



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CAMPUS JACAREZINHO
PROGRAMA DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

PRE-SUIT E PRETRIAL: AS LIÇÕES DO SISTEMA ANGLO-AMERICANO PARA AS NECESSÁRIAS REFORMAS DO PROCEDIMENTO PROBATÓRIO BRASILEIRO

FUNÇÃO POLÍTICA DO DIREITO

RAFAEL GOMIERO PITTA

JACAREZINHO
2019

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ- UENP

PRE-SUIT E PRETRIAL: AS LIÇÕES DO SISTEMA ANGLO-AMERICANO PARA AS NECESSÁRIAS REFORMAS DO PROCEDIMENTO PROBATÓRIO BRASILEIRO

Tese apresentada ao Programa de doutorado da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica.

Linha de Pesquisa: Função Política do Direito
Orientador: Prof. Dr. Eduardo Augusto Salomão Cambi

**JACAREZINHO
2019**

RAFAEL GOMIERO PITTA

PRE-SUIT E PRETRIAL: AS LIÇÕES DO SISTEMA ANGLO-AMERICANO PARA AS NECESSÁRIAS REFORMAS DO PROCEDIMENTO PROBATÓRIO BRASILEIRO

Essa tese foi julgada adequada para obtenção do título de Doutor em Direito e aprovada na sua forma final pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná, na área: Justiça e Exclusão; linha de pesquisa: Função Política do Direito.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Augusto Salomão
Cambi

Prof. Dr. Sergio Cruz Arenhart
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Prof. Dr. Elton Venturi
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Profa. Dra. Alessandra Cristina Furlan
Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP

Prof. Dr. José Roberto Anselmo
Instituto Toledo de Ensino - ITE

Jacarezinho, 23 de Outubro de 2019.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador professor Eduardo Cambi cuja obra no campo do direito processual serve de constante inspiração. Agradeço também ao professor Francisco Durán Ruiz, meu orientador na Universidade de Granada, que gentilmente aceitou ser meu tutor durante o período de pesquisa desenvolvido na Espanha e acompanhou o desenvolvimento da mesma.

À minha família, em especial minha irmã Priscila, cujo espírito desembaraçado confere leveza ao meu cotidiano. À minha namorada Emelly que me apoiou e suportou com serenidade a distância no período de pesquisa desenvolvido na Espanha.

À professora Vera Karam de Chueri que me incentivou nos meus primeiros passos como pesquisador e cuja simplicidade e generosidade acadêmica jamais esquecerei.

Ao professor Alvaro Maciel, que me abriu as portas da docência e tanto me ensinou, depositando confiança em meu potencial.

Aos inúmeros (impossível nomear todos) alunos queridos que constantemente alimentam meu espírito docente e em cujos olhos busco incessantemente esperanças para seguir ensinando e aprendendo

Aos colegas da turma 1, 2 e 3 do Programa de Doutorado em Ciências Jurídicas da Universidade Estadual do Norte do Paraná, com quem desenvolvi laços de amizade e parceria perenes.

À Universidade de Granada, que cedeu sua excelente estrutura acadêmica para o desenvolvimento desta pesquisa, bem como à cidade de Granada, um pequeno paraíso que me acolheu e, com sua beleza e identidade únicas, inspirou cada dia desta pesquisa.

Ao corpo docente do programa de doutorado em ciências jurídicas da Universidade Norte do Paraná na pessoa do professor Fernando de Brito Alves e em especial à Maria Natalina Costa, por sua disponibilidade e amabilidade.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal em Nivel Superior (CAPES) pelo apoio financeiro durante o período doutoral no Brasil e na Espanha, possibilitando o desenvolvimento de pesquisa em alto nível.

PITTA, Rafael Gomiero. *Pre-Suit e Pretrial: As lições do sistema anglo-americano para as necessárias reformas do procedimento probatório brasileiro*. 2019. Número total de 258 folhas. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2019.

RESUMO

A pesquisa destina-se a estudar as fases iniciais do procedimento cível anglo-americano, conhecidas como *pretrial* e *pre-suit*, no intuito de analisar a possibilidade de aplicação de seus mecanismos no sistema judicial brasileiro. A primeira parte da pesquisa se concentra em 3 temas relacionados: i- compreensão das origens do *common law* inglês; ii- desenvolvimento do direito anglo-americano; iii- estudo de instrumentos processuais oriundos dos sistemas inglês e americano. O enfrentamento do problema da pesquisa, que se desenvolve na segunda parte, capítulo IV, se concentra em identificar a possibilidade de adaptação de alguns desses instrumentos no ordenamento e no sistema processual civil brasileiro. Para tanto, utiliza-se do método hipotético-dedutivo, considerando uma hipótese genérica, que é a adoção/adaptação dos referidos instrumentos para, posteriormente, falsear e eliminar as possibilidades postas. A partir das hipóteses não falseadas, cuja adaptação tenha se evidenciado viável, são elaboradas propostas de reformulação e adaptação dos instrumentos no sistema brasileiro. O capítulo IV esmiuça o funcionamento dos mecanismos desses instrumentos processuais considerados viáveis a partir dos sistemas de origem, onde melhor se desenvolveram, sendo apontadas suas principais características e defeitos, expostos por críticas dos usuários do próprio sistema. Foram estudadas, ainda, adaptações já realizadas de alguns desses instrumentos em outros países, a reação do sistema de destino à tal adaptação e os pontos positivos e negativos enfrentadas por eles. Ao abordar a hipótese de cada instrumento específico, são destacadas as diferenças determinantes entre os sistemas de origem e destino, bem como a cautela necessária para propostas de adaptação de cada um deles. As fases *pretrial* e *pre-action* foram sistematicamente analisadas, pois a idéia central do projeto é a possibilidade de emprestar mecanismos que colaborem com a eficiência do sistema na resolução de litígios, e nos sistemas de origem estudados, esses meios se concentram nas fases iniciais. Foi analisada a atuação de advogados e juízes no *case management* no âmbito do *common law* e do *civil law*, pois uma das hipóteses da pesquisa era considerar a possibilidade de maior participação e autonomia das partes e advogados na condução de determinados procedimentos, em especial aqueles voltados à obtenção e produção de provas. Apontadas as diferenças e contradições do *case management* no sistema anglo-americano, falseou-se parcialmente a hipótese de condução ativa das partes no *case management* no sistema brasileiro. A mudança de regras de atuação das partes e advogados que se mostrou mais viável, frente à maior autonomia de vontade concedida pelo CPC/2015, foi desenvolvida no âmbito da produção antecipada de provas, na medida da autorização concedida pela regulamentação processual vigente. A partir da experiência reformadora inglesa nos anos 1990, depreende-se que, apesar das partes necessitarem de maior oportunidade e liberdade para negociarem soluções no âmbito privado, o juiz deve, a princípio, ser mantido na condução do *case management*. A lição principal compreendida a partir da experiência anglo-americana é que as partes devem ser submetidas a regras mais rígidas de revelação obrigatória e obtenção de provas, sendo-lhes concedido o direito à prova nas fases preliminares, possibilitando um desenvolvimento mais íntegro dos métodos de conciliação.

Palavras-chave: *Pre-suit. Pretrial. Case management.* Mecanismos processuais. Procedimento probatório.

PITTA, Rafael Gomiero. ***Pre-Suit and Pretrial: The Anglo-American System's Principles for the Necessary Reforms of the Brazilian evidentiary rules of civil procedure.*** 2019. 258 pages. Doctoral Thesis in Law – Paraná Northern State University, UENP-Jacarezinho, 2019.

ABSTRACT

This research aims to explore the early stages of the Anglo-American procedure, more precisely the pretrial and pre-suit stages, in order to analyze the possibility of applying its mechanisms in the Brazilian judicial system. The first part of the research focuses on 3 related topics: i- study of the origins of English common law; ii- the development of Anglo-American law; iii - study of procedural instruments built up from the English and American systems. The purpose of the research, which is developed in the second part, chapter IV, is to identify the possibility of adapting some of these instruments in the Brazilian civil procedural legal body. The research resorted to the hypothetical-deductive method, considering a generic hypothesis, which is the adoption/adaptation of the mentioned instruments, to later falsify and eliminate the possibilities posed. The remaining possibilities whose adaptation has proved feasible, were transformed to proposals for reformulation and adaptation of the instruments in the Brazilian system. Chapter IV discusses the functioning of the mechanisms of these procedural instruments considered viable in the systems of origin, where they were best developed, being pointed out its main characteristics and flaws, exposed by critics of the users of the system itself. I have also examined adaptations already made to some of these instruments in other countries, the reactions to such adaptation and the positive and negative points they face. In addressing the hypothesis of each specific instrument, the key differences between the source and destination systems are highlighted, as well as the necessary caution for proposals for adapting each one. The pretrial and pre-action stages were systematically analyzed since the main intention of the project is the possibility of lending mechanisms that collaborate with the efficiency of the system in the preliminary resolution of disputes, and in the systems of origin studied, these means are concentrated in the early stages. It was analyzed the practice of lawyers and judges in case management both in the common law and civil law system, since one of the hypotheses of the research was to consider the possibility of broader participation and autonomy of the parties and lawyers in the conduct of certain procedures, especially those related to the collection and production of evidence. Given the differences and contradictions of case management in the Anglo-American system, the hypothesis of active management of the parties in case management in the Brazilian system was partially distorted. The change of rules concerning the parties and lawyers that was proved more feasible, given the greater autonomy of will granted by the CPC/2015, was developed in the scope of the presuit discovery, to the extent of the authorization granted by the current procedural regulations in Brazil. From the English reformist experience in the 1990s, it appears that although the parties need broader opportunity and freedom to negotiate solutions in the private field, the judge should, at first, control most of the case management. The main lesson from the study of Anglo-American experience is that the parties should be subject to rigorous rules of disclosure and protocols for evidence, as well as be entitled to discover evidence in the preliminary stages, enabling more thorough development of methods of conciliation.

