularmente com a produção autônoma de provas.

Antes do julgamento do caso *intel*, vários julgados impuseram restrições baseadas na necessidade de a admissão da prova pelo tribunal estrangeiro. Duas ordens de argumentos justificavam o entendimento: em primeiro lugar, deveria se manter a igualdade de oportunidade das partes em ter acesso ao *discovery*, já que a medida só pode ser movida contra quem *residir*

⁹⁰⁴ “In light of the well-known liberality of our Federal Rules, it is unlikely that Congress would have painted with so broad a brush if it had intended courts applying § 1782 to be limited to following another nation's more limited approach to discovery. (...) there is no reason to assume that because a country has not adopted a particular discovery procedure, it would take offense at its use.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Court of Appeals, Third Circuit. **146 F.3d 188 (1998)**. Rel. Circuit Judge Sloviter, j. 9 jun. 1998.

⁹⁰⁵ Justice Breyer assim colocou a questão, no seu voto divergente: “a court should not permit discovery where both of the following are true: (1) A private person seeking discovery would not be entitled to that discovery under foreign law, and (2) the discovery would not be available under domestic law in analogous circumstances. The Federal Rules of Civil Procedure, for example, make only limited provisions for nonlitigants to obtain certain discovery. See Fed. Rule Civ. Proc. 27. The limitations contained in the Rules help to avoid discovery battles launched by firms simply seeking information from competitors.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Court of Appeals, Third Circuit. **146 F.3d 188 (1998)**. Rel. Circuit Judge Sloviter, j. 9 jun. 1998.

ou se *encontrar* no distrito da Justiça Federal americana (*personal jurisdiction*); adicionalmente, dever-se-ia evitar a propositura de ações que visassem a contornar os limites da jurisdição na qual o caso seria julgado sobre a produção de prova, já que cabe ao juiz do caso acompanhar sua instrução, assim a atuação dos tribunais americanos deveria ter o cuidado de não ofender a jurisdição de tribunais estrangeiros⁹⁰⁶. Por exemplo, no caso *In re Kreke Immobilien KG*, no qual se buscava a produção de provas para um processo em curso na Alemanha, embora o Judiciário alemão não tivesse se pronunciado de maneira contrária ao *discovery*, foi manifestado o entendimento de que a parte estaria fazendo um “*forum shopping*”, pois a parte estava, claramente, objetivando a coleta de provas que não poderiam ser determinadas pelo juiz alemão⁹⁰⁷.

Sobre a questão da necessidade de a prova ser admissível perante o tribunal estrangeiro, há um interessante precedente envolvendo uma *discovery* em apoio a duas reclamações trabalhistas que tiveram curso perante a Justiça do Trabalho de São Paulo. As reclamações trabalhistas foram movidas por ex-funcionários da McDonald’s do Brasil e a ação nos Estados Unidos objetivava a exibição de documentos de sua controladora, que ali tem sede. Resistindo ao pedido de exibição de documentos, a McDonald’s sustentou que os meios de prova não deveriam ser exibidos, por não serem admissíveis nas reclamações trabalhistas brasileiras. Foi feito o argumento de que nas reclamações trabalhistas a fase instrutória já teria sido superada, razão pela qual o Judiciário brasileiro não admitira as novas provas. Além disso, foi deduzido o argumento de que como no Brasil há um processo inquisitivo, com a produção de provas controlada pelo juiz, não seria admissível esta coleta atípica de produção de provas fora do Judiciário brasileiro, por isso a prova não seria admissível na Justiça do Trabalho. Caso o juiz do trabalho desejasse colher provas no estrangeiro, ele teria enviado uma carta rogatória, o que não se verificou no caso.

O *District Court* de Illinois, contudo, houve por bem determinar a realização do *discovery*, decidindo que saber se as provas produzidas no *discovery* são admissíveis ou não é um trabalho para o Poder Judiciário estrangeiro (no caso, o brasileiro) à luz da sua própria legislação e regras sobre admissibilidade de provas⁹⁰⁸. O Judiciário americano deve determinar

⁹⁰⁶ BORN, Gary; RUTLEDGE, Peter. **International Civil Litigation in United States Courts**. 4. ed. Nova Iorque: Aspen Publisher, 2007, p. 1.004.

⁹⁰⁷ ELUL, Hagit Muriel; MOSQUERA, Rebeca. 28 U.S.C. Section 1782: U.S. Discovery in Aid of International Arbitration Proceedings. In: SHORE, Laurence; CHENG, Tai-Heng et al. (eds.) **International Arbitration in the United States**. Haia: Kluwer Law International, 2017, p. 405.

⁹⁰⁸ “*It is self-evident that the most competent court to decide if materials gathered here are admissible in a foreign court is that same foreign court.*” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. District Court, N. D. Illinois. **466 F. Supp. 2d 1020 (N.D. Ill. 2006)**. Judge Denlow. J. 6 dec. 2006.

o *discovery*, definindo os seus limites, a partir das necessidades do caso que lhe foi posto e deve observar os privilégios existentes na legislação americana. Ou seja, a decisão sobre a produção de provas em auxílio à um processo no estrangeiro deve considerar os limites da própria lei americana e o escopo adequado para o caso, nos termos dos pedidos deduzidos. A decisão sobre a admissibilidade da prova obtida ou produzida no âmbito desse *discovery* é uma questão para o tribunal estrangeiro, o juiz norte-americano deve conduzir o caso considerando os privilégios previstos na *lex fori* e o quanto indicado pelas partes em seus requerimentos. O *discovery* deve ser conduzido conforme os *standards* normais e o juiz deve determinar a produção da prova, salvo se a parte demonstrar de maneira suficientemente justificada as razões pelas quais a prova não deve ser produzida. Uma decisão do juiz estrangeiro determinando que a prova não seja coletada, por exemplo, deve ser lavada em consideração⁹⁰⁹.

Admitida a produção da prova, com base na Seção 1782, Título 28, do USC o processo será conduzido no formato de uma *discovery*, regulada pelas regras das FRCP⁹¹⁰. O pedido de produção de provas deve ser adequadamente delineado e apresentado, particularmente nas situações nas quais se procure obter provas de quem não é parte no processo estrangeiro, os tribunais serão mais cautelosos na expedição das ordens (*subpoena*). Um pedido excessivamente amplo de *discovery*, na verdade, poderá levar à rejeição do pedido ou à restrição das provas que podem ser obtidas, por determinação judicial⁹¹¹.

6.4.4. Disclosure quando não há processo civil pendente ou esperado na Inglaterra e no País de Gales

Já se indicou que no sistema processual inglês é possível a produção antecipada de provas, antes do início do processo, consoante o disposto na *Rule 16.31 CPR*, no *Supreme Court Act* de 1981, Seção 33, e no *County Court Acts de 1984*, Seção 52 (Vide Cap. 4, Item 4.9.3).

⁹⁰⁹ “The reference in § 1782 to the Federal Rules suggests that under ordinary circumstances the standards for discovery under those rules should also apply when discovery is sought under the statute. Consistent with the statute’s modest prima facie elements and Congress’s goal of providing equitable and efficacious discovery procedures, district courts should treat relevant discovery materials sought pursuant to § 1782 as discoverable unless the party opposing the application can demonstrate facts sufficient to justify the denial of the application. In determining whether the foreign tribunal would take offense, the district court would be free, in the exercise of its discretion, to consider any materials, typically statutes or case law from the foreign jurisdiction, that may be presented by the parties.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Court of Appeals, Third Circuit. **146 F.3d 188 (1998)**. Rel. Circuit Judge Sloviter, j. 9 jun. 1998.

⁹¹⁰ Caso *Government of Ghana v. Proenergy Services LLC*. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Court of Appeals of the 8th Circuit. **667 F.3d 340, 343**. Rel. Circuit Judge Melloy, j. 01 mai. 2012.

⁹¹¹ Vide *In re application of Mesa Power Group, llc*. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. US District Court - S.D. Florida. **878 F.Supp.2d 1296 (2012)**. Edwin Torres, j. 13 jul. 2012.

Além destas disposições, que se voltam primordialmente à produção antecipada de prova para casos que serão submetidos à apreciação do Poder Judiciário inglês, existe regramento específico sobre a produção de provas a serem utilizadas em um tribunal estrangeiro.

O *Evidence (Proceedings in Other Jurisdictions) Act 1975* cuida da possibilidade de produção judicial de provas para serem utilizadas perante um tribunal estrangeiro. É possível a produção de prova oral ou a apresentação de questões escritas a testemunhas, a busca e apreensão de documentos, a inspeção, cópia, preservação ou custódia de qualquer bem, para fins probatórios⁹¹². O EA/1975 foi adotado no contexto da adesão do Reino Unido à A Convenção de Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial. Ao invés de dar efeito interno aos termos da convenção, o parlamento optou por transpor o seu sentido como norma de direito interno, incorporando, também, elementos que constavam da legislação interna anterior (*Foreign Tribunal Evidence Act 1856*, *Evidence by Comissions Acts of 1859 and 1885*)⁹¹³.

O pedido de produção de provas deve ser apresentado à *High Court*, devendo ser demonstrado que há um pedido de produção de prova feito por um tribunal fora do Reino Unido ou em alguma outra jurisdição territorial do Reino Unido. Além disso, deve-se indicar que a prova será utilizada em um processo pendente perante o tribunal requerente ou no qual há a possibilidade de ajuizamento de uma ação judicial. Como bem se vê, não é preciso que o processo esteja em curso perante o tribunal estrangeiro, o que é consentâneo com a opção adotada pela Convenção de Haia, sendo suficiente que a possibilidade de ajuizamento de ação judicial seja contemplada.

O Judiciário britânico pode determinar a produção de qualquer prova nos mesmos termos em que faria para um processo pendente na Inglaterra, podendo o juiz determinar a extensão e a maneira como a prova deverá ser produzida, em atenção ao quanto requerido. Não é possível, contudo, que seja determinado a terceiros a produção ampla de documentos relevantes para uma causa, pois isso equivale a uma *fishing expedition*. É preciso que estejam adequadamente delineados os documentos que estão em poder ou custódia da pessoa destinatária da ordem. Os documentos e informações devem ser especificamente indicados no requerimento, não havendo a possibilidade de ampla investigação de fatos. Não serão, também,

⁹¹² MATTHEWS, Paul; MALEK, Hodge M.. **Disclosure**. Londres: Sweet & Maxwell, 2012, p. 52.

⁹¹³ LIPSTEIN, K.. The Evidence (Proceedings in Other Jurisdictions) Act 1975: An Interpretation. In: **International and Comparative Law Quarterly**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, v. 39, p. 121-122.

concedidas ordens que se revelem como vexatórias, irrelevantes ou que demonstrem uma pretensão de exercício processual abusivo de um direito à prova.

6.4.5. A produção de provas no Brasil, para a utilização em um processo estrangeiro

O Brasil, como indicado no item 6.4.1, aderiu à Convenção de Haia, o que permite a cooperação jurídica internacional probatória com mais de sessenta países. Além disso, o país, já há muito, atende a pedidos de cooperação a partir do princípio da reciprocidade internacional e existem outras convenções internacionais das quais o país é parte e que cuidam de diversos aspectos probatórios⁹¹⁴. Sem sombra de dúvidas, a adoção da Convenção de Haia pelo país representa um importante avanço. Entretanto, a partir do reconhecimento do direito autônomo à prova no Brasil, a utilização da Convenção de Haia seria alternativa, a exemplo do que se verifica nos Estados Unidos? A parte interessada em um processo estrangeiro ou internacional, presente ou futuro, poderia propor diretamente uma ação autônoma no Brasil para produção de provas?

É preciso que as disposições do CPC/2015 sobre a produção antecipada de provas sejam lidas de maneira consentânea com o momento de internacionalização do contencioso e com a necessidade de cooperação jurisdicional em sentido amplo, além disso, é preciso ter em mente o princípio da máxima eficiência probatória. Não há requisito de que a prova produzida autonomamente no processo seja direcionada a um processo no País. Esta afirmação se dá sem maiores dificuldades nos casos nos quais ainda não exista um processo pendente no exterior no qual se pretenda utilizar a prova. A literalidade do inciso III do art. 381, CPC/2015 apenas estabelece que será possível a produção processual da prova quando o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação, mas não indica que esta ação futura deva ser proposta perante o Poder Judiciário do Brasil. Ora, se a autorização é no sentido de que o conhecimento dos fatos pode influenciar na propositura de uma ação, não há razões para restringir a produção da prova aos casos em que a ação deva ser proposta no Brasil. Nada impede que em um determinado caso o Poder Judiciário Brasileiro seja concorrentemente competente com tantos outros para julgar um caso, já que os limites de cada jurisdição são estabelecidos pelas legislações nacionais, conforme *lex fori*. Aliás, a existência de processo em

⁹¹⁴ VIEIRA, Maíra de Melo. Cooperação Jurídica Internacional para Produção de Provas em Matéria Civil e Comercial: a perspectiva brasileira. In: RAMOS, André de Carvalho; MENEZES, Wagnes. (Orgs.) **Direito Internacional Privado e a Nova Cooperação Jurídica Internacional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 224.

curso no Brasil não impede o reconhecimento da sentença judicial estrangeira, até o trânsito em julgado da decisão nacional, exceto nas hipóteses de competência internacional absoluta⁹¹⁵. Por isso, não há dúvidas de que o interessado na produção de uma prova pode propor diretamente ação no Brasil com esta finalidade, pois ela poderá influenciar na sua decisão sobre a necessidade e conveniência da propositura de uma ação no exterior, sendo certo que o Poder Judiciário brasileiro detém competência para julgar ações que tenham por fundamento fato ocorrido ou ato praticado no Brasil ou requerido no processo aqui tenha domicílio (art. 21, CPC/2015). Assim, é possível a propositura de uma ação autônoma no Brasil para a coleta de provas que poderão vir a, eventualmente, ser utilizadas em um processo estrangeiro.

A *Cour de Cassation* francesa se manifestou sobre a possibilidade de uma *mesure de instruction in futurum*, como se chamam as ações probatórias autônomas naquele país⁹¹⁶, no contexto de um litígio com elemento de estraneidade e possibilidade de julgamento de seu mérito por um país estrangeiro. Em um caso a corte entendeu que a produção antecipada da prova seria uma medida provisória, nos termos da Convenção de Lugano, e que seria possível a produção da prova, ausente uma situação urgente, na França, ainda que um eventual processo futuro tivesse que ser julgado em outro país⁹¹⁷. Em outro caso, decidiu que não é relevante investigar qual será a jurisdição do fundo do litígio para que se possa decidir sobre a produção antecipada de uma prova na França⁹¹⁸. Assim, fixou-se na jurisprudência o entendimento de que a decisão sobre a possibilidade ou não de produção antecipada da prova independe de se o mérito de um eventual litígio no qual aquela prova venha a ser empregada será na França ou no exterior⁹¹⁹.

⁹¹⁵ POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. **Direito Processual Internacional e o Contencioso Internacional Privado**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 119.

⁹¹⁶ O instituto também é chamado de “*référé probatoire*”, “*référé expertise*” ou “*référé mesure d’instruction*”. Vide: CAYROL, Nicolas. **Procédure civile**. Paris: Dalloz, 2017, p. 242.

⁹¹⁷ “*Une mesure d’expertise destinée à conserver ou établir la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution du litige, ordonnée en référé avant tout procès sur le fondement de l’article 145 du code de procédure civile, constitue une mesure provisoire au sens de l’article 31 de la Convention de Lugano du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale, même si, en vertu de cette Convention, une juridiction d’un autre Etat lié par celle-ci est compétente pour connaître au fond. Le président du tribunal dans le ressort duquel la mesure doit, même partiellement, être exécutée, est compétent pour l’ordonner.*” FRANÇA. Cour de Cassation. **Arrêt n° 147 du 14 mars 2018 (16-27.913)**. 1^{er} Chambre Civile. Rel. M. Vigneau. j. 14 mar. 2018.

⁹¹⁸ “*C’est donc à bon droit, et sans avoir à déterminer la juridiction compétente pour connaître du fond, qu’une cour d’appel se déclare compétente pour ordonner sur le fondement de l’article 145 du code de procédure civile, avant tout procès, une mesure d’expertise devant être exécutée en France et destinée à conserver ou établir la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution du litige opposant une société allemande et une société françaises liées par un contrat comportant une clause d’attribution de compétence aux juridictions allemandes.*” FRANÇA. Cour de Cassation. **Arrêt n° 272 du 14 mars 2018 (16-19.731)**. 1^{er} Chambre Civile. Rel. M. Acquaviva. j. 14 mar. 2018.

⁹¹⁹ A conclusão da *Cour de Cassation* foi a de que “*le juge français peut toujours ordonner, sur le fondement de l’article 145 et des dispositions européennes ou internationales pertinentes, une mesure d’expertise devant être*

No Brasil, à luz da legislação nacional, não parece haver razões para um entendimento diferente daquele a que chegou a jurisprudência francesa. A produção autônoma ou antecipada da prova pode ser julgada e decidida independentemente de qual o foro competente para julgar o mérito de uma controvérsia, desde que à luz da própria legislação brasileira o juiz nacional possua competência para decidir a questão. Ou seja, é possível a produção antecipada de uma prova no Brasil, que poderá vir a ser utilizada em um processo judicial estrangeiro. Naturalmente, a questão da admissibilidade do meio de prova não competirá ao juiz brasileiro, mas ao juiz alienígena do processo no qual venha a ser pleiteada sua introdução.

Quando já houver ação pendente no exterior é preciso compreender a causa de pedir da ação probatória, para que se saiba se é admissível a propositura da ação diretamente pelo interessado. Em princípio não é possível que a parte provoque diretamente o Judiciário brasileiro, simplesmente para facilitar a instrução de um processo estrangeiro (embora, *de lege ferenda*, esta seja uma situação desejável), a prova deve apenas ser produzida a pedido do Poder Judiciário alienígena. A opção do direito pátrio tem sido a de facilitar a cooperação jurídica internacional em matéria probatória, por meio de auxílio direto⁹²⁰.

O CPC/2015, em seu art. 30, II, autoriza o pedido de auxílio direto para a colheita de provas, exceto se a medida for adotada em processo, em curso no estrangeiro, de competência exclusiva de autoridade judiciária brasileira. A cooperação jurídica internacional para a produção de provas pode se dar a pedido de requerimento da autoridade estrangeira. Só é necessário o juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça se o que se pretender for o cumprimento de ato decisório estrangeiro. O simples pedido de coleta de provas no Brasil, com a participação da Autoridade Central brasileira, pode ser feito por meio de auxílio direto, com a propositura pela Advocacia Geral da União de ação judicial para a coleta da prova, se for o caso⁹²¹. A premissa subjacente é a de que a autoridade estrangeira deve conduzir o processo e,

exécutée en France sans avoir à s'attacher à la question de la compétence au fond qui par hypothèse est celle d'une juridiction d'un autre Etat, en compris désignée par une clause attributive. Cette position adoptée par la Haute juridiction civile constitue une réponse attendue aux doutes qui ont longtemps prévalu à raison d'une jurisprudence ambiguë de la Cour de justice de l'Union (ci-après CJUE) au sujet de laquelle certains commentateurs avaient fait part de leurs hésitations, mais aussi d'un certain désordre dans la position des juridictions du fond françaises." NOURISSAT, Cyril. **De la compétence internationale du juge français pour prononcer des mesures d'instruction in futurum de l'article 145 CPC.** Disponível em: <<https://www.lexavoue.com/categories/newsletters-75/articles/de-la-competence-internationale-du-juge-francais-pour-prononcer-des-mesures-dinstruction-in-futurum-de-larticle-145-cpc-268.htm>>. Acesso em 03/06/2019.

⁹²⁰ GOMES, Marcelo Sant'Anna Vieira. **O auxílio direito (cooperação jurídica internacional) no Novo CPC.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 45-47.

⁹²¹ "As providências de cooperação dessa natureza, dirigidas à autoridade central do Estado requerido (que, no Brasil, é o Ministério da Justiça), serão atendidas pelas autoridades nacionais com observância dos mesmos padrões, inclusive dos de natureza processual, que devem ser observados para as providências semelhantes no âmbito interno (e, portanto, sujeitas a controle pelo Poder Judiciário, por provocação de qualquer interessado).

caso entenda necessário, solicitar apoio para a produção de provas extraterritorialmente localizadas, devendo o Estado brasileiro tomar as medidas de auxílio cabíveis.

A literalidade dos arts. 30 e 381, III, CPC/2015 parece indicar uma interpretação restritiva, a requerer o pedido de cooperação jurídica pela autoridade estrangeira para que seja possível a produção de uma prova para instrução de um processo estrangeiro em curso. Em um caso é autorizado o auxílio direto em matéria probatória e, no outro, permite-se a produção antecipada da prova, mas não há autorização expressa para a produção de uma prova na pendência da ação no exterior, embora a doutrina, cuidando do contencioso doméstico, tenha indicado que a medida pode ser adotada como técnica de adaptação procedimental com a antecipação da fase instrutória. Por isso, parece haver ausência de autorização legal para que a parte interessada proponha diretamente ação para produzir prova no Brasil, em complementação à fase instrutória no estrangeiro, com fulcro no inciso III do art. 381, CPC/2015.

Entretanto, avaliar a necessidade de propositura ou não de uma ação, não é a única hipótese legal que autoriza ação probatória autônoma. É possível que exista outro fundamento de direito material que permita a produção de uma prova que virá a ser empregada em processo estrangeiro, na verdade, independentemente da existência de uma ação pendente no estrangeiro. Por exemplo, o sócio tem direito material à tomada de contas e exibição de documentos da sociedade e isso poderá vir a ser utilizado em um processo no exterior. Por outro lado, se houver risco de perecimento da prova, quem é parte em contencioso estrangeiro não está obrigado a aguardar a tramitação de pedido de cooperação jurídica internacional, mas a urgência autoriza a imediata coleta da prova no Brasil, pois há a autorização à tutela de conservação do direito material à prova. Neste tipo de situação, naturalmente, nada impede a produção judicial da prova a requerimento do interessado, ainda que exista ação no exterior relacionada aos fatos pertinentes.

É preciso, também, investigar qual a dimensão a ser emprestada ao inciso II do art. 381, CPC que dispõe ser possível a produção autônoma de prova que seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito. Existem duas situações a serem consideradas: a “viabilidade de autocomposição” ou de “outro meio adequado de solução de

*Caso a medida solicitada dependa, segundo o direito interno, de prévia autorização judicial, cabe aos agentes competentes do Estado requerido atuar judicialmente visando a obtê-la. Para esse efeito, tem significativa importância, no Brasil, o papel do Ministério Público Federal e da Advocacia-Geral da União, órgãos com capacidade postulatória para requerer, perante o Judiciário, essas especiais medidas de cooperação jurídica.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg na CR nº 3.162 – EX**. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha. j. 18 ago. 2010. Dj. 06 set. 2010.*

conflitos”. Ora, o maior conhecimento dos fatos sempre é uma ferramenta de avaliação de expectativas. É justamente por isso que o *pretrial* tem sido instrumento para solução consensual dos casos nos Estados Unidos (Cap. 4, Item 4.12). Por outro lado, a indicação de “outro meio adequado de solução de conflito”, precisa ser adequadamente compreendida. Comumente a expressão de meios adequados de solução de conflito é utilizada para se referir aos meios extrajudiciais de solução de controvérsia, com a substituição da ideia de que seriam meios “alternativos”, mas que seriam mais consentâneos em certas situações, mantendo-se o acrônimo ADR advindo do inglês. Entretanto, a noção de adequação é, por excelência, relacional. Algo é adequado tendo em vistas determinadas circunstâncias. Assim, o contencioso judicial é, ele mesmo, meio adequado de resolver muitos conflitos. Além disso, não parece razoável aceitar uma interpretação de que um meio adequado de solução de controvérsia estaria a abranger a arbitragem (inegavelmente um ADR), mas não um processo judicial estrangeiro, estar-se-ia criando uma distinção injustificada entre dois meios jurisdicionais de resolução de controvérsia estrangeiros. Por isso, parece ser possível a propositura de ação para produção de prova no Brasil diretamente pelo interessado, que seja parte em processo judicial ou arbitral estrangeiro⁹²², nomeadamente se a prova puder facilitar a autocomposição entre as partes ou facilitar uma solução adequada para o caso. Isso não significa, contudo, que em todos os casos deverá ser determinada a produção da prova. Deve, na verdade, ser exercido um juízo de ponderação e proporcionalidade pelo juiz brasileiro para autorizar a constituição autônoma da prova nestes casos. Deve ser considerado que existe um processo com mecanismos próprios de instrução em curso, além disso não se deve, salvo situações excepcionais, autorizar uma duplicação de processos. Mas, em certas situações a possibilidade de se produzir provas para auxiliar a composição adequada de conflitos pode permitir, transversalmente, a produção de provas que venham a ser apresentadas perante um processo estrangeiro.

A questão, contudo, da admissibilidade dessa prova é distinta. Cabe ao juízo que conduz o processo decidir sobre a possibilidade de sua introdução, tendo em vista, inclusive, a necessidade de adequado gerenciamento processual, bem como sua valoração. Nestas situações a produção da prova se dá por autorização do juiz nacional, mas sua admissão e valoração pelo juiz que conhece da causa. De mais a mais, é o mesmo que ocorre na produção autônoma de provas puramente doméstica.

⁹²² Por arbitragem estrangeira, deve-se entender aquela que tem sede fora do Brasil, embora, rigorosamente, a Lei de Arbitragem apenas cuide, expressamente, de qualificar a sentença arbitral estrangeira (e não a arbitragem em si). Para maiores detalhes sobre o tema: LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário: a definição da competência do árbitro**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 51-60.

A solução, à luz do Direito Brasileiro, portanto, parece ser um pouco mais cautelosa do que aquela existente na legislação norte-americana, que admite a convivência simultânea do sistema da Convenção de Haia com o quanto estabelecido na Seção 1782 do USC.

7. PRODUÇÃO AUTÔNOMA DE PROVA: PROXIMIDADE COM O *DISCOVERY*?

7.1. Ações para produção antecipada de provas: uma velha novidade

As ações probatórias autônomas não são, rigorosamente, uma novidade no sistema brasileiro e nem foram, propriamente, introduzidas pelo CPC/2015, embora não se possa olvidar a importância do tratamento destacado e minudente do tema, que afasta qualquer discussão sobre o exercício de um direito à prova, sem vinculação direta aos fatos controvertidos do objeto litigioso de um outro processo e sem que esteja presente o risco de perecimento da prova.

A discussão tradicional sempre recaiu sobre a cautelaridade da situação a autorizar a produção antecipada da prova. Inclusive, no Código de Processo Civil de 1973 o tema era tratado no livro do processo cautelar. Seria a necessidade de preservação do material probatório, potencialmente útil para um processo futuro e eventual, que justificaria a produção. É neste sentido que Daniel Neves indicou haver sempre um elemento cautelar na produção antecipada de prova, não voltada para o *periculum in mora* de um processo principal, mas de um perigo de o magistrado (de um processo futuro) não ter condições de julgar um caso de maneira adequada, pela insuficiência de provas⁹²³. De maneira geral, a verificação comparatística do ordenamento jurídico de diversos países da tradição continental demonstra a prevalência da ação de produção antecipada de provas com caráter eminentemente cautelar ou assecuratório, visando à preservação de elementos e meios de prova para uma ação judicial futura. É possível, portanto, afirmar que a prova continua, de modo geral, a ser tratada não como um direito autônomo, mas como um *meio* ou *instrumento* para a demonstração ou negação das alegações fáticas das partes em um processo⁹²⁴.

A questão é que não se está, rigorosamente, acautelando um outro processo. Não se sabe se a prova produzida será admitida ou em que contexto será avaliada, já que isso apenas ocorrerá em um processo futuro (e que nem se sabe, com certeza, se ocorrerá e, em ocorrendo, se o objeto da prova será uma afirmação fática controvertida). A percepção do tema foi objeto de crítica por Ovídio Baptista da Silva, resgatando a distinção entre *pretensão a assegurar provas* e *produção de provas*⁹²⁵. Calamandrei destacava, no contexto da ação cautelar, o caráter

⁹²³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 34-35.

⁹²⁴ BESSO, Chiara. **La prova prima del processo**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, *passim*.

⁹²⁵ SILVA, Ovídio Baptista da. **Do processo cautelar**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 393-394.

de conservação ou asseguaração da prova, no sentido de se adquirir preventivamente dados probatórios que poderiam vir a desaparecer ou se tornar de difícil coleta⁹²⁶.

Parte da doutrina, antes do CPC/2015, questionava se haveria, realmente, cautelaridade nas ações, insertas no livro “do processo cautelar”, de exibição (arts. 844 e 845, CPC/1973), produção antecipada de provas (arts. 846 a 851, CPC/1973) e de justificação (arts. 861 a 866, CPC/1973). Galeno Lacerda defendia que em muitas situações estas ações não teriam caráter cautelar e nem se relacionariam com a posterior propositura de qualquer ação. Por exemplo, o sócio que no exercício do direito de fiscalização das atividades sociais propusesse uma ação de exibição de documentos estaria, simplesmente, exercendo o seu direito de fiscalização das atividades sociais. Esta ação seria, então, claramente satisfativa, não tendo o objetivo de produzir a prova para outro processo⁹²⁷. Ou seja, a urgência na produção da prova poderia ou não estar presente nestes procedimentos, que não necessariamente seriam cautelares.

Entretanto, Nelson Nery e Rosa Maria Nery⁹²⁸ e Fux⁹²⁹, por exemplo, entendiam que esse tipo de processos seria tipicamente cautelar, pressupondo, sempre, a demonstração de urgência e perigo da demora, para que pudessem ser deferidos os pedidos. Daniel Neves, ao seu turno, entendia que haveria relação de cautelaridade nestas ações pois a produção da prova sempre se voltaria para assegurar o resultado útil do processo subsequente, por isso elas sempre teriam características tipicamente cautelares, com a marca da instrumentalidade, a prova seria produzida para garantir o resultado útil do futuro processo principal⁹³⁰. A questão, de certo modo, permanece em certas situações no atual Código, e Dinamarco, por exemplo, vislumbra a natureza cautelar na produção antecipada de prova fundada no art. 381, I, CPC/2015, já que

⁹²⁶ “...en vista de un posible futuro proceso de cognición, se trata de fijar y conservar ciertas resultancias probatorias, positivas o negativas, que podrán ser utilizadas después en aquel proceso en el momento oportuno. Normalmente tales providencias instructorias se adoptan en el curso del proceso ordinario, y forman parte del mismo; pero cuando, antes de que el proceso se inicie, existe motivo para temer que, si la providencia instructoria tardase, sus resultados podrían ser menos eficaces, ésta puede ser provocada inmediatamente a través de un procedimiento autónomo, que trata de prevenir el periculum in mora inherente al procedimiento ordinario eventual. Se suele entonces de conservación o aseguración de la prueba, teniendo presentes aquellos casos em los que la providencia cautelar se dirige a adquirir preventivamente datos probatorios positivo, que, con el correr del tiempo, se haría imposible, o más difícil, recoger.” CALAMANDREI, Piero. **Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares**. Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1945, p. 52-53.

⁹²⁷ LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1988, v. VIII, p. 302.

⁹²⁸ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria. **Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo:RT, 2006, p. 960

⁹²⁹ FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 1633.

⁹³⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 495.

ela visa à conservação de um elemento externo e de potencial utilidade ao processo, as fontes de prova postas em perigo⁹³¹.

A par da discussão sobre sua natureza cautelar ou não, a doutrina questionava se as hipóteses de produção antecipada de provas seriam uma hipótese de procedimento de jurisdição voluntária ou contenciosa. Leonardo Greco defendia que esses procedimentos não seriam contenciosos, mas de jurisdição voluntária, quando a atividade do juiz se limitasse à mera documentação da prova, como estava previsto na antiga ação de justificação⁹³². Em linha próxima, Tesheiner⁹³³ entendia que o procedimento seria de jurisdição voluntária ou contenciosa a depender da natureza do processo principal a que sirva a prova.

O Superior Tribunal de Justiça, antes da vigência do CPC/2015, tinha precedente no sentido de que a ação de exibição de documento não seria cautelar, mas teria natureza autônoma e sua pretensão seria plenamente satisfeita com o acesso dos documentos pleiteados⁹³⁴. Fredie Didier e Paula Sarno Braga, escrevendo sobre o CPC/1973, entendiam que a ação de justificação e de produção antecipada de provas não seriam cautelares, mas satisfativas do direito autônomo à prova e, por isso, dispensariam o requisito do *periculum in mora* para sua concessão⁹³⁵.

A despeito da contenção doutrinária, a verdade é que a tradição luso-brasileira há muito conhece a possibilidade de ação probatória, relacionada ao registro e documentação de determinado fato, nomeadamente em casos urgentes⁹³⁶. As Ordenações Afonsinas, as Filipinas, o Regulamento 737 de 1850 e o CPC/1939, todos continham a produção de provas *ad perpetuam rei memoriam*. A ação de justificação, ainda que no CPC/1973 reduzida à inquirição de testemunhas, é um registro de que em certas situações se admitia mesmo a produção de prova sem, necessariamente, um contexto cautelar. Na ação de justificação havia a dedução de um

⁹³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 7. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2017, v. III, p. 114

⁹³² GRECO, Leonardo. **Jurisdição voluntária**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 28.

⁹³³ TESHEINER, José Maria. **Jurisdição voluntária**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 157.

⁹³⁴ “a ação cautelar de exibição de documentos, em razão da pretensão que veicula, possui natureza autônoma, tendo em vista que, com a exibição dos documentos pretendidos, o promovente tem por satisfeito o objetivo buscado com a propositura da ação.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 623.891/RJ**, Rel. Min. Raul Araújo, j. 12/05/2015.

⁹³⁵ “A visão que parece mais apropriada, entretanto, é no sentido de que ambas as medidas – produção antecipada de provas e justificação – não são propriamente cautelares e não pressupõem, necessariamente, a demonstração do perigo da demora (urgência) para serem admissíveis. São, pois, satisfativas do chamado direito autônomo à prova, direito este que se realiza com a coleta da prova em típico procedimento de jurisdição voluntária. Essa conclusão serve mesmo para quem defenda que, ao menos na produção antecipada de prova, o perigo é pressuposto – o fato de pressupor perigo não é suficiente para tornar o direito afirmado um direito à cautela.” DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2013, v. 218.

⁹³⁶ ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 41.

direito à simples averiguação e documentação do fato⁹³⁷. Em certas situações, claro, a prova seria produzida com nítido caráter cautelar, a exigir a presença de *periculum in mora*, mas este requisito nem sempre se faz presente.⁹³⁸

As ações probatórias autônomas são um dos mecanismos possíveis para o exercício do direito à prova, que é igualmente exercido processualmente e de modo incidental quando se dá a produção das provas constituídas ou o extraprocessualmente quando o interessado se vale de um meio para registro (prova) lícito de um determinado evento. Ou seja, não é correto afirmar que o direito à prova apenas se exerce no processo. Ele é um direito material e que habitualmente se exerce extraprocessualmente. Basta pensar nas situações em que alguém registra em fotografias o estado de seu veículo após um acidente, ou tira “*print screens*” da tela do celular, com o teor de conversas e mensagens eletrônicas, ou providencia a produção de uma ata notarial para descrição de determinado evento. Não é correto afirmar que o exercício do direito à prova apenas seria exercido processualmente, seja em caráter principal ou incidental. Não há, muitas vezes, a necessidade de processualização para o exercício deste direito^{939 940}. A instauração de um processo judicial está, normalmente, relacionada à necessidade de produzir a prova em face da resistência de um outro interessado (por exemplo, permitir a oitiva de alguém, com a coleta de seu depoimento, mesmo que a pessoa não queira voluntariamente o fornecer, ou autorizar a vistoria de um bem na posse de terceiro) ou ao interesse em que o conteúdo da prova seja criado em contraditório, com a participação dos demais interessados e a supervisão do juiz.

O exercício do direito à prova, além disso, não necessariamente se relaciona com um litígio ou com a comprovação de fatos controvertidos em um processo. O direito à prova pode ser exercido sem que exista litígio algum. Mesmo quando se exerce o direito à constituição de uma prova durante a fase instrutória de um processo, o direito e a pretensão à constituição da prova não se confundem com o direito e pretensão objetos do processo. São questões inegavelmente distintas. Acontece que, algumas vezes, o direito à constituição de uma prova é limitado no âmbito de um processo, justamente pelos contornos impostos pelas regras de admissibilidade e pela relevância ou não daquela prova para o *thema probandum*. Ou seja, o

⁹³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Processo cautelar**. São Paulo: RT, 2008, p. 295.

⁹³⁸ ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 43.

⁹³⁹ BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no Direito constitucional brasileiro**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 187-189.

⁹⁴⁰ Em sentido contrário, vide: REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: RT, 1985.

objeto do processo e os pontos fáticos controvertidos são fundamentais para delimitar o âmbito de exercício do direito à produção e à apresentação da prova em um processo judicial. É possível, não é ocioso repetir, exercer o direito à prova extraprocessualmente. As ações autônomas para produção de prova, então servem para permitir a produção de uma prova em contraditório e para compelir uma parte reticente a participar da atividade probatória, mas não são, evidentemente, o único mecanismo para sua constituição. Trata-se de verdadeira ação, que pode não ter qualquer elemento urgente ou cautelar.

Nas ações probatórias autônomas não há o mesmo objeto litigioso⁹⁴¹ de um processo no qual venha a ser utilizada a prova autonomamente produzida. Esta constatação trivial é fundamental por dois motivos. Em primeiro lugar, por remanescer igual juízo de admissibilidade e análise da relevância no momento em que a prova autonomamente produzida venha a ser introduzida como meio de prova em um processo. Não apenas esta será uma atividade exercida pelo juiz da instrução como não há qualquer especificidade para fins de admissibilidade e relevância pelo simples fato da prova ter sido pré-constituída em uma ação judicial. Em segundo lugar, a ação probatória autônoma possui um objeto próprio e é à luz dos elementos constantes de seu processo que se verificará a relevância da produção de prova e a admissibilidade (não de sua introdução no processo) de sua produção⁹⁴² ⁹⁴³. Perceba-se que, neste caso, admissibilidade tem o sentido próprio e estrito de *possibilidade de sua pré-constituição e documentação*, não se confundindo com o sentido clássico de admissibilidade, que significa também a possibilidade de sua análise e introdução entre os elementos válidos para a formação da convicção do julgador.