Key words: Pre-suit. Pretrial. Case management. Procedural mechanisms. Evidentiary proceeding.

PITTA, Rafael Gomiero. **Pre-Suit and Pretrial: Lecciones del sistema angloamericano para las reformas necesarias del procedimiento probatorio brasileño**. 2019. Número total de 258 hojas. Tesis (Doctorado en Ciencias Jurídicas) - Universidad Estatal del Norte de Paraná, Jacarezinho, 2019.

RESUMEN

La investigación tiene como objetivo estudiar las fases iniciales del procedimiento civil angloamericano, conocido como pretrial y pre-suit, con el fin de analizar la posibilidad de aplicar sus mecanismos en el sistema judicial brasileño. La primera parte de la investigación se centra en 3 temas relacionados: i- Comprender los orígenes del common law inglés ii- desarrollo del derecho angloamericano; iii- estudio de instrumentos procesales del sistema inglés y americano. Abordar el problema de investigación, que se desarrolla en la segunda parte, capítulo IV, se centra en identificar la posibilidad de adaptar algunos de estos instrumentos al orden civil y al sistema procesal brasileño. Por lo tanto, se utiliza el método hipotético-deductivo, considerando una hipótesis genérica, la adopción / adaptación de estos instrumentos para posteriormente falsificar y eliminar las posibilidades planteadas. A partir de las hipótesis no distorsionadas, cuya adaptación ha resultado viable, se elaboran propuestas de reformulación y adaptación de los instrumentos en el sistema brasileño. El Capítulo IV discute el funcionamiento de los mecanismos de estos instrumentos procesales considerados viables desde los sistemas fuente, dónde se desarrollaron mejor, señalando sus principales características y defectos, expuestos por las críticas a los usuarios del sistema mismo. También fueron estudiadas adaptaciones ya hechas de algunos de estos instrumentos en otros países, la reacción del sistema de destino a dicha adaptación y los puntos positivos y negativos que enfrentan. Al abordar la hipótesis de cada instrumento específico, se evidencian las diferencias determinantes entre los sistemas de origen y destino, así como la precaución requerida para las propuestas de adaptación de cada uno. Las fases previas al juicio y previas a la acción se analizaron sistemáticamente, ya que la idea principal del proyecto es la posibilidad de mecanismos de préstamo que colaboren con la eficiencia del sistema en la resolución de disputas, y en los sistemas de origen estudiados, estos mecanismos se concentran en las etapas preliminares. Se analizó el desempeño de los abogados y jueces en el manejo de casos dentro del alcance del derecho consuetudinario y el derecho civil, ya que una de las hipótesis de investigación es considerar la posibilidad de una mayor participación y autonomía de las partes y abogados en la conducción de ciertos procedimientos, especialmente aquellos dirigidos a la obtención y producción de evidencia. Al observar las diferencias y contradicciones de la gestión de casos en el sistema angloamericano, la hipótesis de la gestión activa de las partes en la gestión de casos en el sistema brasileño se tergiversó parcialmente. El cambio en las reglas de acción de las partes y los abogados que resultó más viable, dada la mayor autonomía de voluntad otorgada por CPC / 2015, se desarrolló dentro del alcance de la producción anticipada de evidencia, en la medida en que lo otorga la regulación procesal actual. Según la experiencia de la reforma inglesa en la década de 1990, parece que aunque las partes necesitan una mayor oportunidad y libertad para negociar remedios privados, el juez debería, en principio, mantenerse en la gestión del caso. La principal lección de la experiencia angloamericana es que las partes deben estar sujetas a reglas más estrictas de divulgación obligatoria y obtención de evidencia, el derecho a la evidencia en las etapas preliminares, permitiendo un desarrollo más completo de los métodos de divulgación y conciliación.

Palabras clave: Pre-suit. Pretrial. Case management. Mecanismos procesales. Procedimiento de evidencia.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Quadro Sinótico das Cortes Inglesas.....	52
Figura 2 – gráfico quantitativo <i>small claims</i> justiça inglesa 1998-2004.....	123
Figura 3 – gráfico quantitativo geral justiça inglesa 1998-2004.....	123
Figura 4 – gráfico evolução pós introdução dos <i>Pre-Action Protocol for Debt</i> 2009-2017.....	129
Figura 5 – gráfico prazo médio de trâmite em semanas 2009-2018.....	131

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
CJC	<i>Civil Justice Council</i>
CML	<i>Council of Mortgage Lenders</i>
CNJ	<i>Conselho Nacional de Justiça</i>
CPR	<i>Civil Procedure Rules</i>
CPC	<i>Código de Processo Civil</i>
CJRA	<i>Civil Justice Reform Act</i>
CEJUSC	<i>Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania</i>
EUA	<i>Estados Unidos da América</i>
FRCP	<i>Federal Rules of Civil Procedure</i>
FRE	<i>Federal rules of Evidence</i>
FPPC	<i>Fórum Permanente de Processualistas Civis</i>
FOS	<i>Financial Ombudsman Service</i>
IRDR	<i>Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas</i>
NUPEMEC	<i>Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos</i>
PR	<i>Protocol Referee</i>
PRP	<i>Protocol Referee Procedure</i>
PDPAC	<i>Practice directions- Pre Action Conduct</i>
PAP	<i>Pre action protocol</i>
PD	<i>Practice directions</i>
PSLRA	<i>Private Securities Litigation Reform Act</i>
TeCSA	<i>Technology and Construction Solicitors' Association</i>
TECBAR	<i>Technology and Construction Barristers' Association.</i>
TCC	<i>Technology and Construction Courts</i>
USA	<i>United States of America</i>
ZPO	<i>Zivilprozessordnung</i>

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	13
2	COMMON LAW.....	25
2.1	CONHECENDO O <i>COMMON LAW</i>	25
2.1.1	O Sistema de Justiça Inglês Antes dos Normandos.....	28
2.1.2	A chegada dos Normandos: Confusão e Perplexidade Jurisdicional.....	32
2.1.3	Início da Organização: Unificação.....	36
2.1.4	Estabelecimento Definitivo.....	40
2.2	O SISTEMA JURISDICIONAL DÚPLICE: <i>EQUITY</i> E <i>COMMON LAW</i>	43
2.2.1	Surgimento da <i>Court of Chancery</i>	45
2.2.2	Procedimentos Exclusivos da <i>Equity</i>	48
2.2.3	<i>Equity</i> e <i>Law</i> nos EUA.....	53
3	INSTRUMENTOS E MEIOS PROCESSUAIS DO SISTEMA <i>COMMON LAW</i>	61
3.1	OS MEIOS PROCESSUAIS DO DIREITO ANGLO-AMERICANO DO SÉCULO XX: SURGIMENTO, EVOLUÇÃO E REFORMAS.....	61
3.1.1	O Surgimento e desenvolvimento da <i>Discovery</i> na Inglaterra.....	65
3.1.2	<i>Discovery</i> nos EUA.....	74
3.1.3	A <i>Discovery</i> e as Despesas.....	78
3.1.4	Compreendendo o Sistema de <i>Pleadings</i>	81
3.1.4.1	Os <i>pleadings</i> em perspectiva transnacional.....	82
3.1.4.2	O sistema de <i>pleadings</i> sob diferentes diplomas legais: O funcionamento do sistema sob o <i>Field Code</i>	85
3.1.4.3	O funcionamento do sistema de <i>pleadings</i> na era das <i>Federal Rules of Civil Procedure</i>	87
3.1.4.4	O estabelecimento de critérios jurisprudenciais no sistema de <i>pleadings</i>	90
3.1.4.5	O <i>pleading</i> em sistemas <i>civil law</i>	92
3.1.4.6	A interferência dos precedentes da Suprema Corte no funcionamento dos <i>pleadings</i>	95
3.1.4.7	Acomodação e algumas observações.....	98
3.2	UMA VISÃO ANALÍTICA DA PRÁTICA DE LITÍGIOS CÍVEIS NA TRADIÇÃO ANGLO-AMERICANA.....	100