Do segundo ponto acima indicado decorre uma consequência muito importante. A ação para produção autônoma de provas possui limites próprios, relacionados ao seu objeto⁹⁴⁴. Não

⁹⁴¹ “*Fala-se, assim, em um direito autônomo à prova, de buscar e acessar a prova para obter informações fáticas necessárias para decidir-se se é o caso de discutir o direito material afirmado em juízo. Esse direito à prova pode funcionar como o próprio objeto litigioso de um processo, mais especificamente como o mérito da chamada ação probatória autônoma, que é aquela que permite que se antecipe a produção da prova, mesmo sem a afirmação ou demonstração de urgência ou do risco de perdê-la.*” BRAGA, Paula Sarno. Natureza das normas sobre prova – suas repercussões na eficácia da lei no tempo e no espaço. In: **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte: Fórum, a. 26, n. 104, p. 362-363.

⁹⁴² “...o objeto desse processo ou incidente é apenas a pretensão ao conhecimento dos fatos a seres revelados pelo exame das fontes de prova. (...) Ele [o juiz] decidirá somente sobre a existência ou inexistência do direito à antecipação e jamais sobre eventuais direitos emergentes dessas provas ou por ela demonstrados.” DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 7. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2017, v. III, p. 118

⁹⁴³ ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 43.

⁹⁴⁴ “...objeto do processo instaurado pelo referido direito resume-se à produção de certa prova e, segundo, de que a prova é produzida antecipadamente sem função conservativa, isto é, sem que se pretenda preservar posição jurídica encartada em futuro processo declaratório do direito material.” YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 332.

é qualquer prova que pode ser constituída pelo simples fato de se mover uma ação autônoma com este objetivo. O juiz encarregado da condução do processo de produção autônoma da prova pode controlar se a prova deve, ou não, ser produzida, à luz do objeto do processo que lhe é posto, do pedido e causa de pedir deduzidos. Contudo, saber se a prova anteriormente produzida deve ou não ser utilizada como meio de prova em *outro* processo, bem como avaliar e ponderar o seu conteúdo, é algo que cabe exclusivamente ao juiz do eventual processo futuro. Há, assim, um *duplo grau de controle* em relação à prova produzida autonomamente e que venha a ser apresentada em um processo judicial posterior.

Como a atividade de constituição de prova se volta para o contexto fático indicado pelo requerente (relaciona-se com a causa de pedir deduzida), não sendo possível, rigorosamente, saber a pretensão de direito material a ser deduzida futuramente daquele conjunto fático (não se sabe a qualificação jurídica pretendida) e nem se estabelecendo incontrovérsia sobre as alegações fáticas, não há, em suma, a identificação de um *thema probandum* em seu sentido clássico. Não há um tema a ser provado, mas há o requerimento para que se produza a prova (meio de prova). O objetivo é a documentação e a perpetuação da prova (*ad perpetuam rei memoriam*). Na verdade, a produção de prova por antecipação de litígio pode ser requerida por alguém que, potencialmente, será réu no processo futuro. Em se tratando de prova oral consistente na ouvida das partes, a produção da prova, se dá sem que possam ser aplicados os efeitos da confissão. A antiga distinção, que remonta ao direito reinol (Ordenações Filipinas), entre interrogatório da parte e depoimento da parte ganha vulto⁹⁴⁵.

Assim como para a prova que venha a ser introduzida em um processo existe a noção de que há uma “comunhão” sobre ela, que poderá ser valorada para confirmar ou afastar as alegações fáticas de quem a introduziu, não há, de forma alguma, exclusividade daquele que poderá vir a ser autor de uma futura ação para que figure como requerente na produção autônoma de prova. Qualquer interessado poderá ser o requerente. O direito de investigação e de produção de uma prova pode ser exercido por qualquer interessado nos fatos e que legitimamente tenha algum direito subjetivo ou exceção ou defesa relacionados a eles. Por isso, os polos processuais na ação probatória autônoma não são rígidos ou estanques, pois aqueles interessados na produção da prova, em tese, podem mover ação para verificação de seu conteúdo.

Todas as partes são igualmente *interessadas* na produção da prova, que, de maneira comum, poderá vir a beneficiar ou prejudicar todas elas. Superada a discussão de saber se a

⁹⁴⁵ SANTOS, Macyar Amaral. **Prova Judiciária no Cível e no Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1983, v. 1.

prova deve ou não ser produzida ou de se o autor tem ou não direito de acesso ao meio de prova pretendido, não se observa uma rigidez nos polos processuais, todas as partes envolvidas atuam no processo em contraditório, contribuindo com e acompanhando a produção da prova.

7.2. O CPC/2015 e a ação para produção antecipada de provas

O processo para a produção antecipada de provas ou para a exibição de documentos (que, muitas vezes, tutela o mesmo direito) é verdadeira ação, veiculando pretensão à tutela jurisdicional, e tem, no mais das vezes, natureza jurídica contenciosa, não se tratando, necessariamente, de mero procedimento de jurisdição voluntária⁹⁴⁶. É possível, contudo, que o interessado em simplesmente registrar a existência de um fato ou relação jurídica se valha do procedimento, nos termos do art. 381, § 5º, CPC/2015, desde que tenha direito material a produzir esta prova. O atual Código, portanto, mantém expressamente os termos da antiga ação de justificação (arts. 861 a 866, CPC/1973), como um procedimento para o registro de um fato, com a participação do interessado, reiterando a indicação de que este procedimento tem um caráter “não contencioso”.

À luz do CPC/1973, tanto a produção antecipada de provas quanto a justificação eram tratadas como ações cautelares. A nota distintiva central estava na relação direta existente na ação de produção antecipada de provas e o processo futuro, o que não havia na ação de justificação, por isso sua indicação como sendo não contenciosa. Ou seja, o código não conseguia, propriamente, admitir uma ação probatória autônoma, tutelando o direito material à prova, sem a marca da cautelaridade. Daí a necessidade do Código anterior de indicar o caráter não contencioso da ação de justificação. Nesta linha de ideias, o Superior Tribunal de Justiça tem precedente, em ação que objetivava a vistoria de um bem, entendendo que não precisaria haver a indicação “da lide e seu fundamento” (requisito para as ações cautelares do art. 801, III, CPC/1973), pois se trataria de um processo de “cautela voluntária”⁹⁴⁷.

No CPC/2015, portanto, a distinção entre a ação de justificação e de produção antecipada autônoma, rigorosamente, não existe. Mesmo se não houver qualquer caráter contencioso, o procedimento a ser seguido é o mesmo⁹⁴⁸. O CPC/2015 ajuntou a produção

⁹⁴⁶ TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2016, v. 260.

⁹⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 2487/PR**. Rel. Min. Fontes de Alencar. j. 05 jun. 1990.

⁹⁴⁸ Nelson Nery Jr e Rosa Maria Nery parecem equiparar a ação de produção antecipada de provas à antiga ação de justificação: “*Mas é interessante notar que o procedimento não foi incluído na parte do CPC que trata das medidas de urgência, as quais equivalem às antigas medidas cautelares, o que induz à conclusão de que o legislador não quis tratar da produção antecipada de provas como uma medida de urgência. E a leitura dos*

antecipada de prova, a ação de justificação e a ação de exibição, conferindo um procedimento especial próprio, e ampliando substancialmente a possibilidade de sua utilização, com o melhor tratamento das causas de pedir.

Sobre o caráter contencioso ou não da ação probatória autônoma é preciso um esclarecimento adicional. A jurisdição voluntária, como se sabe, é marcada pelo desenvolvimento de um procedimento administrativo sob supervisão do juiz, que, ao final, homologa, autoriza ou aprova o seu conteúdo⁹⁴⁹. Certamente, é possível que todas as partes, todos os interessados, estejam de acordo sobre a necessidade de produzir a prova e com a maneira como ela será produzida. Além do mais, é possível a chamada “prova unilateral” a exemplo da experiência existente na ação de justificação. Entretanto, não nos parece possível a extrapolção para afirmar que a ação para o “simples documento” de um fato será sempre não contenciosa⁹⁵⁰. A natureza voluntária ou contenciosa do processo dependerá de seu conteúdo⁹⁵¹, na linha defendida por Leonardo Greco⁹⁵² e por Dinamarco⁹⁵³. Em primeiro lugar, uma parte pode buscar produzir a prova e a outra resistir, sustentando que o requerente não tem *direito* à prova que pretende. A situação, aliás, é comezinha nas bem conhecidas ações de exibição de documentos ou em outras medidas probatórias. Além disso, o que a discussão sobre o modo de ser da prova (sobre quais perguntas devem ser feitas ao perito, a impugnação de uma

*incisos deste artigo corrobora isso: apenas um deles trata do risco de perda da prova, enquanto os demais se vinculam à possibilidade de a prova conduzir as partes à autocomposição e à justificação ou prejuízo à propositura de ação (situação que, caso incida no caso concreto, faz com que a produção antecipada de prova também tenha caráter de economia processual). Ainda, a produção antecipada de provas não admite defesa ou recurso (CPC 382 § 4.º) e o juiz não pode se pronunciar sobre o fato probando ou suas consequências jurídicas (CPC 382 § 2.º), razão pela qual sua atual configuração é a da antiga justificação. A justificação é o exercício em juízo do direito a provar, ou assegurar a prova, independente da pretensão correspondente à relação de direito material que se provar (Pontes de Miranda. Coment. CPC (1973), t. XII, p. 215).” NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria. **Código de Processo Civil Comentado – Novo CPC**. São Paulo: RT, 2015, p. 1078.*

⁹⁴⁹ MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 306-307.

⁹⁵⁰ Como fazem, por exemplo: DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 138-139. THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1, versão eletrônica.

⁹⁵¹ Neste sentido: RODRIGUES, Marco Antonio; PIMENTEL, João Ricardo Ferreira. A preparação do processo civil: produção antecipada de provas, diligências preliminares, pretrial discovery e os pre-action protocols. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2019, v. 290.

⁹⁵² “Os procedimentos probatórios podem ser contenciosos ou voluntários, o que também se aplica a este procedimento do código de 2015, consoante o § 1º do artigo 382, que dispensa a citação dos interessados se inexistir caráter contencioso. Muitas vezes a natureza contenciosa ou voluntária do procedimento probatório dependerá da própria natureza do processo principal, ao qual eventualmente poderá servir, se já delineado no momento de seu ajuizamento.” GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, v. II, p. 128.

⁹⁵³ “Os procedimentos probatórios podem ser contenciosos ou voluntários, o que também se aplica a este procedimento do código de 2015, consoante o §1º do artigo 382, que dispensa a citação dos interessados se inexistir caráter contencioso. Muitas vezes a natureza contenciosa ou voluntária do procedimento probatório dependerá da própria natureza do processo principal, ao qual eventualmente poderá servir, se já delineado no momento de seu ajuizamento.” DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 7. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2017, v. III, p. 128.

testemunha, sobre o que deve constar do relatório da vistoria ou da inspeção etc.) pode representar justamente o ponto de divergência entre os envolvidos. A questão só pode ser adequadamente compreendida a partir da premissa de que o direito material à prova tem um caráter complexo, incluindo as noções de direito a produzir a prova e de direito a participar de sua produção, vale dizer, de influenciar no seu conteúdo. A isso se some a possibilidade de manifestação sobre a prova produzida e de sua análise e valoração pelo órgão julgador competente, caso venha a ser introduzida em processo.

Quando se fala em direito à prova se está a indicar vários sentidos relacionados à garantia fundamental de demonstração e registro de fatos juridicamente relevantes. O que a ação de produção antecipada faz é tratar autonomamente alguns destes sentidos do direito à prova, autorizando a produção da prova e a construção em contraditório de seu conteúdo, sem que exista uma relação direta com outro processo no qual a prova poderá vir a ser utilizada para demonstrar alegações fáticas controvertidas das partes^{954 955}.

Deve haver interesse jurídico para a produção da prova. A resistência da parte adversa contra uma pretensão probatória faz surgir o interesse processual para que se mova uma ação para exercício processual do direito à prova. A prova será, então, produzida em contraditório, em juízo⁹⁵⁶. Neste sentido, a Súmula 389 do Superior Tribunal de Justiça estabelece a necessidade de requerimento formal para que seja ajuizada ação de exibição contra sociedade anônima, quando o pedido de exibição se fundar no art. 100 da LSA. É preciso que exista a resistência na produção da prova para que se autorize a ação probatória autônoma que consista na apresentação de elementos em poder da parte contrária, ou faltar a interesse processual.

Entretanto, se todos os interessados concordarem com a produção da prova ela também poderá ser produzida judicialmente, justamente para que o conteúdo da prova decorra do contraditório instaurado. É que pode não haver divergências sobre se a prova deve ser ou não produzida, mas sobre o *como* a prova deve ser produzida (quais perguntas devem ser feitas, quem deve ser o perito, quais os quesitos a serem respondidos etc.), sobre o seu conteúdo, sendo imprescindível o contraditório para que ele decorra da participação democrática das partes.

⁹⁵⁴ “A produção antecipada de provas é ação (veicula um pedido de tutela jurisdicional) geradora de processo próprio. Não se trata de simples ‘jurisdição voluntária’. Insere-se no contexto de um conflito, ainda que não tenha por escopo diretamente o resolver.” WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, v. 2, p. 369.

⁹⁵⁵ ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 45.

⁹⁵⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2013, v. 218.

A produção antecipada de provas é um procedimento especial, a lei estabeleceu um rito próprio para a tutela do exercício autônomo do direito à prova⁹⁵⁷. Talamini entende que a cognição nesta ação seria sumária, tanto horizontalmente quanto verticalmente, pois o juiz averiguaria apenas superficialmente o pressuposto para antecipação da prova e não se pronunciaria sobre o mérito e pretensão ou defesa para a qual a prova poderá futuramente servir⁹⁵⁸. Entretanto, não concordamos com a posição indicada: a cognição é exauriente, e não sumária, em relação ao seu objeto e pedido. Afirmar que o juiz não decide sobre o “*mérito da pretensão e defesa para qual a prova poderá vir a servir*” e que, por isso, a cognição seria sumária pressupõe que isso (“*mérito da pretensão e defesa para qual a prova poderá vir a servir*”) constituiria objeto do processo de produção autônoma da prova, mas não constitui. Nenhum pedido neste sentido é formulado. A indicação é feita apenas na causa de pedir, para justificar a necessidade da prova, ou seja, ela compõe as razões pelas quais o pedido deverá ser acolhido, não sendo objeto de apreciação jurisdicional para fins de declaração. O pedido é, simplesmente, “seja determinada a produção da prova” e os pressupostos para esta determinação devem ser plenamente analisados pelo juiz, a partir da causa de pedir deduzida. A cognição, sobre o objeto desse processo, é exauriente⁹⁵⁹. Não se pode confundir o objeto da ação de produção antecipada de provas com o mérito de *outro* processo no qual a prova possa a vir a ser utilizada.

Sobre a competência para ação de produção de provas, sob o aspecto territorial, se deve privilegiar a eficiência na produção da prova, devendo a ação tramitar no local em que a prova deva ser constituída. Alternativamente, é competente o foro do domicílio do requerido. Está adequadamente colocada a regra do art. 381, § 2º, CPC/2015. Caso seja possível a produção de provas em várias localidades, o autor pode optar por qualquer uma delas, existindo uma concorrência de foros.

Em relação à competência funcional, valem as regras gerais, mas deve ser considerada a matéria relativa à pretensão ou defesa para a qual a prova poderá a vir a ser relevante. Neste ponto ressalta-se a relação entre a ação de produção autônoma e o prospectivo processo em que ela poderá vir a ser utilizada. Por exemplo, caso a produção probatória diga respeito a um potencial litígio trabalhista, a competência para a medida é da Justiça do Trabalho (art. 114,

⁹⁵⁷ Sobre o ordenamento francês, com algum paralelismo sobre o artigo 145 do *Nouveau Code de Procédure Civile*: DESPRÉS, Isabelle. **Les mesures d’instruction in futurum**. Paris: Dalloz, 2004, p. 18.

⁹⁵⁸ TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2016, v. 260.

⁹⁵⁹ ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 218.

CF). Caso a providência seja requerida em face da (ou pela) União, suas autarquias ou empresa pública federal, a competência é da Justiça Federal. Continua aplicável o já disposto na Súmula 32⁹⁶⁰ do Jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça, em relação à justificação não contenciosa⁹⁶¹. Contudo, na produção antecipada de provas movida contra a União, suas autarquias ou empresas públicas federais a ação poderá ser proposta no 1º grau da justiça comum, quando inexistir na localidade vara federal, mas os recursos deverão ser direcionados ao Tribunal Regional Federal competente. A regra do art. 381, § 4º, CPC/2015 está em consonância com o art. 109, § 3º, CF.

A ação de produção antecipada de provas não previne a competência do juízo no qual eventualmente se venha a propor uma outra ação com a utilização da prova produzida. O art. 381, § 3º, CPC/2015 consolidou o entendimento já assente na Súmula 263⁹⁶² do antigo Tribunal Federal de Recursos sobre a cautelar de produção antecipada de provas. A opção está correta e plenamente justificada, pela ausência de cognição e decisão, ainda que sumária, sobre o mérito do processo futuro e eventual.

7.3. Partes, terceiros e interessados

As ações probatórias autônomas, sob o viés da relação jurídico-processual que instauram, não representam, muitas vezes, um esquema rígido e binário de autor-réu. Em algumas situações este esquema se reproduz, mas nem sempre. Como o produto da ação probatória autônoma é a produção e documentação de um meio de prova, decorrente do acolhimento da pretensão deduzida, sobre um determinado fato, é preciso considerar que pode haver igual interesse entre quem requer a produção da prova e quem é chamado a participar dela, no esclarecimento do fato.

O art. 382, CPC/2015, cautelosamente, designa o autor da ação de produção autônoma de provas de “requerente” e aqueles que venham a tomar parte no processo de “interessados”. A dicção legal não fala em “requeridos”, mas prefere designar uma relação dos sujeitos processuais com o próprio objeto de prova. O interesse designado, então, mantém relação com

⁹⁶⁰ Súmula 32 STJ - “Compete à Justiça Federal processar justificações judiciais destinadas a instruir pedidos perante entidades que nela têm exclusividade de foro, ressalvada a aplicação do art. 15, II, da [Lei 5.010/66](#).”

⁹⁶¹ “O juízo estadual é investido de competência delegada para processar justificação judicial que envolva interesse de ente público federal, no caso de o domicílio do requerente não ser sede de vara federal, consoante o disposto no art. 15, inciso II, da Lei nº 5.010/66, recepcionado pelo art. 109, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal. Inteligência da Súmula 32 do STJ.” BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **AC: 3284 PA 1998.39.00.003284-1**, Rel. Des. Fed. José Amilcar Machado, Primeira Turma, j. 14 fev. 2007.

⁹⁶² Súmula 263 TFR: “A produção antecipada de provas, por si só, não previne a competência para a ação principal.”

o fato probando ou suas consequências, guardando relação com um contencioso prospectivo. A prova a ser produzida requer a oportunidade de participação daqueles que tenham interesse em seu conteúdo, na elucidação dos fatos e seu esclarecimento. Não há, a toda evidência, em muitas situações, uma polarização rígida, própria do esquema autor e réu, dado o caráter dúplice da ação⁹⁶³. É que todos os envolvidos podem possuir igual interesse, justificados por contrapostas expectativas relacionadas ao fato pertinente, na própria produção da prova. Não por acaso, os interessados podem requerer a produção concomitante de outras provas sobre o mesmo fato, devendo o juiz deferir a pretensão, salvo se a produção conjunta puder acarretar em dilação indevida do processo (art. 382, § 3º, CPC/2015). Note que para estes meios de prova incidentalmente pretendidos alguém que era, na nomenclatura da lei, “interessado” é que será o “requerente”, já que é quem postula a produção.

Caso se pretenda a utilização da prova em um processo futuro é indispensável que as prospectivas partes participem da formação da prova, para fins de sua futura admissibilidade⁹⁶⁴. Sem a participação das partes prospectivas não será adequada a admissão da prova produzida por antecipação em um processo futuro, ou, ao menos, na impossibilidade de produção de outra prova no curso do processo, seu valor probante será significativamente reduzido. Isso porque a prova produzida por antecipação entra no processo futuro como prova emprestada⁹⁶⁵, sendo indispensável sua formação em contraditório pelas partes do processo no qual se pretende a introdução da prova antecipada⁹⁶⁶.

A análise de quem deve ser parte de uma ação probatória autônoma se dá à luz do fato e do potencial contencioso futuro envolvendo aquele fato, salvo na pretensão de justificação pura. Mesmo quando o objetivo (causa de pedir) indicado envolve a solução consensual ou a avaliação sobre a conveniência de propositura de uma ação, é certo que a análise da legitimidade para a produção da prova guarda relação com o processo futuro⁹⁶⁷. É à luz da potencialidade do

⁹⁶³ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 330.

⁹⁶⁴ “*Deve ser incluído no polo passivo, como réu, todo aquele contra o qual se possa pretender futuramente, de algum modo, utilizar a prova. Por mais incerto e eventual que seja o uso futuro da prova em outro processo, cabe observar esse parâmetro. A prova produzida sem a presença do adversário é despida de valor, não sendo admissível no processo subsequente.*” TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2016, v. 260.

⁹⁶⁵ CARVALHO, Fabrício de Farias. A prova e sua obtenção antecipada no Novo Código de Processo Civil. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. (Coords.) **Direito Probatório**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 769.

⁹⁶⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, v. 2, p. 371.

⁹⁶⁷ CINTRA, Lia Carolina Batista. Litisconsórcio e intervenção de terceiros no processo autônomo de produção antecipada de prova. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.) **Processo em jornadas**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 583.

contencioso que se analisa a legitimidade⁹⁶⁸. Na verdade, legitimidade e interesse se aproximam, pois a legitimidade ativa considera a própria utilidade da prova para quem a requer, sendo preciso a identificação de uma possível vantagem jurídica, e não meramente econômica ou moral. Em relação ao requerido, é certo que deverá participar aquele contra quem se pretenda extrair efeito jurídico do fato, a partir da constituição do meio de prova, já que a prova é ineficaz para quem não participou de sua colheita. Assim, o interesse de provar, aproxima-se da própria titularidade do direito à prova, posto que a premissa estabelecida é a de desnecessidade de uma situação de urgência. A pretensão de produção de prova sendo pertinente ao esclarecimento de fato juridicamente relevante, em face de um dos autorizativos legais, dá-se o interesse em sua satisfação⁹⁶⁹. Por outro lado, a prova supérflua, por ser desnecessária juridicamente, ou que pode ser obtida sem qualquer necessidade de intervenção do Estado-juiz afastam o acolhimento da pretensão. Por isso, é preciso considerar a utilidade da prova, dada a potencialidade de sua utilização.

A questão, também, pode ser considerada sob o viés do detentor da informação ou do meio de prova, pois, certamente, é distinto o tratamento de quem é parte (atual ou prospectiva) em um processo e de quem é terceiro em relação aquele objeto litigioso. Por exemplo, a situação de um banco não é a mesma quando se solicitam informações de um contrato com ele firmado, no contexto de uma possível ação revisional, e quando se pretende informações bancárias de um de seus clientes. Na hipótese de uma possível ação revisional, o banco é parte da relação jurídica pertinente e, prospectivamente, poderá vir a ser parte de um processo contencioso futuro, posterior. Mas, há situações nas quais se procura obter informações que estão em poder do banco (ou de qualquer outro repositório de informações), mas que dizem respeito a outras pessoas, seus clientes e usuários. Por exemplo, quando alguém deseja ter acesso às informações bancárias sigilosas de outrem. Neste segundo caso o banco não é, rigorosamente, parte prospectiva do processo futuro. Ele é o detentor da informação, mas o privilégio e proteção do sigilo não se colocam diretamente em seu favor. Contudo, para a ação probatória autônoma estes reflexos da relação jurídica substancial precisam ser adequadamente compreendidos, pois

⁹⁶⁸ “...ainda que se possa – como realmente parece possível – conceber um autêntico direito autônomo à prova, e mesmo que se considere que essa última pode e deve, sob certas condições, ser constituída com o escopo de orientar as partes, e não necessariamente servir de fundamento para um julgamento estatal que declare o direito no caso concreto, ainda assim a ligação da prova a uma afirmada situação de direito material – atual ou ao mesmo potencialmente controvertida – é imprescindível para justificar a intervenção estatal, fazendo-a não apenas útil (porque necessária e adequada), mas razoável e proporcional”. YARSHELL, Flávio Luiz. Produção antecipada de prova. In: WAMBER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR, Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno. (coords). **Breves comentários ao código de processo civil**. 3 ed. São Paulo: RT, 2016, p. 211 e 212.

⁹⁶⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 340-343.

quem tiver algum interesse na prova poderá vir a ser chamado a participar do processo. Por isso, Yarshell chega a afirmar que inexistem, propriamente, terceiros para a ação probatória autônoma⁹⁷⁰. A ação probatória autônoma, então, deve ser proposta contra o titular da conta bancária, e também contra o banco, embora ele seja terceiro materialmente para uma eventual discussão entre as partes. Ele é parte para ação probatória autônoma, mesmo, materialmente, não sendo parte legítima na ação futura e potencial. Os repositórios de informações devem prestar colaboração com a justiça da mesma maneira como fariam em qualquer outro processo, prestando informações sobre fatos e circunstâncias de que tenham conhecimento e exibir documentos ou coisas que estejam em seu poder, em atenção à determinação judicial. Naturalmente, a resistência injustificada pode acarretar na determinação de sanções judiciais, com a utilização de medidas coercitivas, como a imposição de multa (art. 380, CPC/2015). Lia Carolina Batista Cintra entende que “*não há espaço para falar em terceiros participantes do contraditório. Todos aqueles que de algum modo participarem serão partes*”⁹⁷¹. É preciso, contudo, entender com alguma cautela a posição. Isso porque se o detentor da informação é parte legítima para a ação probatória autônoma, as alegações e matérias que poderá discutir são diferentes daquelas que poderia trazer se fosse parte prospectiva de um processo futuro, inclusive em relação à pretensão de produção de contraprova, bem como outras matérias de defesa.

Ainda em relação aos órgãos públicos e banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações, deve-se considerar a possibilidade de o interessado ter acesso à sua própria informação ali constante. Esta situação é diferente do exemplo anterior, pois não se objetiva o acesso a dados de outra pessoa, mas aos próprios dados e informações do interessado. Neste tipo de situação, que possui remédio jurídico processual próprio, com a dignidade de *writ* constitucional⁹⁷², é possível a propositura de ação judicial

⁹⁷⁰ “*Isso explica, em boa medida, a ideia – à qual se fez alusão – que em processo instaurado por força de direito à prova não há propriamente ‘terceiros’: ainda que os fatos que se busca investigar e a prova que se busca a pré-constituir possam, desde logo e a partir de elementos disponíveis no plano substancial, ser relacionados – quanto ao respectivo emprego – a determinada pessoa, e ainda que essa pessoa não seja exatamente aquela em face de quem se exercita o direito à prova, isso não afasta a ideia de que, ao menos em alguma medida, a esfera jurídica dessa pessoa, no confronto de quem se exercita o direito à prova é atingida e, portanto, ela é – ou, quando menos, pode vir a ser – diretamente afetada.*” YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 364.

⁹⁷¹ CINTRA, Lia Carolina Batista. Litisconsórcio e intervenção de terceiros no processo autônomo de produção antecipada de prova. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.) **Processo em jornadas**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 584.

⁹⁷² MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 339-340.

contra o mantenedor do registro ou banco de dados. É o espaço de atuação própria do *habeas data*, que pode ser utilizado para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público; para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; ou para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável (art. 7º da Lei 9.507/1997). O *habeas data* visa a proteger a esfera íntima do indivíduo contra a conservação de dados falsos ou com fins diversos dos autorizados por lei, bem como sua indevida utilização, sendo possível a retificação, alteração ou exclusão do próprio registro⁹⁷³.

O *habeas data*, então, pode possuir claro caráter probatório, no sentido de que ele tutela o acesso à informação constante de registro ou banco de dados com informações que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações. Mas, ele vai além, pois permite a própria retificação, alteração ou exclusão da informação, registro ou dado. Não existe, portanto, confusão com a ação probatória autônoma nesta parte. Entretanto, quando o objetivo do requerente for apenas o acesso à informação, se pretensão de modificação ou alteração do registro, é possível a opção pela utilização da ação probatória autônoma. Quando se pretender também a retificação de dados, a ação deverá ser processada pelo procedimento comum (art. 7º, II, da Lei 9.507/1997), em alternativa ao *writ*.

Muito excepcionalmente é possível a ação probatória autônoma sem a formação de seu polo passivo, o que se verifica na justificação para simples documentação de fato sem caráter contencioso (art. 381, § 5º, CPC/2015). Essa situação, contudo, precisa ser compreendida restritivamente, pois se houver repercussão do resultado probatório na esfera jurídica de terceiros, é indispensável sua citação como réu, ou será inadmissível a prova produzida. Aliás, existe um interesse jurisdicional em garantir a utilidade do processo, com a participação dos interessados. O juiz dispõe, então, de poderes para determinar a citação de ofício de interessados na produção da prova. Trata-se de uma intervenção *iussu iudicis*⁹⁷⁴, em exceção à regra geral de que a determinação do réu depende de ato do autor⁹⁷⁵. A justificativa para esta previsão

⁹⁷³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 465.

⁹⁷⁴ Para um estudo específico da intervenção por ordem do juiz, vide: CINTRA, Lia Carolina Batista. **Intervenção de terceiro por ordem do juiz: a intervenção iussu iudicis no processo civil**. São Paulo: RT, 2017.

⁹⁷⁵ TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2016, v. 260.

reside na própria utilidade da ação de produção antecipada de provas. Considere-se, por exemplo, um caso no qual a potencial ação futura indique a necessidade de litisconsórcio necessário e unitário. Caso a prova venha a ser produzida autonomamente sem a participação de um litisconsorte necessário do processo futuro existe uma grande perda de eficácia do processo probatório, isso porque será necessário refazer a prova, para que se exerça adequadamente o contraditório, já que a prova só é eficaz em relação ao réu que participou de sua constituição⁹⁷⁶. Ainda que se pretenda a prova apenas para avaliar a conveniência ou não da propositura da ação futura, há um desperdício de esforço judicial, isso porque será necessário repetir a prova, caso a ação venha a ser proposta. A questão, então, se põe à luz da máxima utilidade da produção da prova, garantindo que os interessados potenciais em seu conteúdo participem de sua constituição, preconizando seu valor probante futuro. Verificando que a relação jurídica atinente ao fato probando tem cunho unitário, o juiz deve mandar citar todos os interessados, como uma forma de garantir uma atividade processual eficiente, claro se a prova puder interessar a todos aqueles cuja participação no processo futuro a lei impõe^{977 978}. Mas, mesmo se a relação não for unitária, poderá ser adequada a participação de outros interessados, já que o objetivo é assegurar a eficácia probatória da prova constituída em contraditório.

7.4. O papel do juiz na produção antecipada de provas

O juiz, na ação de produção antecipada de provas, não tem iniciativa probatória, não pode pretender a coleta de meios de prova adicional sobre o fato e nem pode interferir no conteúdo da prova, como normalmente faz em relação à prova produzida incidentalmente no processo⁹⁷⁹. Não há, com efeito, nada a ser, ao final do processo, considerado como provado e

⁹⁷⁶ CINTRA, Lia Carolina Batista. Litisconsórcio e intervenção de terceiros no processo autônomo de produção antecipada de prova. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.) **Processo em jornadas**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 594.

⁹⁷⁷ CINTRA, Lia Carolina Batista. Litisconsórcio e intervenção de terceiros no processo autônomo de produção antecipada de prova. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.) **Processo em jornadas**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 586.

⁹⁷⁸ “...a perda dos atos precedentes não se afeiçoa ao interesse público. Se a prova deve ser produzida e se há iniciativa legítima de que o seja de forma antecipada, que ela se faça da forma mais completa e eficiente possível. Do contrário, seria de se duvidar do legítimo interesse para a própria antecipação. Portanto sob o ângulo estatal, impõe-se a presença de todos quantos estejam ligados, no plano substancial, aos fatos sobre os quais se pretende pré-constituir a prova, em típica situação de litisconsórcio necessário.” YARSHELL, Flávio Luiz. Produção antecipada de prova. In: WAMBER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR, Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno. (coords). Breves comentários ao código de processo civil. 3 ed. São Paulo: RT, 2016, p. 1159.

⁹⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: RT, 2015, p. 407.

que requeira a atuação ativa do juiz. O âmbito de cognição judicial nesta ação limita-se a decidir sobre o próprio pedido de produção da prova, a partir da causa de pedir deduzida⁹⁸⁰.

O ordenamento jurídico brasileiro, goste-se ou não da regra, outorga ao juiz o poder de *instruir* uma causa que está pendente diante de si, já que possui o poder de, de ofício, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito (art. 370, CPC/2015)⁹⁸¹. Isso significa que, em dada ação, o juiz não está adstrito a considerar apenas as provas que as partes apresentem, se pré-constituídas, ou requeiram, se constituídas, mas ele possui a chamada iniciativa probatória para determinar a coleta de outros meios de prova para o julgamento da causa. Este poder se relaciona à função instrumental do processo e à necessidade de efetividade e garantia do direito material. Por assim dizer, há um compromisso do Estado-Juiz com a averiguação dos fatos efetivamente havidos e relevantes para o julgamento de uma causa, o que se relaciona, diretamente, com a premissa legitimatória da atividade processual nas sociedades democráticas (vide Cap. 1). Ocorre que na ação probatória autônoma o objeto da causa é saber se a prova deve ou não ser produzida. Por isso, o juiz não deve influenciar no conteúdo da prova e nem pode determinar, de ofício, a produção de outros meios de prova em relação ao mesmo fato probando.

O juiz, eventualmente, pode determinar a produção de provas para saber se deve ou não ser produzida a prova pretendida na ação autônoma, e que constitui seu objeto. Isso, naturalmente, está encampado no âmbito do seu poder instrutório: o juiz precisa avaliar se acolherá ou não a pretensão de simples produção de prova que lhe foi deduzida. Não obstante, não existe um poder geral do juiz de produzir provas quando não há um objeto litigioso a ser instruído e provado, por isso o juiz não pode conduzir a produção autônoma de prova da mesma maneira como atua na instrução de um outro processo, no sentido de que não pode investigar o fato objeto de prova⁹⁸². Não é possível, por isso, que na ação probatória autônoma o juiz determine a oitiva de outras pessoas com conhecimento sobre o fato ou que determine sejam apresentados outros documentos ou complementado o objeto da perícia, para além do quanto requerido pelas partes. Nada disso está abrangido no âmbito dos poderes instrutórios do juiz. O

⁹⁸⁰ “No tocante à cognição, ressalta-se que a função do magistrado em tal procedimento é apenas aquela atinente a assegurar que a prova seja efetivamente produzida, de modo que não lhe cabe valorar a relação que a prova possui com o direito que pretende embasar e os efeitos jurídicos dos fatos a se provar, mesmo porque não necessariamente será o juízo que a produz aquele que irá conhecê-la quando do ajuizamento da ação principal.” RODRIGUES, Marco Antonio; PIMENTEL, João Ricardo Ferreira. A preparação do processo civil: produção antecipada de provas, diligências preliminares, pretrial discovery e os pre-action protocols. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2019, v. 290.

⁹⁸¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do Juiz**. 7. ed. São Paulo: RT, 2013.

⁹⁸² MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, t. XII, p. 258.

conteúdo normativo do art. 370, CPC/2015 precisa ser compreendido à luz da peculiaridade deste tipo de ação. A ação probatória autônoma marca-se, assim, pela prevalência da condução no interesse das partes. Trata-se de uma atividade investigatória conduzida pelos interessados no fato.

Neste ponto há um paralelismo com aquilo que se verifica no *discovery* em *pretrial*, como indicado no Cap. 4. As partes interessadas no esclarecimento do fato dispõem de mecanismo de apoio processual e judicial para a produção da prova, mas não se trata de uma investigação que conte com a participação ativa do juiz. O juiz verifica se é procedente o pedido de produção de provas e supervisiona a atividade probatória com sua documentação, mas não a conduz e nem tem a liberdade de determinar a coleta de outras evidências sobre o fato. Não é condizente a possibilidade de investigação ampla e prévia com a figura de um juiz ativo e inquisidor sobre o conteúdo da prova a ser pré-constituída. Não se pode olvidar que, caso posteriormente venha a ser deduzida alguma pretensão de direito material sobre os fatos que foram investigados na ação probatória autônoma, o juiz que vier a julgar esta causa possuirá os poderes instrutórios na forma estabelecida na legislação, dentro do modelo probatório adotado pelo Brasil. Quando a prova houver de ser produzida autonomamente a investigação sobre o fato dar-se-á, rigorosamente, tendo em vista o pedido feito pelo requerente na petição inicial e, eventualmente, pelos demais interessados. A produção autônoma da prova, então, está com maior força no âmbito de disposição e iniciativa das partes.

Flávio Luiz Yarshell, contudo, entende que o juiz possui, na ação probatória autônoma, os mesmos poderes instrutórios que possui em qualquer processo. Se não é possível a produção espontânea da prova, uma vez demandada a produção, o poder de instrução se coloca com a mesma intensidade, especialmente quando se tratar de direitos e interesses indisponíveis ou quando a relação material seja marcada por substancial desigualdade⁹⁸³. Entretanto, a posição aqui defendida considera que no processo que julgue a pretensão material e no qual a prova antecipada venha a ser produzida haverá o pleno exercício dos poderes instrutórios do juiz, inclusive para suprir eventuais desigualdades entre os envolvidos, não se justificando uma postura ativista no âmbito da ação probatória autônoma. Inclusive não se sabe, ao tempo da ação probatória, sequer se uma outra ação será efetivamente proposta.