3.2.1	Considerações Sobre a Produção de Provas no Sistema <i>Civil Law</i> e <i>Common Law</i>	101
3.2.2	A Estrutura Judicial Reflexo do Sistema Federativo Americano.....	106
3.2.3	Jurisdição Estadual e Federal.....	107
3.2.4	<i>Civil Litigation</i>	109
3.2.5	As Mudanças da Fase <i>Pretrial</i> de Maior Impacto nas Estatísticas dos Sistemas de Justiça Inglês e Norte-Americano.....	112
3.2.5.1	<i>Summary judgment</i>	113
3.2.5.2	<i>Pre-action protocols</i> (PAP's)	116
3.2.5.3	<i>Case management</i>	118
3.2.6.	Análise dos Dados da Justiça Inglesa Pós-Reforma.....	121
3.2.6.1	O diagnóstico e as soluções de Lord Woolf.....	125
3.2.6.2	O <i>case management</i> como principal articulador do sistema inglês na fase <i>pre-suit</i> e <i>pretrial</i>	127
3.2.6.3	Os efeitos dos <i>pre-action protocols</i> (PAP's)	128
3.2.6.4	Análise de impacto imediato da introdução das <i>Civil Procedure Rules</i> no ordenamento inglês em 1998.....	131
4	POSSIBILIDADES DE ESTRUTURAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DE UM MODELO DE ADAPTAÇÃO DE INSTRUMENTOS PROCESSUAIS E PRÉ-PROCESSUAIS DO DIREITO ANGLO-AMERICANO NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO	137
4.1	A INTERAÇÃO DO <i>COMMON LAW</i> COM O <i>CIVIL LAW</i>	139
4.2	OS DESAFIOS DA REFORMA ANTE AS DIFERENÇAS ENTRE OS SISTEMAS.....	143
4.3	INTERSECÇÕES ENTRE OS SISTEMAS SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO PROBATÓRIO.....	148
4.4	ANÁLISE DE DADOS DA JUSTIÇA BRASILEIRA EM RELAÇÃO AO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL.....	153
4.4.1	Conciliação no Sistema Brasileiro: Uma Visão Limitada.....	155
4.4.2	Regulamentação Pelo Código de Processo Civil.....	156
4.4.3	Considerações Sobre os Índices de Conciliação no Brasil.....	158

4.5	AS POSSIBILIDADES DE REFORMA NO SISTEMA BRASILEIRO.....	160
4.5.1	A Necessidade de Constantes Reformas nos Sistemas Processuais.....	160
4.6	OS <i>PRE-ACTION PROTOCOLS</i> COMO ALTERNATIVA DE MELHORA DA EFICIÊNCIA DO SISTEMA.....	162
4.6.1	Funcionamento do <i>Pre-Action Protocol</i>	165
4.6.2	Testando a Eficiência e Controlando as Despesas dos PAP's.....	169
4.6.3	PAP's Para Casos de Hipoteca em Imóveis Residenciais.....	171
4.6.4	A Satisfação dos Usuários Com o PAP da Construção Civil.....	175
4.7	<i>DISCOVERY</i> COMO ALTERNATIVA DE MELHORA DA EFICIÊNCIA DO SISTEMA.....	180
4.7.1	Considerações Descritivas Sobre o Funcionamento da <i>Discovery</i> no Sistema <i>Common Law</i> Atualmente.....	183
4.7.2	Peculiaridades da <i>Discovery</i> nos Estados e <i>Presuit Discovery</i>	192
4.7.3	<i>Discovery</i> e <i>Fishing Expedition</i> : A Prova Como um Direito Fundamental.....	197
4.8	<i>DISCLOSURE</i> COMO POSSIBILIDADE DE PROPOSTA DE REFORMA.....	203
4.9	UMA NOVA REGULAMENTAÇÃO DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS COMO PROPOSTA DE REFORMA.....	210
4.10	ESBOÇO DE IMPLANTAÇÃO DE UMA FASE DE REVELAÇÃO DE PROVAS NA SISTEMÁTICA PROCESSUAL BRASILEIRA: APRENDENDO COM OUTRAS EXPERIÊNCIAS.....	224
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	233
	REFERÊNCIAS.....	243
	APÊNDICES.....	256
	Apêndice A – Proposta de Alteração Legislativa Tendente a Instaurar uma Fase de Produção Antecipada de Provas Intraprocessual.....	256
	Apêndice B – Proposta de Alteração Legislativa Tendente a Instaurar uma Fase Preliminar Obrigatória de Revelação de Provas	257
	Apêndice C – Proposta de Alteração Legislativa Tendente a Instaurar uma Fase Preliminar Obrigatória de Revelação de Informações e Documentos	

(Disclosure).....258

1 INTRODUÇÃO

Há mais de um século, em 1906, em um discurso perante uma conferência anual de advogados nos EUA, Roscoe Pound expressava as causas da insatisfação popular com a administração da justiça.¹ Na ocasião, Pound conclamou aos advogados que abrissem mão do que chamou de uma “teoria esportiva de justiça” e que a sociedade atribuísse aos especialistas na ciência do direito a prerrogativa de resolver os complexos problemas que despontavam no novo século.²

Em seu discurso, Pound concentrou as críticas no sistema de justiça anglo-americano, apontando as inúmeras razões pelas quais ele necessitava de reformas. Mais de 100 anos se passaram e certamente a insatisfação persiste em algum grau, bem como a necessidade de reforma.

Isso ocorre porque o direito se adapta com o passar do tempo, ele muda para sobreviver. A passagem do tempo obriga o sistema de justiça a alterar suas regras constantemente. Foi a ação do tempo que forjou o direito nos países, juntamente com os acontecimentos históricos.

Embora trace paralelos eventuais a respeito de instrumentos processuais oriundos de diferentes tradições jurídicas, este não é um trabalho de direito comparado. Existem, é verdade, comparações recorrentes no decorrer do trabalho, entretanto, o objetivo da pesquisa

¹ O discurso, apresentado na convenção anual da *American Bar Association* em 1906, teve grande repercussão sendo posteriormente publicado em formato de artigo com o título *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, podendo ser encontrado em diversas plataformas digitais e repositórios de papers acadêmicos. Disponível em <https://law.unl.edu/RoscoePound.pdf>. Acesso 15 mar 2019

² Com a expressão “teoria esportiva de justiça” (*sporting theory of justice*) Pound se referia à visão equivocada sobre o processo judicial e do próprio direito como um jogo. Décadas mais tarde Piero Calamandrei escrevia sobre o costume de se enxergar o processo como uma disputa de interesses individuais. Ver *Il processo come gioco*. Opere Giuridiche. vol. I. Napoli: Morano, 1983, p. 536-562.

não é comparar sistemas³, mas compreendê-los em certa medida que permita responder as perguntas propostas.

Embora aborde os mecanismos de obtenção e produção de provas, este também não é um trabalho sobre direito probatório. Trata-se de uma pesquisa no âmbito do direito processual, sobre instrumentos e meios processuais, e as soluções aqui buscadas visam reflexos na administração do sistema de justiça.

Trata-se, sobretudo, de uma pesquisa propositiva de viés reformista, especialmente em relação ao que melhor se pode aprender sobre a tradição jurídica *common law*, que é a efetividade do sistema de justiça.

A pesquisa atua com prudência na proposta de alterações, pois entende que o *modus* pelo qual operam os reformistas anglo-americanos não é adequado para ser empregado em culturas jurídicas oriundas do direito continental europeu. O funcionamento do ressupõe uma atividade do juiz, a princípio, incompatível com a noção construída no *civil law*. Os juízes do *common law* são criadores de regras.⁴

São as reformas que possibilitam a evolução do direito, foram as ondas reformistas que combateram e encerraram grandes entraves nos sistemas de justiça estudados, são os autores reformistas que contam com o maior prestígio entre os grandes autores.⁵

Este trabalho se propõe a estudar sistemas que foram desenvolvidos em países de tradições jurídicas distintas da que se desenvolve no Brasil. Esta opção decorre da necessidade, pois o questionamento a se responder assim o exige.

No dizer de Varano e Trocker (2005, p.3), através da comparação se adquire conhecimento, e com esse conhecimento do direito estrangeiro é possível compreender as transformações que ocorrem ali e estabelecer um diálogo com o universo do *civil law*.

A necessidade de evolução e até mesmo de reformas está atrelada à função estatal de resolução de conflitos. A ordem processual, os institutos, os princípios e normas que integram o sistema de justiça, tudo isso auxilia o Estado a alcançar os seus próprios objetivos de pacificação social, manutenção de sua autoridade, oferta de meios de participação democrática, etc, todos ligados ao interesse público (DINAMARCO, 2009, p. 90).

³ Sistema aqui é utilizado para se referir a um conjunto de partes interrelacionadas e interativas que tem cada uma sua função no funcionamento do sistema. Ver Richard. A. Posner, *Law and legal Theory in the UK and USA*, 1996, p. 69.

⁴ Não significa que tenham a prerrogativa de produzir leis. O chamado *judge made law* se desenvolveu em um contexto de confiança que a sociedade deposita no conhecimento técnico-jurídico dos juízes para interpretar a lei e até mesmo participar do processo de positivação das regras, enquanto um corpo de jurados representantes do povo tem a confiança para julgar questões relacionadas aos fatos.

⁵ Lord Woolf tem uma estátua/busto na *High Court of Justice*, Jeremy Bentham tem seus restos mortais preservados na *University College of London*.

Nessa perspectiva, cabe também ao Estado oferecer os meios que promovam a melhor eficiência para o alcance desses objetivos que, embora sejam seus, em última instância beneficiam o conjunto da sociedade.

O Estado, em sua função de desenvolvedor de políticas para solução dos problemas oriundos do não cumprimento dessas prerrogativas, deve compreender que alguns modelos foram superados, e agir rapidamente para realizar diagnósticos e promover medidas de solução a médio e longo prazo.

Durante séculos, o processo civil tem evoluído no sentido de ser um procedimento menos tecnicista, abandonando o excesso de rigidez para se tornar mais flexível, deixando de ser um sistema mais restrito e passando a ser mais expansivo e liberal (SUBRIN, 1998, p. 739).

Este parece realmente ser o caminho pelo qual o direito processual vem se orientando historicamente. Esta perspectiva implica uma redefinição da função do Estado, que se coloca de diferentes formas frente aos conflitos sociais.

Para Wolkmer (2001, p. 67), a transição paradigmática vivida pelo direito no que diz respeito à autoridade e primazia do Estado para resolver os conflitos oriundos da convivência social não comporta mais o modelo dominante que privilegia o Estado-juiz como solucionador de conflitos. Ele é, aliás, o próprio gerador da crise existente, pois não é mais capaz de oferecer soluções adequadas.

É improrrogável a criação, pelo Estado, de mecanismos que, para além de aliviarem a situação altamente crítica com o desenvolvimento custoso e lento de soluções paliativas, ofereça novas perspectivas para problemas tão persistentes.

Isso não significa dizer que o Estado abandonará a função jurisdicional, pelo contrário, ele deve se adequar e deixar de ser um obstáculo à resolução célere de litígios e ser um fomentador.

Nos dizeres de Cambi (2012, p. 87), embora seja técnica, o processo não é mera manifestação de autonomia e liberdade das partes privadas, ele está inserido em um plano de política de direito e cultura social, instrumento para realização de direitos fundamentais.

Essas soluções passam pela compreensão de que as cortes não podem mais ser vistas como único ambiente de solução de conflitos. A regulamentação processual deve encorajar alternativas ao sistema judiciário formal. Os processualistas modernos devem expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios, levar as pesquisas para além dos tribunais e utilizar os métodos de análise sociológica, política, psicológica, econômica, em suma, aprender através de outras culturas (CAPELLETTI, GARTH, 1988, p. 5).

Com base na compreensão acima evidenciada, e considerando que o CPC/2015 promoveu reformas tímidas em relação à ampliação de antigos meios e instrumentos processuais, com poucas inovações de impacto, urge a profusão e difusão de novas propostas.

A tradição do direito processual brasileiro foi ricamente influenciada por grandes autores europeus, a imensa maioria de países continentais, de forma mais concentrada pelos italianos. Entre estes, nenhum teve papel mais importante que Enrico Tullio Liebman, responsável por instigar os mais diversos estudos sobre processo civil no país.

Só recentemente, a partir das últimas décadas do século XX, passaram a se tornar mais comuns no Brasil menções a institutos processuais que não fossem oriundos da tradição romano-germânica (BARBOSA MOREIRA, 2001, p. 14).

Desde então, alguns temas passaram a chamar a atenção de processualistas brasileiros, surgindo desde aqueles que defendiam a adoção de um método de decisão judicial fundado na regulamentação e utilização de um sistema de precedentes⁶, o que acabou se tornando uma realidade⁷, até os que defendiam a inserção legislativa da possibilidade de negociação processual entre as partes, o que acabou ocorrendo de forma incipiente.⁸

A idéia do presente trabalho não é meramente importar instrumentos de ordenamentos estrangeiros, mas realizar uma pesquisa de conhecimento e análise de impacto de determinados instrumentos em suas próprias culturas visando a proposição de adaptação de alguns de seus mecanismos no ordenamento brasileiro, considerando a experiência estrangeira.

Poderiam ou deveriam ser adaptados instrumentos processuais do direito estrangeiro na sistemática processual vigente no sistema judiciário brasileiro? Quais instrumentos seriam esses? Como eles poderiam ser implantados/adaptados? Que impacto eles causaram nos sistemas de origem? Que impacto isso causaria no sistema de justiça brasileiro e no cotidiano judiciário? Como lidar com a questão do acesso à justiça, especialmente de despesas processuais?

As perguntas são muitas e as virtuais respostas fazem surgir novas, tais como: O legislador brasileiro tem condições de promover reformas legais que permitam adaptar determinados instrumentos processuais do direito estrangeiro? Os juízes e os advogados receberiam bem mudanças feitas no sentido que o trabalho propõe?

⁶ Para uma análise crítica a respeito da adoção do sistema de precedentes no Brasil, ver Eduardo Cambi e Rafael Gomiero Pitta, *Sistema de Precedentes Brasileiro: compreensão crítica a partir da tradição inglesa e norte-americana*, Prisma Jur., São Paulo, 2018.

⁷ CPC/2015 artigo 489, §1º, VI, artigo 520-522 e artigo 927

⁸ CPC/2015, artigos [190](#), [191](#) e [373](#), § 3º

Encontrar as respostas para estes questionamentos exige não apenas conhecer minimamente o funcionamento dos objetos de estudo na cultura onde se desenvolveram como também o contexto de seu surgimento e os problemas oriundos de sua utilização.

Para criar mecanismos de aperfeiçoamento de um sistema, não se pode contar com a sorte. Da mesma forma, a eficiência do instrumento quando utilizado em um contexto não significa que será eficiente quando utilizado em qualquer contexto similar.

O sucesso de inovações processuais depende menos da qualidade da legislação do que se pensa. De fato, o impacto da regulamentação processual está fortemente atrelado ao contexto institucional da administração da justiça do respectivo país (DAMASKA, 1997, p. 839).

Dito de outra forma, a mera aplicação de uma nova regra não tem o condão de alterar o funcionamento e a eficiência do sistema. Este objetivo só pode ser alcançado mediante a reunião de diversos fatores ligados ao contexto do sistema onde se pretende aplicar a nova regra.

A importação de modelos jurídicos, no entender de Barbosa Moreira (2004, p. 265), exige alguns postulados básicos, que vão desde o conhecimento do funcionamento do instrumento em seu sistema de origem até o exame de compatibilidade entre o instrumento que se quer importar até o sistema que vai recebê-lo.⁹

A importação de regras de outro país que desconsidere o contexto do país que as recebe tende a produzir conseqüências surpreendentes. Embora algumas dessas conseqüências possam ser positivas, outras podem ser bastante prejudiciais (DAMASKA, 1997, p. 839).

Ciente deste risco, o presente estudo se dedica a conhecer o funcionamento dos instrumentos e os fatores que colaboraram com sua evolução para, após analisar o campo legislativo dos dois ordenamentos, propor a utilização de forma a adaptá-lo à própria realidade e tradição.

A tradição inglesa do *common law* e o sistema que se desenvolveu nos Estados Unidos são materiais objetivamente adequados para se analisar os erros que foram cometidos no desenvolvimento do sistema e as razões que os levaram a funcionar da forma como fazem atualmente.

Há disponível uma diversidade de artigos produzidos em diversos países que não somente estudam a evolução e reformas de seus próprios sistemas processuais como mostram

⁹ O professor Barbosa Moreira faz uma alusão comparativa com o transplante de órgãos, em que se faz necessário colher informações sobre o funcionamento do órgão transplantado e do organismo que o receberá. Ver *A importação e modelos jurídicos*, in *Temas de Direito Processual*: 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 265.

uma grande tendência em questionar a tradicional categorização das tradições jurídicas, em especial as duas mais conhecidas e de maior destaque na academia¹⁰, o *common Law* e o *civil law*.¹¹

É possível detectar, de plano, uma convergência, não entre os sistemas propriamente, mas entre as soluções encontradas nos países que buscavam resolver problemas assaz similares encontrados em seus respectivos ordenamentos.