A questão, também, precisa ser compreendida à luz do objeto do processo de produção autônoma de provas e da garantia do chamado princípio da demanda, a assegurar que o objeto

⁹⁸³ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 144-147.

litigioso do processo é definido pelas partes⁹⁸⁴. O pedido deduzido, a partir da causa de pedir deduzida, define o âmbito de atuação do juiz e, neste tipo de processo, produzir a prova é a questão principal. Por outro lado, a partir dos fatos que forem indicados como objeto de prova, o juiz poderá identificar a necessidade, facultando a participação, de outros interessados na constituição da prova ou no próprio fato probando. Assim, o juiz pode identificar que o fato diz respeito à direitos coletivos e, a partir da produção antecipada de provas movida por um dos interessados, determinar a participação de outros titulares ou representantes do direito coletivo. Por exemplo, em uma dada ação que vise à produzir prova sobre as circunstâncias em que ocorreu determinado acidente aéreo, movida pelo familiar de uma das vítimas, o juiz pode determinar *ex officio*⁹⁸⁵ a citação da Agência Nacional de Aviação Civil, do Ministério Público, de familiares de outras vítimas, para que integrem o contraditório e tomem conhecimento da prova que se está por produzir. Independentemente de haver contenção ou não sobre o pedido de produção de prova, o juiz pode determinar a citação de interessados, inclusive com a publicação de edital, se for o caso (art. 259, III, CPC/2015)⁹⁸⁶.

Em atenção ao dever de eficiência processual não se deve permitir ações concomitantes de produção antecipada de provas sobre o mesmo fato com tramitação em apartado em um mesmo juízo. Deve ser determinada a reunião das ações para que se produza um mesmo acervo probatório comum, com tantos meios de prova quantos se mostrarem necessários, com a agregação dos interessados na produção da prova. O sentido de cooperação jurídica interna impõe nos casos apropriados a concertação de atos probatórios entre juízes cooperantes.

O juiz, na ação probatória autônoma, tem a função de condutor da produção da prova, garantindo a legalidade, com a observância de procedimento legítimo para obtenção, constituição e documentação da prova. Ele deve assegurar o contraditório, com a efetiva oportunidade de participação dos interessados no fato. Deve, igualmente, preservar os direitos fundamentais dos envolvidos, balanceando o direito a produzir prova com o resguardo de outros direitos, a partir de um exercício de ponderação e proporcionalidade. O juiz, se não possui poderes instrutórios, deve *gerir* o processo de produção da prova, garantindo a eficiência processual e a efetiva participação em contraditório e cooperação das partes interessadas. Além disso, na linha defendida por William Santos Ferreira, as provas devem ser produzidas de

⁹⁸⁴ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro** (versão eletrônica). São Paulo: RT, 2015, v. 2, p. 1294.

⁹⁸⁵ CINTRA, Lia Carolina Batista. Litisconsórcio e intervenção de terceiros no processo autônomo de produção antecipada de prova. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.) **Processo em jornadas**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 585.

⁹⁸⁶ RODRIGUES, Marco Antonio; PIMENTEL, João Ricardo Ferreira. A preparação do processo civil: produção antecipada de provas, diligências preliminares, pretrial discovery e os pre-action protocols. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2019, v. 290.

maneira eficiente, assegurando que as técnicas dispostas para obtenção sejam devidamente calibradas conforme as necessidades que se apresentam, existindo um princípio de valorização da máxima eficiência dos meios de prova, a determinar sejam otimizados os instrumentos disponíveis para esta finalidade⁹⁸⁷. O direito à prova não se esgota no deferimento de sua produção, mas requer, conforme o caso, a adoção de medidas executivas, coercitivas ou subrogatórias. O juiz, então, na condução da atividade probatória possui poderes para compelir as partes e os terceiros que devem colaborar com sua produção, adequar o procedimento probatório e implementar medidas executivas⁹⁸⁸.

7.5. Um juiz que controla a produção de provas a serem apreciadas por outro julgador, similitude com o arquétipo anglo-americano?

No processo civil anglo-americano, tradicionalmente, era atribuição das partes a coleta e apresentação no *trial* dos meios de prova. O *Common Law* não dispunha de mecanismos de investigação processual e apenas, de maneira restrito, seria possível a obtenção de uma ordem in *Equity* para esta finalidade, com a utilização da *bill of discovery*. Essa situação, contudo, se alterou com a formação do processo civil moderno naqueles países, que decorrem da fusão de elemento das antigas jurisdições de *Common Law* e de *Equity*. Contudo, permaneceu o modelo de um julgamento concentrado e, nos Estados Unidos, a presença do júri para casos cíveis, inclusive como uma garantia com dignidade constitucional (vide Cap. 4, Item 4.2. e seguintes). Mas, mesmo nos novos modelos, a condução do processo antes do *trial* se manteve mais no âmbito de disposição das partes, a ponto de não se identificar o processo em si como os autos permanentemente em poder do juiz, mas como a troca de comunicações havidas entre as partes durante o *pretrial*, cabendo aos litigantes selecionar e apresentar os elementos próprios ao julgador, para sustentar as alegações de seu caso.

Como, tradicionalmente, a troca de comunicações entre as partes e preparação do caso para julgamento estava no âmbito de condução das partes, surgiu a ideia de um juiz passivo, se bem que com uma conotação bastante diferente do que a expressão pode transmitir à um jurista de *civil law*. O juiz não é passivo apenas por não determinar a produção de provas, mas pelo *pretrial* e preparação do caso para apresentação e julgamento ser uma atividade própria dos

⁹⁸⁷ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: RT, 2014, p. 184.

⁹⁸⁸ FERREIRA, William Santos. Transições paradigmáticas, máxima eficiência e técnicas executivas típicas e atípicas. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. (Coords.) **Direito Probatório**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 590-591.

advogados, devendo o juiz apenas admitir as provas e supervisionar os debates orais (concentrado) perante o júri, admitindo as provas requeridas pelas partes. Por isso mesmo a definição de que o processo seria bifásico⁹⁸⁹.

As dificuldades de desenvolvimento do *discovery*, a amplitude da investigação pretendida pelas partes e os elevados custos envolvidos com o seu desenvolvimento, estão na raiz das reformas empreendidas sucessivamente nas FRCP e também com a criação das CPRs e as posteriores reformas de Jackson e outras modificações havidas no processo civil inglês. É neste contexto que se afirma a necessidade de um juiz gestor de casos⁹⁹⁰, voltado para a condução do feito de maneira mais eficiente, efetiva e com a redução de custos. O juiz nos Estados Unidos e na Inglaterra, na maneira como conduzem o gerenciamento do caso durante o *pretrial*, não se identificam com exatidão ao juiz do *Civil Law*, seja em relação aos poderes instrutórios, seja pela própria expectativa de impulso oficial, do modo como se coloca. Claro, os processos civis modernos, de modo geral, estão preocupados com o acesso à justiça, no sentido de uma prestação jurisdicional mais adequada, com menor formalismo e custos. Contudo, continuam existindo muitas diferenças operacionais importantes entre os modelos. Os Capítulos 4 e 5 bem demonstram algumas dessas distinções. Se é possível afirmar que existe convergência de objetivos nas reformas processuais é, ainda, uma extrapolação a tentativa de acrítica aproximação entre os modelos.

As ações probatórias autônomas no Brasil, assim, se relacionam mais com a tradição luso-brasileira, que há muito conhece a figura da justificação pura ou da ação para simples exibição de documento, do que com uma influência anglo-americana. Ainda mais se se pretender ver no *discovery* ou *disclosure* o objeto desse transplante. Tanto a Inglaterra quanto os Estados Unidos possuem mecanismos para a simples produção de prova não urgente, mas é incorreto afirmar que este é o papel do *disclosure* ou do *discovery*, que são etapas endoprocessuais de instrução e preparação para o julgamento concentrado⁹⁹¹. Os Estados Unidos possuem uma ação específica de produção de prova para apoio a um processo estrangeiro, na forma do Capítulo 1782 do título 28 do USC⁹⁹², mas as FRCP apenas permitem

⁹⁸⁹ ARAÚJO, José Aurélio de. A eficácia epistêmica da fase preparatória do processo bifásico. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2015, v. 241.

⁹⁹⁰ ALVES, Tatiana Machado. **Gerenciamento processual no Novo CPC: mecanismos para a gestão cooperativa da instrução**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 161-162.

⁹⁹¹ FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur. **Civil Procedure**. 5. ed. Saint Paul: West Publishing, 2015, p. 388.

⁹⁹² BORN, Gary; RUTLEDGE, Peter. **International Civil Litigation in United States Courts**. 4. ed. Nova Iorque: Aspen Publisher, 2007, p. 1.004.

a produção antecipada de provas cautelares⁹⁹³. Apenas algumas legislações estaduais admitem um *discovery* preparatório⁹⁹⁴. As CPRs inglesas, a par da introdução dos *pre-action protocols*, possuem a possibilidade de uma ação de produção antecipada de provas não cautelares⁹⁹⁵. Seu objeto é, justamente, produzir uma prova, com a coleta de documentos, que posteriormente poderão vir a ser utilizados em uma outra e futura ação, na forma da Rule 31.16 CPR⁹⁹⁶. Além disso, existem regras específicas sobre a produção autônoma da prova no *Supreme Court Act* de 1981, Seção 33, e no *County Court Acts de 1984*, Seção 52. O caso *Norwich Pharmacal*, de 1973, firmou a possibilidade de se obter provas em poder de terceiros, e não de uma provável parte de um processo futuro, antes do ajuizamento de uma ação⁹⁹⁷, o que demonstra uma sedimentação gradual do instituto.

Não é adequada a equiparação das atividades do juiz ou das partes desenvolvidas nas ações probatórias autônomas no Brasil e o *discovery* ou *discoloure*. As ações probatórias autônomas possuem objeto de julgamento próprio, seu próprio fim é a produção da prova e a decisão que as extingue, no mérito, apenas se refere à produção ou impossibilidade de produção da prova, nada mais. Enquanto o *discovery* é ferramenta própria de preparação de uma audiência de *trial*, de um ato concentrado de apresentação, apreciação das provas e julgamento do caso. Além disso, como fase processual que é, o *discovery* convive com a possibilidade de julgamento antecipado do próprio mérito do processo (*summary judgment*) ou extinção da causa (*dismissal*), o que não se coloca em relação à uma ação que objetive produzir uma prova (ao menos não em relação a outro objeto que não sabe se a prova deve ou não ser produzida).

7.6. Produção antecipada de prova e o objeto de um processo futuro

Apenas eventualmente a prova autonomamente produzida será utilizada em um processo futuro no ordenamento jurídico brasileiro. Esta relação é eventual considerando que o meio de prova se submeterá ao exame de relevância e admissibilidade na ação na qual se venha a pretender sua introdução e, principalmente, ao fato de que este processo contencioso futuro é, efetivamente, uma potencialidade e poderá nunca vir a ser proposto. Aliás, a produção da prova pode servir, justamente, para evitar o ajuizamento de uma ação, a partir da análise

⁹⁹³ HOFFMAN, Lonny. Access to Information, Access to Justice: The Role of Presuit Investigatory Discovery. In: **University of Michigan Journal of Law Reform**. Ann Arbor: University of Michigan Law School, 2007, v. 40, n. 2. DODSON, Scott. Presuit discovery in a comparative context. In: **Journal of Comparative Law**. Londres: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2011, v. 6, p. 58-59.

⁹⁹⁴ KRONFELD, Nicholas. The Preservation and Discovery of Evidence Under Federal Rule of Civil Procedure 27. In: **Georgetown Law Journal**. Washington: GU, 1990, v. 78, p. 594.

⁹⁹⁵ DODSON, Scott. Presuit discovery in a comparative context. In: **Journal of Comparative Law**. Londres: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2011, v. 6, p. 53.

⁹⁹⁶ MATTHEWS, Paul; MALEK, Hodge M.. **Disclosure**. Londres: Sweet & Maxwell, 2012, p. 27.

⁹⁹⁷ "...*Norwich Pharmacal* form of presuit discovery is investigative, but it can be sought only from a nonparty, not from the prospective defendant. Neither form of presuit discovery, then, provides viable relief to a plaintiff who needs to obtain facts in the hands of a defendant in order to file a sufficient complaint." DODSON, Scott. Presuit discovery in a comparative context. In: **Journal of Comparative Law**. Londres: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2011, v. 6, p. 53.

informada dos fatos. A doutrina francesa, cuidando das ações probatórias *in futurum* daquele ordenamento, entende que a pré-constituição de uma prova se faz sempre tendo em vistas um processo futuro e eventual. Mesmo que este processo nunca venha a ocorrer, é considerando se os fatos sobre os quais se pretende a produção do meio de prova autônomo são capazes de impactar a solução da ação eventual e futura que o juiz apreciará o pedido probatório deduzido. A obtenção de uma medida de instrução *in futurum* não é possível se a (eventual) ação de fundo não for ao menos plausível⁹⁹⁸. Ou seja, na análise do pedido e da causa de pedir probatória deve existir a verificação da plausibilidade de existência de um conflito jurídico, que poderá vir a ser judicializado, e da relevância dos fatos sobre os quais recairá o meio de prova pretendido neste contexto⁹⁹⁹. É da essência do próprio instituto a relação com este processo futuro, que deve ser considerado ao se analisar a causa de pedir probatória deduzida¹⁰⁰⁰. A produção da prova se insere, ainda que indiretamente, no contexto de um conflito, cuja solução não é seu escopo imediato¹⁰⁰¹.

O objeto da ação probatória autônoma está relacionado com a demonstração de um fato específico (ou conjunto de fatos). O pedido relaciona-se à produção de um meio de prova para a coleta de informações sobre um fato (ou conjunto de fatos inter-relacionados). A petição inicial da ação probatória deve especificar *o quê* se pretende ver demonstrado ou, mais especificamente, qual o fato deve ser objeto de documentação, através da realização de um determinado meio de prova¹⁰⁰². Não é preciso indicar, pormenorizadamente, quais as consequências jurídicas do fato, quais normas jurídicas teriam os seus suportes fáticos preenchidos ou quais pedidos poderão vir a ser deduzidos em um futuro processo. Contudo, é indispensável que o autor indique com clareza o quê pretende investigar com a produção da prova e quais as possíveis consequências jurídicas do fato. Esta indicação é fundamental para permitir a adequada participação dos demais interessados, sendo uma premissa para a cooperação processual nesta ação¹⁰⁰³.

É que a produção de qualquer meio de prova implica a documentação de uma determinada leitura da realidade. Esta documentação é feita pela atividade das partes e dos auxiliares da justiça, sob a supervisão do juiz. Não é, contudo, qualquer documentação sobre o fato que pode ser feita. Os interessados devem estar cientes, efetivamente, do que o autor pretende provar (ou, mais precisamente, quais fatos pretende esclarecer), para que possam participar. Por exemplo, em um determinado contexto relacionado a um acidente, o autor deve indicar na petição inicial se pretende apenas produzir uma prova técnica sobre a culpa pelo evento ou se pretende, também, quantificar a extensão do dano. Ora, embora não exista um *thema probandum*, no sentido clássico, relacionado ao objeto de um processo como haveria se já houvessem (outras) pretensões deduzidas sobre o acidente, os interessados na produção da prova só poderão adequadamente participar processualmente se ficar claro o que o requerente pretende ou, ao menos, quais as possíveis repercussões jurídicas do fato. É o pedido e a causa de pedir expostos na ação probatória autônoma que definem o objeto da atividade processual.

O pedido, então, na ação de produção antecipada de provas, se volta para o acesso à informação sobre determinado fato, com a constituição ou coleta de um determinado meio de prova, ou o registro e justificação de sua verificação. O pedido deve indicar qual o objeto (fato) da prova e o meio de prova que se pretende produzir e qual a sua potencial repercussão jurídica (possibilidade de contencioso futuro), não se aplicando este último requisito no arrolamento simples e na justificação pura. A ação, assim, se presta a documentar determinada percepção sobre um fato, permitindo o seu conhecimento e avaliação pelos interessados.

A inter-relação entre o fato verificado no mundo empírico e o fato jurídico é fundamental. Do ponto de vista do Direito, os fatos são considerados pela possibilidade de

⁹⁹⁸ BERGEAUD, Aurélie. **Le Droit à la Preuve**. Paris: LGDJ, 2010, p. 155.

⁹⁹⁹ TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2016, v. 260.

¹⁰⁰⁰ DESPRÉS, Isabelle. **Les mesures d'instruction in futurum**. Paris: Dalloz, 2004, p. 54 e Ss.

¹⁰⁰¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 7. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2017, v. III, p. 113.

¹⁰⁰² CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 239.

¹⁰⁰³ YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários ao art. 382. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (Coords.) **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 1031.

preenchimento do suporte fático das normas, que, então, incidem. A incidência normativa juridiciza o fato, que passa a ser relevante para o mundo jurídico¹⁰⁰⁴. Ocorre que é possível que o fato tenha se verificado no mundo empírico, mas não possa ser provado e, portanto, não será considerado no mundo jurídico (pois reputar-se-á como se não tivesse ocorrido)¹⁰⁰⁵. Também é possível que um mesmo fato seja juridicizado de diversas maneiras, por ser relevante para o suporte fático de diversas normas jurídicas. Basta pensar no fato “morte de x”. Ele é juridicizado pela regra que determina o fim da personalidade, pela regra que estabelece o término do contrato de trabalho havido por x, pela regra que determina a abertura de sua sucessão, pela regra que dispõe sobre o direito dos beneficiários à indenização por morte e, potencialmente, por tantas outras regras. A situação, às vezes, é marcada por ainda maior nuance. É suficiente a prova da culpa para a responsabilização civil ou se exige dolo específico? Regras distintas apresentam respostas diferentes. Por isso, na ação probatória autônoma, embora não se exija a apresentação dos argumentos jurídicos sobre a consequência do fato e, obviamente, muito menos a dedução de pedido (outro além do de que seja produzida a prova), é preciso que se indique quais as possíveis consequências jurídicas do fato. Sem isso não é possível a participação adequada dos interessados, de maneira a permitir o contraditório cooperativo na produção da prova. Nem mesmo quando a prova for produzida, com fulcro no inciso II do art. 381, CPC, para permitir a autocomposição, é possível se deixar de indicar quais as potenciais consequências do fato jurídico sobre o qual se pretende a produção de meios de prova e quais possíveis ações judiciais poderiam ser proposta. Não são suficientes meras conjecturas genéricas, mas requer-se fique demonstrada uma plausibilidade, para utilizar a expressão consagrada no Direito Francês¹⁰⁰⁶, ou possibilidade efetiva de surgimento de uma ação judicial envolvendo os fatos sobre os quais se pretende a constituição do meio de prova. Existe uma relação instrumental entre a produção da prova e uma possível disputa litigiosa na qual ela poderá ser utilizada. Os próprios objetivos para a produção autônoma da prova (avaliar as chances de êxito de uma ação futura, facilitar a autocomposição, etc.) indicam a relação com este contencioso eventual¹⁰⁰⁷.

Não é, portanto, suficiente que o requerente indique que é necessária a produção de provas para “avaliar a conveniência da propositura de uma ação”. É indispensável que indique quais as potenciais consequências jurídicas do fato e assinalar possíveis ações decorrentes. A

¹⁰⁰⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 74-76.

¹⁰⁰⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 80.

¹⁰⁰⁶ BERGEAUD, Aurélie. **Le Droit à la Preuve**. Paris: LGDJ, 2010, p. 155.

¹⁰⁰⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, v. 2, p. 368.

causa de pedir na ação probatória autônoma, portanto, contempla a descrição das consequências jurídicas potenciais do fato¹⁰⁰⁸. Não se antecipará a discussão sobre estas consequências jurídicas e após a documentação da prova não se discutirá sobre o seu conteúdo ou força probante, simplesmente não há espaço cognitivo para isso. Contudo, sem a identificação adequada do contexto jurídico (potencialmente) relacionado ao caso não se permite uma adequada produção da prova, para construção de seu sentido.

Pode ocorrer de, no curso da ação, ser necessária a produção de outros meios de prova sobre o fato, além daquele indicado na petição inicial, tanto por iniciativa do requerente quanto dos demais interessados que participem do processo, nada impedindo sua realização, salvo se a atividade conjunta puder ocasionar dilação indevida na duração do processo. Neste ponto deve, claramente, ser considerada a *proporcionalidade probatória*, a partir da análise entre a conveniência de pronta produção do meio de prova, com a necessidade de coleta de elementos, e a eficiência do processo.

Produzir prova se aproxima da noção de *documentar* um fato, apreender o seu conteúdo. O que estará acessível para posterior consulta não é o *próprio fato*, mas aquilo que se documentou sobre ele. Ocorre que o que se documenta sobre um fato (o próprio conteúdo do meio de prova) varia grandemente pela participação dos interessados. A oitiva de uma testemunha feita com as perguntas de uma das partes apresenta uma realidade, diferente de quando complementada pelas perguntas da outra e as respostas então ofertadas.

A ação probatória autônoma visa a *documentar* um fato ou obter uma prova *documental* sobre ele, com a presença de contraditório na constituição da prova. A distinção entre prova escrita documental e prova documentada, então, é importante¹⁰⁰⁹. Na ação autônoma de exibição se objetiva o acesso à documento em poder do requerido. Rigorosamente, não se *constitui* o documento, mas se *obtem* aquele que já existia. Na ação que objetiva a colheita de um depoimento há a produção de uma prova oral, que é, então documentada. O mesmo se passa na perícia realizada autonomamente, a prova técnica é apresentada em formato de documento, produzido no curso do processo, documenta-se a opinião e as respostas do experto, mas, para

¹⁰⁰⁸ “Quanto a causa de pedir, conforme já se teve a oportunidade de sugerir, parece lícito afirmar que ela não prescinde – sem embargo da autonomia do direito à prova, mas dado seu caráter instrumental – da narrativa dos fatos ligados ao plano material, que permita identificar o interesse e a legitimidade do pleito. É preciso, portanto, que o autor diga, com objetividade e razoável clareza, que fatos pretende investigar e, afinal, qual é o objeto da prova que pretende pré-constituir.” YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 389.

¹⁰⁰⁹ MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 270-271.

fins de apreciação e admissão, trata-se de uma prova pericial. É neste sentido que se indica estar-se diante de uma “*ação para pré-constituição de uma prova.*”¹⁰¹⁰”

A documentação da prova é útil, inclusive, para que a parte, após avaliar a conveniência da propositura da demanda, conforme o caso, possa ajuizar uma ação por um procedimento especial. A ação monitória, por exemplo, contém autorização específica para seu ajuizamento com lastro em prova oral documentada, por meio de ação probatória autônoma (art. 700, § 1º, CPC/2015). Ora, mas será que não se deveria admitir a prova documentada consistente em uma perícia feita judicialmente e que, por exemplo, indique o *quantum debeatur*? A interpretação do art. 700, § 1º, CPC/2015 deveria ser restritiva? A resposta parece ser negativa. A ação monitória é marcada pela cognição sumária feita pelo juiz a partir de prova documental (ou documentada) e que o convença da possibilidade de expedição do mandado monitório. Estando pré-constituída¹⁰¹¹ ¹⁰¹² e documentada a prova parece haver elementos para a cognição judicial e o trâmite da ação pelo rito monitório, ainda mais quando a oposição dos embargos monitórios poderá vir a ordinarizar o procedimento. Também no mandado de segurança pode ser útil a prova autonomamente produzida¹⁰¹³. O rito especial do *mandamus* requer a existência de direito líquido e certo, o que se veio a entender como sendo aquele apreciável de plano, a partir da prova documental pré-constituída, não se admitindo a dilação probatória no âmbito do *writ*, se bem que cabe a determinação de exibição de documentos que se encontrem em poder de autoridade pública, nos termos do art. 6º da Lei do Mandado de Segurança.

É possível a utilização de prova pré-constituída por meio de ação probatória autônoma, embora deva-se registrar existir precedentes nos quais o Superior Tribunal de Justiça tratou o tema com cautela. No julgamento do MS 7.129/DF, de relatoria do Ministro Paulo Medina, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de examinar um mandado de segurança ajuizado com prova pericial documentada que havia sido anteriormente produzida em ação cautelar de produção antecipada de provas. O caso versava sobre impugnação à portaria de demarcação de terras indígenas. A produção antecipada de provas teve por objeto, justamente, produzir perícia para determinar que inexistira posse indígena sobre a propriedade em questão. Entretanto, à vista de laudo técnico divergente, o Superior Tribunal de Justiça

¹⁰¹⁰ BERGEAUD, Aurélie. **Le Droit à la Preuve**. Paris: LGDJ, 2010, p. 154.

¹⁰¹¹ “*Le prove precostituite si formano fuori e in genere prima del processo ed entrano in giudizio attraverso un semplice atto di esibizione o di produzione, come accade per le prove documentali che richiedono un minimo di attività processuale.*” BONATO, Giovanni. Il sistema probatorio nel processo civile italiano. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte: UFMG, 2017, n. 71, p. 168.

¹⁰¹² CONTE, Mario. **Le prove nel processo civile**. Milão: Giuffrè, 2002, p. 34.

¹⁰¹³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, v. 2, p. 371.

houve por bem extinguir o mandado de segurança por inadequação da via eleita, considerando que a prova produzida não seria suficiente para dispensar a necessidade de produção de provas adicionais, o que seria inviável no âmbito do mandado de segurança. Ou seja, a análise da necessidade de dilação probatória foi o ponto fulcral da decisão, particularmente pelo caso lidar com um contexto fático complexo e controvertido¹⁰¹⁴.

A produção antecipada de prova, também, pode ser importante para a concessão de tutela de urgência, para que se faça a prova da própria urgência ou da fumaça do bom direito. O art. 300, § 2º, CPC/2015 menciona a possibilidade de uma “justificação prévia” para a concessão de tutela de urgência, se bem que nestes casos a produção de prova já é incidental. A técnica é a mesma existente nas ações possessórias, com a possibilidade de justificação da posse (art. 562, CPC/2015). Nestas situações, há uma adaptação do procedimento para destacar e antecipar a fase instrutória do processo, permitindo a cognição inicial do juiz, tendente à expedição do mandado possessório ou à concessão de tutela de urgência. Pode, se oportuno for, o autor produzir *antes* a prova de que necessita e ainda não disponha, por procedimento próprio.

7.7. Produzir prova é, efetivamente, produzir: cautelas necessárias

Dentro do esquema clássico e bem conhecido pela doutrina brasileira, a prova passa, no iter de sua constituição judicial por três momentos marcados: *proposição*, *admissão* e *produção*. A descrição marca o pedido de produção de prova, a verificação do juízo sobre sua legalidade e necessidade (incluindo a relevância) e sua efetiva produção (que coincide com a apresentação), pelo procedimento legalmente estabelecido.

Ovídio Baptista da Silva, referindo-se às ações cautelares de produção antecipada de prova do CPC/1973, entendia que nenhum desses três momentos estaria ali inteiramente presente, considerando que ela deveria ser levada para o juízo da causa principal, que seria responsável por sua admissão e avaliação, após sua efetiva produção, em confronto com outras¹⁰¹⁵. Por isso, a relevância da distinção entre *produção* e *asseguração* da prova, já conhecida no tradicional Direito luso-brasileiro, sendo o objeto das ações probatórias apenas preservar o seu conteúdo, de maneira a garantir, assegurar, sua utilização futura¹⁰¹⁶. É neste sentido que Marinoni, Arenhart e Mitidiero indicam que, apesar da dicção legal, não se estaria

¹⁰¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MS 7120 / DF**. Rel. Min. Paulo Medina. j. 23 out. 2002.

¹⁰¹⁵ SILVA, Ovídio Baptista da. **Do processo cautelar**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 393.

¹⁰¹⁶ SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, v. III, p. 216-217.

produzindo a prova nas ações de produção antecipada, mas apenas *assegurando* a possibilidade de sua futura produção em um processo¹⁰¹⁷.

Realmente, em seu sentido tradicional, *produção* aproxima-se da ideia de apresentação para julgamento. Não por outro motivo os documentos, que são provas pré-constituídas, são *produzidos* ao serem apresentados e introduzidos no bojo do processo, sendo sua admissibilidade retrospectiva, já que não há o controle prévio da feitura de seu conteúdo. Entretanto, como já exposto sobre o sentido que admissão adquire no contexto da ação probatória autônoma, deve-se entender que há efetiva *produção* do *conteúdo* da prova nas ações autônomas¹⁰¹⁸. Isso porque há a documentação e registro de uma determinada percepção sobre os fatos objeto de prova. O que não há é sua apresentação e valoração, o que será, se o caso for, objeto de outro processo. Em que se pese o rigor terminológico, como o juiz não é (mais) o único destinatário da prova, que pode, aliás, ser produzida justamente para se evitar uma ação judicial, não parece haver problemas em se designar o fenômeno por produção da prova, bem entendido o sentido pretendido, principalmente quando é certo que a prova não está sendo produzida para *assegurar* ou sequer *adiantar* uma atividade futura.

A produção autônoma da prova pressupõe uma atividade cooperativa dos interessados. O processo desenvolve-se em contraditório, marcado pela possibilidade de manifestação deles sobre a necessidade e adequação de produção da prova. Eles, também, devem ter a oportunidade de participar da produção da prova, conforme sua natureza. Isto é, se o que se pretende é uma perícia, deve haver a possibilidade de apresentação de quesitos e nomeação de assistente técnico ou, também, se se tratar de uma vistoria ou mesmo inspeção de bens, a parte deve ter a oportunidade de acompanhar todo o procedimento, prestando esclarecimentos e verificando a exatidão das informações registradas.

A produção de uma prova constituenda consiste no registro e na documentação de informações, dados e opiniões técnicas sobre determinado fato¹⁰¹⁹. Entretanto, este registro nunca é objetivo (neutro), mas é marcado pela subjetividade e influência dos envolvidos na sua produção e, posteriormente, na sua apreciação (no sentido de que duas pessoas igualmente informadas descrevem um mesmo fenômeno de maneiras diferentes ou de que a resposta da testemunha depende das perguntas que lhe forem feitas e da maneira como estas perguntas são

¹⁰¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: RT, 2015, p. 406-407.

¹⁰¹⁸ Neste sentido: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 138.

¹⁰¹⁹ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 181.

apresentadas). A subjetividade no tema das provas não está, assim, relacionada apenas à motivação ou formação do convencimento de quem deva decidir sobre os fatos a partir da análise das provas disponíveis. Há, também, direta relação com o próprio conteúdo do documento a ser produzido. O contraditório na ação probatória autônoma, assim, relaciona-se com a possibilidade de participação e influência no conteúdo da própria prova, e não apenas à discussão sobre se a prova deve ou não ser produzida. Por outro lado, nas ações probatórias autônomas os tradicionais incentivos à atividade probatória, como o estabelecimento do ônus da prova, a necessidade de ilidir presunções, a possibilidade de confissão ficta, não se colocam da mesma maneira. Isso porque não se chega ao momento de avaliação da prova, que, simplesmente, não é objeto do processo. Entretanto, a partir de uma premissa de processo colaborativo deve se entender que as partes têm o dever de veracidade e de colaboração na produção da prova¹⁰²⁰.

A questão do dever de veracidade das partes não suscita qualquer polêmica na tradição anglo-americana. A premissa é a de que todas as provas devem ser disponibilizadas para a outra parte, mesmo aquelas que possam vir a prejudicar os interesses da parte reveladora. A retenção de informações e provas é passível de sanção de *contempt of court*, além da atribuição de custos processuais pelo juiz. Há, também, o risco de se incorrer no tipo penal de perjúrio, para aquele que deliberadamente faz declaração que sabe ser falsa. Não se admite que a parte possa, por simples estratégia, deixar de apresentar uma prova ou deixar de levá-la ao conhecimento da outra. Há, por assim dizer, um princípio da comunhão das provas acentuado, para compreender que todas as provas são comuns e podem afetar o caso das partes, que devem apresentar e disponibilizar todas as provas que tenham, não sendo lícita sua retenção ou ocultação.

Na tradição continental verificou-se uma posição tradicional de resistência à um dever de veracidade para as partes. Apenas as testemunhas, terceiros, teriam a obrigação de apresentar afirmações verídicas sobre os fatos, enquanto as alegações das partes se voltariam para a fixação do *thema probandum*, sendo o objetivo da produção de provas justamente o esclarecimento destas alegações. A doutrina mais antiga, na verdade, afastava o dever de veracidade das partes sob a premissa de que seria um instrumento autoritário e inquisitivo¹⁰²¹. Mais recentemente, contudo, tem sido reconhecido, não apenas em atenção ao viés publicístico do processo, mas, também, pelo mandamento de boa-fé processual e do dever de cooperação das partes, que estas

¹⁰²⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 154-56.

¹⁰²¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINIMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 96-97.

têm a obrigação de veracidade para suas alegações. Como decorrência do mandamento de boa-fé processual e de cooperação as partes devem fazer alegações verdadeiras, a significar que não podem conscientemente deduzir alegações inverídicas, e completas, não sendo admissível a utilização de evasivas, com o objetivo consciente de impedir a identificação dos fatos¹⁰²². Claro, o dever de veracidade está vinculado sempre ao elemento subjetivo correspondente as conclusões que cada um tira a partir dos elementos informativos de que dispõe. O que não se admite é o desígnio de faltar com a verdade, fazer afirmações sabidamente falsas ou alterar o que ocorreu. Isso se relaciona, também, com o dever de cooperação com a produção das provas. Cooperação não tem apenas o sentido de não opor obstáculos ou resistências, mas pressupõe uma atitude leal e ativa no que diz respeito à produção de provas. A parte não pode alterar, modificar, sonegar, destruir coisas e documentos que estejam em seu poder, também não pode obstar ou criar empecilho ou embaraços à produção da prova, seja aquela produzida autonomamente ou de maneira incidental.

As noções de contraditório e cooperação nas ações probatórias autônomas estão relacionados, assim, à possibilidade de participação e de influência na constituição da prova e no dever de veracidade, a impor a revelação de todos os elementos probatórios de que a parte disponha e que seja pretendido pela outra. Infelizmente, o ordenamento jurídico brasileiro não tem uma obrigação de *disclosure* ou de revelação nos moldes do ordenamento inglês, que determina a apresentação e uma relação voluntária e completa de todos os documentos e elementos probatórios que uma parte disponha e que se relacione com os fatos em questão. Isso, contudo, em nada afasta o conteúdo ético e eminentemente colaborativo da atividade probatória, seja ela desenvolvida de maneira incidental ou de maneira autônoma.

¹⁰²² “*In particolare, esso rileva: a) sul versante del « dovere di verità », come divieto per la parte di allegare fatti (principali o secondari) « scientemente non veri », e dunque fatti che essa sa o comunque ritiene, secondo la sua ragionevole valutazione soggettiva, non rispondenti al vero e, in sede di esercizio dell’onere di « prendere posizione » sui fatti ex adverso allegati, per impedire il prodursi degli effetti della « non contestazione » (art. 115, comma 1º, c.p.c.), come divieto di contestare fatti (principali o secondari) « scientemente veri » o dichiarare di « non conoscere » circostanze fattuali che, invece, non può ignorare per aver preso parte alla loro realizzazione o che avrebbe potuto conoscere utilizzando l’ordinaria diligenza; b) sul versante del « dovere di completezza », come divieto di allegare, a sostegno della propria domanda (a prescindere dalla natura auto o eterodeterminata di questa) o della propria eccezione, una ricostruzione fattuale consapevolmente e fraudolentemente reticente, senza che ciò implichi dovere « in positivo » di allegare anche fatti a sostegno di eventuali eccezioni o domande riconvenzionali di controparte.” CARRATA, Antonio. *Dovere di verità e completezza nel processo civile - parte seconda*. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milão: Giuffrè Editores, 2014, a. LXVIII, v. 2, p. 510-511.*

7.8. Relevância e admissibilidade em duplo nível: a utilização do material probatório obtido

Há um duplo nível na análise das questões relativas à admissibilidade, incluindo a relevância, na inter-relação entre o processo para produção de prova e o processo no qual esta prova virá a ser introduzida. O papel do juiz na ação probatória autônoma não é estático ou de simples “supervisor” da produção da prova. Ele, ao contrário, atua verificando se a prova, a partir do contexto fático indicado na petição inicial da ação probatória autônoma, é relevante para o esclarecimento do fato e, igualmente, se existe alguma limitação probatória. Há um verdadeiro juízo sobre a procedência da pretensão probatória. Mas, a admissão da atividade probatória não está, neste contexto, relacionada à noção de saber se a prova pode ser introduzida no processo ou se pode ser considerada como elemento de convicção para fundamentação válida do julgamento. Saber se a prova é admissível para a ação probatória autônoma equivale à questão de saber se a prova deve ou não ser constituída ou obtida; se há ou não direito à prova a ser exercido¹⁰²³. Naturalmente, isso pressupõe saber se é relevante para o contexto fático descrito a produção da prova e se há alguma regra que vede ou limite a produção de tal prova. Ou seja, é a análise do próprio mérito da ação probatória autônoma.

A cognição do magistrado é feita a partir dos elementos apresentados pelas partes em contraditório. O objeto da ação probatória autônoma é a própria produção da prova, por isso a sentença de procedência reconhece existir ou não tal direito é constitutiva em relação à documentação e declaratória quanto ao exercício do direito à prova. Este direito, naturalmente, pode não existir, seja por se pretender uma prova incapaz de trazer efetivo esclarecimento sobre os fatos (sendo irrelevante), por quem o requer não ter legitimidade para a sua obtenção ou, ainda, por não haver interesse jurídico de quem pretende produzir a prova (vale dizer, a ação é proposta por quem não tem direito à tutela judicial à produção da prova) ou por se pretender a produção de prova de maneira contrária à uma regra de limitação probatória.

Neste sentido é possível, demonstrada a legitimidade do requerente e a necessidade de produção da prova, seja determinada a produção de qualquer prova, típica ou atípica¹⁰²⁴. A vedação, contudo, se põe com clareza para as provas ilícitas, não podendo o processo ser

¹⁰²³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, v. 2, p. 291.

¹⁰²⁴ AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 2. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 231.

utilizado como mecanismo para a obtenção delas¹⁰²⁵. As regras de limitação à produção de provas são aplicáveis na ação de produção antecipada de provas¹⁰²⁶. Não é possível, por exemplo, ouvir uma testemunha impedida ou suspeita ou determinar a exibição de documentos se existir uma escusa legítima (art. 404, CPC/2015).

No contexto da prova produzida autonomamente, quando se pretender sua introdução em um processo futuro, haverá um *duplo grau de admissão*. Rigorosamente, dois juízes controlarão a admissibilidade da prova, em momentos e a partir de pressupostos distintos. O juiz da ação autônoma, à luz do objeto do processo e da pretensão material probatória deduzida, determinará a necessidade de constituição da prova, analisará a relevância do meio pretendido e a admissibilidade em sentido estrito, pois não determinará a produção de provas em violação à regra de exclusão. Mas, tudo isso é feito a partir do objeto litigioso do próprio processo autônomo.

O juiz do processo no qual a prova pré-constituída venha a ser apresentada realizará um outro juízo de admissibilidade, considerará a relevância da prova previamente documentada e poderá realizar um juízo de admissibilidade *strictu sensu*, particularmente considerando fatos supervenientes ao juízo de admissibilidade realizado na ação autônoma. No processo ao qual se destinar a prova judicialmente pré-constituída submeter-se-á ao *iter* normal de apresentação e admissão¹⁰²⁷. A situação guarda paralelismo com a antiga e ainda vigente discussão sobre o uso da prova pré-constituída em um outro processo, o que a doutrina convencionou designar por “prova emprestada”¹⁰²⁸ (vide Cap. 5, Item 5.10).

Marinoni, Mitidiero e Arenhart, para diferenciar essas duas situações, indicam que na ação probatória autônoma se discute a possibilidade de *obtenção* da prova, que será objeto de *produção*, após sua admissão, apenas em um processo futuro¹⁰²⁹. Por isso, na ação probatória

¹⁰²⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 385.

¹⁰²⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. Produção antecipada de prova. In: WAMBER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR, Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno. (coords). **Breves comentários ao código de processo civil**. 3 ed. São Paulo: RT, 2016, p. 211 e 212.

¹⁰²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 308.

¹⁰²⁸ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado, 1998, n. 140.

¹⁰²⁹ “Por fim, é bom distinguir duas figuras, nem sempre separadas pela doutrina, mas de repercussão certa no processo. Não se pode confundir produção de prova com obtenção de prova. Prova “obtida” nem sempre é prova ‘produzida’. A prova ‘obtida’ é aquela sobre a qual ainda não cabe juízo de admissibilidade. E o que acontece, por exemplo, com as provas ‘obtidas’ por meio da chamada ‘produção antecipada de prova’; nela realiza-se a prova fora e antes do processo em que poderá ser utilizada. Com efeito, essa prova somente será ‘produzida’ após ‘admitida’ pelo juiz do processo em que se pretende sua utilização. Pode acontecer, por exemplo, que o resultado da prova obtida nesse processo ‘preparatório’ (em que a prova foi obtida) seja inútil ou irrelevante para o convencimento do juiz (que deve apreciar a causa que a prova pretendia esclarecer). Não haverá, então, razão para a prova ser utilizada quando for discutida a causa, motivo pelo qual não se há de autorizar sua produção.

autônoma não haveria admissibilidade, mas apenas um procedimento para obtenção da prova. Naturalmente, o sentido clássico de admissibilidade probatória não se adequa ao contexto das ações probatórias autônomas. Entretanto, bem compreendido o conceito, não há problema em sua utilização para significar o juízo sobre a procedência ou improcedência da pretensão probatória autonomamente deduzida, inclusive por parte substancial daquilo que, na produção incidental da prova, compõe o juízo de admissibilidade, nomeadamente a admissibilidade em sentido estrito, ser imprescindível para a decisão e julgamento de seu mérito.

7.9. Cooperação, contraditório e participação na produção antecipada de prova

A produção autônoma de prova constitui um procedimento especial para o exercício do direito à prova, permitindo a pré-constituição de qualquer meio de prova, em um procedimento flexível e específico para a dedução e análise deste tipo de pretensão. Como percebido por Bergeaud, em relação ao modelo francês, às vezes, está a meio caminho entre o contencioso e o voluntário e no qual todos os envolvidos podem possuir o mesmo grau de interesse no esclarecimento dos fatos¹⁰³⁰. A polarização processual em seu sentido clássico, de autor e réu, em algumas situações, mas não em todas, descreve adequadamente o que se observa nas ações probatórias autônomas. Por exemplo, em uma ação de exibição, na qual se pretende o acesso à documento ou a verificação do estado de uma coisa em poder de uma das partes, pode haver a clara definição dos polos processuais. Em um cenário de esforço de solução consensual, no qual as duas partes pretendem a produção de uma perícia judicial para, melhor entendendo os fatos, desenvolverem uma tentativa de solução negociada não existe o mesmo formato polarizado. As duas partes, aliás, podem estar de acordo com a produção da prova e, até mesmo, apresentar conjuntamente o seu requerimento. Por isso, é preciso perceber as especificidades do direito à prova e do interesse à sua produção para adequadamente tratar a questão. Uma premissa deve ficar estabelecida: o procedimento de produção autônoma da prova não pode prescindir, em qualquer formato, da efetiva oportunidade de participação em contraditório das partes e de manifestação sobre seu objeto. Isso porque o contraditório, realçado pelo direito de defesa e de influência na tomada de decisão judicial, é garantia fundamental na ordem constitucional

Aí, então, ter-se-á uma prova obtida, mas cuja produção (no processo para o qual originariamente se destinava) não será autorizada. Também por essa razão, no procedimento de produção antecipada de prova, não se autoriza ao juiz pronunciar-se a respeito da ocorrência ou não do fato, ou ainda sobre as correspondentes consequências jurídicas (art. 382, § 2º).” Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, v. 2, p. 290-291.

¹⁰³⁰ BERGEAUD, Aurélie. **Le Droit à la Preuve**. Paris: LGDJ, 2010, p. 77.

brasileira. Como Antonio Carlos Marcato realça, se existe ação e tutela jurisdicional deve haver o exercício da defesa:

entendida a ação como a atividade tendente a estimular a tutela jurisdicional, a ela contrapõe-se a defesa, direito constitucionalmente assegurado ao réu de opor-se à pretensão do autor, reclamado a sua rejeição e, ainda, de também expor suas razões em juízo e exigir sejam levadas em consideração pelo órgão jurisdicional¹⁰³¹.

Com mais razão, quando a produção da prova for litigiosa, existindo resistência de uma das partes à produção da prova por outra pretendida, deve ser garantido o contraditório. Não se pode considerar a existência de um procedimento sem contraditório, entendido como possibilidade de influência na decisão, e participação adequada das partes¹⁰³².

Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira afirmam que haveria um “contraditório reduzido, mas não zerado”, pois, prosseguem os autores, “discute-se o direito à produção da prova, a competência do órgão jurisdicional, ... a legitimidade, o interesse, o modo de produção da perícia...” mas, complementam os autores, “não se admite discussão em torno da valoração da prova e dos efeitos jurídicos dos fatos probandos – isso será objeto de contraditório em outro processo”¹⁰³³.

A afirmação de que há “*contraditório reduzido*” precisa ser bem compreendida. Ela significa que não se discutirá se o fato sobre o qual recai o meio de prova produzido resta provado ou não (convencimento), o que não é objeto de cognição judicial na ação probatória autônoma. O contraditório é integral, para aquelas matérias que são objeto do processo de produção probatória autônoma. Outras discussões, inclusive a de saber se o fato resta ou não provado pelo meio de prova produzido, fogem ao objeto do processo. Há, como visto, uma relação entre a produção autônoma probatória e um processo futuro, mas não se antecipa o conteúdo de sua discussão. A ação probatória autônoma, não é ocioso repetir, tem objeto próprio: o acolhimento ou rejeição de uma pretensão probatória. Mas, o fato de algo não estar no objeto de um processo não significa que aquilo que está será considerado em um contraditório menor ou reduzido. Neste sentido é péssima a redação do art. 382, § 4º, CPC/2015 ao afirmar que “*neste procedimento, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário.*” Ora, é claro que cabe defesa, se não coubesse não faria sentido determinar a citação dos interessados

¹⁰³¹ MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 30.

¹⁰³² NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 12 ed. São Paulo: RT, 2016, p. 244-245.

¹⁰³³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. II, p. 145-146.

e apenas manter-se-ia a hipótese da justificação voluntária. Aliás, é possível, inclusive, intervenção *iussi iudicis*, o que bem revela a necessidade de participação em contraditório dos interessados. O dispositivo deve ser compreendido como indicando que não cabe qualquer discussão sobre os efeitos jurídicos do fato objeto da prova ou sobre sua efetiva comprovação ou não. É claro que deve haver contraditório e eventual defesa sobre a questão de se há ou não direito à produção da prova, se já interesse jurídico em sua produção ou se a prova pretendida é ou não relevante para o fato descrito na causa de pedir. Basta pensar, por exemplo, na ação de produção antecipada de prova que objetive a exibição de documentos. É preciso saber se o requerente tem, ou não, direito de acesso e conhecimento dos documentos pretendidos¹⁰³⁴. Ou, ainda, na hipótese de se pretender a oitiva de uma testemunha suspeita ou a obtenção de informações que componham segredo comercial.

O art. 382, § 4º, tenta tornar o procedimento de produção autônoma de prova expedito, evitando discussões em seu bojo ou dilação na produção autônoma de prova. Ele parte do pressuposto, equivocado, de que não haveria qualquer problema na “simples” produção da prova, já que a sua valoração judicial sempre ficaria condicionada à uma atividade a ser exercida em outro processo. Por isso, apenas seria admissível recurso contra a decisão de indeferimento total da prova pleiteada pelo requerente originário. Contudo, é certo que os interessados podem pedir a produção de *outros meios de prova* sobre o fato indicado pelo requerente, deduzindo um verdadeiro pedido contraposto. Ou seja, é possível que os requeridos, designados de interessados, apresentem pedidos próprios de produção de prova, ampliando o objeto litigioso do processo e que, nesta medida, sejam requerentes, não podendo, além de tudo, se olvidar o caráter dúplice da ação probatória.

A situação criada pela aparente vedação de defesa ou recurso é inusitada e anti-isonômica. Duas razões centrais levam à esta afirmação. Em primeiro lugar, a produção antecipada da prova pode ser de igual interesse de todos os envolvidos, sendo inclusive admissível a produção de provas adicionais, por isso não faz sentido pretender atribuir interesse recursal apenas ao “requerente originário” e no caso de “indeferimento total” da produção da prova. Em segundo lugar, a regra deixa sem possibilidade de recurso a parte que entender que a outra não tem direito a produzir a prova pretendida, criando uma situação de injustificável disparidade de tratamento¹⁰³⁵.

¹⁰³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2017, v. VII, p. 317-318.

¹⁰³⁵ ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 220.

A norma cria uma situação que, pragmaticamente, pode levar à produção de uma prova em favor de alguém que não tinha direito à sua constituição, suprimindo o legítimo direito de defesa e contraditório do requerido. Ao estabelecer um sistema no qual, em uma leitura literal, não caberia defesa se estaria proibindo a participação do requerido sobre o próprio mérito da ação probatória autônoma, a cognição e decisão sobre o fato de o requerente ter ou não direito à constituição daquela prova nos termos em que pretende¹⁰³⁶. A ausência de previsão de recurso para o requerido, além de ignorar a peculiaridade da ação, agrava o problema. Ernane Fidelis dos Santos é incisivo no ponto, entendendo que o interesse na apresentação de defesa e de recurso sejam analisados em cada caso concreto¹⁰³⁷. Realmente, uma leitura adequada do instituto e da participação das partes na produção probatória autônoma requer um contraditório (direito de defesa) sobre o objeto deste processo: saber se a prova deve ou não ser produzida¹⁰³⁸, assegurado o acesso paritário às instâncias recursais. É necessária uma interpretação que afaste o conteúdo normativo do art. 382, § 4º, CPC/2015 de inconstitucionalidade¹⁰³⁹.

¹⁰³⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários ao art. 382. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (Coords.) **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 1.065.

¹⁰³⁷ “*Em tais procedimentos, já que se trata de colheita de prova informativa para o requerente, não há defesa nem recurso de qualquer interessado, a não ser daquele que requer, quando indeferido o pedido (art. 382, § 4º). Tal afirmação, contudo, é excessiva, pois o interesse de impugnar o pedido e de recorrer está na razão direta de verificação de até que ponto tal produção de prova prejudica o interessado. O exemplo é o exame de DNA. Por se tratar de prova pericial que indique ou negue a paternidade, com a perícia pode o requerente decidir se opta pela investigação ou não. No entanto, interessado ou interessados poderão entender que o exame lhes seja vexaminoso e constrangedor, além de obrigá-los, às vezes, a sujeitar a incômodos procedimentos de colheita de material, inclusive exumações de parentes para perícia. A melhor jurisprudência é aquela que entende que a rejeição ao DNA se justifica, quando não há nenhuma informação séria da paternidade, julgando a perícia como verdadeira aventura para colher algum lucro só com a revelação da pretensão. Ora, neste caso, não poderá o interessado impugnar o pedido, e valendo-se de seu direito de acesso à justiça, até recorrer? Há mister, pois, que interesse de defesa e de recurso, em cada caso, sejam concretamente examinados, apesar da suposta proibição. O que acontece, às vezes, é que os interessados também demonstram interesse na prova para facilitar também suas opções, ou desinteresse em sua produção. Neste caso, qualquer que seja a natureza da prova, para seu indeferimento, torna-se imperativa a impugnação fundamentada do interessado. É o caso do DNA, se o interessado for ouvido e não discordar expressamente, a prova para orientação deverá ser feita.*” SANTOS, Ernane Fidelis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 1, versão eletrônica.

¹⁰³⁸ CARVALHO, Fabrício de Farias. A prova e sua obtenção antecipada no Novo Código de Processo Civil. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. (Coords.) **Direito Probatório**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 770.

¹⁰³⁹ “*O que se tem, portanto, é a completa vedação de restrição à defesa – contraditório e ampla defesa – no processo, e qualquer previsão nesse sentido está eivada de inconstitucionalidade grave, por violar o disposto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. A despeito disso, o legislador do CPC/2015 previu, no §4º do art. 382, que na produção antecipada da prova não se admitirá defesa. Tal dispositivo não pode ser interpretado em sua literalidade, pois tendo em vista que a produção antecipada da prova tem caráter contencioso e natureza jurídica de demanda, tal interpretação levaria à plena inconstitucionalidade do dispositivo. Ao que parece, o legislador equivocou-se nesse ponto, fazendo crer que a produção antecipada da prova tinha caráter de jurisdição voluntária, o que, como se viu ao longo deste trabalho, não se mostra condizente com a realidade – uma vez que o instituto possui nítida natureza jurisdicional e viés contencioso.*” ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 211.

O requerido, na verdade, pode discutir tanto questões referentes ao mérito quanto aspectos processuais. É possível discutir a competência do juízo, por meio de exceção, gratuidade da justiça, que se indique ilegitimidade ativa e passiva para a pretensão deduzida, arguir impedimento ou a suspeição do juiz, ausência de interesse, discutir a pertinência e utilidade da prova para o fim indicado na petição inicial, impugnar a testemunha impedida ou suspeita, o modo de ser da perícia, etc. No mérito, é cabível a defesa relativa ao objeto da ação probatória, sendo possível arguir confidencialidade da prova pretendida, ausência de direito de acesso à determinada informação ou conteúdo, alegar ser legítima a recusa na apresentação de determinado documento. Além disso, se for hipótese de produção de prova urgente, discutir os requisitos próprios de verossimilhança e *periculum in mora*.

Do ponto de vista de microcomparação jurídica, as *mesures de instruction in futurum* do Direito francês, por se submeterem, em linhas gerais, às regras procedimentais sobre o *référé* e *requête* (algo próximo das ações cautelares brasileiras), autorizam o adequado exercício do contraditório (embora o procedimento em *requête* permita a concessão *inaudita altera parte*) e submetem a decisão ao controle recursal¹⁰⁴⁰. Apenas de maneira excepcional é possível a determinação de produção de uma prova sem a prévia manifestação em contraditório da parte requerida, quando houver o efetivo risco de destruição de documentos ou resistência indevida à sua constituição¹⁰⁴¹.

A questão, como tratada no CPC/2015, já criou sérios problemas na jurisprudência, particularmente nos casos de exibição de documentos. A exibição de documentos no CPC/2015 está especificamente tratada apenas nos instrumentos incidentais de instrução processual (arts. 396 a 404), mas é inegável que quem possui direito material de acesso aos documentos pode propor ação autônoma com este objetivo¹⁰⁴². As regras previstas para ordem incidental de exibição de documentos devem, então, ser conjugadas com aquelas da seção sobre produção antecipada de prova, para que se delineie o atual formato da ação autônoma de exibição de

¹⁰⁴⁰ CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. **Droit Judiciaire Privé**. 9. ed. Paris: LexisNexis, 2016, p. 513.

¹⁰⁴¹ “...d’une part, le juge de la rétractation est tenu de caractériser les circonstances particulières susceptibles de justifier une dérogation au principe de la contradiction ; qu’en se bornant à relever la nécessité de procéder de manière non contradictoire pour éviter la disparition de documents et l’annonce d’une action future en concurrence déloyale ainsi que les simples soupçons de détournement de son savoir-faire allégués sans aucune justification par la prétendue victime, la cour d’appel, qui n’a pas caractérisé les circonstances particulières justifiant une dérogation au principe de la contradiction, a violé les articles 496 et 497 du code de procédure civile.” FRANÇA. Cour de Cassation. N° de pourvoi: 17-31535. 2^e Chambre Civile. Rel. Mme. Flise, j. 31 jan. 2019.

¹⁰⁴² ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 215-216.

documentos, que, por vezes¹⁰⁴³, nada mais é do que uma modalidade de ação probatória autônoma; o que se tenciona é justamente o acesso à informação e ao conteúdo do documento¹⁰⁴⁴. Deve-se registrar que se a exibição for pretendida com caráter cautelar e preparatório para o ajuizamento de uma demanda específica, já considerada, é adequada sua tutela pelas regras próprias ao procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente (arts. 305 a 310, CPC/2015)¹⁰⁴⁵.

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça tem precedente entendendo que é adequada a ação probatória autônoma para fins de exibição de documento. No caso, o Tribunal de Justiça de São Paulo havia extinto o processo, que pretendia a exibição de documentos em posse do réu, sob o argumento de que a ação cautelar de exibição, existente no CPC/1973, teria sido extinta e que, por isso, inexistiria interesse de agir para a propositura da ação e a via eleita seria inadequada. O Superior Tribunal de Justiça, contudo, houve por bem afastar a alegação de ausência de interesse e inadequação da via eleita, para dar provimento ao recurso especial, entendendo que a exibição de coisa ou documento é uma ação probatória autônoma, não tendo havido a extinção da ação de exibição, existindo interesse de agir.¹⁰⁴⁶ Neste mesmo precedente

¹⁰⁴³ Deve-se registrar que existe a possibilidade de ação de exibição de documento sem uma finalidade probatória, fundada no direito de propriedade, particular ou comum, sobre o bem. Neste caso o que se exerce não é uma pretensão de produção de prova, mas uma pretensão decorrente de direito sobre a própria coisa ou documento a ser exibido. Daniel Neves assim coloca a questão, destacando uma ação de exibição: “...fundada em um direito material da parte a tal exibição, gerado pelo direito sobre a própria coisa ou sobre o documento, entendendo-se sua natureza satisfativa. Não servindo o conhecimento da forma e do conteúdo da coisa ou do documento nem para garantir a prova a ser utilizada em outra demanda judicial, nem a fornecer subsídios necessários à propositura de processo judicial de maneira mais perfeita, o direito material que a parte tem sobre a coisa ou sobre o documento garantiria a obrigatoriedade de sua exibição, em demanda de natureza satisfativa.” mais adiante, prosseguindo no texto, arremata o autor: “...independentemente de o direito do autor à exibição fundar-se ou não no direito à prova, mas ao mero conhecimento da forma, do conteúdo e do estado da coisa ou do documento, o resultado da exibição em juízo será sempre a produção de uma prova, justamente referente à forma, ao conteúdo ou ao estado da coisa ou do documento exibido. Poder-se-ia, nesse caso, falar em efeito indireto ou reflexo, não pretendido de forma imediata pelo autor, mas, desejado ou não, será automaticamente gerado com a exibição judicial. Será um efeito de pleno direito gerado pela exibição. (...) não parece correto afirmar não se tratar de ação probatória autônoma, ainda que, insista-se, não seja esse o objetivo imediato do autor da demanda.” NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 254 e 257.

¹⁰⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2017, v. VII, p. 318.

¹⁰⁴⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. A exibição de documento ou coisa, a Súmula 372 STJ e o NCPC. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. (Coords.) **Direito Probatório**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 562.

¹⁰⁴⁶ Veja-se excertos do julgamento: “O juízo singular entendeu que, com a entrada em vigor do novo CPC, a exibição de documentos ou coisas passou a ser prevista expressamente apenas em caráter incidental, no curso do processo em andamento (arts. 396 a 404 do CPC). Afirmou também que não foi comprovado que houve pedido prévio à instituição financeira para que esta exibisse o documento, nem do pagamento do custo desse serviço. A autora apelou, sustentando que não se trata de ação cautelar, mas de obrigação de fazer (fornecer documento), com fundamento no art. 497 do CPC. (...) O Tribunal de origem negou provimento à apelação, em acórdão que recebeu a seguinte ementa: *Apelação - Obrigação de fazer – Pretensão a exibição de documentos - Medida inadequada ante a orientação processual estabelecida na legislação de 2015 – Interesse de agir ausente – Extinção do processo mantida - Recurso desprovido. (...) A questão federal a ser analisada pelo STJ,*

foi firmado o *dictum* de que a ação e exibição poderia ser processada também pelo procedimento comum, não apenas pelo procedimento especial da produção antecipada de provas¹⁰⁴⁷.

Em outro precedente, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que seria aplicável o procedimento comum à ação autônoma de exibição de documentos, não o procedimento especial da produção antecipada de provas. No julgamento do REsp 1.803.251/SC o STJ houve por bem reformar acórdão que havia determinado a extinção sem resolução de mérito de ação de exibição de documento ajuizada pelo procedimento comum por inadequação da via eleita. No caso, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina entendeu que a ação deveria ter sido proposta pelo procedimento especial da produção antecipada de provas, tendo o acórdão sido reformado em julgamento por maioria do STJ¹⁰⁴⁸. O voto-vista do Min. Paulo de Tarso Sanseverino foi vencido, e o seu entendimento foi o de que a exibição autônoma de documentos apenas poderia ser processada pelo procedimento da produção antecipada de provas, por este procedimento ser

portanto, diz respeito à adequação e interesse de se ingressar com ação autônoma, tendo como pedido a obtenção de documento que se encontra na posse do réu. (...) A exibição de coisa ou documento contra a parte adversária poderá ocorrer por ação autônoma. Seria uma ação probatória autônoma, nos termos em que autorizada pelos arts. 381-383, CPC)” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 177.498-7/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti Quarta Turma, j. 08 nov. 2018.

¹⁰⁴⁷ *Veja-se o teor da ementa do julgado: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO. AÇÃO AUTÔNOMA. PROCEDIMENTO COMUM. AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. INTERESSE E ADEQUAÇÃO. 1. Admite-se o ajuizamento de ação autônoma para a exibição de documento, com base nos arts. 381 e 396 e seguintes do CPC, ou até mesmo pelo procedimento comum, previsto nos arts. 318 e seguintes do CPC. Entendimento apoiado nos enunciados n. 119 e 129 da II Jornada de Direito Processual Civil. 2. Recurso especial provido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 177.498-7/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti Quarta Turma, j. 08 nov. 2018.*

¹⁰⁴⁸ *“Afigura-se possível, ainda, que o direito material à prova consista não propriamente na produção antecipada de provas, mas no direito de exigir, em razão de lei ou de contrato, a exibição de documento ou coisa — já existente/já produzida — que se encontre na posse de outrem. Para essa situação, afigura-se absolutamente viável — e tecnicamente mais adequado — o manejo de ação probatória autônoma de exibição de documento ou coisa, que, na falta de regramento específico, há de observar o procedimento comum, nos termos do art. 318 do novo Código de Processo Civil, aplicando-se, no que couber, pela especificidade, o disposto nos arts. 396 e seguintes, que se reportam à exibição de documentos ou coisa incidentalmente. (...) De acordo com a fundamentação acima exposta, o advento do Código de Processo Civil de 2015 não altera a compreensão de se afigurar possível o ajuizamento de ação autônoma de exibição de documentos, sob o rito comum, nos termos do art. 318 do CPC/2015, aplicando-se, no que couber, pela especificidade, o disposto nos arts. 396 e seguintes, que se reportam à exibição de documentos ou coisa incidentalmente. Esse entendimento, como assinalado, reconhece a coexistência harmônica entre a ação autônoma de exibição de documentos pelo rito comum e os “novos” institutos processuais afetos à “produção antecipada de provas” (arts. 381 e seguintes) e à “exibição incidental de documentos e coisa” (arts 496 e seguintes), consideradas as particularidades de cada qual. É de se reconhecer, assim, que a ação de exibição de documentos subjacente, promovida pelo rito comum, denota, por parte do demandante, a existência de interesse de agir, inclusive sob a vertente adequação e utilidade da via eleita. Registre-se, por fim, que o cabimento da ação de exibição de documentos não impede, em si, o ajuizamento de ação de produção de antecipação de provas.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.803.251/SC. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizzi. Terceira Turma. j. 22 out. 2019.*

“não litigioso”, sendo a inexistência de uma previsão específica sobre a ação autônoma de produção de documentos um “silêncio eloquente do CPC/2015”¹⁰⁴⁹.

Não se concorda com a premissa do Min. Sanseverino de que a produção antecipada de documentos teria um caráter não litigioso, como se expôs. Mas, em se tratando de produção autônoma de provas, em regra, deve ser observado o procedimento especial previsto na legislação. É preciso a conjugação das regras sobre a exibição incidental de documentos com aquelas da produção antecipada de provas, para compatibilização do conteúdo jurídico adequado. O CPC/2015 estabelece várias situações nas quais é legítima a escusa para a exibição do documento, nos termos do seu art. 404, o que reforça a necessidade de se compreender adequadamente o sentido do art. 382, § 4º, CPC/2015. A defesa e a discussão que são vedadas são aquelas relativas ao conteúdo e mérito do documento ou qualquer outra pretensão de direito material (distinta da pretensão de produção de prova). É indispensável o exercício do contraditório sobre o conteúdo e objeto próprio da ação probatória autônoma. Devem ser conhecidas e consideradas para fins de julgamento as hipóteses de legítima escusa para a exibição de documentos. Contudo, registra-se que não há prejuízo em se processar a exibição de documentos pelo procedimento comum, ainda mais quando o próprio CPC/2015 confere poderes de adaptabilidade procedimental ao juiz¹⁰⁵⁰, devendo ser reconhecida uma plena fungibilidade na hipótese, já que a produção antecipada de provas não é irredutível ao procedimento comum.

Outra questão interessante diz respeito ao cabimento de recursos no âmbito da ação de exibição de documentos. O Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, no julgamento do Agravo de Instrumento 2099663-58.2018.8.26.0000, entendeu pelo não cabimento de recurso para controlar decisão que determinou a exibição de documentos. Os recorrentes alegaram a necessidade de prévio contraditório antes que se determinasse a exibição dos documentos e que

¹⁰⁴⁹ Trecho do voto-vista, vencido, do Min. Paulo de Tarso Sanseverino: “A exibição como ação autônoma, fundada no direito material à exibição, por sua vez, não foi prevista no CPC/2015, estando revogada a ação cautelar de exibição de documentos regulada CPC/1973 (art. 844). Esse silêncio eloquente do CPC/2015 acerca da ação autônoma de exibição tem suscitado controvérsia na doutrina. (...) Embora seja bastante pertinente essa distinção entre o direito à exibição como direito material e como direito probatório autônomo, entendo não ser suficiente para justificar a possibilidade de ajuizamento de uma ação autônoma de exibição pelo procedimento comum, fundada no direito material à exibição, pois tal pretensão pode ser alcançada pelo procedimento da ação probatória autônoma do art. 381. (...) Sob outra ótica, relembre-se que a ação cautelar de exibição, regulada no CPC/1973, como demanda de massa, passou a ser usada de forma abusiva, mediante o ajuizamento de lides artificialmente forjadas, com o objetivo único de gerar honorários advocatícios em duplicidade ao advogado da parte demandante, ou seja, honorários na ação de exibição e honorários na demanda principal. Talvez seja essa a explicação para o silêncio eloquente do legislador no CPC de 2015 em não regular a exibição de documentos como ação autônoma. Veio efetivamente em boa hora, portanto, a mudança implementada pelo novo Código de Processo Civil, estatuinto um procedimento autônomo, não litigioso, de produção probatória.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.803.251/SC**. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizzi. Terceira Turma. j. 22 out. 2019.

¹⁰⁵⁰ REDONDO, Bruno Garcia. **Adequação do procedimento pelo juiz**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 150 e Ss.

os documentos pretendidos não haviam sido especificamente identificados. Ao receber o recurso, foi concedido efeito suspensivo. Entretanto, o recurso foi rejeitado ao argumento de que nesta ação, por opção legislativa, não seria cabível defesa ou recurso, exceto quando indeferida totalmente a produção da prova pleiteada pela parte¹⁰⁵¹. Outras decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo também adotaram entendimento semelhante¹⁰⁵².

A leitura mais adequada, contudo, como indicado, é aquela que entende por ser vedada qualquer discussão, defesa ou recurso sobre a existência e os efeitos jurídicos do fato probando. Ou seja, não é possível a valoração da prova ou a discussão desse tema. Entretanto, é indispensável, por se tratar de decorrência do direito fundamental ao processo legal, o contraditório sobre a procedência ou não da pretensão à produção da prova¹⁰⁵³. É preciso uma interpretação que “salve” o dispositivo legal da inconstitucionalidade¹⁰⁵⁴. Por isso, cabe defesa

¹⁰⁵¹ Veja-se trecho do voto-condutor: “*Os agravados ajuizaram pedido de produção antecipada de prova com fundamento no art. 381 e seguintes do CPC/2015. Cuida-se de ação probatória autônoma que não tem mais natureza cautelar, embora na hipótese do inciso I do art. 381 tenha sido mantido o requisito do periculum in mora. (...) Nesta ação, cujo objeto é apenas o conhecimento dos fatos a serem revelados pela prova antecipada, por opção do legislador não se admite defesa, nem recuso (§ 4º do art. 382 do CPC/2015), seja esta voltado para uma decisão interlocutória ou sentença, exceto quando indeferida totalmente a produção da prova pleiteada pela parte.*” BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 2099663-58.2018.8.26.0000**. 3ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Alexandre Marcondes. j. 22 jan. 2019.

¹⁰⁵² PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA Aplicação do artigo 382, §4º, do Código de Processo Civil. Proíbe-se recurso contra qualquer decisão no processo de produção antecipada, seja interlocutória, seja a própria sentença, exceção feita à decisão que indefere integralmente a antecipação probatória. Suporte doutrinário Agravo de instrumento não conhecido” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, **Agravo de Instrumento nº 2235676-98.2017.8.26.0000**, 5ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Fermino Magnani Filho, j. 16 mar. 2018); “Produção antecipada de provas - Procedimento que inadmite recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção de prova pleiteada - Disposição expressa do art. 382, § 4º, do CPC - Recurso Agravo de instrumento. Ação subjacente de produção antecipada de provas. Recurso interposto contra a r. decisão que deferiu a realização de prova pericial. Descabimento. Inteligência do disposto no artigo 382, § 4º, do CPC/15. Precedentes jurisprudenciais. Agravo de instrumento não conhecido” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 2078185-28.2017.8.26.0000**, Rel. Des. Carlos Dias Motta, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 31 mai. 2017); Agravo de instrumento. Ação subjacente de produção antecipada de provas. Recurso interposto contra a r. decisão que deferiu a realização de prova pericial. Descabimento. Inteligência do disposto no artigo 382, § 4º, do CPC/15. Precedentes jurisprudenciais. Agravo de instrumento não conhecido” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 2078185-28.2017.8.26.0000**, Rel. Des. Carlos Dias Motta, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 31 mai. 2017).

¹⁰⁵³ “*O contraditório deve ser observado, a não ser que a medida não ostente caráter contencioso (art. 382, § 1º). A previsão merece ser compreendida com ressalvas mais amplas porque não há como a lei excepcionar o contraditório quando for possível identificar o interessado, a não ser que haja urgência, o que até pode ocorrer (art. 381, I) mas não é o que cogita o dispositivo em exame. A existência ou não de litígio (‘caráter contencioso’) é, ademais, questão relativa, que pode ser alterada a depender do resultado da colheita das provas. Inclusive pela ausência de prévio contraditório na sua realização... Esta orientação, que decorre do ‘modelo constitucional do direito processual civil’, deve ser observada ainda por quem queira ver, no § 1º do art. 382, manifestação de ‘jurisdição voluntária’. Não há como a lei querer se desviar do ‘modelo constitucional’, mesmo nestes casos, já que se regula a atuação do Estado-juíz. É vedado ao magistrado pronunciar-se sobre o fato cuja antecipação da prova recai (art. 382, § 2º), é dizer, a ele é vedado avaliar a prova, limitando-se a deferir o pedido relativo à sua proposição e a determinar sua respectiva produção.*” BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, versão eletrônica.

¹⁰⁵⁴ “*Nesse processo ou incidente não se admite qualquer defesa ou discussão envolvendo o direito a ser eventualmente amparado pela prova postulada, o qual é estranho a seu objeto (CPC, art. 382, §4º). Tal exclusão não pode porém ser interpretada como abrangente do direito de defesa também quanto ao próprio direito do autor*

por parte do requerido e, na falta de norma específica, deve ser aplicada a regra do 218, § 3º, CPC/2015, considerando-se o prazo de 5 dias úteis para manifestação, mas é possível que o juiz adapte o procedimento e dilate este prazo. Sobre previsão de vedação ao cabimento de recursos, Eduardo Talamini entende que, considerando que o duplo grau de jurisdição não é uma garantia constitucional¹⁰⁵⁵, a opção legislativa pela vedação recursal seria válida, mas seria possível o ajuizamento de mandado de segurança contra ato judicial¹⁰⁵⁶. Entretanto, entendemos que o limite para a supressão do duplo grau de jurisdição é a supressão do devido processo legal e, também, a violação da isonomia jurídica. Por isso, não se pode admitir que, havendo legítimo interesse recursal, prevaleça o dispositivo, que deve ser objeto de interpretação conforme a Constituição, exatamente como defende Dinamarco¹⁰⁵⁷⁻¹⁰⁵⁸. Assim, deve ser aplicada para a discussão sobre o cabimento de recurso a interpretação de que questões sobre a valoração da prova não podem ser objeto de recurso, inclusive por sequer serem passíveis de análise em sede de produção antecipada de prova¹⁰⁵⁹.

Existem dois outros possíveis argumentos contra a possibilidade de recurso que precisam ser enfrentados. O primeiro diz respeito ao fato de que a decisão que, de maneira incidental ao processo de conhecimento, defere ou indefere a prova não se sujeita a recurso de agravo de instrumento, razão pela qual o mesmo raciocínio deveria ser transplantado para a produção antecipada. O segundo de que não haveria prejuízo na exclusão do cabimento recursal, pois, se a prova fosse indeferida, seria possível seu requerimento no bojo de eventual processo de conhecimento futuro; caso deferida, caberia a impugnação de sua admissibilidade, também em eventual processo futuro¹⁰⁶⁰.

ao conhecimento da prova, pois uma vedação como essa colidiria com as garantias constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.” DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 7. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2017, v. III, p.

¹⁰⁵⁵ Vide o *leading case* do Supremo Tribunal federal sobre a questão da garantia ao duplo grau de jurisdição: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 79.785/RJ**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. J. 29 mar. 2000.

¹⁰⁵⁶ TALAMINI, Eduardo. Comentários ao art. 382. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 598.

¹⁰⁵⁷ “Ao aludir apenas à decisão que indefere totalmente a produção antecipada da prova, o art. 382, § 4º, do Código de Processo Civil dá a entender que deixa cobertas pela irrecurribilidade aquelas que indeferirem parcialmente essa medida e também as que a deferirem. Mesmo que realmente haja sido essa a intenção do legislador, tal restrição não poderia prevalecer porque colide com o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição e com as garantias do devido processo legal e da ampla defesa.” DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 7. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2017, v. III.

¹⁰⁵⁸ No mesmo sentido: SANTOS, Ernane Fidelis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 1, versão eletrônica.

¹⁰⁵⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. II, p. 146.

¹⁰⁶⁰ ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 222-223.

Sobre o primeiro argumento, deve-se notar que ele é falso. As questões probatórias incidentais ao processo de conhecimento comum são sim impugnáveis, apenas o momento de sua impugnação é diferido (art. 1.009, §§ 1º e 2º, CPC/2015). Mas, a sentença proferida em produção antecipada de prova não se submete, por vezes, à apelação, já que apenas declara a higidez da prova produzida, salvo na hipótese de indeferimento total da prova.

Já o segundo argumento contrário, também, deve ser afastado. A atividade probatória pode, sim, causar danos à parte requerida, seja por acarretar custos financeiros indevidos ou por atingir outros direitos, inclusive com dignidade fundamental, como o direito à intimidade ou segredos comerciais. A mera possibilidade de impugnação da admissibilidade da prova em um processo futuro e eventual é insuficiente para tutela processual adequada do requerido. Será, por isso mesmo, cabível na produção antecipada de prova, conforme o caso, recurso de agravo ou apelação¹⁰⁶¹ em uma interpretação conforme a Constituição do art. 382, § 4º, CPC.

Outra questão importante diz respeito à responsabilidade pelo pagamento de custas e honorários advocatícios na ação de produção antecipada da prova¹⁰⁶². Na vigência do CPC/1973, o entendimento doutrinário e jurisprudencial prevalecente era o de que apenas seria cabível a fixação de honorários e condenação em custas na hipótese de injustificada resistência da parte na produção da prova¹⁰⁶³.

Considerando a regra da causalidade, se deve entender que, atualmente, é cabível a condenação em honorários advocatícios nos casos em que houver resistência injustificada por parte do requerido a produzir a prova ou quando for julgada improcedente a pretensão probatória deduzida pelo requerente¹⁰⁶⁴. Em caso de colaboração da parte requerida para a produção da prova não deverá haver condenação em honorários¹⁰⁶⁵. Contudo, em se verificando

¹⁰⁶¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. II, p. 146.

¹⁰⁶² ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 226.

¹⁰⁶³ VIEIRA, Christian Garcia. **Asseguração de Prova**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 214. THEODORO JR., Humberto. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 5, p. 307.

¹⁰⁶⁴ “...se o réu resiste à antecipação da prova, sustentando seu descabimento, e é derrotado, deve responder pelas despesas relativas à desnecessárias extensão do procedimento por força dessa alegação infundada, inclusive honorários advocatícios. Se for vitorioso, cabe ao autor responder pela sucumbência.” TALAMINI, Eduardo. Comentários ao art. 382. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 598.