Uma breve introdução ao estudo de sistemas processuais do *common law* e *civil law*, revela que, apesar de se originarem de culturas jurídicas bastante distintas e com influências históricas completamente diversas, as categorias de problemas encontradas em ambos são análogas.

Autores em direito comparado têm observado, com freqüência, uma conversão entre diversos pontos característicos do *common law* e *civil law*. Isto fez com que voltassem à tona questionamentos a respeito das distinções entre sistemas inquisitoriais e adversariais, bem como a necessidade de se manter a nomenclatura *common law* e *civil law* no campo do direito processual (CHASE; WALKER, 2010, intro)

Diante das relevantes alterações ocorridas nos sistemas dos territórios romano-germânicos e anglo-saxônicos nas últimas décadas, se faz necessário examinar se elas foram suficientes para justificar o abandono de suas imagens tradicionais ou se permanecem suas características originais (BARBOSA MOREIRA, 2003, p. 58)

Assim como é necessário grande cautela ao tratar de importação de instrumentos desenvolvidos em outros sistemas, existe também um perigo em descartar essas possibilidades com fundamentos rasos, como é o mero fato de pertencerem ou terem sido mais bem desenvolvidos em outras culturas.

O exame metódico do funcionamento de instrumentos e mecanismos processuais em outras tradições pode servir de aprendizado para que não se cometam erros já superados pelos próprios sistemas onde os instrumentos e métodos se desenvolveram originariamente.

¹⁰ Importante ressaltar que existe uma terceira família ou tradição reconhecida pela doutrina, que é a família jurídica socialista, com importantes reflexos no sistema processual. Haja vista a decadência dos países de tradição socialista e o declínio dos estados que implantaram sistemas jurídicos de raiz socialista, esta tradição jurídica perdeu força em relação às demais tradições. Sobre este tema, ver Mauro Cappelletti, *El proceso civil en el derecho comparado*, Peru: ARA Editores, 2006, p. 119-125.

¹¹ Os professores Oscar G. Chase and Janet Walker organizaram um grande compilado com artigos dos maiores especialistas representantes de diversos países que refletiam praticamente todos os mais importantes sistemas jurídicos do mundo. Na obra, os organizadores tentam detectar se a tradicional divisão entre sistemas *common law* e *civil law* ainda são válidas, haja vista um notável intercâmbio entre institutos, conceitos e instrumentos tradicionais em cada um deles. Ver *Common law, civil law and the future of categories* / general editors, Janet Walker, Oscar G. Chase. Markham, Ont: LexisNexis, 2010.

A respeito da predileção da pesquisa pela análise dos sistemas oriundos do *common law*, ela ocorre justamente pela verificação de que, como se verificará no decorrer do estudo, tais sistemas apresentam alto índice de eficiência no encerramento de casos ainda nas fases preliminares.

A noção de que estabelecer traços comparativos entre diferentes sistemas é uma atividade neutra e passiva já foi superada.¹² A análise comparativa somente pode se dar mediante o pressuposto que leva em conta a análise da base de um projeto cultural (TARUFFO, 2006, p. 2).

Um pesquisador deve iniciar sua investigação aberto a todas as possibilidades e pronto para resignar-se quando seus estudos porventura demonstrarem que a possibilidade prevista não se aplica. No presente caso, estudos prévios orientaram a pesquisa em uma direção de busca pela eficiência do sistema.

No caso da presente, uma das poucas ideias que sempre permearam e nortearam a pesquisa foi a de que o desenvolvimento mais apurado de uma fase pré-processual no direito brasileiro seria um fator divisor de águas para os procedimentos em tramite no país, e que impactaria diretamente na efetividade da administração da justiça.

Um importante marco teórico desta pesquisa é o debate a respeito da função do juiz e dos advogados perante os litígios judiciais.¹³ A pesquisa parte da idéia de que uma maior autonomia compartilhada por advogados e partes em uma fase preliminar à participação dos órgãos do judiciário, orientada e bem regulamentada por lei, poderia ser útil para impactar no volume de processos que se encontra pendente de julgamento perante o judiciário.

Barbosa Moreira (2003, p. 57) chama de 'divisão de trabalho' a repartição de funções entre os advogados das partes e o juiz, alertando que, por não existirem, sob a perspectiva do *common law* e do *civil law*, ordenamentos "quimicamente puros", ambos contem dosagens de maior ou menor participação de juízes e advogados.

A realidade do sistema de justiça americano, que utiliza muito do trabalho dos advogados no chamado *fact finding*¹⁴, faz uma distribuição bem equilibrada entre a corte e os advogados na produção de provas e esforço conciliatório.

¹² No sentido de ser uma mera medição de analogias, de diferenças entre sistemas normativos no intuito de estabelecer proximidades e divergências entre normas e institutos. Ver Michelle Taruffo, *El proceso civil de "civil law": Aspectos fundamentales*, vol.12, Ius et Praxis no.1 Talca 2006, p. 2.

¹³ Por função, entenda-se o posicionamento e a dinâmica das relações desenvolvidas entre juízes, partes, advogados e a liberdade que a lei lhes confere para a condução e prática de atos processuais em determinadas fases processuais.

¹⁴ Os advogados anglo-americanos, principalmente nos EUA, tem a atribuição de proceder à investigações a respeito dos fatos concernentes ao caso de seus clientes, funcionando como colaboradores da justiça ao arcarem com o ônus da produção de provas na fase pre-trial. A esta função de investigação sobre os fatos se dá o nome de *fact-finding*, que no *common law* é dividido entre a corte e as partes.

Nesse sentido, a sistemática do *common law*, que permite a condução dos atos processuais nas fases iniciais pelos advogados e partes, é irreversível, especialmente se considerarmos a quantidade de funcionários necessária para suprir a eventual ausência dos advogados na condução da fase *pretrial* (SUBRIN, 2002, p. 310)

A familiar aproximação entre o *civil law* e o *common law*, um lugar-comum utilizado com frequência pelos pesquisadores de instrumentos e métodos do *common law* no Brasil -tais como o precedente-, será abordada neste trabalho apenas em segundo plano.

Importante consignar que, inicialmente, não se enxerga no mero intercâmbio de instrumentos processuais e métodos de julgamento entre os países de famílias diferentes uma necessária aproximação entre os sistemas. Isso porque, como se verá no decorrer da pesquisa, muitos países adotaram instrumentos desenvolvidos em outros sistemas sem perder suas características tradicionais.

O estudo dos principais conceitos e institutos de cada um dos sistemas demonstra como as diferentes culturas lidaram com a noção de direito e de justiça no decorrer de seu desenvolvimento histórico.

Convergências e divergências são encontradas nas metodologias e institutos mais importantes, que por sua vez se desenvolveram de acordo com as peculiaridades e desafios que eram enfrentados no decorrer de sua história.

Para manter a fidelidade à proposta da pesquisa, a investigação se desonera da missão de estudar todos os instrumentos processuais do direito anglo-americano e se concentra em meios e mecanismos específicos, considerados importantes para chegar a uma proposta final, que é sugerir quais/como os instrumentos podem ser adaptados.

Ilustrando, serão apresentados mais detalhadamente apenas as figuras processuais cujo domínio e utilização cumpram três funções importantes no processo brasileiro, quais sejam:

i. Dêem maior liberdade aos advogados e partes para realizar o intercâmbio de informações e provas a serem utilizados no processo;

ii. Concedam autonomia para partes e advogados para delimitar e estabelecer – dentro de um conjunto de regras concretas de eficiência e celeridade- regras procedimentais de forma negociada sem a interferência obrigatória do juiz;

iii. Gerem impacto direto na quantidade de casos julgados/encerrados e impacto direto/indireto na qualidade dos julgados na sensação de justiça dos casos encerrados sem efetivo julgamento (*adjudication*).

Uma quarta função, que é não impactar negativamente no acesso à justiça, pode ser colocada como um problema e um desafio a ser superado diante do favorecimento causado pelas três anteriores.

Sendo assim, é preciso investigar primeiramente quais instrumentos do *common law* são responsáveis pela diminuição quantitativa dos casos e que não possuem um mecanismo equivalente ou um conceito paralelo no ordenamento brasileiro.

Em perspectiva geral, os sistemas de direito processual civil modernos são fundamentalmente mais parecidos do que diferentes. Porém, é nas diferenças que se encontram as maiores dificuldades (HAZARD; TARUFFO, *et al*, 2001, p. 772).

As diferenças são muitas e podem ser encontradas em todas as fases processuais, e.g. requerimentos iniciais, produção de provas e julgamento. Neste ponto é preciso esclarecer uma diferença importante, que é o fracionamento do sistema anglo-americano em duas fases bem marcadas: *pretrial* e *trial*.

A investigação demonstra que os instrumentos - judiciais e extrajudiciais- da fase chamada *pretrial* no *common law* são muito eficientes no sentido de reduzir a quantidade de casos antes mesmo de alcançar a fase de julgamento, o *trial*.