¹⁰⁶⁵ “Produção antecipada de prova – Ação proposta sob a égide do atual CPC – Documento apresentado pelo banco requerido – Sentença que homologou a prova produzida – Decisão que não comporta recurso – § 4º do art. 382 do atual CPC que limita a interposição de recurso somente para o caso em que for indeferida totalmente a produção da prova pleiteada na inicial – Apelo do requerente não conhecido. Produção antecipada de prova – Sucumbência – Pretensão recursal que visa à condenação do banco requerido no pagamento de verba honorária de sucumbência – Documento apresentado pelo banco requerido na primeira oportunidade em que se manifestou nos autos - Procedimento que não assumiu o caráter contencioso, tendo em vista a ausência de resistência – Despesas processuais que devem ser assumidas pelo requerente.” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação 1011598-89.2017.8.26.0566**, 23ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. José Marcos Marrone, j. 30/10/2018)

sua resistência, os honorários deverão ser fixados. Este é o entendimento, por exemplo, do enunciado 118 do Conselho da Justiça Federal – CFJ¹⁰⁶⁶.

Yarshell, contudo, entende de maneira diversa. Para ele, considerando ao caráter dúplice da produção antecipada da prova, seria inadequado transferir para uma delas os ônus sucumbenciais simplesmente por ter a parte contrária tomado a iniciativa de requerer a produção da prova. Cada parte, então, deveria arcar com os honorários de seus advogados, sendo irrelevante a aquiescência ou resistência do requerido em relação a produção da prova, pois ela teria que ser produzida de qualquer modo. Apenas nos casos de a resistência gerar trabalho “expressivamente superior” poderia haver condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais¹⁰⁶⁷.

Todavia, considerando as regras gerais aplicáveis, deve prevalecer o entendimento de que em havendo resistência na produção da prova ou em sendo julgada improcedente a pretensão probatória deduzida, o vencido deverá ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios¹⁰⁶⁸. Os honorários deverão ser fixados com base no § 8º do art. 85 CPC/2015¹⁰⁶⁹. Em relação à responsabilidade pelo pagamento das custas, deve ser aplicada a regra do artigo 82 do CPC/2015, no sentido de que é o requerente da prova que deve arcar com seu pagamento, o que se aplica tanto para o requerente originário como para requerido que, com fundamento no artigo 382, § 3º, pretenda a produção de outro meio de prova sobre o mesmo fato¹⁰⁷⁰.

PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA – APELAÇÃO DO RÉU - Produção antecipada de provas – Sentença de procedência e condenação do réu a arcar com o ônus da sucumbência – Apelação do réu sustentando que não é o caso de julgar procedente o pedido, mas sim de homologar as provas produzidas, e requerendo o afastamento da condenação no ônus da sucumbência – Acolhimento – A sentença de produção antecipada de provas tem caráter meramente homologatório, não havendo pronunciamento do juiz sobre a ocorrência ou não dos fatos e suas respectivas consequências jurídicas – Imposição de sucumbência indevida na hipótese – Sentença reformada. Recurso provido. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação 1008255-05.2016.8.26.0604**, 11ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Marino Neto, j. 22/10/2018.

¹⁰⁶⁶ Enunciado 115 do Conselho Federal da Justiça: “É cabível a fixação de honorários advocatícios na ação de produção antecipada de provas na hipótese de resistência da parte requerida na produção da prova”.

¹⁰⁶⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários ao art. 383. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (Coords.) **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 1044.

¹⁰⁶⁸ “A sentença deverá, ainda, conter um capítulo condenatório relativo às despesas processuais. As despesas processuais, a princípio, correm por conta do requerente da medida. É preciso lembrar que, de acordo com o § 3º do art. 382, é possível que os interessados peçam a produção de outras provas sobre os mesmos fatos – ficam, por isso, responsáveis pelas despesas. Agora se existirem outros interessados na diligência probatória, que opuserem algum tipo de resistência à sua realização aquele, ao final, vencido, será condenado nas despesas adiantadas pelo requerente, inclusive honorários de advogado. Enfim, havendo outros interessados que participem sem resistir, as despesas serão rateadas entre todos eles (art. 88, CPC), o que deve constar na sentença final.” DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. II, p. 159.

¹⁰⁶⁹ ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 228.

¹⁰⁷⁰ TALAMINI, Eduardo. Comentários ao art. 382. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 598.

7.10. Privilégios e limitações ao direito à prova

Reconhecer o direito à prova é, também, se preocupar com a identificação de seus contornos, em um paradigma constitucionalmente adequado. A produção de prova redundante na prática de atos materiais e na obtenção de determinados dados e informações, o que representa uma invasão da esfera individual dos envolvidos¹⁰⁷¹, causa custos e requer dispêndio de esforço. Do ponto de vista processual, o direito à prova se adstringe às normas que regulam a produção de provas em geral e aquelas específicas do tipo de prova pretendida. Materialmente, além de se considerar reflexos da relação jurídico-material subjacente, existem limitações de cunho constitucional e legal que devem ser observadas¹⁰⁷².

A ação probatória autônoma encontra limite, diretamente, na tutela do direito à intimidade, na preservação do sigilo comercial ou industrial. No juízo sobre a pretensão deve ser feito um exercício de proporcionalidade considerando se a medida não causará situação vexatória, que cause exposição indevida à parte, e se a prova requerida está sendo produzida da maneira mais eficiente. É preciso que o magistrado analise se a medida pretendida é justificada, à luz de uma das hipóteses autorizativas insertas no art. 381, CPC, no exercício de sua atividade cognitiva sobre a questão.

Não existe direito absoluto ou ilimitado. O direito à prova encontra limitação na convivência com outros, igualmente tutelados pelo ordenamento jurídico. Além disso, é necessário compreender adequadamente o exercício autônomo do direito à prova de, de maneira a impedir que se torne uma ferramenta de abuso, fishing, ou que cause indevido dano ou custo à uma das partes envolvidas.

No Direito americano e no inglês, os privilégios são exceções ao dever de apresentar uma prova. Eles visam a temperar e limitar a investigação processual, determinando situações nas quais é legítima a recusa de apresentação de um meio de prova ou a colaboração na constituição de seu conteúdo. O direito à prova é amplo e a regra geral é de autorização ampla para a produção de provas no discovery¹⁰⁷³. Isso significa dizer que as limitações ao exercício do direito à prova precisam balancear esta aspiração e finalidade com outros valores relevantes

¹⁰⁷¹ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 334-335.

¹⁰⁷² YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 339.

¹⁰⁷³ MARCUS, Richard L.. Modest procedural reform advances in the United States. In: **Legal Studies Research Papers – University of California**. Hastings: UC, 2017 n. 237, p. 291.

para o sistema jurídico¹⁰⁷⁴. Os privilégios, então, se contrapõem à obrigação geral de disclosure e revelação de todos os elementos probatórios relevantes para os fatos ou a eles interconectados. No sistema de Common Law, então, eles temperam e direcionam a atividade de investigação processual, num contexto no qual a iniciativa e atuação do juiz é substancialmente mais restrita.

Já se estabeleceu que os privilégios representam o limite mais sensível aos *discovery* estadunidense (vide Cap. 4., Item 4.7) e *disclosure* inglês (vide Cap. 4, Item 4.9.), é o momento, então, de compreender o seu papel no direito brasileiro e, particularmente, nas ações probatórias autônomas¹⁰⁷⁵.

Os privilégios na tradição anglo-americana implicam a desnecessidade de apresentar uma prova durante o discovery e obstam sua apreciação no trial, a partir da premissa de processo bipartido e de julgamento concentrado. Na tradição continental, particularmente no Brasil, o maior controle do magistrado sobre o processo e a ausência de um momento de apresentação concentrada de provas como o trial redundam na impossibilidade de constituição de uma prova ou de sua efetiva valoração pelo juiz.

Todos os ordenamentos jurídicos possuem regras contraepistêmicas, a limitar o direito à prova. As razões para o estabelecimento deste tipo de regras são muitas e variadas, englobando desde a proteção ao sigilo até o resguardo das relações familiares, em outros casos se procura evitar uma análise errada dos fatos pelo julgador. São regras que procuram determinar como os fatos devem ser compreendidos em determinada situação, não admitindo uma valoração e interpretação probatória distinta. Os privilégios e as regras de exclusão, então, limitam o direito à prova e direcionam a “busca da verdade” por meio do processo.

O exercício do direito à prova de modo autônomo, então, é, também, limitado pelos privilégios (aproveitando a terminologia anglófona) e por regras de exclusão que impedem a investigação e limitam atividade de coleta das provas. Ou seja, sempre que uma norma jurídica estabelecer ser legítima a recusa de apresentação ou produção de uma determinada prova se estará diante de um privilégio, considerando a denominação bem consagrada no direito anglo-americano. Vale dizer, não há direito a produzir prova em violação de privilégio, sendo legítima a resistência à pretensão probatória de quem o possui. Se para a produção incidental de prova a questão é tratada no âmbito da admissibilidade do meio de prova pretendido, na produção

¹⁰⁷⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, 1996, v. 205, p. 11-12.

¹⁰⁷⁵ “...o direito brasileiro, na linha do que fazem os sistemas de direito comparado, prevê duas modalidades de privilégios: o privilégio contra a autoincriminação (alargado, no direito pátrio, para os fatos torpes e que causam prejuízo à honra da pessoa ou de seus familiares) e o privilégio em razão do conhecimento de certos assuntos por ofício, função ou profissão (advogado-cliente, médico-paciente, padre-confite etc.)”, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, v. 2, p. 256.

autônoma a questão redundante na improcedência do pedido de produção de provas. Não pode ser acolhido o pedido de produção autônomo de prova que resvale em privilégio, estas hipóteses foram eleitas pelo legislador como limitadoras da investigação processual. O legislador já realizou a opção prévia entre as vantagens de descobrimento de fatos e a preservação de outros valores e bens jurídicos. Além disso, é possível que as partes, convencionalmente, estabeleçam privilégio ou exclusão, a estabelecer o sigilo e inadmissibilidade probatória sobre determinado meio de prova. Trata-se da possibilidade de negócio processual probatório, o que é plenamente condizente com o art. 190, CPC/2015.

O direito à prova, portanto, convive com outros direitos aos quais, por vezes, deve ceder espaço. Muitas são as justificativas para as limitações probatórias, mas elas procuram assegurar valores importantes do ordenamento jurídico, como a proteção da privacidade, do sigilo profissional ou comercial, da dignidade pessoal¹⁰⁷⁶. De maneira mais ampla, como pontua Taruffo, as regras de limitação probatória podem ser agrupadas em duas grandes categorias. A primeira são normas caracterizadas por alguma finalidade epistêmica, de melhor acerto da verdade. A segunda categoria é composta por normas sem qualquer finalidade epistêmica, mas que procuram preservar valores importantes para o sistema jurídico.

Sobre a primeira categoria de normas, aquelas que limitam as provas com uma preocupação epistêmica, deve-se observar que o ordenamento jurídico, então, estabelece algumas premissas sobre como identificar a verdade, excluindo certas provas com o objetivo de se evitar erros na valoração probatória ou na compreensão dos fatos. Por exemplo, é tradicional a limitação à prova oral para a prova dos negócios jurídicos e para determinadas situações, estabelecendo-se uma predileção, no âmbito do civil law dos documentos escritos sobre a prova oral¹⁰⁷⁷. Quando a limitação se coloca no plano material, na verdade, a forma escrita é parte da substância do ato e não é possível suplantar sua ausência, por se tratar de um

¹⁰⁷⁶ “On the other hand, evidentiary privileges are designed to promote important values. Some of the privileges are designed to establish a system of justice that will foster accurate fact-finding. Others are designed to promote values such as safeguarding individual dignity or autonomy. Thus, when a defendant’s interest in presenting relevant evidence comes into conflict with an evidentiary privilege, a clash of values results. The approach a court adopts towards reconciling this conflict will be significant from a theoretical standpoint because it will reflect, in some measure, its judgment as to the priorities of the American system of justice.” WHITE, Welsh. Evidentiary Privileges and the defendant’s constitutional right to introduce evidence. In: **The Journal of Criminal Law & Criminology**. Chicago: Northwestern University, 1989, v. 80, n. 2, p. 378.

¹⁰⁷⁷ Esta tradição deriva do direito francês e foi acolhido em diversos ordenamentos jurídicos continentais na Europa e na América-Latina, a partir do adágio de “*lettres passent témoins*”, vide: TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 171.

problema relativo à própria existência do ato jurídico, ou de sua invalidade ou eficácia, conforme o caso¹⁰⁷⁸.

O CPC/1973, no seu art. 400, estabelecia a admissibilidade da prova oral de maneira ampla, salvo disposições em contrário feitas em pontos específicos da legislação. A lei, na verdade, sempre estabeleceu várias situações nas quais é indispensável a forma escrita, excluindo a prova oral. É o que acontece, por exemplo com os contratos de seguro (art. 758 do Código Civil), de fiança (art. 819 do Código Civil), na prova do estado de casado (art. 1.543 do Código Civil) e a propriedade imobiliária, que se comprova pelo assentamento no Registro de Imóveis (1.227 do Código Civil) ¹⁰⁷⁹, para comprovação do tempo de trabalho para o fim de obtenção de aposentadoria (art. 55, § 3º, Lei 8.213/1991 e Súmula 149 STJ¹⁰⁸⁰)¹⁰⁸¹. De modo mais genérico, o Código Civil em seu art. 227, caput, estabelecia que a prova exclusivamente testemunhal só seria admissível em negócios jurídicos que não ultrapassassem o décuplo do maior salário mínimo vigente no país ao tempo da celebração do negócio (o mesmo teor se colhia do art. 401, CPC/1973). O seu parágrafo único, entretanto, estabelece que qualquer que seja o valor do negócio jurídico, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito. Havendo prova escrita sobre o negócio jurídico a prova testemunhal pode complementar ou reforçar seu conteúdo, mas se admitia a prova exclusivamente testemunhal para negócios jurídicos de pequena monta.

Ocorre que o art. 1.072 do CPC/2015 revogou expressamente o caput do art. 227 do Código Civil, mantendo o teor de seu parágrafo único. Por outro lado, o art. 442, CPC/2015

¹⁰⁷⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, v. 2, p. 324,

¹⁰⁷⁹ Embora o Superior Tribunal de Justiça, em certas condições, admitia outros meios de prova escrita para suprir a comprovação da propriedade imobiliária, vide: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp: 881717 SP 2016/0064206-1**, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJ. 24 ago. 2018.

¹⁰⁸⁰ Súmula 149 STJ: “A prova exclusivamente testemunhal não basta a comprovação da atividade rural, para efeito da obtenção de benefício previdenciário.”

¹⁰⁸¹ “A controvérsia cinge-se em saber sobre a possibilidade, ou não, de reconhecimento do período de trabalho rural anterior ao documento mais antigo juntado como início de prova material. 2. De acordo com o art. 400 do *Código de Processo Civil* “a prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso”. Por sua vez, a Lei de Benefícios, ao disciplinar a aposentadoria por tempo de serviço, expressamente estabelece no § 3º do art. 55 que a comprovação do tempo de serviço só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, “não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento” (Súmula 149/STJ). 3. No âmbito desta Corte, é pacífico o entendimento de ser possível o reconhecimento do tempo de serviço mediante apresentação de um início de prova material, desde que corroborado por testemunhos idôneos. Precedentes. 4. A Lei de Benefícios, ao exigir um “início de prova material”, teve por pressuposto assegurar o direito à contagem do tempo de atividade exercida por trabalhador rural em período anterior ao advento da Lei 8.213/91 levando em conta as dificuldades deste, notadamente hipossuficiente. 5. Ainda que inexistia prova documental do período antecedente ao casamento do segurado, ocorrido em 1974, os testemunhos colhidos em juízo, conforme reconhecido pelas instâncias ordinárias, corroboraram a alegação da inicial e confirmaram o trabalho do autor desde 1967.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp 873294 SP**, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJ. 10 mai. 2017.

estabelece que a prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso, mas o juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre os fatos que só por documento¹⁰⁸² ou por exame pericial puderem ser provados (art. 443, II, CPC/2015). Uma primeira leitura poderia levar à conclusão de que o CPC/2015 ampliou a admissibilidade da prova testemunhal para a generalidade dos negócios jurídicos, ao expurgar a disposição de que a prova exclusivamente testemunhal só seria admissível para negócios de valor inferior à dez salários mínimos, justamente por ter revogado o caput do art. 227 do Código Civil e não ter reproduzido o teor do antigo art. 401, CPC/1973. Isso, então, levaria à conclusão de que a prova testemunhal poderia ser utilizada, isoladamente, para a prova de qualquer negócio jurídico, mesmo aqueles complexos ou de valor expressivo. Contudo, se esta foi a intenção do legislador, não é o que se extrai dos dispositivos em vigor. Isso porque permaneceu em vigor o parágrafo único do art. 227 do Código Civil, que dispõe: “qualquer que seja o valor do negócio jurídico, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito.” Assim, a regra, na verdade, recrudescer para significar que em qualquer valor de negócio jurídico é preciso, ao menos, um início de prova por escrito, a ser complementada pela prova oral. O que, também, se confirma do art. 444, CPC/2015 estabelecendo que sempre que a lei requeira a prova por escrito da obrigação será admissível a prova oral quando houver começo de prova por escrito, emanada da parte contra a qual se pretende produzir a prova.

Temperando este rigor, o art. 445, CPC/2015 estabelece a admissibilidade da prova testemunhal sempre que o credor não puder, moral ou materialmente, obter prova escrita da obrigação, exemplificado o que ocorre nos casos de parentesco entre as partes, do depósito necessário, das hospedagens de hotel ou em razão das práticas comerciais do local onde contraída a obrigação. Esta sim é uma regra que assegura uma ampla utilização da prova oral, mas requer a demonstração de uma situação especial. Além disso, a demonstração do vício de consentimento e, nos contratos simulados, a divergência entre a vontade real e a declarada por escrito sempre podem ser provadas por testemunhas, até porque dificilmente haverá outro meio de prova disponível nestas situações.

Na mesma linha de preocupação com que a prova oral seja acurada e confiável, para que possa, então, ser adequadamente valorada, se colocam, também, as regras sobre impedimento e suspeição de testemunhas, indicando testemunhas poucos confiáveis ou potencialmente

¹⁰⁸² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Processo Cautelar**. São Paulo: RT, 2008, p. 266.

parciais em seu relato¹⁰⁸³. As testemunhas devem ser pessoas que possam depor com imparcialidade e isenção, com um mínimo grau de afastamento em relação ao litígio e às partes. É por isso que a lei evita o testemunho de pessoas que possam ser consideradas impedidas, por razões objetivas (como o pai, o filho, o cônjuge da parte...) ou, por razões subjetivas, tornem-se suspeitas^{1084 1085}.

Em suma, todas estas limitações à prova exclusivamente testemunhal procuram, na verdade, direcionar o julgamento, assegurando um melhor acerto da verdade. Embora inexista, rigorosamente, uma hierarquia entre os meios de prova, o legislador prefere a utilização da prova escrita.

No âmbito da tradição processual anglo-americana se colhe a “regra da melhor prova” (best evidence rule), que exige, de preferência, a apresentação da documentação original e de prova de primeira mão, nunca derivada¹⁰⁸⁶. Na verdade, a par da regra de relevância, constante da Rule 401 das FRE o sistema probatório é composto por várias regras que procuram direcionar a decisão do júri, compondo a congruência das regras de exclusão, demonstrando o paternalismo epistêmico daquele sistema (vide Cap. 5, Item 5.8). Um exemplo clássico é a vedação ao testemunho de segunda-mão ou de “ouvi dizer”, vedação ao hearsay, que impede seja produzida prova oral por quem não presenciou diretamente os fatos e apenas pode relatar algo que lhe foi transmitido ou narrado por outra pessoa. Embora a regra não exista mais no processo civil inglês, com o CEA/1995 (embora o Criminal Justice Act de 2003 a preveja para os processos penais), continua a representar uma premissa fundamental tanto no processo civil quanto no criminal norte-americano. A norma tem o objetivo de impedir testemunhos sobre os quais as partes não possam examinar, por meio de cross-examination, a credibilidade da testemunha original. Assim, ela cumpre um claro objetivo epistêmico, impedindo que o júri aprenda o conteúdo e valere uma prova oral que não pode ser adequadamente enfrentada, em exame cruzado do detentor original da informação, pela contraparte¹⁰⁸⁷.

O sistema norte-americano estabelece uma valoração largamente discricionária do juiz para a exclusão de provas relevantes, considerando, nos termos da Rule 403, FRE a confrontação do valor probante do meio de prova e o risco de uma das seguintes situações: pré-conceito injustificado, confusão de questões, ser enganoso para o júri, causar demora indevida,

¹⁰⁸³ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 171.

¹⁰⁸⁴ CAMBI, Eduardo. **A prova cível: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006, p. 157.

¹⁰⁸⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 253.

¹⁰⁸⁶ Vide: DALE, Nance. The best evidence principle. In: **Iowa Law Review**. Iowa City: UISL, 1988, v. 73.

¹⁰⁸⁷ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 176.

desperdício de tempo ou quando se tratar de evidência desnecessária por ser cumulativa¹⁰⁸⁸. A regra sofre várias críticas, nomeadamente por atribuir um poder bastante amplo ao juiz de excluir preliminarmente provas que poderiam servir ao esclarecimento e apuração da verdade dos fatos, ainda que tencione uma equanimização da admissão de cada prova com uma valoração específica da correlação entre custos e benefícios processuais envolvidos. Ela é, além de muitas outras regras específicas, a consagração geral do controle da atividade do júri e do papel do juiz de direcionamento do acesso dele às provas.

Além das regras que, de alguma maneira, procuram direcionar epistemicamente o resultado do processo, existem as normas que não perseguem qualquer finalidade epistêmica, mas, antes, procuram preservar determinadas informações ou pessoas. Entre essas normas, sobressaem aquelas relativas ao respeito aos sigilos e confidencialidades, a exemplo dos privilégios e imunidades do direito anglo-americano. Todos os ordenamentos eximem determinadas pessoas do dever de revelação de certas informações ou protegem de divulgação ou investigação processual determinados dados e informações. O objetivo desse tipo de regra, não é ocioso repetir, é balancear o legítimo interesse de investigação probatória com outros valores dignos de proteção, como a privacidade individual, a proteção de dados e do sigilo profissional e os sigilos de Estado. A questão, então, é compreender quando o sigilo é justificado, em uma análise de política legislativa.

Sempre que incide uma norma que tutela um sigilo e, portanto, um sujeito se vale da faculdade de não contribuir para o esclarecimento dos fatos, na forma como a lei lhe autoriza, diminui-se a possibilidade de apuração de um fato relevante para a decisão judicial. A questão é que o ordenamento jurídico pode optar por preconizar um ou outro valor. Assim estas situações demonstram, na verdade, uma tensão entre valores conflitantes: a necessidade de descoberta e apuração da verdade por meio da atividade processual e a necessidade de tutela de um privilegiado ou sigilo legítimo¹⁰⁸⁹.

Para as ações probatórias autônomas, tanto as regras de exclusão propriamente ditas, quanto aquelas que tutelam os sigilos, privilégios, colocam-se como barreiras ao exercício do direito à prova. O mesmo que se passaria com a produção incidental. Contudo, caso deduzida uma pretensão de produção autônoma específica de uma prova que encontre limitação em uma

¹⁰⁸⁸ Federal Rules of Evidence: *Rule 403. Excluding Relevant Evidence for Prejudice, Confusion, Waste of Time, or Other Reasons. The court may exclude relevant evidence if its probative value is substantially outweighed by a danger of one or more of the following: unfair prejudice, confusing the issues, misleading the jury, undue delay, wasting time, or needlessly presenting cumulative evidence.*

¹⁰⁸⁹ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 178-179.

regra de exclusão ou privilégio, a ação probatória autônoma deverá ser julgada improcedente. Não há, com efeito, direito à produção da prova pretendida.

7.10.1. Limitação à inspeção judicial e ao depoimento pessoal da parte?

Em princípio todos os meios de prova podem ser constituídos de maneira antecipada, com sua documentação, não existe ressalva ou limitação legal expressa. Entretanto, dois meios de prova típicos merecem uma consideração específica adicional por suas peculiaridades: a inspeção judicial e o depoimento pessoal da parte.

A inspeção judicial é providência própria da instrução que permite maximizar a imediação do juiz, pelo contato direto com locais e coisas relevantes para a compreensão da causa e os fatos controvertidos. Na inspeção judicial o juiz irá, sensorialmente, conhecer e avaliar objetos e locais, para que possa melhor compreender os fatos deduzidos. É um dever da *parte* se submeter à inspeção judicial, como já defendia Barbosa Moreira em relação ao instituto no CPC/1973¹⁰⁹⁰.

Não é possível, em ação probatória autônoma, seja determinada a inspeção judicial¹⁰⁹¹. A inspeção judicial serve para fornecer elementos para que o juiz julgue a causa, a partir do seu contato direto com pessoas ou coisas. O juiz da ação probatória autônoma nada julgará sobre a controvérsia (salvo sobre a questão de se a prova deve ou não ser produzida). Não faz sentido que o juiz inspecione uma coisa ou pessoa neste momento, exceto se a inspeção servir para a resolução do mérito da própria ação probatória autônoma (ou seja, para saber se deve ou não ser deferida a pretensão de produção de prova formulada) o que seria, ao menos, uma situação inusitada.

É possível a produção de outros meios de prova, como visto, entretanto, não é possível que o juiz que conduz a ação emita juízo de valor sobre a prova produzida. Por isso mesmo é que não deve ser admitida a inspeção judicial, pois redundaria em ato inútil. A opinião, impressão ou percepção do juiz da ação probatória autônoma não é admissível como meio de prova em uma ação subsequente. Não pode ser realizada a inspeção judicial na ação probatória autônoma, se é preciso a verificação de um fato ou sua constatação é possível seja feito o seu registro em ata, o que pode, inclusive, ser feito extrajudicialmente por intermédio de ata

¹⁰⁹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual – Segunda Série**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, P. 14.

¹⁰⁹¹ Em sentido distinto: WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, v. 2, p. 371.

notarial. De qualquer maneira, a ata deve se limitar a descrever a coisa ou fato, não sendo possível a indicação de percepções subjetivas ou impressões de quem a lavra. Por outro lado, se é necessário conhecimento técnico para a verificação do caso, deve ser realizada uma perícia, para a análise dos elementos e emissão do parecer do experto, com resposta aos quesitos que tenham sido formulados pelas partes. O juiz não detém conhecimento técnico e suas impressões pessoais ou convicção são absolutamente irrelevantes para a apreciação dos fatos em um processo futuro. Como não existe convencimento do próprio juiz da ação autônoma de produção de provas não é possível a inspeção judicial, devendo o registro do fato ser feito por outros instrumentos, mais adequados ao contexto.

Além da inadequação da inspeção judicial no âmbito da produção antecipada de prova, algumas considerações devem ser feitas sobre o depoimento pessoal e seus efeitos. O depoimento pessoal é tomado na audiência de instrução, com a oitiva da parte, que é intimada a depor, sob pena de confesso. A parte deverá responder pessoalmente sobre os fatos articulados, não podendo se valer de escritos anteriormente preparados, salvo a consulta a notas breves, desde que objetivem completar os esclarecimentos a serem prestados. Caso a parte se recuse a depor ou o quanto for admitido pela parte como verdadeiro será tido por confessado e, em princípio, faz prova em seu desfavor. Contudo, existem situações nas quais a parte pode, legitimamente, se escusar a depor, nomeadamente para sua proteção, ou de parentes em grau sucessível, sobre situações desonrosas ou que possam os expor a perigo de vida, para o resguardo de sigilo profissional ou de Estado, ou sobre atos criminosos ou torpes imputados ao depoente. A confissão pode ser espontânea ou provocada, a depender de se a manifestação ocorreu com ou sem provocação. Mais que isso, a confissão pode ser judicial ou extrajudicial, a depender de onde ocorra. É extrajudicial quando a admissão dos fatos contrários ao interesse da parte se dá fora do processo e judicial quando ocorre no curso do processo de maneira incidental.

No contexto de uma ação probatória autônoma é possível que uma parte prospectiva de um processo futuro seja chamada a depor. Entretanto, não é possível se extrair de sua recusa em responder as perguntas os efeitos próprios da confissão. Isso porque ainda não há o objeto litigioso delineado ou pretensão de direito material proposta (outra além da pretensão à simples produção de prova), com o adequado enquadramento dos fatos relevantes. Ou seja, o silêncio não aduz aos efeitos do art. 385, § 1º, CPC/2015. Isso não significa dizer, contudo, que inexistente confissão no âmbito da produção autônoma de provas, o que não existe é pena de confesso decorrente do silêncio ou recusa da parte em depor. Aquilo que a parte declarar e admitir como verdadeiro sobre fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário será tido por

confessado. Não existem razões para se limitar este efeito em um depoimento tomado em ação autônoma, quando é certo que a confissão pode ser validamente feita extrajudicialmente¹⁰⁹².

De qualquer maneira, a parte poderá se recusar a depor, para não produzir prova contra si mesma¹⁰⁹³, embora parcela significativa da doutrina entenda que o conteúdo do art. 379, *caput*, CPC/2015 deveria ser compreendido restritivamente para significar o direito ao silêncio sobre situações incriminadoras¹⁰⁹⁴. Entretanto, o melhor entendimento é aquele que compreende que a parte tem o dever de colaborar com o processo, mas não o de produzir prova em seu desfavor. Inclusive o art. 388 estende, expressamente, o direito de recusa ao depoimento, para além de fatos potencialmente criminosos, aos torpes que lhes sejam imputados. A parte possui a garantia de não ser obrigada a produzir prova contra si mesmo, o que se aplica no âmbito da ação para simples produção de prova, em situações relativas a fatos torpes ou caso exista o risco de persecução criminal.

7.10.2. Respeito à confidencialidade e à privacidade

A confidencialidade (sigilo) e a privacidade são estabelecidas como valores juridicamente protegidos pelo ordenamento jurídico, que as tutela como valor, impedido a divulgação de determinado tipo de informação e, também, sua admissão como prova, na hipótese de indevido acesso ao seu conteúdo. Existe, portanto, uma categoria de informações protegidas¹⁰⁹⁵. Se regra geral é a liberdade probatória, com a ampla possibilidade de obtenção e utilização de meios de prova, o ordenamento jurídico procura preservar determinadas informações, preconizando o sigilo. Esta limitação se coloca de duas maneiras, por um lado ela torna inadmissível em processo judicial a prova que vier a ser obtida em violação desse tipo de proteção e, por outro lado, elas obstam, em certas situações, sejam tomadas medidas instrutórias tendentes a permitir o acesso a este conteúdo e informação.

O direito fundamental à intimidade resguarda a esfera e vida íntima e reservada da pessoa, que diz respeito à vida doméstica e familiar e ao seu relacionamento com um número

¹⁰⁹² Neste ponto discordamos de Talamini e Wambier, que afastam a possibilidade de confissão. Em sentido distinto: WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, v. 2, p. 372.

¹⁰⁹³ SOUSA, Diego Crevelin de. Dever (ou direito) de (não) provar contra si mesmo ?(!) O dilema em torno do art. 379, CPC. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. (Coords.) **Direito Probatório**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 196.

¹⁰⁹⁴ É o que se colhe, por exemplo, do Enunciado 51 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: (art. 378; art. 379) *A compatibilização do disposto nestes dispositivos/c o art. 5º, LXIII, da CF/1988, assegura à parte, exclusivamente, o direito de não produzir prova contra si em razão de reflexos no ambiente penal.*

¹⁰⁹⁵ BERGEAUD, Aurélie. **Le Droit à la Preuve**. Paris: LGDJ, 2010, p. 453.

restrito de pessoas próximas. O que se tutela é o ambiente privado e pessoal, que é infenso a interferências ou controles alheios. Por exemplo, é ilícita a filmagem que seja feita às escondidas por um detetive particular em um quarto de hotel ou no recinto privado de uma casa. Entretanto, aquilo que se passa em lugar público, usualmente acessível às pessoas, normalmente não se encontra no âmbito de proteção próprio. Por isso, é lícita a prova decorrente de imagens captadas em locais públicos, como os estabelecimentos comerciais, as vias e as áreas condominiais comuns¹⁰⁹⁶. É igualmente lícita a gravação de áudio decorrente de escuta em ambiente público, nomeadamente se os interlocutores falam em alta voz e sem reservas.

É inviolável, por mandamento constitucional, o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas. Entretanto, o art. 5º, XII, CF estabelece uma exceção à regra geral do sigilo das comunicações, regulamentada pela Lei 9.256/1996. As comunicações são sigilosas, tendo esta regra a feição de uma garantia fundamental, só sendo possível a violação do sigilo nas hipóteses especificamente autorizadas. A interceptação telefônica pode ser determinada, por ordem judicial, para fins de investigação penal e processual penal. Não é possível, portanto, que no âmbito de processo cível se determine a quebra de sigilo de comunicações¹⁰⁹⁷, a Constituição restringiu tal determinação, especificamente, para a necessidade de instrução ou investigação penal. A jurisprudência, contudo, tem admitido a utilização da informação obtida em interceptação telefônica devidamente autorizada em processo criminal como prova emprestada em ação civil^{1098 1099}.

¹⁰⁹⁶ “Outra questão bastante interessante é a possibilidade da utilização das gravações decorrentes de câmeras escondidas em estabelecimentos comerciais ou em edifícios condominiais como meios de prova lícito, já que essas imagens são obtidas sem o consentimento da pessoa filmada. Entretanto, nessa situação mais uma vez a tutela dos direitos da personalidade não pode ser colocada em um patamar absoluto, que impeça a realização de outros direitos tão ou mais importantes para a organização pacífica e justa da sociedade. Impedir a utilização dessas câmeras como meios de prova significaria, por exemplo, incentivar a violência, tornando mais difícil o seu combate. Destarte, a tutela da intimidade e da privacidade não pode chegar a ponto de sacrificar outros valores mais importantes como a segurança física psíquica e patrimonial inerente à prevenção de ilicitude e da violência, principalmente nas grandes cidades brasileiras, onde o índice de criminalidade é alto.” CAMBI, Eduardo. **A prova cível: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006, p. 93.

¹⁰⁹⁷ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. II, p. 101.

¹⁰⁹⁸ “É possível o uso de interceptações telefônicas, na forma de provas emprestadas, derivadas de processo penal, desde que tenha havido autorização judicial para tanto, como na espécie (fl. 511), bem como que tenha sido dada oportunidade para o contraditório em relação a elas, como se verifica dos autos”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MS 17.534/DF**. Rel. Min. Humberto Martins. Primeira Seção. j. 12 mar. 2014.

¹⁰⁹⁹ “Há sintonia entre as partes do processo penal e os fatos que deram origem aos dois processos, assim como existem outras provas nos autos do PAD a corroborar as provas emprestadas. As referidas provas foram transladadas por meio da devida autorização do juízo criminal e submetidas ao contraditório, tendo havido direito de defesa. A Primeira Seção do STJ tem aceitado o empréstimo de provas, desde que haja atenção ao devido processo legal e ao contraditório. Precedentes: MS 17.472/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe 22.6.2012; MS 15.787/DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 6.8.2012; e MS 16.122/DF, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJe 24.5.2011.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 33628 PE**. Rel. Min. Castro Meira. Segunda Turma. j. 2 abr. 2013.

Para que seja admissível no âmbito a interceptação telefônica a premissa é a de que sua coleta deve ter sido validamente efetuada por determinação de juízo criminal.

Ainda no contexto de tutela da privacidade, há a garantia de proteção ao sigilo bancário¹¹⁰⁰, tendo o Supremo Tribunal Federal estabelecido que “*o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais*”¹¹⁰¹.

O indivíduo tem a liberdade de realizar operações de crédito diversas, ativas e passivas, com a instituição financeira de sua preferência, e o conteúdo dessas operações está no centro de seu direito à privacidade¹¹⁰². A instituição financeira tem o dever de guardar e preservar o sigilo sobre essas operações (art. 1º da LC 105/2001), que não podem ser publicizadas, divulgadas ou tornadas acessíveis a terceiros.

A Lei Complementar 105/2001 cuida do sigilo das operações financeiras, cuida das hipóteses de revelação das operações bancárias e financeiras. Os dados bancários podem ser acessados, por quebra de sigilo, para fins penais (art. 1º, § 4º, da LC 105/2001), por ordem do Poder Judiciário, preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes numa determinada causa. Outrossim, o sigilo pode ser afastado para o exercício das competências constitucionais e legais do Poder Legislativo Federal, para o exercício de competências constitucionais e legais das Comissões Parlamentares de Inquérito, bem como para fins fiscais, conservando-se em sigilo o resultado dos exames, as informações e os documentos¹¹⁰³. O

¹¹⁰⁰ “*Dado o caráter circunstancial do conteúdo da vida privada e da intimidade, é bastante difícil conceituá-los, razão por que é comum sua definição por exemplos estruturais, mas não são rígidos, especialmente considerando costumes notórios atuais que envolvem a exposição da vida privada e da intimidade nas redes sociais. É no recôndito da vida privada que se esconde a intimidade; na linha de raciocínio até aqui desenvolvida, é a intimidade o mais exclusivo dos direitos, que impede qualquer publicidade, ou seja, o direito à intimidade é o segredo pessoal. A intimidade e a vida privada guardam autonomia entre si, embora componham o gênero da privacidade. No presente estudo, o caso relatado evidencia um conflito envolvendo o sigilo bancário. Seria o sigilo bancário protegido pelo direito à privacidade? A Constituição brasileira de 1988 não trata expressamente do sigilo bancário, no entanto, há consenso na doutrina (Cf. FERRAZ JR., 2001) e na jurisprudência (Cf. STF, MS 22.801/DF) de que a proteção do sigilo bancário está inserida no âmbito de proteção da intimidade e da vida privada, no artigo 5º, X, da Constituição Federal.*” ASSIS JR., Luiz Carlos de; MARTINEZ, Luciano; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O direito fundamental à privacidade bancária em conflito com o direito fundamental à prova na relação processual. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2017, v. 986.

¹¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 601.314/SP**. Rel. Min. Edson Fachin. j. 24 fev. 2016.

¹¹⁰² PEREIRA, Frederico Valdez. Uma leitura constitucional da proteção do sigilo bancário. In: **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2015.