Entre os objetos de estudo de maior interesse para a pesquisa estão os requerimentos iniciais (*pleadings*), a revelação obrigatória de informações e documentos (*disclosure*), os meios de prova utilizados na fase de revelação (*discovery*), os requerimentos para julgamento sumário (*motion for summary judgment*) e os protocolos pré-processuais (*pre-action protocols*).

A pesquisa, antes de atingir seu principal objetivo, que é enfrentar o problema da possibilidade de adaptação destes instrumentos, se concentra em conhecer minuciosamente seu funcionamento, seus métodos mais eficazes e sua regulamentação no sistema de origem.

Em relação às peculiaridades textuais da pesquisa, optou-se por manter a maioria das palavras e expressões relacionadas ao tema no idioma original (a maioria em inglês), pois, frequentemente, tanto a tradução literal como a criação de uma versão aproximada em português poderia levar a um engessamento de seu significado ou uma compreensão equivocada do que se pretendia transmitir, causando uma compreensão deturpada do conteúdo do próprio texto.¹⁵

¹⁵ A escolha pela manutenção dos termos no idioma original visa evitar a má interpretação e má compreensão de institutos de direito estrangeiro ou ainda uma comparação inadequada de estruturas judiciárias. Assim, grande parte dos nomes das cortes e tribunais foram mantidos no idioma original, haja vista que exercem funções diferentes em seus respectivos sistemas. O mesmo ocorreu em relação aos nomes dos instrumentos processuais, pois não existe ainda uma nomenclatura padronizada em relação ao uso de tais termos no Brasil. Esta é uma recomendação frequente entre especialistas em estudo utilizando direito comparado.

O sistema *common law* é repleto de institutos cuja tradução de seu nome original arruinaria a compreensão da sua natureza, como é o caso de *writs*, *pleading*, *trust*, *discovery*, *disclosure*, todos instrumentos cujo significado deriva diretamente da forma como são utilizados em outro sistema e cuja tradução comprometeria a integridade da pesquisa.

O relato inicial do trabalho, no primeiro capítulo, é um esboço histórico que descreve o período desde o surgimento dos primeiros vestígios do que se convencionou chamar de *common law* após a invasão Normanda na Inglaterra até a recepção gradual do *common law* inglês nas colônias americanas.

O relato histórico não é aleatório, tem o objetivo claro de expor a trajetória do *common law* sob a ótica processual. O *common law* inglês, alias, combinou durante séculos elementos de direito processual e material. Mesmo os conflitos jurisdicionais entre as cortes pela prevalência da *equity* ou do *common law* demonstram que o direito material do *common law* (*torts*, *trust*, crimes, etc) não se destacou do direito processual durante a fase de desenvolvimento.

A pesquisa, no intuito de manter seu objetivo inicial, fez escolhas de temas e questões específicas relacionadas aos meios e instrumentos processuais estudados, visando sempre a perspectiva de eficiência do sistema. A partir desta escolha, foram descartadas as iniciativas que não se prestavam a responder os questionamentos da pesquisa.

Para melhor compreensão deste estudo, vale a pena expor sucintamente a lógica do trâmite processual no sistema anglo-americano, que difere significativamente da concepção encontrada no *civil law*.

No *common law*, a manifestação inicial do autor visa, primordialmente, notificar a parte contrária de que existe um procedimento instaurado contra ela, e as exigências a respeito do conteúdo são bem menores do que as previstas no *civil law*. Estas diferenças foram esclarecidas no capítulo 3.2.1, em que são estudados os *pleadings*.

A utilização da palavra “juízo” neste trabalho, do mesmo modo, pode causar alguma confusão. No *civil law*, o juízo é um ato decisório do juiz após a apresentação das provas. No direito anglo-americano este ato pode ser traduzido como *adjudication*. A palavra juízo pode ser ainda a tradução do termo *trial*, que remete a uma fase processual em que as partes debatem e produzem provas perante o juiz.

Tanto em termos processuais como em relação às questões centrais do direito, entre elas a busca da verdade, parece ser mais vantajosa a abordagem que alguns instrumentos do *common law* permitem. Um mecanismo de revelação obrigatória de provas, que eventualmente autoriza as partes a se questionarem reciprocamente, por escrito e oralmente,

sobre os fatos alegados e confrontar os depoimentos com perguntas sobre provas já reveladas, denota uma maior clareza a respeito dos fatos antes de levá-los à corte.

Alguns instrumentos do *common law* na fase *pretrial* permitem a utilização de tais mecanismos que colaboram imensamente com a resolução de casos. Desta forma, é difícil para um pesquisador formado no sistema *civil law* não ser atraído pelas possibilidades que alguns desses mecanismos podem trazer ao sistema brasileiro.

Identificado o objeto do estudo como um potencial facilitador para a resolução de casos, inicia-se a tarefa de descobrir como implementar tais instrumentos de forma que mantenham sua característica de diminuição da quantidade de casos a serem julgados sem que isso impacte negativamente na questão do acesso. Os métodos aplicados no intuito de resolver o fator quantidade não devem desconsiderar a questão do acesso à justiça.

Dito de outra forma, se um sistema de justiça pretende somente diminuir a quantidade de ações e recursos, basta criar regras restritivas e aumentar os requisitos de admissão. A questão, no entanto, é o quanto essas medidas impactam negativamente a questão do acesso. Estas considerações tornam o estudo mais complexo e também mais interessante.

A preferência pelos instrumentos do *common law* como objeto de estudo não significa necessariamente que a legislação processual ou as regras de procedimento estabelecidas pelas cortes de *common law* fornecem mais oportunidades para o encerramento preliminar dos casos, mas sim que as oportunidades que forcecem são mais atrativas, persuasivas ou assertivas.

A legislação brasileira e os órgãos ligados ao judiciário também oferecem alternativas de resolução do problema quantitativo. Mais do que isso, desenvolvem políticas conciliatórias que auxiliam na redução –ou na estabilização– da quantidade de casos. Infelizmente, muitos anos de implementação e aplicação deste tipo de solução demonstraram resultados paliativos ou pouco significativos.

Uma pesquisa que visa tratar um problema importante e grave frequentemente faz surgir diversos outros questionamentos, novas possibilidades de pesquisa e abre caminho para a própria continuidade. No caso em questão, para além de resolver o problema da saturação, da morosidade e da qualidade da jurisdição, é preciso identificar os potenciais atingidos pela mudança proposta.

A questão do acesso à justiça não está fora do âmbito desta pesquisa. A princípio, o litígio judicial não é uma boa ideia para nenhuma das partes, mas existe uma conta importante que deve ser levada em consideração, que é a de quem se beneficia por um procedimento judicial e quem perde com ele.

O método científico utilizado na pesquisa é o hipotético-dedutivo, seguindo a ideia do projeto de pesquisa original que se dispôs a cumprir 3 etapas subsequentes. A primeira delas é estudar o desenvolvimento da tradição jurídica *common law* e a evolução dos sistemas oriundos ou signatários desta tradição, com ênfase para o que se convencionou chamar na pesquisa de direito anglo-americano.

A segunda etapa é identificar determinados instrumentos e mecanismos processuais forjados e desenvolvidos nos referidos sistemas com o intuito de, conhecendo melhor seu funcionamento, propor sua adaptação ao sistema processual brasileiro. A terceira etapa é formular hipóteses de reforma legislativa tendentes a possibilitar a adoção dos instrumentos e mecanismos cujo estudo revelou maior possibilidade de adaptação no sistema de destino.

A hipótese inicial é a possibilidade de aplicação de instrumentos oriundos da tradição *common law* no sistema de justiça brasileiro. A aplicação do método dedutivo pretende, utilizando a expressão de Karl Popper (1975, p. 27), falsificar, ao menos parcialmente, a hipótese, no sentido de que, ao final, das muitas possibilidades estudadas, apenas algumas -ou nenhuma- sejam apresentadas como possibilidade de solução viável ao problema.¹⁶

A pesquisa tem como pressuposto a possibilidade da aplicação dos instrumentos estudados desde seu sistema de origem no sistema de destino. A ideia, no entanto, é que a análise do funcionamento dos instrumentos em seu sistema de origem elimine a maioria das possibilidades de modo que a formulação, ao final, seja realizada apenas em relação a um ou dois dos instrumentos estudados.

¹⁶ A perspectiva de Popper ao formular o método hipotético-dedutivo como uma crítica ao método indutivo, é de que a hipótese é lançada para ser descaracterizada a partir da investigação. Foi justamente o caso deste trabalho, em que várias possibilidades foram exploradas para chegar àquelas em que o estudo demonstrou a viabilidade.

2 COMMON LAW

A terminologia *common law* tem inúmeros significados. O *common law* estudado neste capítulo se refere ao surgimento e desenvolvimento de um sistema de direito a partir de eventos históricos na Inglaterra e que atualmente é tratado como uma tradição jurídica ou família do direito.