¹¹⁰³ No julgamento conjunto das ADIs 2390/DF, 2.386/DF, 2.397/DF e 2.859/DF, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do art. 5º da Lei Complementar 105/2001 ao tratar do acesso pelas autoridades fiscais de dados bancários. Isso porque o sigilo permaneceria, não havendo a circulação da informação, incumbindo às autoridades fiscais sua preservação. Veja-se trecho do voto-condutor do Min. Dias Toffoli: “*trata-se, desse modo, de uma transferência de dados sigilosos de um determinado portador, que tem o dever de sigilo, para outro, que mantém a obrigação de sigilo. Note-se que, ao se dizer que há mera transferência de informações, não se está por desconsiderar a possibilidade de utilização dos dados pelo Fisco. Está-se, contudo, a dizer que essa utilização não desnatura o caráter sigiloso da movimentação bancária do contribuinte, e, dessa forma, não tem o condão de implicar violação de sua privacidade. Para essa conclusão, vale recordar o real intuito da*

Supremo Tribunal Federal, contudo, tem entendimento firme de que qualquer investigação ou determinação de quebra da proteção à privacidade pelos órgãos extrajudiciais não prescinde da demonstração, por decisão devidamente fundamentada, da existência de uma causa provável a justificar a medida investigatória, que deve, além do mais, ser específica e direcionada a esta causa e objeto, não se admitindo investigações genéricas¹¹⁰⁴.

7.10.3. Proteção de informações comerciais e industriais sensíveis

O direito autônomo à prova também encontra limite nos segredos comerciais e na propriedade industrial, já que não seria possível conceber um exercício do direito à prova em um contexto de injustificada mitigação ou violação do direito ao sigilo e proteção de segredo ou propriedade industrial. Nomeadamente, deve haver atenção para se evitar a prática de *fishing expedition*¹¹⁰⁵, consistente no exercício abusivo do direito por intermédio do processo, para a obtenção de dados sigilosos. Evidentemente, não é a simples alegação de existência de um segredo comercial que obsta a produção autônoma da prova, mas a incompatibilidade da pretensão. Em outras palavras, é preciso analisar o próprio objeto da ação probatória e a defesa apresentada, para que se extraia a análise da procedência da pretensão deduzida.

Neste sentido, a *Cour de Cassation* francesa tem precedentes entendendo que o segredo comercial não é um obstáculo às *mesures de instruction in futurum* daquele sistema jurídico¹¹⁰⁶, mas que o juiz deve considerar a proporcionalidade na revelação de informações em face de

proteção constitucional à privacidade, prevista no art. 5º, X, da CF/88 ('são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação').” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2390/DF**. Rel. Min. Dias Toffoli. j. 18 fev. 2016.

¹¹⁰⁴ “Nota-se, assim, que, diante da expressa autorização constitucional (CF, art. 58, § 3º), possui competência a Comissão Parlamentar de Inquérito para, ela própria, decretar – sempre em ato motivado – a ruptura dessa esfera de intimidade das pessoas. Entretanto, também cabe registrar o entendimento desta Corte firmado no sentido de que qualquer medida restritiva de direitos ou que afete a esfera de autonomia jurídica e íntima das pessoas, quando oriunda de órgãos estatais, deve ser precedida, sempre, da indicação de causa provável e da referência a fatos concretos, a fim de garantir a correta fundamentação do ato restritivo, pois, sem o atendimento de tais requisitos, a deliberação da CPI submeter-se-á à invalidação.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **McMS 46.518 DF**. Decisão Monocrática. Min. Gilmar Mendes. j. 11 jun. 2019.

¹¹⁰⁵ SUBRIN, Stephen. Fishing expeditions allowed: the historical back ground of the 1938 Federal Discovery Rules. In: **Boston College Law Review**. Boston: Boston College, 1998, v. 39.

¹¹⁰⁶ “Qu'il appartient au juge qui ordonne une mesure d'instruction avant tout procès de caractériser l'existence d'un motif légitime de conserver ou d'établir la preuve de faits dont pourrait dépendre l'issue du litige; qu'en l'espèce, pour retenir l'existence d'un motif légitime, les juges du fond ont reproché à l'appelante son refus de justifier la régularité de la provenance des véhicules acquis par ses soins, ce qui caractériserait le caractère frauduleux de ses agissements; qu'en statuant ainsi quand le seul fait de se défendre en justice pour refuser de communiquer des éléments couverts par le secret des affaires n'a rien de frauduleux, la cour d'appel a violé l'article 145 du code de procédure civile.” FRANÇA. Cour de Cassation. N° de pourvoi: **15-12437**. **Chambre Commerciale**. Rel. Mme Mouillard. j. 6 dez. 2016.

um segredo comercial, pois mesmo existindo um motivo legítimo para a produção da prova, deve-se equilibrar o interesse, também legítimo, do detentor da informação sigilosa. Por isso, a maneira de revelação deve ser adequada a, na medida do possível, preservar os interesses do requerido¹¹⁰⁷.

É indispensável a compatibilização entre o legítimo exercício do direito à prova e a proteção dos segredos comerciais. O que se procura obstar é, justamente, o exercício abusivo de um direito ou a “pesca” de informações. Na verdade, quem pratica *fishing* incide nas hipóteses de concorrência desleal, constantes do art. 195 da Lei de Propriedade Industrial, a questão, quando do exercício processual da pretensão à produção autônoma da prova, é evitar que o processo seja – abusivamente – utilizado para uma finalidade ilegal.

As normas de direito material que protegem as informações comerciais sigilosas devem ser consideradas na tutela processual da pretensão probatória, seja para impedir o acesso à informação ou para adaptar o processo de maneira a assegurar que a informação ficará restrita às partes envolvidas, com a decretação imediata do sigilo do processo. Além disso, é certo que quando houver a revelação em juízo de informações caracterizadas como confidenciais, por serem segredo de indústria ou de comércio, é vedada a utilização das informações para qualquer outra finalidade, que não a finalidade probatória descrita na ação autônoma. É preciso, por conseguinte, considerar conjuntamente os conteúdos dos arts. 189, CPC/2015 e 206 da Lei de Propriedade Industrial. Realmente, não se poderia admitir que a informação eventualmente obtida judicialmente viesse a ser utilizada pela parte requerente para uma finalidade distinta dos objetivos da ação probatória. Exemplificativamente, na ação de exibição de documentos de conteúdo sigiloso o juiz poderá restringir o acesso ao seu teor e apenas autorizar o acesso da parte requerente àquilo que for estritamente necessário para a prova do fato pretendido, preconizando a preservação da confidencialidade do documento e compatibilizando com o direito à sua exibição. Para tanto, o juiz pode previamente verificar o teor do documento para determinar quais partes específicas é que deverão ser exibidas. Além disso, os auxiliares da justiça eventualmente envolvidos na análise das informações sigilosas, como o perito e os assistentes técnicos, deverão guardar total sigilo da informação a que tiveram acesso e não poderão utilizar a informação para qualquer finalidade. O juiz poderá, inclusive, determinar a formalização de termo de confidencialidade para esta finalidade¹¹⁰⁸.

¹¹⁰⁷ FRANÇA. Cour de Cassation. N° de pourvoi: 15-27845. 1^{er} Chambre Civile. Rel. Mme Batut. j. 22 jun. 2017.

¹¹⁰⁸ ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 166-167.

7.10.4. Sigilo profissional

O sigilo profissional é garantia, que se põe em favor do tomador de serviços de determinado profissional e que se relaciona com a proteção da intimidade, da privacidade e dos negócios do cidadão. O sigilo profissional é um postulado deontológico e ético de diversas atividades profissionais essenciais para a dinâmica social, como bem se colhe do Código de Ética de diversas profissões, como a médica, a advocatícia, contábil e outras¹¹⁰⁹. A proteção ao sigilo se coloca para garantir o adequado e escorreito desenvolvimento da própria atividade profissional, permitindo a criação de um ambiente de confiança. Sem tal proteção o cidadão não poderia se valer adequadamente de determinados serviços ou professar sua fé, no caso do sigilo confessional¹¹¹⁰.

A própria legislação criminal estabelece punição para o profissional que, sem justa causa, revele segredo, capaz de produzir dano a alguém, e que tem conhecimento em razão de sua atuação profissional (art. 154 CP). No mesmo diapasão, o CPC/2015 estabelece que a parte (art. 388, II, CPC/2015) e a testemunha (art. 448, II, CPC/2015) não são obrigadas a depor sobre fatos sobre os quais, por estado ou profissão, devam guardar sigilo. A proteção não se restringe à prova oral, mas se estende aos documentos sobre os quais se deva guardar segredo (art. 404, III, CPC/2015). A legislação brasileira não especifica quais profissões ou ocupações estão obrigadas à observância do sigilo e nem que tipo de informação ostentariam esta característica, tarefa que fica a cargo do intérprete. Entretanto, cinco classes de profissão, inquestionavelmente, estão relacionadas ao sigilo profissional: os profissionais de saúde, os sacerdotes, os advogados e os jornalistas.

O dever de sigilo não se coloca apenas para estes profissionais, mas, também, para os seus auxiliares e pessoas que trabalhem sobre sua orientação. Ora, não faria sentido preservar o sigilo das comunicações havidas com o advogado, mas não lhe estender à sua secretária, estagiário ou assistente paralegal que teve acesso à informação no contexto da relação

¹¹⁰⁹ SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão. Sigilo profissional e prova penal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, 2008, v. 73.

¹¹¹⁰ “O outro privilégio diz respeito ao sigilo, especialmente aquele decorrente de relações ético-profissionais, como o dever de sigilo imposto aos fatos conhecidos por relação advogado-cliente, médico-paciente etc. Aqui, a previsão se faz para assegurar o desenvolvimento adequado e correto das próprias atividades profissionais que, sem essa garantia, restariam abaladas pela falta de confiança entre os sujeitos envolvidos (arts. 388, II; 404, IV e 448, II).” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, v. 2, p. 258.

fiduciária¹¹¹¹. O objetivo do privilégio é, justamente, permitir a adequada prestação dos serviços em um ambiente seguro e de confiança, por isso, neste ponto, não é possível sua interpretação restritiva.

Por vezes identificado como sigilo médico, o certo é que o dever de sigilo abrange os profissionais de saúde e as informações, documentos e exames relacionados à sua atuação, não fazendo sentido restringi-lo ao médico. O dever, que se coloca no interesse de toda a sociedade, ao garantir que o paciente estará confortável e seguro para compartilhar suas informações, permitindo uma atuação bem informada do profissional de saúde, remonta ao juramento de Hipócrates.

O segredo sacerdotal ou confessional é, também, um dos mais antigos e bem estabelecidos. Ele abrange todas as informações e confissões que forem feitas ao ministro religioso. No âmbito da Igreja Católica Apostólica Romana, por exemplo, o Cânone 938 § 1º do Código de Direito Canônico de 1983, atualmente vigente, estabelece que “*o sigilo sacramental é inviolável; pelo que o confessor não pode denunciar o penitente nem por palavras nem por qualquer outro modo nem por causa alguma*”. O Papa Francisco, em 21 de junho de 2019 aprovou uma Nota Apostólica reiterando a importância do segredo confessional e sua inviolabilidade, sem o qual o confitente não pode ter a confiança necessária para que possa examinar sua consciência¹¹¹². No contexto de um Estado laico, a proteção do sigilo sacerdotal está diretamente relacionado com o livre desenvolvimento da religião e à liberdade de crença, de forma que os fiéis devem ter assegurado o direito de que suas expiações não serão devassadas posteriormente. Por outro lado, considerando a ordem constitucional brasileira, a garantia não se aplica apenas às denominações cristãs, mas se estende à todas as crenças e cultos religiosos. Sob este viés, fica evidente que a garantia do sigilo confessional decorre diretamente do direito fundamental da consciência e crença, com a proteção dos cultos religiosos (art. 5, VI, CF)¹¹¹³.

¹¹¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, v. 2, p. 258.

¹¹¹² “*A própria Reconciliação é um bem que a sabedoria da Igreja sempre salvaguardou com toda a sua força moral e jurídica com o sigilo sacramental. Ele, mesmo se nem sempre é compreendido pela mentalidade moderna, é indispensável para a santidade do sacramento e para a liberdade de consciência do penitente, o qual deve ter a certeza, sem dúvida, em qualquer momento, de que o diálogo sacramental permanecerá no segredo do confessional, entre a própria consciência que se abre à graça e Deus, com a mediação necessária do sacerdote. O sigilo sacramental é indispensável e nenhum poder humano tem jurisdição sobre ele, nem o pode reivindicar para si.*”

¹¹¹³ “*But I ultimately maintain that the privilege ultimately rests on the social value that society places upon freedom of conscience and religion. To the extent that we are convinced that freedom of conscience and religion is self-evident and non-derogable virtue, we will recognize the confidentiality of religious confessions. If we think freedom of conscience and religion is a relative value rather than a fixed virtue, it will be trumped by the changing values of post-modern society as that society responds to the shifting winds of contemporary ‘political correctness’*”. AHDAR, Rex. **Research Handbook on Law and Religion**. Cheltenham: Edward Elgar, 2018, p. 449.

Em relação à atuação do advogado, a preservação do sigilo é prerrogativa não apenas do cliente, mas do próprio profissional, que pode se recusar a depor sobre fato que constitua sigilo profissional, ainda que autorizado ou solicitado por seu constituinte (art. 7º, XIX, EOAB). O advogado, quando ele mesmo for alvo de investigação criminal, naturalmente não está imune a medidas investigatórias, inclusive de busca e apreensão. Nesta hipótese não se considera sua atuação como profissional e nem se resguarda o interesse de seus clientes¹¹¹⁴. O sigilo protege, portanto, a relação entre o cliente e os advogados e as comunicações havidas na devida prestação de aconselhamento ou patrocínio jurídico.

O sigilo jornalístico, com a proteção de suas fontes, está na raiz de qualquer sociedade democrática, assegurando a liberdade de informação e de expressão, de maneira que o jornalista não pode ser obrigado a revelar quem é a sua fonte ou a identidade da pessoa que forneceu elementos ou subsídios para sua reportagem. Uma especificidade do sigilo jornalístico reside no fato de sua profissão consistir justamente na revelação e ampla divulgação das informações que lhe forem confidenciais, o dever de sigilo, na verdade, recai especificamente sobre a identidade de sua fonte de notícia, de quem lhe confidenciou.

7.11. Direito à não autoincriminação e a não produzir provas contra si próprio

Um dos privilégios mais importantes do direito brasileiro é a proteção contra a autoincriminação, a significar que ninguém é obrigado a produzir prova contra si que possa levar à persecução criminal¹¹¹⁵. Nos Estados Unidos a garantia foi erigida pela 5ª Emenda Constitucional, assegurando ao acusado o direito de permanecer silente e de não se manifestar sobre imputações criminais que lhe sejam feitas.

¹¹¹⁴ “O sigilo profissional constitucionalmente determinado não exclui a possibilidade de cumprimento de mandado de busca e apreensão em escritório de advocacia. O local de trabalho do advogado, desde que este seja investigado, pode ser alvo de busca e apreensão, observando-se os limites impostos pela autoridade judicial. Tratando-se de local onde existem documentos que dizem respeito a outros sujeitos não investigados, é indispensável a especificação do âmbito de abrangência da medida, que não poderá ser executada sobre a esfera de direitos de não investigados. Equívoco quanto à indicação do escritório profissional do paciente, como seu endereço residencial, deve ser prontamente comunicado ao magistrado para adequação da ordem em relação às cautelas necessárias, sob pena de tornar nulas as provas oriundas da medida e todas as outras exclusivamente delas decorrentes. Ordem concedida para declarar a nulidade das provas oriundas da busca e apreensão no escritório de advocacia do paciente, devendo o material colhido ser desentranhado dos autos do Inq 544 em curso no STJ e devolvido ao paciente, sem que tais provas, bem assim quaisquer das informações oriundas da execução da medida, possam ser usadas em relação ao paciente ou a qualquer outro investigado, nesta ou em outra investigação.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [HC 91.610](#). Segunda Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes. j. 8 jun. 2010, Dj. 22 out. 2010.

¹¹¹⁵ “Aquele que se acha submetido - ou que possa vir a sê-lo - a procedimentos estatais de investigação penal ou de persecução criminal em juízo tem o direito de não comparecer ao ato de seu depoimento, ainda que regularmente para ele convocado”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [HC 171.438/DF](#). Segunda Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes. j. 28 mai. 2019.

O direito brasileiro conferiu contornos bastante elásticos ao seu conteúdo, de maneira a não o restringir apenas à autoincriminação em certas situações. Por exemplo, em relação, ao depoimento, a lei preserva a pessoa de quem se requer a informação, seu cônjuge ou parente em grau sucessível ou, ainda, amigo íntimo em casos de perigo de vida ou de desonra (art. 388, III e IV, CPC/2015). A parte, aliás, não apenas pode se recusar a depor sobre fatos criminosos que lhe forem imputados, mas, também, sobre aqueles que sejam torpes (art. 388, I, CPC/2015).

O art. 379 CPC/2015, *caput*, tem uma redação que parece erigir um direito da parte de não produzir prova contra si nos processos cíveis. O artigo, em seus incisos, cuida de estabelecer que as partes possuem o dever de colaboração com o Poder Judiciário na atividade probatória, devendo comparecer aos atos para os quais sejam intimadas, respondendo às perguntas que lhe forem formuladas, e praticando e colaborando com os atos que lhes forem determinados. Contudo, é feita expressa ressalva de que esta incumbência se dá “*reservado o direito de não produzir prova contra si própria*”.

A reserva feita no *caput* do art. 379, CPC/2015 precisa ser compreendida com cautela. Se não há no Brasil para parte um dever de produzir, sem provocação, todas as provas de que dispõe, é certo que ela não pode adotar uma postura antiooperativa ou pretender se eximir da apresentação ou de colaborar com a produção de uma prova, para fazer prevalecer um direito amplo de não produção de prova contra si própria. É preciso, portanto, que o dispositivo seja compreendido de maneira sistêmica com as demais regras sobre a produção de provas. Ora, como compatibilizar, por exemplo, um direito amplo de não produção de prova contra si própria, se a parte que se recusar a depor submete-se às consequências da confissão ficta (art. 385, CPC/2015)? Por outro lado, é certo que *ninguém* pode se eximir do dever de colaboração com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade (art. 378, CPC/2015); como justificar que a parte pode deixar de colaborar com a produção de uma prova, sob o pretexto de que ela seria utilizada em seu desfavor?

Como visto, o sentido tradicional do privilégio contra a produção de provas contra si próprio sempre teve o sentido de preservação de provas que tragam consequências de incriminação, para fins de presente ou possível persecução criminal. Adicionalmente, no Brasil o conteúdo da regra, no contexto do depoimento pessoal, sempre foi um pouco mais amplo. O art. 229, CC, que foi expressamente revogado com o advento do CPC/2015, estabelecia que ninguém seria obrigado a depor sobre fato que traga perigo de vida, de demanda, ou de dano patrimonial imediato ou, ainda, desonra própria, de seu cônjuge, parente em grau sucessível, ou amigo íntimo. Inegavelmente, a menção a *risco de demanda* ou *dano patrimonial* indica que a preocupação da antiga regra, no âmbito do cível, não se cingia à tutela da honra ou da não

autoincriminação, mas permitia a escusa ao depoimento para se evitar o risco de ser réu em processo cível ou de sofrer dano ao patrimônio, o que indica uma considerável largueza. O art. 388, CPC/2015, que atualmente regula a matéria, não traz qualquer possibilidade de ressalva em relação ao depoimento da parte considerando risco de demanda ou de dano patrimonial. O âmbito do privilégio, para fins de legítima escusa ao depoimento, é, portanto, mais circunscrito do que no passado. A opção legislativa por revogar o art. 229, CC e de estabelecer contornos mais estreitos ao tema no art. 388, CPC/2015 também precisa ser considerada ao se compreender o conteúdo normativo do art. 379, CPC/2015.

Diego Crevelin sustenta que o direito de não produzir provas, nas situações autorizadas pela legislação processual, decorreria das próprias garantias constitucionais do processo, isso significaria que a existência de um direito de não provar contra si próprio estaria em consonância com as limitações impostas pelo legislador e com a preservação dos legítimos interesses das partes. Por esta razão, não seria adequada uma compreensão que restringisse a noção de não se produzir prova às suas repercussões criminais, mas “*considerando o art. 379, CPC, em cotejo com outras regras de dispensa de prova (v.g. arts. 386, 388, I e III, CPC), conclui-se que nada justifica negar a existência da garantia de não provar contra si mesmo no processo civil*¹¹¹⁶.”

Não existe, portanto, um *direito amplo à não produção de provas*. A produção de provas, normalmente, se coloca no âmbito do ônus e cada parte assume o risco de não provar em relação a suas alegações. Por outro lado, a parte não é obrigada a, sem que lhe seja requerido ou provocado, apresentar provas em seu desfavor. Pensar de outra maneira seria infirmar o próprio conteúdo da legítima estratégia contenciosa e o ônus probatório que recai sobre a outra parte, já que a prova, em regra, deve ser produzida por quem alega – e não por quem nega. Mas, em sendo requerida a produção da prova que esteja em poder de uma das partes é seu dever apresentá-la. É, também, seu dever colaborar com a produção das provas constituídas e não causar embaraços ao andamento do processo, cooperativamente auxiliando com a prática dos atos processuais a seu cargo. O juiz pode determinar que a parte exhiba documento ou coisa que esteja em seu poder e não sendo legítima a recusa, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que se pretendia provar documentalmente. Ele pode, também, impor meios de execução por

¹¹¹⁶ SOUSA, Diego Crevelin de. Dever (ou direito) de (não) provar contra si mesmo?! O dilema em torno do art. 379, CPC. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. (Coords.) **Direito Probatório**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 271-271.

coerção para assegurar que o documento seja exibido, com adoção de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias apropriadas, consoante o art. 400, CPC/2015¹¹¹⁷.

Não há como se sustentar um direito amplo da parte de não produzir provas contra si própria no processo civil quando é certo que ela é obrigada a exibir os documentos ou coisas em seu poder, sob penas duras como a admissão como verdadeiros dos fatos a que se pretendida provar, nos termos em que foram narrados pela outra parte, e a utilização de medida coercitivas¹¹¹⁸. A parte tem, portanto, um dever de colaboração com a atividade probatória, não podendo obstaculizar ou dificultar a prática de atos. Para que deixe de praticar certo ato probatório que lhe seja determinada, a parte precisa sempre de um motivo justificado, nos termos dos arts. 386 e 400, II, CPC/2015.

7.12. A proporcionalidade probatória: o papel do juiz no controle da produção antecipada de provas

O direito à produção da prova deve ser exercido, respeitadas as regras de limitação probatória, por quem possui, em tese, a possibilidade de vir a se valer da prova para a tutela de direitos. Se o direito a produzir à prova não se confunde com qualquer outra pretensão de direito material decorrente da incidência de normas cujos suportes fáticos sejam verificados como preenchidos pelo meio de prova produzido, existe uma relação estreita entre as questões. A descrição do contexto fático e a indicação de possíveis consequências jurídicas decorrentes deles é premissa determinante para o exercício do direito à prova. Além disso, o direito à prova deve ser exercido de maneira proporcional ao contexto e aos possíveis direitos a serem tutelados¹¹¹⁹. O fato de não se deduzir ainda pretensão de direito material (outra além daquela

¹¹¹⁷ MACEDO, Elaine Harzheim. Exibitória de documento ou coisa no Novo CPC: arts. 396 a 404. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. (Coords.) **Direito Probatorio**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 926-927.

¹¹¹⁸ “Enfim, é evidente que a parte inicial do art. 379 é apenas um excesso infeliz, que exige interpretação que o reduza aos seus limites constitucionais: o direito de não produzir prova que possa repercutir em sua incriminação. Assim, em que pese a literalidade do dispositivo, o preceito - até para se harmonizar com o resto do código de processo civil e para compatibilizar-se com o texto constitucional- impõe que se compreenda que a garantia oferecida pela parte inicial do art. 386 é, e só pode ser, aquela que sempre foi aceita no plano constitucional brasileiro, ou seja, a garantia contra a autoincriminação.” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, v. 2, p. 257.

¹¹¹⁹ “Não obstante se reconheça a existência de um direito autônomo à prova, isso não significa que a tutela do direito à prova não deva guardar qualquer relação com a necessidade de demonstração de pertinência entre a prova que se pretende obter e a situação de direito material eventual e potencialmente objeto de demanda voltada à declaração do direito. O exercício do direito à prova deve ser submetido, portanto, a uma prévia análise de necessidade, utilidade, razoabilidade e proporcionalidade.” LAUX, Francisco de Mesquita. Relações entre a antecipação da prova sem o requisito da urgência e a construção de soluções autocompositivas. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2015, v. 242.

de produção da prova) não aduz a conclusão de que a prova pode ser produzida sem relação com as consequências jurídicas dos fatos sobre os quais se pretende a produção da prova. A análise dos fatos indicados e de suas possíveis consequências jurídicas é, assim, uma premissa para a atividade probatória. Mais que isso, a produção da prova deve ser deferida a partir de um juízo de proporcionalidade entre as possíveis consequências jurídicas do fato e os custos e esforços envolvidos na produção da prova.

O direito a produzir uma prova, ainda que autonomamente, não é absoluto, particularmente quando há a necessidade de participação de outras partes interessadas, que precisam arcar com os custos de representação processual e do desenvolvimento da atividade¹¹²⁰. Neste ponto é particularmente relevante a experiência do *discovery* anglo-americano, ao procurar balancear um exercício amplo do direito à prova, com outros valores sistemicamente protegidos. A experiência denota uma preocupação com o uso abusivo da produção de prova, seja como tática para a obtenção de informações para finalidades ilícitas, seja com o desenvolvimento de atividades vexatórias e custosas para o requerido. É neste contexto que se afirmou uma preocupação com a limitação do uso abusivo da atividade probatória¹¹²¹. Isso porque, por vezes, as partes utilizam a produção antecipada da prova como uma estratégia contenciosa, justamente para forçar a outra parte a desistir de litigar ou para que celebre um acordo em condições desfavoráveis, nem que seja para evitar os custos com a produção da prova. Em outros casos, algumas partes se valem da produção de prova não para o exercício de um legítimo direito, mas para o acesso à informações e dados confidenciais de titularidade da outra parte.

Não por acaso as regras das FRCP relativas ao *discovery* foram, sucessivamente, reformadas (vide Cap. 4, Itens. 4.7 e 4.13), justamente com o objetivo de conter a largueza de investigação probatória, com o excessivo dispêndio de recursos das partes, embora ainda se verifique uma resistência cultural importante às tentativas de contenção da investigação processual¹¹²². Na Inglaterra, de modo semelhante, a própria introdução da CPR e,

¹¹²⁰ FLAGAL, Frank F.. Discovery Abuse: Causes, Effects, and Reform. In: **The Review of Litigation**. 1983, v. 3. SETEAR, John K.. The Barrister and the Bomb: The Dynamics of Cooperation, Nuclear Deterrence, and Discovery Abuse. In: **Boston University Law Review**. 1989, v. 69. EASTERBROOK, Frank H.. Comment – Discovery Abuse. In: **Boston University Law Review**. 1989, v. 69.

¹¹²¹ ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 158.

¹¹²² “*But the disputes in given cases tend to be about whether more discovery will actually produce useful information. At that point, lawyers must convince judges under the new provisions that their discovery promises evidentiary returns that justify the discovery costs. Judge Wistrich and Professor Rachlinski argue that American Lawyers intrinsically resist sensible assessment of this balance: «Litigators thus suffer from a double distortion: they overvalue the additional information and undervalue the costs incurred by the responding party in providing the information. Lawyers also likely do not realize that the additional information might hinder or distort their*

posteriormente, as reformas de Lord Jackson, também procuraram conter a atividade probatória (vide: Cap. 4, Item 4.9).

Nos Estados Unidos a regra da proporcionalidade probatória na condução do *discovery* é uma pedra angular do controle judicial sobre a atividade das partes¹¹²³, justamente por procurar dimensionar os interesses contrapostos das partes, em um contexto de investigação probatória substancialmente mais amplo do que aquele dos países de *Civil Law*, no qual a condução da instrução é feita diretamente pelo juiz¹¹²⁴. Na raiz da opção por um controle proporcional do *discovery*, nos termos da *Rule 26* das FRCP, está a necessidade de se acomodar um modelo de processo liberal e, com protagonismo das iniciativas probatórias das partes, e a contenção de medidas inúteis, custosas ou, em casos extremos, abusivas ou de *fishing*. Esta noção, então, pode ser adequadamente compreendida no contexto das ações probatórias autônomas brasileiras, na qual o interesse de instrução de uma causa é secundário, mas se revela a tutela de uma pretensão da parte à própria informação. É preciso, para além de se verificar a legitimidade da parte e seu interesse de agir, considerar se é proporcional a pretensão de produção autônoma da prova, isso considerando não apenas o potencial conflito com outros direitos fundamentais, como a privacidade, mas, também, a necessidade de se evitar custos e danos aos envolvidos no processo de produção de prova.

Ao analisar uma pretensão probatória o juiz deve considerar, além da legitimidade do requerente, a necessidade de que a atividade seja proporcional e adequada, não causando danos ou custos indevidos para uma das partes. No juízo de proporcionalidade é preciso compatibilizar o núcleo essencial do direito fundamental à prova, com direitos fundamentais, indisponíveis, que não podem ser relativizados, e que devem, conforme o caso, prevalecer em caso de colisão¹¹²⁵.

Quando conflitarem dois direitos com dimensão fundamental, como, por exemplo, os direitos fundamentais à prova e à privacidade ou sigilo, o caso deverá ser analisado à luz da proporcionalidade, já que eles não se põem de maneira absoluta, mas como mandados de

own judgment. 'Instead, American lawyers embrace the idea that 'more information must be better, without regard for the cost of that information or the need for it.'" MARCUS, Richard L.. Modest procedural reform advances in the United States. In: **Legal Studies Research Papers – University of California**. Hastings: UC, 2017 n. 237, p. 291.

¹¹²³ MARCUS, Richard et al. **Civil Procedure: a modern approach**. Saint Paul: West Publishing, 2014, p. 429.

¹¹²⁴ DAWSON, Martha; KELLY, Bree. The Next Generation: Upgrading Proportionality for a New Paradigm. In: **Defense Counsel Journal**. Chicago: IADC, out. 2015, p. 437.

¹¹²⁵ "somente destacar que o núcleo essencial tem como premissa que existem nos direitos fundamentais conteúdos invioláveis, indisponíveis, que não podem ser relativizados, ou que acabam por prevalecer em caso de colisão, sendo subtraídos inclusive da disposição do legislador." RAMOS, Vitor de Paula. Direito Fundamental à Prova. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2013.

otimização¹¹²⁶, não estando, assim, submetidos à uma regra do tudo ou nada, mas é precisam ser equilibrados. Entretanto, sempre que houver uma norma específica de limitação probatória, ela deve prevalecer, pois aí já foi feita a opção pelo legislador¹¹²⁷.

¹¹²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91.

¹¹²⁷ ASSIS JR., Luiz Carlos de; MARTINEZ, Luciano; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O direito fundamental à privacidade bancária em conflito com o direito fundamental à prova na relação processual. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2017, v. 986.

8. CONCLUSÃO

8. 1. Sobre a primeira hipótese: A ação probatória autônoma, nos termos do CPC/2015, guarda paralelismo com o *discovery* existente na tradição anglo-americana?

A identificação de que o processo anglo-americano é adversarial, com o sentido tradicionalmente identificado de que haveria uma competição livre entre as partes em face de um juiz neutro e passivo, um modelo “esportivo” de justiça, guarda alguma pertinência histórica. Mas, é preciso compreender o atual estado de coisas, nomeadamente pelas sucessivas reformas processuais observadas nos Estados Unidos e, particularmente, na Inglaterra. Observa-se um claro poder de direção e gerenciamento processual na fase do *pretrial*, inclusive no que diz respeito à coleta de provas. A isso deve se somar o declínio da figura do Júri, virtualmente extinto no processo civil inglês e estatisticamente atuante em um número pequeno de casos nos Estados Unidos, em que pese sua importância jurídica de garantia constitucional. O incremento do julgamento pelo juiz (*bench trials*) faz com que a operação e a apreciação de provas se aproxime um pouco mais do modelo continental. Por outro lado, designar processo civil brasileiro de inquisitorial é equívoco. Isso não apenas pela carga axiológica negativa em torno da palavra, de todo injusta, mas por não denotar o complexo arranjo de poderes, em uma análise pragmática e mais ampla. Basta pensar que o mesmo CPC/2015 que reafirmou os poderes instrutórios do juiz, consagrou os negócios jurídicos processuais, inclusive os probatórios e o direito de produzir provas sem que exista qualquer processo a ser instruído e sem finalidade instrutória (ou apenas quando esta é absolutamente eventual). A tendência que se observa em ambas as tradições é de se adotar uma atividade probatória cooperativa, com a contribuição das partes e do juiz. Da consideração das sucessivas reformas processuais havidas na Inglaterra, nos Estados Unidos e no Brasil é possível afirmar que existe uma preocupação compartilhada na afirmação de uma atividade processual mais eficiente, célere e, também, que propicie a solução consensual e adequada do conflito. Isso, contudo, não autoriza uma equiparação procedimental ou jurídico-positiva, senão aspiracional, a partir da doutrina e da análise de casos.

As duas grandes tradições jurídicas ocidentais, no campo probatório, partem das mesmas premissas e perseguem os mesmos objetivos, como afirmado no Cap. 1. O fundamento legitimatório epistemológico e de verdade como correspondência anima os esforços de uma investigação processual que se propõe à uma efetiva descoberta da verdade, que pressupõe uma

possibilidade de reconstrução efetiva dos fatos passados, ao menos no plano discursivo. No âmago da questão a meta colocada é a mesma. A distinção, portanto, encontra-se no procedimento construído. O modelo procedimental, aliás, não se justifica por nenhuma característica que possa sustentar uma superioridade epistêmica de um sobre o outro. O processo civil, em nenhuma das duas famílias jurídicas, é um mecanismo excelente de investigação factual, pois a atividade investigatória é, sempre, constricta por regras de limitação probatória e pela premente necessidade de decisão do conflito, entre outros fatores. Mas, a premissa de que o processo busca a verdade coloca-se como fundamental do ponto de vista legitimatório. Rejeita-se, dogmaticamente, o ceticismo probatório e afirma-se, com maior ou menor grau de criticidade, o processo como meio epistêmico possível e a decisão judicial como decorrência de uma atividade racional.

O processo, em qualquer ordenamento jurídico, é um espaço de investigação falho e limitado. Isso porque a aspiração epistêmica colide com a premente necessidade de decidibilidade do conflito, direcionadora de várias regras probatórias e que compele a condução do caso. Contudo, a decisão do conflito, o julgamento, impõe-se no contexto de utilização de recursos escassos, das partes e do próprio Poder Judiciário, por isso o processo precisa se desenrolar de maneira eficiente e a *contento tempore*, e de preservação de vários outros direitos das partes e de terceiros. Adicionalmente, é compartilhada uma preocupação em direcionar a análise das provas, vinculando a compreensão do julgador, o que revela um paternalismo epistêmico dos sistemas jurídicos.

Ao se indicar, atualmente, a vetusta divisão entre as tradições de *Common Law* e *Civil Law* deve-se ter em mente sua utilidade prática, enquanto redutora de complexidade, que permite a identificação de linhas gerais. Eles se colocam como arquétipos, que por sua generalidade não identificam exatamente nenhum ordenamento jurídico vigente, mas apenas traços gerais idealizados. Isso, em parte, se deve à aproximação, fertilização cruzada, entre os ordenamentos integrantes de cada uma das tradições, com a aproximação de técnicas e ideias processuais. Não é possível, todavia, a extrapolação para se afirmar que esta tendencial convergência apague as claras e pungentes distinções na maneira como o processo é organizado, a impactar diretamente o modo de coleta de prova. A presença do júri na tradição anglo-americana e a cisão entre o julgador de fato e o julgador de direito continuam permeando um excepcionalismo procedimental, notado com mais pungência no procedimento ianque do que no inglês. É possível vislumbrar tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto naqueles uma tendencial afirmação da investigação de fatos com (potencial) repercussão jurídica por meio do processo de modo a permitir a solução do conflito não apenas pelo julgamento, pela declaração

judicial do direito, mas por mecanismos consensuais estruturados ou mesmo pela negociação direta entre as partes ou a tomada de decisão estratégica informada sobre o contencioso. Há, na percepção das potencialidades da produção e coleta de provas, com a investigação dos fatos uma aproximação. As provas, tendencialmente, passam a ser vistas não apenas para a formação do convencimento do juiz, mas para outras finalidades, colocadas no interesse das partes.

Do ponto de vista dos objetivos colocados para a atividade processual, é possível afirmar que a atividade probatória representa, nos sistemas jurídicos pesquisados, um elemento legitimador da própria atividade jurisdicional. A afirmação de uma teoria e dogmática de verdade como correspondência, a ser descoberta pela atividade processual-probatória, põe-se, então, como elemento compartilhado, na esteira da concepção racionalista. Ou seja, a distinção não se coloca no plano das aspirações ou do discurso legitimador construído para o processo.

O modelo de investigação dos fatos levou ao “excepcionalismo americano”, na expressão famosa de Oscar Chase, com um âmbito de investigação, coleta de dados e evidências muito mais amplo do que a maioria dos países, inclusive do que aquela encontrada no processo civil inglês. A criação de mecanismos de investigação na *Common Law* e a fusão do processo de *Common Law* com o de *Equity* criaram um cenário particularmente amplo de produção de provas extra-autos, submetido apenas a uma supervisão do juiz, não à sua condução da atividade.

Os sucessivos esforços de contenção, da introdução de um modelo de controle proporcional do *discovery*, de gerenciamento do processo pelo juiz não foram capazes de modificar a percepção de que o processo civil estadunidense tem uma concepção singular de como deve se dar a “busca pela verdade” no processo. Não é por acaso que tantos países optam pela declaração do art. 23 da Convenção de Haia, a impedir a cooperação jurídica internacional para investigações abrangentes à americana. O modelo de um sistema de petição inicial flexível, adaptável, que viu o seu auge com o formato de *notice pleading*, embora sendo revisto pelos precedentes da Corte Suprema, permeia a maneira como o processo e a coleta de provas funcionam. Também, como já indicado, o *discovery* serve o propósito de estimular a composição consensual do conflito, havendo quem fale em um verdadeiro “fim do julgamento”. Não é ocioso rememorar que o âmbito de abrangência do *discovery* é substancialmente maior do que o do *disclosure* inglês, por autorizar uma maior coleta de dados e um menor rigor, ao menos no início do procedimento, na correlação entre as provas a serem colhidas e o objeto do processo, apenas posteriormente se definindo os elementos probatórios a serem introduzidos para o *trial*.

O processo civil inglês também enfrenta problemas relacionados à uma percepção de que há um “excesso” de atividade probatória. Não por acaso as reformas empreendidas primeiramente com a introdução das CPR e, depois, pelas reformas preconizadas por Lord Jackson e pelo projeto piloto de 2018, bem demonstram que permanecem os problemas de excesso de custos e de falta de celeridade processual, dado o escopo da fase de investigação probatória. A preocupação com os custos excessivos ao se litigar está na raiz das razões que justificam a atividade reformadora.

É possível concluir, então, que os esforços de reforma na legislação processual na Inglaterra e nos Estados Unidos estão direcionados para a contenção e limitação da atividade de *discovery*, que é tida como causadora de custos e dilações indevidas ao processo. Isso significa que enquanto a introdução do regramento específico das ações probatórias autônomas (produção antecipada de provas) no CPC/2015 propicia uma ampliação das possibilidades de investigação processual dos fatos, as reformas processuais nos ordenamentos cotejados são no sentido de sua contenção. Não se pode, contudo, olvidar que os pontos de partida são diferentes, não sendo possível, propriamente, indicar que caminhos opostos são seguidos. Seria uma comparação inadequada de cenários discrepantes no campo normativo e da prática forense.

Sem sobra de dúvidas o processo civil americano e o inglês são exemplos de como a produção de prova pode se prestar à solução consensual de conflitos e à avaliação o caso, dístico indissociável da produção antecipada de prova antecipada no CPC/2015 brasileiro. Entretanto, naqueles regimes jurídicos a produção de provas se relaciona com estes objetivos em um contexto cultural e de incentivos econômicos, para não se retornar às agudas distinções entre os mecanismos jurídicos, muito diferentes do que se verifica no Brasil. Não se pode, portanto, compreender a investigação dos fatos como fator para determinar a autocomposição de conflitos sem pensar sobre o sistema de custos do processo e sobre o específico formato do procedimento. Litigar no Brasil é, de maneira geral, muito mais barato do que nos Estados Unidos ou na Inglaterra. Isso não se relaciona apenas às custas judiciais, mas, também, ao modelo como se dá a contratação de honorários advocatícios e os próprios honorários sucumbenciais que, no Brasil, não ressarcem a parte por suas despesas, mas representam verba adicional em favor do advogado do vencedor e, muitas vezes, para todos os advogados envolvidos, com a regra sobre a impossibilidade de “compensação” dos honorários na “sucumbência recíproca”. Além disso, o projeto político e percepção de acesso à justiça que levaram à criação de uma defensoria pública organizada em nível nacional e em todos os estados, como serviço público a todos os necessitados, e a ampla possibilidade de concessão de gratuidade da justiça exprimem, em vários casos, menores indutores econômicos para a solução consensual do conflito. Com

menores custos e, portanto, com menos a se perder ao litigar mingua a tendência a uma solução consensual, a despeito de eventual maior conhecimento dos fatos. Isso para não se falar nas dificuldades inerentes à recuperação de crédito no país, associada à uma percepção de ineficiência nos mecanismos de execução judicial. Com menor eficiência das técnicas executivas há menor incentivo para a solução consensual, já que se torna, potencialmente, mais vantajoso descumprir as obrigações.

O que se quer indicar é que a criação ou, mais especificamente, a generalização da possibilidade de produção autônoma da prova não se relaciona com os objetivos de um modelo de processo civil multiportas, pautado pela primazia da solução consensual dos conflitos, norma fundamental no CPC/2015, ou com a avaliação da viabilidade de um caso com igualdade ao que se verifica no *discovery*. O ecossistema jurídico-processual é diferente, não se podendo olvidar dos aspectos econômicos e culturais. As ações probatórias autônomas devem ser compreendidas como a positivação de um procedimento especial para o exercício do direito material à prova. No direito brasileiro, os incisos do art. 381 CPC/2015 são hipóteses de causa de pedir jurídica para esta ação material. Eles justificam, permitem seja alegada pretensão, o ajuizamento de ação que tenha por objeto a produção da prova. Não diferem, por exemplo, substancialmente da sempre reconhecida pretensão do sócio minoritário de acesso aos documentos da companhia, em sua exibição, ou do direito à justificação simples de um fato. O CPC/2015 criou novas e mais amplas causas de pedir jurídica para o exercício do direito a prova, alçando-a definitivamente à condição de objeto do processo.

Inegavelmente, a criação de um procedimento especial para a produção de provas de modo autônomo se justifica pela necessidade de fomento e apoio judicial à solução consensual das controvérsias e permite a avaliação dos fatos de maneira antecipada. Não é possível, contudo, uma simples equiparação ao que se verifica nos países de processo bifásico, marcados pelo *discovery* antes do *trial*. Se na tradição anglo-americana é claro o incremento da solução do conflito sem o *trial*, isso ocorre em um contexto no qual os custos envolvidos com a atividade processual, vale dizer, o dispêndio econômico associado com a própria manutenção do processo direciona as partes para uma solução consensual. No caso do processo civil inglês, a introdução das CPRs, e as reformas sucessivas, como a conduzida por Lord Jackson, demonstrar a clara preocupação com a racionalização de custos, o que levou à restrição do âmbito investigatório do *disclosure*, ao incremento dos poderes gerenciais do juiz e ao forte incentivo à solução consensual da controvérsia. É exatamente neste contexto que aflorou, com a criação das CPRs, a produção antecipada de prova e o mecanismo dos *pre-actions protocols*, que adota, igualmente, a premissa de que a descoberta temporã dos fatos tem o condão de permitir uma

avaliação mais adequada do caso, direcionando racionalmente sua conduta e evitando o seguimento de ações ou a dedução de defesas com pouca chance de êxito em seu mérito. No cerne dos objetivos centrais (*overriding objectives*) do processo civil inglês está a redução de custos, o mesmo se verificando com as reformas das FRCP americanas, modificando a amplitude da *discovery*. Ocorre que sem o indutor econômico de custos com a mesma intensidade, no Brasil, as ações probatórias autônomas e a própria fase instrutória do processo não exercem o mesmo grau de pressão para que as partes optem por uma solução consensual, já que o incentivo financeiro decorrente do risco processual é menor.

Não é correta a afirmação de que as ações probatórias autônomas seriam uma incorporação do *discovery* no Brasil. O *discovery* é uma etapa endoprocessual, componente dos estágios de preparação do caso para julgamento (*pretrial*). Ele é um mecanismo, próprio do modelo de procedimento bifásico, que permite a coleta de elementos que serão, em seguida admitidos e apresentados como meios de prova durante o *trial*. A produção autônoma de provas, no formato do CPC/2015, representa uma verdadeira ação, com procedimento próprio para o exercício do direito à informação e à simples constituição de prova.

A Inglaterra conhece de uma ação de *disclosure* pré-processual e tem os *pre-action protocols*, se bem que estes últimos não são ainda processo, mas protocolos prévios, anteriores, ao início da ação. A ação de *disclosure* pré-processual está, ademais, desvinculada da necessidade de demonstração de urgência. Os Estados Unidos, em âmbito federal, conhecem apenas a produção de testemunho *ad perpetuam rei memoriam* como *discovery* pré-processual. Não há, efetivamente, para os casos regidos pelas FRCP, uma ação probatória autônoma. O USC traz o *discovery* em auxílio à um processo estrangeiro, presente ou potencial, mas este mecanismo, naturalmente, tem a função específica de instruir processos em outras jurisdições, não sendo generalizável aos casos domésticos.

As *disclosures* prévias do Direito inglês e o *discovery* para apoio à um processo estrangeiro do Direito americano são, sim, modalidades de ação probatória autônoma, já que são ações que têm como objetivo precípua a obtenção de prova, que poderá eventualmente vir a ser utilizada em outro processo. Mas, os mecanismos de *discovery* e de *disclosure*, eles mesmos, não podem ser considerados processos de produção autônoma de provas, são etapas endoprocessuais e a prova é coletada considerando sua relevância e potencialidade de utilização no *trial*. Claro, eles têm a função de propiciar a solução consensual ou adequada do conflito e estimular a solução negociada, mas não procuram formar autonomamente a prova, como decorre do texto do CPC/2015 em relação às ações probatórias autônomas.

Não se pode olvidar que a tradição luso-brasileira já há muito conhecia de tais ações, na velha justificação, na exibição de documentos e mesmo na ação *ad perpetuam rei memoriam*, quando a urgência não era de outro direito material que não o próprio direito à prova e preservação da memória dos fatos, ainda que não se lhe construíssem os contornos atuais. Se o novo feitio da legislação logrará impacto indelével, dentro do contexto que se propõe, o tempo dirá. Mas, para que o operador extraia o máximo de utilidade do instituto é preciso considerar os novos objetivos da prova e o novo contexto em que se insere o processo civil. Seja como for, há muito de precipitação na identificação com a *discovery* anglo-americana. Seria um encantamento, quase inocente, pretender indicar a convergência ou a harmonização da prática jurídica probatória. O bom estudo comparado já indica as dificuldades do “transplante” jurídico e os novos sentidos acrescidos ao quanto transplantado no corpo receptor.

As ações probatórias autônomas brasileiras, então, se aproximam das noções decorrentes do *disclosure pré-processual* (*Rule 31.16 CPR Supreme Court Act* de 1981, Seção 33, e no *County Court Act* de 1984, Seção 52) e do *discovery in aid of foreign proceedings* da Seção 1782 do USC, mas estas são ferramentas de utilização específica, como demonstrado.

Com efeito, no caso do *discovery* muito pouco ou nada há de ação probatória autônoma. Em primeiro lugar não é autônomo. Em segundo só impropriamente pode ser considerado probatório, já que prova, *evidence*, tem uma conotação relativa ao *trial* que aqui se desconhece. Também não se apresenta como pretensão própria, a ser veiculada em procedimento específico e sob a roupagem de exercício de um direito material à prova. Antes é o curso usual de instrução de um processo bifásico. De um processo talhado para uma sociedade liberal, que repugna a participação e ingerência do Estado na vida privada, que cultiva o individualismo. Isso tudo sem sequer revolver, ainda, os, não menos importantes, traços relacionados à prática forense, ao papel dos advogados no processo e na maneira como o direito é conduzido. Vale dizer, ainda que as regras fossem as mesmas (e não são), diferente ainda seria a condução dos institutos jurídicos. Nem mesmo o *disclosure* e o *discovery* são equivalentes, como o (jurista) inglês não é o americano.

8.2. Sobre a segunda hipótese: os contornos da investigação processual existentes nos Direitos da Inglaterra e dos Estados Unidos são úteis para identificação dos limites de exercício autônomo do direito à prova?

Se não é possível pretender uma equiparação entre o *discovery* e as ações probatórias autônomas, sem que muitas ressalvas sejam necessárias, é possível cotejar a experiência no

gerenciamento e administração da uma produção de provas conduzidas pelas partes, sem a figura do juiz instrutor nos moldes normalmente considerados no Direito brasileiro.

O CPC/2015 traz diversas inovações ao ordenamento jurídico brasileiro. É indisfarçável a primazia pela resolução adequada de disputas, a preocupação em normatizar um ambiente processual cooperativo entre as partes e os magistrados, em tratar adequadamente os casos repetitivos, e em permitir uma maior concertação de atos processuais entre juízos cooperantes, facilitando, assim, o tráfego jurídico em um país de dimensões continentais e sociedade complexa, bem como o contencioso internacional. Muitas dessas inovações não estão apenas no corpo do próprio CPC/2015, mas se traduzem em outros atos normativos introduzidos contemporaneamente, como, por exemplo, a aprovação da Lei de Mediação, a reforma da Lei de Arbitragem, ou a entrada em vigor da Convenção de Haia, com anos de atraso.

Todas estas modificações normativas parecem refletir, a um só tempo, um esforço de resposta à percepção de crônica crise do processo e da prestação jurisdicional e uma tentativa de sincronizar a atividade judicante com o contexto de uma sociedade em rápida transformação, com acentuado grau de urbanização, elevação da escolarização e formada sob a estabilidade financeira decorrente do plano real e político-institucional com a constituição de 1988. Estes marcos refletem-se no conteúdo jurídico do ordenamento processual, a retratar o contexto histórico-social em que se insere.

Para a sensível questão da relação entre os fatos e a aplicação do direito ou, vista de outra maneira, da relação entre provas e processo, muitos são os impactos já assinalados, decorrentes da nova codificação e reforma processual. Não é por acaso que a produção autônoma de provas está relacionada, jus-positivamente, ao contexto de esforço para solução consensual da controvérsia, avaliação prospectiva da conveniência da propositura de uma ação judicial e, se bem que de maneira menos óbvia, com a internacionalização do tráfego jurídico. Em um modelo processual multiportas, com a primazia da resolução adequada de disputas, o esclarecimento dos fatos não pode se relacionar apenas à instrução e julgamento de causas, dentro da premissa de que todos os esforços devem ser direcionados para a solução adequada do conflito não deveria surpreender que a prova seja produzida para fins eminentemente extra ou paraprocessuais.

As ações probatórias autônomas alçam a produção da prova ao centro do objeto do processo, como questão principal, com a análise de uma pretensão probatória. As balizas tradicionais para que se permita ou não a produção incidental de uma prova no processo, relevância e admissibilidade, não se adequam perfeitamente à uma ação que não possui propriamente um *thema probandum*, no sentido de que nada se tem por provado ao final do

processo, se não constituído (documentado) um meio de prova. A análise, então, coloca-se de maneira particular, com o acolhimento ou rejeição de uma pretensão probatória autônoma específica, juízo de mérito.

O direito à prova, nas várias acepções compreendidas no termo, afirma-se como uma garantia fundamental, tanto por permitir a efetiva participação do cidadão no processo, quanto por tutelar o direito à informação e, igualmente, à tomada de decisão jurídica informada. Como para qualquer direito se impõe a necessidade de convivência e limitação por outros, igualmente tutelados pelo ordenamento jurídico. A ação probatória autônoma, ao ampliar os limites de atuação do direito à prova, é o espaço para o exercício de contradireitos, obstáculos à obtenção da prova. No ponto há paralelismo com os privilégios e com a tutela do sigilo, institutos bem desenvolvidos e estudados na tradição anglo-americana. A menor participação do juiz no pretrial levou à criação de um corpo de regras a obstaculizar a investigação conduzida pelas partes e, igualmente, a definir o campo de incidência do dever de colaboração probatória, considerando que a premissa é de obrigação de troca e apresentação voluntária de todos os meios de prova relevante, um contexto, portanto, substancialmente distinto do existente no Brasil.

Nas ações probatórias autônomas a compreensão clássica de relevância e admissibilidade probatória não se coloca da mesma forma como nas outras ações. A definição de um objeto processual probatório é que define a análise do juiz, em um julgamento sobre a procedência ou improcedência da pretensão deduzida. Daí a importância de efetiva e adequada participação de todos os interessados nos fatos que se põem como objeto da prova, mesmo sem que sejam, propriamente, fatos probandos, já que o juízo tendente a averiguar se o fato ocorreu ou não como descrito não se exerce. Rigorosamente, há um duplo juízo de admissibilidade probatória, quando se considera a produção autônoma da prova e sua introdução em um futuro processo. O juiz da segunda ação deverá controlar se a prova anteriormente produzida é, ou não, relevante e admissível para o caso, além de valorar o seu conteúdo, para fins de julgamento do caso que lhe é posto.

A análise do interesse na produção da prova pode aproveitar a experiência existente na condução do *discovery*, particularmente com a atuação de um juiz que gerencia e controla a atividade probatória, que é desenvolvida pelas partes, no interesse da formação de um caso a ser posteriormente apresentado no *trial*. O papel do juiz gerente da produção da prova – e não instrutor do processo – se coloca de maneira a evitar atividades probatórias desarrazoadas ou indevidas, o que é suscetível de causar danos às partes envolvidas. A relação do juiz com a produção da prova autônoma não é a mesma que existe na condução da instrução do processo,

no qual a prova é produzida autonomamente. Por isso, se afirma para o juiz, uma posição de gestor da atividade de produção da prova, mas sem as prerrogativas próprias de instrução processual, isso porque caberá ao juiz do (eventual e futuro) processo no qual a prova autonomamente produzida venha a ser introduzida exercer, caso entenda necessário, os poderes instrutórios, tendo em vistas, aí sim, o esclarecimento das questões fáticas necessárias ao julgamento da causa.

É preciso considerar, também, um juízo de proporcionalidade para que se examine a extensão e intensidade com que se deve autorizar a produção autônoma da prova. Sem a limitação específica decorrente da condução da fase instrutória do processo pelo juiz, analisando a relevância de cada pedido de constituição de prova, considerando os fatos controvertidos e o objeto litigioso posto, com um *thema probandum* bem definido. Pedidos probatórios muito genéricos, inespecíficos, ainda que formulados com o argumento de que podem propiciar uma decisão informada sobre a conveniência de propositura ou não de uma ação judicial ou tornar o interessado mais propenso à celebração de um acordo, pode acabar, em casos extremos, levando a devassas e colocando o requerido em uma posição de ser obrigado a revelar informações que de sua titularidade de maneira indevida. Uma leitura inadequadamente ampla da possibilidade de utilização das ações probatórias autônomas pode permitir *fishing expeditions* ou a dedução abusiva de uma pretensão probatória, bem conhecidas na tradição do *Common Law*. De igual modo, a autorização judicial para a produção autônoma de provas trabalhosas e financeiramente custosas também deve ser considerada com cautela, já que tal situação pode acabar onerando indevidamente a parte requerida. Por isso, é necessário um juízo sobre a efetiva necessidade e vantagem na produção antecipada de provas, à luz da causa de pedir deduzida, para que o desejo do requerente de documentar uma determinada realidade de fato, inclusive para avaliar sua própria conveniência de propor uma ação judicial, não se torne razão para custos indevidos ou para a revelação de informações que lhe são próprias. Neste ponto a construção laboriosa dos critérios de proporcionalidade probatória, na tradição anglo-americana, e, também, da construção das regras sobre privilégios e limitação probatórias, poderiam ser consideradas para fins de comparação como um modelo que procura compatibilizar ampla liberdade de investigação probatória outorgada às partes e a proteção de outros valores, igualmente, relevantes para o ordenamento jurídico. O direito fundamental à prova, então, convive e precisa se harmonizar com outras garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência**. São Paulo: Saraiva, 1996.

AHDAR, Rex. **Research Handbook on Law and Religion**. Cheltenham: Edward Elgar, 2018.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Tatiana Machado. **Gerenciamento processual no Novo CPC: mecanismos para a gestão cooperativa da instrução**. Salvador: Juspodivm, 2019.

AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 2. ed. São Paulo: RT, 2017.

ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. **Analysis of evidence**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

ANDREWS, Neil. **The modern Civil Procedure**. Tubinga: Mohr Siebeck, 2008.

AROCA, Juan Montero. **La prueba en el proceso civil**. 7. ed. Madri: Civitas, 2012.

_____, Juan Montero (Coord.) **Proceso Civil e Ideología**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo**. Salvador: Juspodivm, 2019.

ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro** (versão eletrônica). São Paulo: RT, 2015, v. 2.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Editora Globo, 1996.

BAKER, Ellis; MELLORS, Ben; CHALMERS; Scott; LAVERS, Anthony. **FIDIC Contracts: Law and Practice**. Londres: Informa, 2009.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: Juspodivm, 2013.

BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. São Paulo: Atlas, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7. ed. São Paulo: RT, 2013.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova e Verdade no Direito**. São Paulo: RT, 2017.

BENTHAM, Jeremy. **The Works of Jeremy Bentham – Produced under the superintendece of his executor John Bowring**. Edimburgo: William Tait, 1843, v. VI.

BERGEAUD, Aurélie. **Le Droit à la Preuve**. Paris: LGDJ, 2010.

- BESSO, Chiara. **La prova prima del processo**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.
- BEX, Floris J. **Arguments, stories and criminal evidence**. Londres: Springer, 2011.
- BIGELOW, Melville Madison. **History of Procedure in England**. Boston: Little, Brown, and Company, 1880.
- BLAKE, Susan; BROWNE, Julie; SIME, Stuart. **A practical approach to alternative dispute resolution**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOCCHINO, Anthony; SONENSHEIN, David. **A practical Guide to Federal Evidence**. 8. ed. Louisville: Nita, 2006.
- BONNIER, Édouard. **Traité theorique et pratique des preuves en droit civil et criminel**. 2. ed. Paris: Auguste Durand, 1852.
- BERGER, Peter L.; LUCKEMAN, Thomas. **The Social Construction of Reality: a Treatise in the Sociology of Knowledge**. Londres: Penguin, 1966.
- BERMANN, George A. **Transnational Litigation**. Saint Paul: Thomson West, 2003.
- BORN, Gary; RUTLEDGE, Peter. **International Civil Litigation in United States Courts**. 4. ed. Nova Iorque: Aspen Publisher, 2007.
- BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no Direito constitucional brasileiro**. Salvador: Juspodivm, 2015.
- BROUN, Kenneth; DIX, George; IMWINKELRIED, Edward; KAYE, D.; MOSTELLER, Robert; ROBERTS, E. F.; SWIFT, Eleonor. **McCormick on evidence**. 7. ed. Saint Paul: Thomson West, 2014, versão Kindle.
- BROUN, Kenneth; DIX, George; IMWINKELRIED, Edward; KAYE, D.; MOSTELLER, Robert; ROBERTS, E. F.; SWIFT, Eleonor. **McCormick on evidence**. 7. ed. Saint Paul: Thomson West, 2013, v. 1.
- BROWN, Arthur; MARRIOT, Arthur. **ADR: principles and practice**. Londres: Sweet & Maxwell, 2011.
- BUCKLAND, W. W.. **Equity in Roman Law**. Londres: University of London Press: 1911.
- BUCKLES, Thomas. **Laws of evidence**. Nova Iorque: Thomson - Delmar Learning, 2003.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, versão eletrônica.
- BURNS, Robert P.. **The death of American Trial**. Chicago: University of Chicago Press, 2009.

- CALAMANDREI, Piero. **Introducción al Estudio Sistemático de las Providenciales Cautelares**. Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1945.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.
- CAMBI, Eduardo. **A prova cível: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006.
- CAMBI, Eduardo. **Curso de Direito Probatório**. Curitiba: Juruá, 2014.
- CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. **Droit judiciaire privé**. 10. ed. Paris: LexisNexis, 2017.
- CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.
- CARBASSE, Jean-Marie. **Manuel de introduction historique au droit**. 4. ed. Paris: PUF, 2011.
- CARBONELL, M.; OROZCO, J.; VÁZQUEZ, R.. **Estudios sobre la prueba**. Cidade do México: UNAM, 2006.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/1996**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CARNELUTTI, Francesco. **La prueba civil**. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982.
- _____, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1973, t. I.
- _____, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1959, t. II.
- CAVALLONE, Bruno; TARUFFO, Michele. **Verifobia: un diálogo sobre prueba y verdad**. Lima: Palestra, 2012, versão kindle.
- CAYROL, Nicolas. **Procédure civile**. Paris: Dalloz, 2017.
- CHASE, Oscar G.. **Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflito no contexto da cultura comparada**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- _____, Oscar; HERSHKOFF, Helen; SILBERMAN, Linda; SORABJI, John; STURNER, Rolf; TANIGUCHI, Yasuhei; VARANO, Vincenzo. **Civil litigation in comparative context**. 2. ed. Minnesota: West Academic, 2017.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINIMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- CINTRA, Lia Carolina Batista. **Intervenção de terceiro por ordem do juiz: a intervenção iussu iudicis no processo civil**. São Paulo: RT, 2017.
- CLERMONT, Kevin. **Principles of Civil Procedure**. 5. ed. Saint Paul: West Publishing, 2018.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. **Le prove civili**. 3. ed. Torino: UTET, 2010.

CONSOLO, Claudio. **Spiegazioni di diritto processuale civile**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011.

CONTE, Mario. **Le prove nel processo civile**. Milão: Giuffrè, 2002.

COUTURE, Eduardo. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. Florianópolis: Conceito, 2008.

D'ANCONA, Matthew. **Post-truth: the new war on truth and how to fight it back**. 2017, formato Kindle.

DAMASKA, Mirjan. **The faces of Justice and State authority: a comparative approach to the legal process**. New Haven: Yale University Press, 1991.

_____, Mirjan. **Evidence Law Adrift**. New Haven: Yale University Press, 1997.

DAVID, René. **O direito inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille; GORÉ, Marie. **Les grands systèmes de droit contemporains**. 12. ed. Paris: Dalloz, 2016.

DAWID, PHILIP; TWINING, William; VASILAKI, Mimi. (Eds.) **Evidence, inference and enquiry**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

DENNIS, Ian. **The Law of Evidence**. 5. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2013.

DESPRÉS, Isabelle. **Les mesures d'instruction in futurum**. Paris: Dalloz, 2004.

DIDIER Jr., Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. II.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, t. I.

_____, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, v. I.

_____, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 7. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2017, v. III.

_____, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

- DOROSHOW, Joanne. **The case for the civil jury: Safeguarding a pillar of democracy.** Washington: CSRL, 1995.
- DWYER, Déirdre. (Ed.) **The Procedure Rules Ten Years On.** Oxford: Oxford University Press, 2009.
- ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoría General de La Prueba Judicial.** Buenos Aires: Victor P. de Zavíliá Editor, 1972, t. I.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 3. ed. São Paulo: RT, 2002.
- FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível.** São Paulo: RT, 2014.
- FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In.** Nova Iorque: Penguin, 2011.
- FONGARO, Eric. **La loi applicable à la preuve en Droit International Privé.** Paris: LGDJ, 2004.
- FRANK, Jerome. **Law and the Modern Mind.** 6. ed. Londres: Stevens & Sons, 1949.
- FRANK, Jerome. **Courts on trial myth and reality in American Justice.** Princeton: Princeton University Press, 1973.
- FREER, Richard D.. **Civil Procedure.** 2. ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2009.
- FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur. **Civil Procedure.** 5. ed. Saint Paul: West Publishing, 2015.
- FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- GENN, Hazel. **Judging civil justice.** Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- GERLIS, Stephen; LOUGHLIN, Paula. **Civil Procedure.** Londres: Cavendish Publishing, 2001.
- GILBERT. **The Law of Evidence.** 7. ed. Filadélfia: Joseph Crukshank, 1805.
- GLENN, H. Patrick. **Legal traditions of the world.** 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- GLISSEN, John. **Introdução histórica ao direito.** 7. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2013.
- GRECO, Leonardo. **Jurisdição voluntária.** São Paulo: Atlas, 2003.
- GREENLEAF, Simon. **A treatise on the Law of Evidence.** 9. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1858, v. 1.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.
- GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no Novo Código de Processo Civil.** São Paulo: RT, 2015.

GOMES, Marcelo Sant'Anna Vieira. **O auxílio direito (cooperação jurídica internacional) no Novo CPC.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GRAINGER, Ian; FEALY, Michael. **The Civil Procedure Rules in action.** 2.ed. Londres: Cavendish, 2000.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, v. II.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HAACK, Susan. **Evidence matters: science, proof and truth in the Law.** Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

HAZARD JR., Geoffrey; TARUFFO, Michele. **American Civil Procedure.** New Haven: Yale, 1993.

HAZARD JR., Geoffrey; LEUBSDORF, John; BASSETT, Debra Lyn. **Civil Procedure.** 6. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2011.

HOGUE, Arthur R. **Origins of the Common Law.** Indianapolis: Liberty Fund, 1966.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The common law.** Toronto: University of Toronto Law School Typographical Society, 2011.

IMWINKELRIED, Edward J. **Evidentiary foundations.** 9. ed. São Francisco: LexisNexis, 2015.

JACKSON, Lord. **Review of Civil Litigation Costs. Final Report.** Norwich: TSO, 2009.

JACOBS, Jack. **The fabric of English Civil Justice.** Londres: Stevens & Sons, 1987.

JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. (Coords.) **Direito Probatório.** 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

JOLOWICZ, J. A.. **On Civil Procedure.** Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito.** 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014.

KEANE, Adrian; McKeown, Paul. **The Modern Law of Evidence.** 12. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1988.

LANES, Júlio Cesar Goulart. **Fato e Direito no Processo Civil Cooperativo.** São Paulo: RT, 2014.

LANGDELL, C. C.. **A Summary of Equity Pleading.** Cambridge: Charles W. Sever, 1877.

- LEA, Henry. **Superstition and force**. Filadélfia: Colins, Peinter, 1866.
- LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário: a definição da competência do árbitro**. Salvador: Juspodivm, 2016.
- LEUZZI, Salvo. **I mezzi di prova nel processo civile: formazione, acquisizione, integrazione**. Milão: Giuffrè Editore, 2013.
- LEW, Julian D. M., MISTELIS, Loukas; KROLL, Stefan. **Comparative International Commercial Arbitration**. Haia: Kluwer Law International, 2003.
- LILLY, Graham c.; CAPRA, Daniel J.; SLATZBURG, Stephen A.. **Principles of evidence**. 6. ed. Saint Paul: West, 2012.
- LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: RT, 2000.
- KESSLER, Amalia. **Inventing American Exceptionalism**. New Haven: Yale University Press, 2017.
- MAINE, Henry Sumner. **On early law and customs**. Londres: John Murray, 1890.
- MALATESTA, Nicolas Framarino Dei. **Lógica de las pruebas en materia Criminal**. Madri: La España Moderna, 1895.
- MANGE, Flavia Fóz. **Medidas de Urgência nos Litígios Comerciais Internacionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- MARCUS, Richard L.; REDISH, Martin H.; SHERMAN, Edward F.; PFANDER, James E.. **Civil Procedure: a modern approach**. Saint Paul: West Publishing, 2014.
- _____, Richard L.. Modest procedural reform advances in the United States. In: **Legal Studies Research Papers – University of California**. Hastings: UC, 2017 n. 237.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Processo Cautelar**. São Paulo: RT, 2008.
- _____, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.
- _____, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, v. 2.
- _____, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: RT, 2015.
- _____, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2017, v. VII.
- MATTHEWS, Paul; MALEK, Hodge M.. **Disclosure**. Londres: Sweet & Maxwell, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The civil law tradition**. 3. ed. Stanford: Stanford University Press, 2007.

MILL, John Stuart. **System of logic, ratiocinative and inductive: being a connected view of the principles of evidence, and methods of scientific investigation**. Londres: J. W. Parker, 1843.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, t. XII.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3. ed. São Paulo: RT, 2015.

MORAES, José Rubens de. **Sociedade e Verdade: evolução histórica da prova**. São Paulo: Edusp, 2015.

MOSES, Margaret L.. **The principles and practice of international commercial arbitration**. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

MULLENIX, Linda S. **Civil Procedure**. 2. ed. Saint Paul: West Publishing, 2014.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria. **Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: RT, 2006.

_____, Nelson; NERY, Rosa Maria. **Código de Processo Civil Comentado – Novo CPC**. São Paulo: RT, 2015.

_____, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 12 ed. São Paulo: RT, 2016.

_____, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 13. ed. São Paulo: RT, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. São Paulo: Saraiva, 2008.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

OCAMPO, Raúl Granillo. **Direito internacional público da integração**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ONODERA, Marcus. **Gerenciamento do processo e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del

PEREIRA, Mateus Costa. **Teoria Geral do Processo e seu tripé fundamental: racionalismo, pensamento sistemático e conceitualismo.** Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

PERELMAN, Chaïm. **Justice, Law and Argument: essays on moral and legal reasoning.** Dordrecht: D. Reidel Publishing, 1980.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. **Direito Processual Internacional e o Contencioso Internacional Privado.** Curitiba: Juruá, 2013.

POLLOCK, Frederick; MAITLAND, Frederic William. **The history of English Law before the time of Edward I.** 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1898, v. II.

RAGLAND JR., George. **Discovery before trial.** Chicago: Callaghan and Company, 1932.

RADBRUCH, Gustav. **O espírito do Direito Inglês e a jurisprudência Anglo-Americana.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REDONDO, Bruno Garcia. **Adequação do procedimento pelo juiz.** Salvador: Juspodivm, 2017.

REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova.** São Paulo: RT, 1985.

RICE, Paul R.. **Evidence: common law and the Federal Rules of Evidence.** Nova Iorque: Matthew Bender, 1986.

ROBERTS, Simon; PALMER, Michel. **Dispute processes: ADR and the primary forms of decision-making.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

RUYMBEKE, Renaud Van. **Le juge d'instruction.** 6. ed. Paris: PUF, 2016.

SANTOS, Ernane Fidelis dos. **Manual de Direito Processual Civil.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 1, versão eletrônica.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e no Comercial.** São Paulo: Saraiva, 1983, v. 1.

SASSANI, Bruno. **Lineamenti del processo civile italiano.** 5. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2015.

SIEMS, Mathias. **Comparative Law.** Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

SIME, Stuart. **A practical approach to Civil Procedure.** 11. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Direito Processual Civil.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, v. III.

_____, Ovídio Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____, Ovídio Baptista da. **Do processo cautelar**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SHORE, Laurence; CHENG, Tai-Heng; CHIUSA, Jenelle La; SCHANER, Lawrence; SENN, Mara. (eds.) **International Arbitration in the United States**. Haia: Kluwer Law International, 2017.

SORABJI, John. **English Civil Justice after the Woolf and Jackson reforms: a critical analysis**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

SUBRIN, Stephen; MINOW, Martha; BRODIN, Mark; MAIN, Thomas. **Civil procedure: doctrine, practice and context**. 3. ed. Nova Iorque: Aspen Publishing, 2008.

SPENCE, George. **The Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery**. Londres: Stevens and Norton, 1846, v. 1.

STEIN, Alex. **Foundations of Evidence Law**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

TAPPER, Colin. **Cross & Tapper on Evidence**. 12. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.

TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Milão: Giuffrè Editore, 1992.

_____, Michele. **Consideraciones sobre la prueba judicial**. 2. ed. Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.

_____, Michele. **Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos**. Cidade do México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013.

_____, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

_____, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____, Michele. **Processo civil comparado: ensaios**. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

_____, Michele. **La prueba de los hechos**. 2. ed. Madri: Trotta.

TARZIA, Giuseppe. **Lineamenti del processo civile di cognizione**. 4. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2009.

TEPLY, Larry L.; WHITTEN, Ralph U.. **Civil Procedure**. 4. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2009.

TESHEINER, José Maria. **Jurisdição voluntária**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

THAYER, James Bradley. **A preliminary treatise on evidence at the common law**. Boston: Little, Brown and Company, 1898.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I.

_____, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1, versão eletrônica.

_____, Humberto. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 5.

TOCQUEVILLE, Alexis. **De la démocratie en Amérique**. 5. ed. Paris: Pagnerre Éditeur, 1848, t. 4.

TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. **A prova de estados subjetivos no processo civil**. Coimbra: Almedina, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2009.

TUZET, Giovanni. **Filosofia della prova giuridica**. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2016.

TWINNING, William. **Rethinking Evidence: exploratory essays**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

VALENÇA FILHO, Cláudio; VISCONTE, Debora, LESSA NETO, João Luiz; PERETTI, Luís. (orgs.) **Debates de Arbitragem e Processo Ano II – Direito Probatório entre a Arbitragem e o Processo Civil**. São Paulo: CIESP, 2017.

VANZ, Maria Cristina. **La circolazione della prova nei processi civili**. Milão: Giuffrè Editore, 2008.

VERGÈS, Étienne; VIAL, Geraldine; LECLERC, Oliver. **Droit de la preuve**. Paris: PUF, 2017.

VIEIRA, Christian Garcia. **Asseguração de Prova**. São Paulo: Saraiva, 2011.

WAINCYMER, Jeffrey. **Procedure and Evidence in International Arbitration**. Haia: Kluwer, 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, v. 2.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

_____, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa (conceito atualizado de acesso à justiça), processos coletivos e outros estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2010.

WIENER, Jarrod. **Globalization and the harmonization of law**. Londres: Pinter, 1999.

WIGMORE, John Henry. **A treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law**. 2. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1923, v. IV.

WIGMORE, John Henry. **The principles of judicial proof as given by logic, psychology, and general experience and illustrated in judicial trials.** Boston: Little, Brown and Company, 1913.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Sentido y hecho em el derecho.** Cidade do México: Fontamara, 2008.

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

YEAZELL, Stephen C.. **Civil procedure.** 8. ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2012.

ZUCKERMAN, Adrian. **Civil Procedure.** Londres: LexisNexis, 2003.

ZUCKERMAN, Adrian. **Zuckerman on Civil Procedure.** 2. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2006.

Artigos e Capítulos de Livros

ACERO, Misael Tirado. **Verdad, prueba e indagación en el mundo del derecho y de la sociedad.** In: **Prolegómeno – Derecho y Valores.** Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada, 2011, v. XIX.

AHDAB, Jalal El; BOUCHENAKI, Amal. Discovery in international arbitration: a foreign creature for civil lawyers? In: VAN DEN BERG, Albert Jan (org.). **Arbitration Advocacy in changing times.** Haia: Kluwer, 2011, v. 15.

ANDERSON, Jeff A.; CADIEUX, Gina E.; HAYS, George E.; HINGERTY, Michael B.. Work Product Doctrine. In: **Cornell Law Review.** Ithaca: Cornell University, 1983,, v. 68, n. 6.

ARAÚJO, José Aurélio de. A eficácia epistêmica da fase preparatória do processo bifásico. In: **Revista de Processo.** São Paulo: RT, 2015, v. 241.

ASSIS JR., Luiz Carlos de; MARTINEZ, Luciano; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O direito fundamental à privacidade bancária em conflito com o direito fundamental à prova na relação processual. In: **Revista de Processo.** São Paulo: RT, 2017, v. 986.

BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: BEDAQUE, José Roberto; CINTRA, Lia Carolina; EID, Elie Pierre. **Garantismo processual.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

BATUT, Anne-Marie. Les mesures d’instruction "in futurum". In: **Rapport de la Court de Cassation 2000.** Paris: La Documentation Française, 2001.