O *common law* inglês, no entanto, apesar de ser o mais conhecido, não é o único sistema de direito comum que se desenvolveu. É muito comum que o *common law* seja reportado como um sistema puro e homogêneo, em contraposição aos sistemas que dele decorrem, haja vista as fortes tradições que o originaram.

Quando se estuda o *common law*, é comum associar esse sistema à tradição inglesa e também aos Estados Unidos da América, havendo também algumas referências aos demais países que compõem o *commonwealth*¹⁷, tais como Austrália, Nova Zelândia e Canadá. Outros países componentes do *commonwealth* britânico, como África do Sul, Índia, Israel, Singapura e Bermuda, embora pouco lembrados, também herdaram este sistema.

Estudos comparativos envolvendo o *common law* frequentemente utilizam apenas os institutos e traços característicos do direito anglo-americano, como se fossem sinônimos. Não há problema nenhum a persistência em estudar com mais empenho o sistema anglo-americano, como é o caso desta pesquisa, no entanto, é preciso tomar nota da distinção.

2.1 CONHECENDO O *COMMON LAW*

O *common law* não é um sistema fechado, restrito ou purista, como se imagina. Com efeito, se considerados os sistemas que utilizam os elementos do *common law* e formam um sistema misto, ele está presente em um terço dos sistemas de justiça ao redor do mundo (NG; JACOBSON, 2017, p. 209).

Os sistemas *common law* da Inglaterra e dos EUA são bem desenvolvidos e merecem ser estudados, pois sua evolução histórica, como se verá de forma mais aprofundada neste capítulo, ajuda a compreender o funcionamento dos sistemas de justiça em geral e de forma abrangente.

A concentração dos estudos jurídicos nestes dois sistemas, apesar de profícua, deixa de considerar diversas outras diferenciações existentes entre os diversos sistemas de *common*

¹⁷ *Commonwealth of Nations* é uma comunidade de nações composta por dezenas de países que durante algum período da história foram considerados território britânico.

law em outros países, que da mesma forma poderiam contribuir com o desenvolvimento dos sistemas.

NG e Jacobson (2017, p. 210) atribuem esta absurda concentração de investigação dos sistemas inglês e norte-americano no costume auto-referente e soberanista das duas tradições, que parecem ter aversão ao direito estrangeiro.¹⁸ Segundo eles, os demais sistemas *common law* não possuem estas características autocentradas.

As altas cortes inglesas, que são costumeiramente citadas pelos antigos sistemas coloniais, não costumam fazer referência às decisões das colônias. Da mesma forma, respeitados juízes norte-americanos consideraram a citação de referências estrangeiras em decisões um ato de “oportunismo jurídico”¹⁹ e que poderia levar à manipulação²⁰ (NG; JACOBSON, 2017, p. 210).

De qualquer forma, a visão do *common law* desses países se solidificou em um de seus componentes preponderantes, que é a abordagem interna, um olhar para si mesmo, um senso de comunidade formulada e cristalizada pelos ancestrais.²¹

Além do *common law* presente em países asiáticos, existem sistemas de *common law* que se desenvolveram com base no *common law* inglês e seguem sendo influenciados pelo *common law* norte-americano. É o caso do sistema canadense, que merece atenção pelo fato de que, apesar de ser oriundo do *commonwealth*, tem características bastante próprias.

H. Patrick Glenn (1987, p. 286-287), autor canadense, defende a existência de um modelo de *common law* paralelo ao anglo-americano e com tendências opostas à este último em relação ao olhar que lança sobre a influência de referências estrangeiras.

O modelo proposto por Glenn utiliza o Canadá como estudo de caso, que embora seja parte do *commonwealth* britânico, não tem como prerrogativa a existência de um direito

¹⁸ Os autores citam alguns casos famosos julgados pela Suprema Corte dos EUA que fizeram referência a julgamentos estrangeiros e foram considerados controversos ou polêmicos, tais como *Atkins v Virginia* [2002] 536 US 304; *Lawrence v Texas* [2003] 539 US 558; *Roper v Simmons* [2005] 543 US 551.

¹⁹ A expressão original é *legal opportunism* e foi utilizada pelo famoso juiz e respeitado jurista Richard Posner. Ver Richard A Posner, *How Judges Think* (Harvard University Press 2010), p. 350.

²⁰ O juiz Antonin Scalia, da Suprema Corte, era um crítico feroz da utilização de referências estrangeiras. Existe transcrição de um interessante diálogo entre o juiz Scalia e o juiz Breyer ocorrido durante um julgamento, em que Scalia tenta explicar porque a utilização de referências europeias pode ser uma oportunidade para manipulação. Este diálogo pode ser encontrado em *Transcript of Discussion between U.S. Supreme Court Justices Antonin Scalia and Stephen Breyer* – AU Washington College of Law’ (American University, 13 January 2005). Disponível em www.freerepublic.com/focus/news/1352357/posts Acesso em 25 maio 2019.

²¹ *A Law common to all of England*. Significa dizer, como se verá no desenvolvimento deste capítulo, que o direito da comunidade, o direito local, dava lugar a um sistema de justiça comum para todo o território da Inglaterra.

nacional, como ocorre com o sistema inglês, mas um sistema mais aberto à influências estrangeiras, um *common law* cosmopolita e baseado na “*enquiry*”.²²

Os sistemas *common law* asiáticos são campos de pesquisa interessantíssimos e poderiam facilmente ser objeto de qualquer trabalho envolvendo o funcionamento dos sistemas de justiça.²³ Tais sistemas asiáticos de *common law*, no entanto, são pouco estudados, apesar de estarem passando por períodos de intensa reforma, servindo como bom material de pesquisa.²⁴

Hong Kong, Malásia e Singapura são exemplos de países asiáticos que, tendo sido colônias britânicas, herdaram o sistema *common law* da matriz. A princípio, seria natural que desenvolvessem sistemas mais nacionalistas, voltados para a padronização de regras internas, como é tradicional do *common law* inglês.

Não obstante, esses países conservam uma forte cultura regional local, um ambiente legalmente mais plural e tradições legais de origem religiosa.²⁵ Isso tudo colaborou para o desenvolvimento de um sistema menos isolado e autorreferente, combinando características locais com a cultura imposta pelos colonizadores (NG; JACOBSON, 2017, p. 211).

O objetivo desta pesquisa não é realizar um estudo aprofundado sobre o *common law*, mas somente identificar a origem e desenvolvimento dessa tradição na Inglaterra a partir dos acontecimentos históricos para, posteriormente, compreendida a lógica de sua evolução, aplicar na proposição da pesquisa, que é a adaptação dos instrumentos processuais de um sistema de origem em outro de destino.

Considerando que a existência de um sistema minimamente organizado de justiça na Inglaterra ocorre a partir do século XI, é possível classificar o termo *common law* relacionando-o ao contexto que se desenvolveu a partir deste período.

No período compreendido entre o século XI ao século XIV, o *common law* é o direito que se contrapõe ao direito consuetudinário das comunidades anglo-saxãs, misturando

²² O termo *enquiry* pode significar um modelo investigativo voltado à averiguação de informações, de inquirição. A ideia do autor é abandonar a fixação em nacionalizar as regras do direito e se abrir a um método mais globalizante, de utilização de uma autoridade persuasiva (*persuasive authority*), e não de fontes e regras internas obrigatórias (*binding sources*). Ver H. Patrick Glen, *Persuasive Authority*, McGill Law Journal Revue de Droit de McGill Montreal, nº2, v. 32, 1987, p. 287-288.

²³ Esta pesquisa não se deteve com maior frequência a este interessante tema porque, como se observará no decorrer da leitura, optou por utilizar dois mecanismos do sistema anglo-americano, os *pre-action protocols*, largamente desenvolvidos no sistema inglês, e a *discovery*, desenvolvida no sistema dos EUA.

²⁴ Os professores Yves Dezalay e Bryant G Garth escreveram uma obra sobre as transformações ocorridas na cultura e conseqüentemente no sistema jurídico de países asiáticos como Índia, Indonésia, Malásia, Filipinas, Cingapura, e Coréia do Sul. Ver *Asian Legal Revivals: Lawyers in the Shadow of Empire*, University of Chicago Press, 2010.

²⁵ A influência da religião no sistema de justiça não é uma exclusividade dos países asiáticos. O sistema inglês, como se verá no decorrer deste capítulo, ficou atrelado ao sistema clerical por séculos, sofrendo rupturas mais radicais apenas depois do fim da idade média.

jurisprudência (*case law*) e legislação (*statute law*) oriundas dos soberanos normandos (MORENO, 2005, p. 199).