BERIZONCE, Roberto Omar. Prueba anticipada y procedimientos preliminares como medios para la decisión temprana de los conflictos. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. (Coords.) **Direito Probatório.** 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

BONATO, Giovanni. Il sistema probatório nel processo civile italiano. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG.** Belo Horizonte: UFMG, 2017, n. 71.

BOTELHO, Guilherme. A iniciativa probatória de ofício no modelo de organização social de processo. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. (Coords.) **Direito Probatório**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

BRAGA, Paula Sarno. Natureza das normas sobre prova – suas repercussões na eficácia da lei no tempo e no espaço. In: **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte: Fórum, a. 26, n. 104.

BRUNET, Edward. The efficiency of summary judgment. In: **Loyola University Chicago Law Journal**. Chicago: Loyola, 2001, v. 43, n. 1.

BUENO, Cassio Scarpinella. A exibição de documento ou coisa, a Súmula 372 STJ e o NCPC. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. (Coords.) **Direito Probatório**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

BURNS, R. P. What Will We Lose If the Trial Vanishes? In: **Ohio Northern Law Review**. Ada: Pettit College of Law, 2011, v. 37.

CABRAL, Antonio do Passo. Sentença Estrangeira e Globalização: Acesso à Justiça e Cooperação Internacional. In: **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2001, v. 4, n. 16.

_____, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. In: Rivista di Diritto Processuale. In: **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, 2005, n. 2.

_____, Antonio. Per un nuovo concetto di giurisdizione. In: **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte: PUC/MG, 2015, v. 18, n. 35.

CALAMANDREI, Piero. Il giudice e lo storico. In: **Rivista di Diritto Processuale Civile**. Padova: CEDAM, 1939, v. XVI.

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

_____, Eduardo. Verdade processual objetivável e limites da razão iluminista. In: **Revista de Processo**. São Paulo: 1999, v. 96.

_____, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2015, v. 245.

CARNELUTTI, Francesco. Prove Civile e Prove Penali. In: **Rivista di Diritto Processuale Civile**. Padova: Latotipo Editrice, 1925, v. II, p. I.

CARRATA, Antonio. Funzione Dimostrativa Della Prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio). In: **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, 2001.

_____, Antonio. Il diritto come discorso e la funzione dimonstrativa della prova a proposito del libro di Aurelio Gentili. In: **Diritto e questioni pubbliche**. Palermo: 2014, v. XIV.

_____, Antonio. Dovere di verità e completezza nel processo civile - parte seconda. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milão: Giuffrè Editores, 2014, a. LXVIII, v. 2.

CARVALHO, Caio Augusto Nunes de. Provas ilícitas no Direito Brasileiro. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. (Coords.) **Direito Probatório**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

CARVALHO, Fabrício de Farias. A prova e sua obtenção antecipada no Novo Código de Processo Civil. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. (Coords.) **Direito Probatório**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

CASTANHEIRA NEVES, António. A distinção entre a questão-de-facto e a questão--de-direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como Tribunal de "Revista". In: **Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. v. I.

CASTILLO JR., Angel. The Hague Evidence Convention: are foreign parties required to provide broad discovery in United States litigation?. In: **Florida International Law Journal**. 1987, v. 2, n. 3.

CASTRO, Roberta Dias de. A prova emprestada e o risco de ficar eternamente vinculado a uma inadequada instrução probatória. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2017, v. 266.

CAVALLONE, Bruno. Critica della teoria delle prove atipiche. In: **Studi in onore di Enrico Tullio Liebman – Volume 2**. Milão: Giuffrè Editore, 1979.

_____, Bruno. Forme del procedimento e funzione della prova (ottant'anni dopo Chiovenda). In: **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, 2006, a. LXI, n. 2.

_____, Bruno. Riflessioni sulla cultura della prova. In: **Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale**. Milão: Giuffrè Editore, 2008, v. 51, n. 3.

CHASE, Oscar. Some Observations on the Cultural Dimension in Civil Procedure Reform. In: **The American Journal of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 1997, v. 45, n. 4.

_____, Oscar. American "Exceptionalism" and Comparative Procedure. In: **The American Journal of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002, v. 50, n. 2.

_____, Sergio. Riflessioni microcomparative su ideologie processuali e accertamento della verità. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2009, v. 176.

CHIARLONI, Sergio. La verità presa sul serio. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2010, v. 184.

CIPRIANI, Franco. El proceso civil italiano entre revisionista y negacionistas. In: AROCA, Juan Montero (Coord.) **Proceso Civil e Ideología. 2. Ed.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Istanze istruttorie e poteri del giudice *ex art.* 184 C.P.C. In: **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, 1999, n. 4.

DANTAS, Ivo. Direito Processual Constitucional e Direito Constitucional Processual: um debate em aberto. In: **Revista Acadêmica**. Recife: Faculdade de Direito do Recife, 2013, v. 95, n. 2.

DAWSON, Martha; KELLY, Bree. The Next Generation: Upgrading Proportionality for a New Paradigm. In: **Defense Counsel Journal**. Chicago: IADC, out. 2015.

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

_____, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Carta psicografada como fonte de prova no processo civil. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2014, v. 234.

_____, Fredie. A distribuição legal, jurisdicional e convencional do ônus da prova no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: **Revista Direito Mackenzie**. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2017, v. 11, n. 2.

DINAMARCO, Candido Rangel. Processo civil comparado. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 1998, v. 90.

CLARK, Charles E.; SHULMAN, Harry. Jury Trial in Civil Cases – A study in Judicial Administration. In: **Yale Law Journal**. New Haven: Yale, abr. 1934, v. XLIII.

DALE, Nance. The best evidence principle. In: **Iowa Law Review**. Iowa City: UISL, 1988, v. 73.

D’ALESSANDRO, F. Cesare. Prove Atipiche, argomenti di prova e presunzioni. In: **Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura**. Roma: Consiglio Superiore della Magistratura, 1999, n. 108.

DAMASKA, Mirjan. Presentation of evidence and factfinding precision. In: **University of Pennsylvania Law Review**. . Filadélfia: UPenn, 1975, v. 123.

_____, Mirjan. The Common Law / Civil Law divide: residual truth of a misleading distinction. In: WALKER, Janet; CHASE, Oscar. (eds.) **Common Law, Civil Law and the future of categories**. Ontario: LexisNexis, 2010.

DIDIER JR., Fredie. Os Três modelos de Direito Processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2011, v. 198.

DODSON, Scott. Presuit discovery in a comparative context. In: **Journal of Comparative Law**. Londres: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2011, v. 6.

DORSANEO, William V.. The decline of Anglo-American civil jury trial practice. In: **SMU Law Review**. Dallas: SMU, 2018, v. 71.

EASTERBROOK, Frank H.. Comment – Discovery Abuse. In: **Boston University Law Review**. 1989, v. 69.

ERICHSON, Howard. Reflections on the adjudication-settlement divide. In: **Fordham Law Review**. Nova Iorque: Fordham University, 2009, v. 78, n. 3.

FAIRMAN, Christopher. The myth of notice pleading. In: **Arizona Law Review**. Tucson: University of Arizona, 2003, v. 45.

FERREIRA, William Santos. Transições paradigmáticas, máxima eficiência e técnicas executivas típicas e atípicas. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. (Coords.) **Direito Probatório**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

FISS, Owen. Against Settlement. In: **Yale Law Journal**. New Haven: Yale, 1984, v. 93.

FLAGAL, Frank F.. Discovery Abuse: Causes, Effects, and Reform. In: **The Review of Litigation**. 1983, v. 3.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A flexibilização do procedimento processual no âmbito da *common law*. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2008, v. 163.

GALANTER, Marc. World of deals: using negotiation to teach about legal process. In: **Journal of Legal Education**. Washington: Association of American Law Schools, 1984, v. 34, n. 2.

_____, Marc. The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts. In: **Journal of Empirical Legal Studies**. Ithaca: Cornell Law School, nov. 2004, v. 1, n. 3.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre El modelo cognoscitivista en la prueba judicial. A propósito de las observaciones de Mario Ruiz. In: **Anuario de Filosofía del Derecho**. Valencia: Ministerio de Justicia, 2002, n. XIX.

_____, Marina. Freedom of Proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita. CARBONELL, M.; OROZCO, J.; VÁZQUEZ, R.. **Estudios sobre la prueba**. Cidade do México: UNAM, 2006.

GENN, Hazel. What is Civil Justice For? Reform, ADR, and the Access to Justice. In: **Yale Journal of Law & the Humanities**. New Haven: Yale, v. 24, n. 1.

GIACOMUZZI, José Guilherme. As raízes do realismo americano: breve esboço acerca de dicotomias, ideologia, e pureza no direito dos USA. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, 2005, v. 239.

GOLDMAN, Alvin. Social Epistemology: Theory and Applications. In: **Royal Institute of Philosophy Supplements**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, v. 64.

GOLDSTEIN, Abraham. Reflections on two models: Inquisitorial Themes in American Criminal Procedure. In: **Stanford Law Review**. Stanford: Stanford University, 1974, v. 26.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Princípios gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, 2009, a. 46, n. 183.

GOMES, Luís Flavio. Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo (exclusionary rule). In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, 2003, v. 809.

GOTTWALD, Peter. Cultural dimensions of harmonization. In: WALKER, Janet; CHASE, Oscar. (eds.) **Common Law, Civil Law and the future of categories**. Ontario: LexisNexis, 2010.

GRECO, Leonardo. Limitações probatórias no processo civil. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro: UERJ, 2009, v. 4, n. 4. Disponível em: <www.redp.com.br>. Acesso em 09 jul. 2018.

_____, Leonardo. A Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro- Anteprojeto do Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais” da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro: UERJ, 2014, v. 13, n. 13. Disponível em: <www.redp.com.br>. Acesso em 09 jul. 2018.

GREVLING, Katharine. CPR R 32.1(2): case management tool or broad exclusionary power? In: DWYER, Déirdre. (Ed.) **The Procedure Rules Ten Years On**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

GRIMM, Paul W.; YELLIN, David S.. A Pragmatic Approach to Discovery Reform: How Small Changes Can Make a Big Difference in Civil Discovery. In: **South Carolina Law Review**. Columbia: USCSL, 2013, v. 64.

GOSELIN, François-Xavier; LE MARREC, Yves; Kérvenoaël, Pol de. Les mesures d’instruction In Futurum [Analyse de la jurisprudence des Cours d’Angers et de Rennes]. In: **Revue Judiciaire de l’Ouest**. Rennes: CRJO, 1987, n. 2.

HAACK, Susan. Justice, truth, and proof: not so simple, after all. In: **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, a. 25, n. 99.

_____, Susan. Epistemology Legalized: or, Truth, Justice, and the American Way. In: **The American Journal of Jurisprudence**. Notre Dame: UNDSL, 2004, v. 49.

HANLY, Conor. The decline of Civil Jury Trial in Nineteenth- Century England. In: **The Journal of Legal History**. dez. 2005, v. 26, n. 3.

HIGGINS, Andrew. Open door disclosure in Civil Litigation. In: **International Journal of Evidence & Proof**. 2012, Londres: Sage, v. 16, n. 3.

HOFFMAN, Lonny. Access to Information, Access to Justice: The Role of Presuit Investigatory Discovery. In: **University of Michigan Journal of Law Reform**. Ann Arbor: University of Michigan Law School, 2007, v. 40, n. 2.

IMWINKELRIED, Edward J.. The Worst Evidence Principle: The Best Hypothesis as to the Logical Structure of Evidence Law. In: **University of Miami Law Review**. Miami: UMSL, 1992, v. 46, n. 5.

JACKSON, Bernard S.. Narrative Models in Legal Proof. In: PAPKE, David Ray. (org.) **Narrative and the legal discourse. A reader in storytelling and the law**. Liverpool: Deborah Charles Publications, 1991.

KAINEN, James L.. Book review: the rationalist tradition at trial. In: **Fordham Law Review**. Nova Iorque: Fordham University, 1992, v. 60, n. 5.

KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório. In: KNIJNIK, Danilo. (Coord.) **Prova judiciária: estudos sobre o novo Direito Probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2007.

KRITZER, Herbert M. Desappearing trials? A comparative perspective. In: **Journal of Empirical Legal Studies**. Ithaca: Cornell, nov. 2004, v. 1, n. 3.

KRONFELD, Nicholas. The Preservation and Discovery of Evidence Under Federal Rule of Civil Procedure 27. In: **Georgetown Law Journal**. Washington: GU, 1990, v. 78.

LACERDA, Galeno. O Código como sistema legal de adequação do processo. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. (Coord.) **Meios de impugnação ao julgado cível: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LANGDELL, C. C.. Discovery under the Judicature Acts, 1873-1875, Part I. In: **Harvard Law Review**. Cambridge: Harvard Law, 1897.

LANGBEIN, John H.. Historical Foundations of the Law of Evidence: a view from the Ryders sources. In: **Columbia Law Review**. Nova Iorque: Columbia, 1996, v. 96.

_____, John H. The Disappearance of Civil Trial in the United States. In: **Yale Law Journal**. New Haven: Yale, 2012, v. 122.

_____, J. H.. The demise of trial in American Civil Procedure: how it happened, is it convergence with European Civil Procedure? In: RHEE, C. H. Van; UZELAC, A.. **Truth and efficiency in Civil Litigation: fundamental aspects of fact-finding and evidence taking in a comparative context**. Cambridge: Intersentia, 2012.

LAUX, Francisco de Mesquita. Relações entre a antecipação da prova sem o requisito da urgência e a construção de soluções autocompositivas. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2015, v. 242.

LEMPERT, Richard. The new evidence scholarship: analyzing the process of proof. In: **Boston University Law Review**. Boston: Boston University, 1986, v. 66.

LESSA NETO, João Luiz. O Novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?!. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2015, v. 244.

LESSA NETO, João Luiz. Anotações sobre a revelia e a contumácia no Código de Processo Civil de 2015. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2016, v. 261.

LIMA, Caio César Carvalho. A produção antecipada de provas sem o requisito de urgência e o instituto da *disclosure*. In: **Revista Direito Mackenzie**. São Paulo: Mackenzie, 2012, v. 6, n. 1.

LIMAN, Arthur. The Quantum of Discovery vs. the Quality of Justice: More is Less. In: **Litigation**. 1977, n. 4.

LIPSTEIN, K.. The Evidence (Proceedings in Other Jurisdictions) Act 1975: An Interpretation. In: **International and Comparative Law Quarterly**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

LOPES, João Batista. Provas atípicas e efetividade do processo. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro: UERJ, 2010, v. V.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Das Provas. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. (Orgs.) **Comentários do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LUNARDI, Soraya Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. A verdade como objetivo do devido processo legal. In: DIDIER JR., Fredie. (org.) **Teoria do Processo – Panorama Doutrinário Mundial: Segunda Série**. Salvador: Juspodivm, 2010.

MACEDO, Elaine Harzheim. Exibitória de documento ou coisa no Novo CPC: arts. 396 a 404. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. (Coords.) **Direito Probatório**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

MACTHENIA, Andrew; SHAFFER, Thomas. For reconciliation. In: **Yale Law Journal**. New Haven: Yale University, 1985, v. 94.

MAIN, Thomas O.. Traditional Equity and contemporary procedure. In: **Washington Law Review**. Seattle: University of Washington, 2003, v. 78.

MALEK, Hodge M.. Proportionality and suitability of the disclosure regime under the CPR. In: DWYER, Déirdre (Ed.) **The Civil Procedure Rules Ten Years On**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

MARCUS, R. L.. Extremism in the pursuit of truth is our ‘virtue’: the American infatuation with broad discovery. In: RHEE, C. H. Van; UZELAC, A.. **Truth and efficiency in Civil Litigation: fundamental aspects of fact-finding and evidence taking in a comparative context**. Cambridge: Intersentia, 2012.

_____, Richard. American Exceptionalism in goals for civil litigation. UZELAC, Alan (Ed.). **Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems**. Londres: Springer, 2014.

MCNAMARA, Philip. The canons of evidence – rules of exclusion or rules of use? In: **The Adelaide Law Review**. Adelaide: Adelaide University Press, 1986, n. 3.

MASCARENÑO, Aldo. Problemas de legitimación en la sociedad mundial. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFG**. Goiânia: UFG, 2009, v. 33, n. 2.

MAZZOLA, Marcelo. Temas contemporâneos na arbitragem: do clássico ao circuito alternativo e alguns “curtas-metragens”. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2019, v. 291.

MCCLELLAN, Charles. America, Land of (extraterritorial) discovery: Section 1782 Discovery for foreign litigants. In: **Transnational Law & Contemporary Problems**. Iowa: UICL, 2008, v. 17.

MCCORMICK, Charles T.. The Fusion of Law and Equity in United States Courts. In: **North Carolina Law Review**. Chapel Hill: UNC, 1928, v. 6, n. 3.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. O projeto de Novo CPC e a ação probatória não cautelar. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2014, v. 233.

MEKKI, Mustapha. Vérité et preuve. Rapport français. In: **La preuve. Journées internationales 2013 d'Amsterdam, Pays-Bas et Liège, Belgique**. Bruxelas: Bruylant, 2015.

MILLER, Arthur. Simplified pleading, meaningful days in court, and trials on the merits: reflections on the deformation of federal procedure. In: **New York University Law Review**. Nova Iorque: NYU, 2013, v. 88.

MIRANDA FILHO, Luiz Antonio Castro de. Breves apontamentos sobre a prova emprestada no Novo Código de Processo Civil. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. (Coords.) **Direito Probatório**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

MITIDIERO, Daniel. Processo e Cultura: Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual. In: **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**. Porto Alegre: UFRGS, 2004, n. 2.

MOFFIT, Michael. Three things to be against (settlement not included). In: **Fordham Law Review**. Nova Iorque: Fordham University, 2009, v. 78, n. 3.

MOLINA, Sebastián Reyes. Sobre derecho y la averiguación de la verdad. In: **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante: Marcial Pons, 2017, n. 40.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Quelques aspects de la procédure civile brésilienne et des ses rapports avec d'autres systèmes juridiques. In: **Temas de Direito Processual Civil: terceira série**. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. In: **Temas de direito processual: terceira série**. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual – Segunda Série**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 1994, v. 76.

_____, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, 1996, v. 205.

MORANT, Blake. The Declining Prevalence of Trials as a Dispute Resolution Device: Implications for the Academy. In: **William Mitchell Law Review**. Saint Paul: MH, 2012, v. 38, n. 2.

MULLENIX, Linda S.. American exceptionalism and convergence theory: are we there yet? In: WALKER, Janet; CHASE, Oscar. (eds.) **Common Law, Civil Law and the future of categories**. Ontario: LexisNexis, 2010.

NAGAREDA, Richard. 1938 All over again? Pretrial as trial in complex litigation. In: **DePaul Law Review**. Chicago: DePaul, 2011, n. 60, v. 2.

NETZORG, Gordon W.; KERN, Tobin. Proportional Discovery: Making It the Norm, Rather than the Exception. In: **Denver University Law Review**. Denver: Sturm College of Law, 2010, v. 87.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. In: **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante: Marcial Pons, 1993, n. 14.

OSTROM, Brian; STRICKLAND, Shauna M.; HANNAFORD-AGOR, Paula L.. Examining trial trends in State Courts: 1976-2002. In: **Journal of Empirical Legal Studies**. Ithaca: Cornell, 2004, v. 1, n. 3.

PARDO, Michel S.. The field of evidence and the field of knowledge. In: **Law and philosophy**. Berlin: Springer, Jul. 2005, v. 24.

PARKES, Tim. The Civil Procedure Rules ten years on: practitioners' perspective. In: DWYER, Déirdre (Ed.) **The Civil Procedure Rules Ten Years On**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

PARK, Roger. Evidence scholarship, old and new. In: **Minnesota Law Review**. Minneapolis: MUSL, 1991, v. 75.

PATTI, Salvatore: La disponibilità delle prove. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milão: Giuffrè Editore, mar. 2011, a. LXV. Sup. n. 1.

PAUL, Julius. Jerome Frank's contributions to the philosophy of American legal realism. In: **Vanderbilt Law Review**. Nashville: VUSL, 1958, v. 11.

PEREIRA, Frederico Valdez. Uma leitura constitucional da proteção do sigilo bancário. In: **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2015.

PÉREZ, David Vallespín. La "reinterpretación constitucional" de la apreciación en conciencia de la LECrim Española. In: **Revista Chilena de Derecho Y Ciencia Política**. Temuco: Universidad Católica de Temuco, v. 3, n.1.

PISANI, Andrea Proto. Público e Privado no Processo Civil na Itália. In: **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2001, v. 4, n. 16

_____, Andrea Proto. Chiose sul diritto alla prova nella giurisprudenza dessa Corte costituzionale. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2009, v. 176.

PRATA, Edson. Da justificação. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, 1990, v. 662.

PRINGSHEIM, Fritz. The Inner Relationship between English and Roman Law. In: **Cambridge Law Journal**. Cambridge: University of Cambridge, 1935, n. 5.

RAMOS, Vitor de Paula. Direito Fundamental à Prova. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2013.

RESNIK, Judith. Lawyers' Ethics Beyond the Vanishing Trial: Unrepresented Claimants, De Facto Aggregations, Arbitration Mandates, and Privatized Processes. In: **Fordham Law Review**. Nova Iorque: Fordham University, 2017, v. 86, n. 5.

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

ROBERTS, David M. Fact pleading, notice pleading and standing. In: **Cornell Law Review**. Ithaca: Cornell University, 1980, v. 65, n. 3.

ROCHA, Caio Cesar; LIMA, Tiago Asfor Rocha. As captações ambientais audiovisuais e o direito ao silêncio. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, 2010, v. 899.

ROO, A. de; JAGTENBERG, R.. The relevance of truth: the case of mediation versus litigation. In: RHEE, C. H. Van; UZELAC, A.. **Truth and efficiency in Civil Litigation: fundamental aspects of fact-finding and evidence taking in a comparative context**. Cambridge: Intersentia, 2012.

ROWE JR., Thomas D.. A Square Peg in a Round Hole?: The 2000 Limitation on the Scope of Federal Civil Discovery. **Tennessee Law Review**. 2001, Knoxville: Tennessee Law Review Association, n. 69.

RUTLEDGE, Peter B.. Discovery, Judicial Assistance and Arbitration: A new tool for cases involving US entities. In: **Journal of International Arbitration**. Haia: Kluwer Law International, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. Globalizations. In: **Theory, Culture & Society**. Nottingham: Nottingham Trent University, 2006, n° 23.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Quem não chorar no enterro da própria mãe corre o risco de ser condenado à morte – o (ab)uso de máximas de experiência na valoração e interpretação probatória. In: BURIL, Lucas; PEIXOTO, R. M.; FREIRE, Alexandre. **Novo CPC – Doutrina Selecionada, v. 3: processo de conhecimento, provas**. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____, Leonard Ziesemer. Entre produzir provas e provar hipóteses: o risco do argumento da “busca da verdade real” na instrução e na fundamentação das decisões. In: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JR., Fredie. **Doutrinas essenciais do novo processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, v. IV.

SETEAR, John K.. The Barrister and the Bomb: The Dynamics of Cooperation, Nuclear Deterrence, and Discovery Abuse. In: **Boston University Law Review**. 1989, v. 69.

SHEPHERD, George. Failed Experiment: Twombly, Iqbal, and Why Broad Pretrial Discovery Should Be Further Eliminated. In: **Indiana Law Review**. Indianapolis: IUSL, 2016, v. 49.

_____, George. Still a Failure: Broad Pretrial Discovery and the Superficial 2015 Amendments. In: **Akron Law Review**. Akron: UASL, 2017, v. 51.

SILVA, Felipe Carvalho; PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Prova emprestada: pontos de convergência e divergência entre a doutrina e a jurisprudência. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2018, v. 275.

SLAUGHTER, Anne-Marie; HELFER, Laurence. Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication. In: **The Yale Law Journal**. New Haven: Yale, 1998, v. 107.

_____, Anne Marie. A global Community of Courts. In: **Harvard International Law Journal**. Cambridge: Harvard, 2003, v. 44.

SMIT, Hans. International Litigation Under the United States Code. In: **Columbia Law Review**. Nova Iorque: Columbia, 1965, v. 65, n. 6.

SMITH, George P.; NIXON, Walter. La Dolce Vita: Law and Equity Merged at Last! In: **Arkansas Law Review**. Fayettevilles: UASL, 1970, v. 24.

SOUSA, Diego Crevelin de. Dever (ou direito) de (não) provar contra si mesmo ?(!) O dilema em torno do art. 379, CPC. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. (Coords.) **Direito Probatório**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

SOUZA, Diego Fajardo Maranha Leão. Sigilo profissional e prova penal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, 2008, v. 73.

STEINMAN, Adam N.. The End of an Era? Federal Civil Procedure After the 2015 Amendments. In: **Emory Law Journal**. Atlanta: EUSL, 2016, v. 66, n. 1.

SUBRIN, Stephen. Fishing expeditions allowed: the historical back ground of the 1938 Federal Discovery Rules. In: **Boston College Law Review**. Boston: Boston College, 1998, v. 39.

_____, Stephan. Discovery in Global Perspective: Are We Nuts? In: **DePaul Law Review**. Chicago: DePaul University, 2002, v. 52.

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

_____, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2016, v. 260.

TARUFFO, Michele. Il diritto alla prova nel processo civile. In: **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, 1984, v. 39.

_____, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2003, v. 110.

_____, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, mar. 2006, v. 133.

_____, Michele. Verità e probabilità nella prova dei fatti. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2007, v. 154.

_____, Michele. Il concetto di “prova” nel Diritto Processuale. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2014, v. 229.

_____, Michele. Ermeneutica, prova e decisione. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, jan/abr. 2018, v. 4, n. 1.

TESHEINER, José Maria. Direitos Fundamentais, verdade e processo. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. (Coords.) **Direito Probatório**. Salvador: Juspodivm, 2018.

TEUBNER, Gunther; KORTH, Peter. **Two Kinds of Legal Pluralism: Collision of Transnational Regimes in the Double Fragmentation of World Society**. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1416041> Acesso em: 20 nov. 2014.

TRAYNOR, Roger. Fact skepticism and the judicial process. In: **University of Pennsylvania Law Review**. Filadélfia: UPenn, 1958, v. 106.

TUZET, Gioavanni. La justification pragmatique des croyances. In: **Revue philosophique de la France et de l'Étranger**. Paris: PUF, 2008, t. 133, n. 4.

TWINING, William. Taking facts seriously – again. In: **Journal of Legal Education**. Washington: Association of American Law Schools, v. 55.

_____, William. Interdisciplinarity and the study of evidence. In: DAWID, PHILIP; TWINING, William; VASILAKI, Mimi. (Eds.) **Evidence, inference and enquiry**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

VASCONCELOS, André Roque. O estado de necessidade processual e a admissibilidade das provas (aparentemente) ilícitas. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2007, v. 153.

VÁSQUEZ, Carmen. La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales. In: **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante: Marcial Pons, 2015, n. 38.

VERDE, Giovanni. Las Ideologías del processo en un reciente ensayo. In: AROCA, Juan Montero (Coord.) **Proceso Civil e Ideología**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

VERDUN-JONES, Simon N.. The jurisprudence of Jerome Frank: a study in American Legal Realism. In: **Sidney Law Review**. Sidney: Faculty of Law – Sidney University, 1974, v. 7.

VIEIRA, Maíra de Melo. Cooperação Jurídica Internacional para Produção de Provas em Matéria Civil e Comercial: a perspectiva brasileira. In: RAMOS, André de Carvalho; MENEZES, Wagnes. (Orgs.) **Direito Internacional Privado e a Nova Cooperação Jurídica Internacional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 1998, v. 92.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAIS, Maurício Zanóide de. (Coords.) **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

WENDT, George J.; SIMS, Carlton. The vanishing trial: a hayekian perspective. In: **Faulkner Law Review**. Montgomery: Faulkner Law, 2011, v. 2.

WESSEL, Jane; EYRE, Peter. US Discovery in Aid of Foreign or International Proceedings: Recent Developments Relating to Title 28 US Code Section 1782. In: **Arbitration**. Londres: Sweet & Maxwell, 2009, v. 75, n. 2.

WHITE, Welsh. Evidentiary Privileges and the defendant's constitutional right to introduce evidence. In: **The journal of Criminal Law & Criminology**. Chicago: Northwestern University, 1989, v. 80, n. 2.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma Teoria Geral dos “Novos Direitos”. In: **Revista Jurídica – UNICURITIBA**. Curitiba: Unicuritiba, 2013, v. 2, n. 31.

YARSHELL, Flávio Luiz. Brevíssimas notas a respeito da produção antecipada da prova na arbitragem. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: RT, 2007, v. 14.

_____, Flávio Luiz. Comentários ao art. 382. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (Coords.) **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: RT, 2015.

ZAKIA, José Victor Palazzi; VISCONTI, Gabriel Caetano. Produção antecipada de provas em arbitragem e jurisdição. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: RT, 2018, v. 59.

ZANETI JR., Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e procedimento probatório. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2004, v. 116.

ZUCKERMAN, Adrian. Law, facts or justice? In: **Boston University Law Review**. Boston: Boston University, 1986, v. 66.

_____, Adrian A. S.. Lord Woolf's Access to Justice: Plus ça Change... In: **The Modern Law Review**. Londres: John Wiley & Sons, 1996, v. 59, n. 6.

Teses e Dissertações

MUNIZ, Francisco Arthur de Siqueira. **As retóricas na história da (in)distinção conceitual entre questão de fato e questão de direito: análise do juízo de cognição do conceito indeterminado de improbidade administrativa dolosa nos recursos especiais**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

SILVEIRA, Susana Amaral. **Acordos Incentivados: uma contribuição britânica nos caminhos buscados pelo judiciário brasileiro**. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

Precedentes

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 79.785/RJ**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. j. 29 mar. 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 93.050**. Rel. Min. Celso de Mello. j. 10 jun. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 91.610**. Segunda Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes. j. 8 jun. 2010, Dj. 22 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 91.867-PA**. Rel. Min. Gilmar Mendes. j. 24 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2390/DF**. Rel. Min. Dias Toffoli. j. 18 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 601.314/SP**. Rel. Min. Edson Fachin. j. 24 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 171.438/DF**. Segunda Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes. j. 28 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **McMS 46.518 DF**. Decisão Monocrática. Min. Gilmar Mendes. j. 11 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 2487/PR**. Rel. Min. Fontes de Alencar. j. 05 jun. 1990.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MS 7120 / DF**. Rel. Min. Paulo Medina. j. 23 out. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg na CR nº 3.162 – EX**. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha. j. 18 ago. 2010. Dj. 06 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 617.428/SP** Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma. j. 26 ago. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 33628 PE**. Rel. Min. Castro Meira. Segunda Turma. j. 2 abr. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MS 17.534/DF**. Rel. Min. Humberto Martins. Primeira Seção. j. 12 mar. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 623.891/RJ**, Rel. Min. Raul Araújo, j. 12 mai. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 970.049/RO**, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 04 mai. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp: 881717 SP 2016/0064206-1**, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJ. 24 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 177.498-7/SP**, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti Quarta Turma, j. 08 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.803.251/SC**. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizzi. Terceira Turma. j. 22 out. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **MC 494.408-4/6**. Rel. Des. Enio Santarelli Zuliani, j. 28 jun. 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 2078185-28.2017.8.26.0000**, Rel. Des. Carlos Dias Motta, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 31 mai. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 2078185-28.2017.8.26.0000**, Rel. Des. Carlos Dias Motta, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 31 mai. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **AI nº 2057552-93.2017.8.26.0000**. Rel. Des. Rômolo Russo, 7ª Câmara de Direito Privado, j. 28 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, **Agravo de Instrumento nº 2235676-98.2017.8.26.0000**, 5ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Fermino Magnani Filho, j. 16 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação 1008255-05.2016.8.26.0604**, 11ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Marino Neto, j. 22/10/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação 1011598-89.2017.8.26.0566**, 23ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. José Marcos Marrone, j. 30/10/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 2099663-58.2018.8.26.0000**. 3ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Alexandre Marcondes. j. 22 jan. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **AC: 3284 PA 1998.39.00.003284-1**, Rel. Des. Fed. José Amilcar Machado, Primeira Turma, j. 14 fev. 2007.

CANADÁ, Supreme Court. **[1991] 3 S.C.R. 326**. Rel. Sopinka J. j. 02 mai. 1991.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional d'España. **SENTENCIA 22/1990, de 15 de febrero**. j. 15 fev. 1990.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional d'España. **SENTENCIA 37/2000, de 14 de febrero**. j. 14 fev. 2000.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **329 U.S. 495 (1947)**. Justice Frank Murphy. j. 13 jan. 1947.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **355 U.S. 41 (1957)**. Justice Hugo Black. j. 18 nov. 1957.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **425 U.S. 391 (1976)**. Justice White. j. 21 abr. 1976.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **441 U.S. 153 (1979)**. Justice White. j. 18 abr. 1979.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. District Court, Northern California. **108. F.R.D. 328 (N. D. Cal. 1985)**. Rel. Magistrate Judge Brazil, j. 28 out. 1985.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **482 U.S. 522 (1987)**. j. 15 jun. 1987.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **493 U.S. 120 (1989)**. Rel. Justice Scalia. j. 5 dez. 1989.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **496 U.S. 384 (1990)**. Rel. Justice O'Connor. j. 11 jun. 1990.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **534 U.S. 506 (2002)**. Justice Clarence Thomas. j. 26 fev. 2002.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **427 U.S. 639 (1976)**. j. 30 jun. 1976.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **357 U.S. 197 (1958)**. j. 15 jun. 1958.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. District Court, Kansas. **137 F.R.D. 325 (D. Kan. 1991)**. Rel. Magistrate Judge Wooley. j. 14 fev. 1991.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Court of Appeals, Third Circuit. **146 F.3d 188 (1998)**. Rel. Circuit Judge Sloviter, j. 9 jun. 1998.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. District Court of the Northern District of Illinois. **2002 WL 1759828 (N.D. Ill. 2002)**. Magistrate Judge Nan Nolan. j. 23 jul. 2004.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **542 U.S. 241 (2004)**. Rel. Justice Ginsburg. j. 21 jun. 2004.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. District Court, N. D. Illinois. **466 F. Supp. 2d 1020 (N.D. Ill. 2006)**. Judge Denlow. J. 6 dec. 2006.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **550 U.S. 544 (2007)** Justice David Souter. j. 21 mai. 2007.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **56 U.S. 662 (2009)**. Justice Anthony Kennedy. j. 18 mai. 2009.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Court of Appeal for the Second Circuit. **11-4850-cv**. Rel. Circuit Judge Straub. j. 6 mar. 2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Court of Appeals of the 8th Circuit. **667 F.3d 340, 343**. Rel. Circuit Judge Melloy. j. 01 mai. 2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. US District Court - S.D. Florida. **878 F.Supp.2d 1296 (2012)**. Edwin Torres. j. 13 jul. 2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. US District Court – Florida. **Case 8:16-cv-729-T-33AAS**. Magistrate Judge Amanda Arnold Sansone. J. 16 fev. 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Southern District of New York. **1:2014cv01304 - Document 151 (S.D.N.Y. 2017)**. Rel. Magistrate Judge Andrew Peck. 28 fev. 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Court of Appeal for the Second Circuit. **No. 16-3655**. Rel. Circuit Judge Kaplan. j. 28 ago. 2017.

FRANÇA. Cour de Cassation. **N° de pourvoi: 92-20496**. 2^e Chambre Civile. Rel. M. Buffet. j. 11 out. 1995.

FRANÇA. Cour de Cassation. **N° de pourvoi: 07-17398**. 2^e Chambre Civile. Rel. M. Lacabarats. j. 6 nov. 2008.

FRANÇA. Cour de Cassation. **N° de pourvoi: 15-12437**. Chambre Commerciale. Rel. Mme Mouillard. J. 6 dez. 2016.

FRANÇA. Cour de Cassation. **N° de pourvoi: 15-27845**. 1^{er} Chambre Civile. Rel. Mme Batut. j. 22 jun. 2017.

FRANÇA. Cour de Cassation. **Arrêt n° 147 du 14 mars 2018 (16-27.913)**. 1^{er} Chambre Civile. Rel. **M. Vigneau. j. 14 mar. 2018**.

FRANÇA. Cour de Cassation. **N° de pourvoi: 17-31535**. 2^e Chambre Civile. Rel. Mme. Flise, j. 31 jan. 2019.

INGLATERRA. House of Lords. **[1974] AC 133**. Rel. Lord Denning. j. 25 jul. 1972.

INGLATERRA. House of Lords. **[1980] AC 521**. Rel. Lord Edmund Davis. j. 12. Jul. 1979.

INGLATERRA. Court of Appeals. **[1999] EWCA Civ 3030**. Rel. Lord Judge. j. 22 out. 1999.

INGLATERRA. Court of Appeals. **[2001] EWCA Civ 269**. Rel. Lord Justice Waller. j. 27 fev. 2001.

INGLATERRA. Court of Appeals. **[2001] EWCA Civ 1733**. Rel. Lord Justice Waller. j. 21 nov. 2001.

INGLATERRA. Court of Appeals. **[2001] EWCA Civ 1819**. Rel. Lord Justice Rix. j. 3 dec. 2001.

INGLATERRA. Court of Appeals. **[2003] EWCA Civ 151**. Rel. Lord Woolf. j. 3 fev. 2003.

INGLATERRA. Court of Appeals. **[2003] EWCA Civ 474**. Rel. Lord Woolf. j. 4 abr. 2003.

INGLATERRA. Privy Council. **[2003] UKPC 38**. Rel. Lord Millet. j. 19 mai. 2003.

INGLATERRA. Court of Appeals. **[2003] EWCA Civ 1583. Rel.** Lady Justice Hale. j. 22 out. 2003.

INGLATERRA. House of Lords. **[2004] UKHL 48**. Rel. Lord Scott of Foscote. j. 11 nov. 2004.

INGLATERRA. Supreme Court. **[2013] UKSC 1**. Rel. Lord Neuberger j. 23 jan. 2013.

INGLATERRA. High Court. **[2017] EWHC 2965**. j. 22 nov. 2017.

INGLATERRA. Court of Appeals. **[2018] EWCA Civ 2006**. Rel. Sir Brian Levenson. j. 05 set. 2018.

INGLATERRA. **County Court at Cardiff. [2018] EW Misc B7 (CC)**. j. 21 set. 2018.