Do século XIV até a atualidade o *common law* se tornou um direito jurisprudencial, dos juízes e dos tribunais, genericamente compreendido como uma contraposição ao direito legislativo (*statute law*). Enquanto jurisdição, o *common law* é uma contraposição às outras jurisdições, como a *equity* e o direito eclesiástico (MORENO, 2005, p. 199).

Ainda, o *common law* pode ser compreendido como um sistema que se desenvolveu em direção oposta aos pressupostos de direito romano desenvolvidos no direito continental europeu, o *civil law*.²⁶

2.1.1 O Sistema de Justiça Inglês Antes dos Normandos

Antes da conquista Normanda, os ancestrais ingleses contavam com um sistema de justiça absolutamente rudimentar tanto no conteúdo como na forma. A corte de justiça (*court of the hundred*)²⁷, se é que assim podia ser chamada, se reunia uma vez por mês para decidir questões locais comuns. A corte do Condado (*County Court*)²⁸, por sua vez, se reunia duas vezes por ano para decidir questões consideradas de maior importância (POLLOCK, 1907, p. 89).

As reuniões eram atendidas pelos chamados *suitors*²⁹ e realizadas ao ar livre, sem a presença de advogados, já que essa figura sequer era reconhecida profissionalmente³⁰. A única forma de instrução era conduzida pelos bispos, abades e eclesiásticos presentes, já que antes da conquista Normanda na Inglaterra não havia separação entre cortes ordinárias e eclesiásticas (POLLOCK, 1907, p. 89-90)

²⁶ Mais correto seria chamar de tradição ou família romano-germânica, pois surge a partir do direito romano, porém, se desenvolve durante o império romano-germânico que dominou parte da Europa desde a idade média até a idade moderna.

²⁷ *Hundred* é uma antiga medida territorial inglesa, utilizada para especificar um território local, maior que um povoado e menor que um condado/província. Portanto, a *court of the hundred* funcionava como uma corte local

²⁸ Equivalente a um tribunal estadual/provincial, Sem função revisional das decisões de outras cortes inferiores, mas com jurisdição para casos específicos, diversos dos levados às cortes menores.

²⁹ Diferente da figura do juiz da atualidade, *suitors* eram apenas homens livres discutindo os litígios que lhes eram trazidos de forma minimamente ordenada, sem uma organização padronizada ou mesmo um membro escolhido para presidir ou fiscalizar os atos praticados pela assembléia.

³⁰ Mais tarde, no início do século XIII já se consolidava a atividade profissional nas funções de advocatus/prolocutor e attornatus/procurator. Na segunda metade do século surgem os *serjeants at law*, que atuavam de forma organizada e remunerada perante as cortes. No século XIV já funcionavam como uma espécie de fraternidade com cerimônia de admissão realizada por juízes e que equivalia a uma graduação. Ver J.H. Baker An introduction to English Legal History, 1997, p. 178-180.

Os julgadores não eram pessoas investidas de poderes especiais para dizer o direito. Quem decidia as questões de fato, na verdade, era uma assembléia que declarava o direito de acordo com regras de costume não escritas.

Os métodos aplicados pelas cortes da Inglaterra na idade média pouco se assemelham ao formalismo clássico dos gregos e romanos, pelo contrário, funcionava como escritórios de negócios, sem grande apelo à oratória ou à arte da argumentação. Foi apenas após o renascimento que surgiu a má e velha tradição clássica da Grécia e Roma que tornou os processos judiciais um concurso de oratória na Inglaterra (PLUCKNETT, 1956, p. 152).

As deliberações não contavam com a presença de escrivães ou oficiais, nem eram registrados os julgamentos conduzidos pelos *suitors* logo após os encontros. Os resultados ficavam registrados apenas na memória dos julgadores e dos demais presentes (POLLOCK, 1907, p. 90).

Embora pareça um método absurdamente precário mesmo para os padrões da idade média³¹, é preciso considerar o fato de que os casos apreciados pela assembleia não tinham grande complexidade, as regras aplicadas eram igualmente simples, a maioria costumes já consolidados na comunidade.

Não obstante as *Hundred Courts* funcionassem como um foro primário (instância ordinária) e as *County Courts* como instância extraordinária (casos específicos³²), era reservado ao rei, auxiliado pelo *Witan*³³, a prerrogativa e autoridade superior para decidir casos que não pudessem ser resolvidos pelas cortes inferiores (POLLOCK, 1907, p. 90).

Observe-se que não se trata de uma divisão judiciária em instâncias, pois sequer havia este nível de organização nos julgamentos, mas apenas um esforço no sentido de não permitir que questões litigiosas ficassem sem resolução.

O *Witan* também era responsável por uma espécie de jurisdição residual de primeira instância, em especial para os casos em que havia litígio sobre propriedades concedidas pelo

³¹ Ao contrário da percepção vulgar, sempre existiram leis e direitos durante o período da idade média. Havia, no entanto, grande dificuldade em declarar este direito, e sua aplicação costumava ser precária ou inexistente.

³² Em alguns casos específicos e de grande importância, uma corte do Condado (*County Court*) poderia contar com a participação adicional de chefes representantes de outros condados (*chief men*), formando assim uma espécie de Corte qualificada que só não se equiparava ao *Witan* em virtude da ausência do próprio rei. Ver Frederick Pollock, *English Law Before the Norman Conquest*, p. 90 (1907).

³³ *Witan* ou *witena-gemót*, no período dos reis anglo-saxões da Inglaterra, era um grupo de conselheiros escolhidos pelo próprio rei e composto por membros do clero e da nobreza para auxiliá-lo nas tarefas mais variadas com opiniões e conselhos. Não tinha qualquer conotação popular. Ver Sir Frederick Pollock, “*English Law before the norman conquest. in Select essays in anglo american legal History*, Little Brown and Company, v. 1, book I, Boston, 1907 e <https://www.britannica.com/topic/witan>.

rei, instituições religiosas e questões atinentes a pessoas próximas ao rei³⁴ (POLLOCK, 1907, p. 90).

Existem muito mais registros de decisões do *Witan* do que das cortes regulares (*Hundred e County*), que não mantinham praticamente registro algum (POLLOCK, 1907, p. 90). Isso provavelmente se deve ao fato de que o conselho lidava com questões de fundamental importância para o reino, não lidando com questões relacionadas ao cotidiano dos súditos comuns.

Antes da chegada dos normandos, estabeleceu-se a prática de concessões de órgãos de justiça, e alguns bispos e outros homens importantes adquiriram o direito de administrar cortes e se apropriarem dos lucros oriundos de taxas e multas aplicadas e que inicialmente faziam parte da cota pertencente ao rei (POLLOCK, 1907, p. 90).

A prática das concessões de cortes por fatores políticos e as suas reais motivações são difíceis de mensurar, bem como é difícil precisar se a velocidade em que se proliferavam as cortes sob comando de particulares poderia significar a longo prazo um risco para a supremacia do reino.

Mesmo não sendo administradas pelo rei³⁵, as cortes locais e provinciais eram supervisionadas direta ou indiretamente por ele.³⁶ Apesar da supervisão sobre os procedimentos judiciais, o rei e seus emissários não interferiam nas decisões tomadas pelas respectivas cortes³⁷ (POLLOCK, 1907, p. 91-92).

Existe uma ideia equivocada de que os procedimentos originários do sistema anglo-saxão, do *common law* e do direito consuetudinário seriam informais e flexíveis, sem apego à forma, com regulamentação e trâmite informais.

A verdade é que, quanto mais antigos os procedimentos estudados, mais rígidos se mostram os padrões formais exigidos. As cortes populares mais antigas eram regidas pelas normas mais tradicionalistas e inflexíveis (POLLOCK, 1907, p. 92). O direito material (fático), no entanto, era regido por procedimentos pouco racionais na Idade Média, com os meios de prova geralmente atrelados a uma sanção sobrenatural³⁸.

³⁴ Importante lembrar que no período pré-normando, especialmente no período compreendido entre os séculos IX e XI, a Inglaterra não formava um reino unificado, mas vários territórios dominados por diferentes dinastias que sofriam ataques constantes dos vikings.

³⁵ 20 anos após a conquista dos Normandos ainda era possível encontrar cortes de jurisdição privadas por todo o reino, sendo reconhecidas como parte do complexo e artificial sistema feudal. Ver Frederick Pollock, *English Law Before the Norman Conquest*, p. 91 (1907).

³⁶ O rei enviava comissários para averiguar e gerar relatórios sobre as atividades da cortes locais, e nas cortes do Condado era representado pelo Sheriff. Ver Frederick Pollock, op cit., p. 91.

³⁷ A eficiência do sistema de supervisão das cortes era mais ou menos eficiente de acordo com a forma como o rei administrava a tarefa de gerenciar.

No campo do direito material, os costumes sempre cumpriram papel determinante no direito inglês, e nunca foram ditados por leis ou códigos. Eles não se encontravam gravados em nenhum documento, pelo contrário, eram resultado da consciência desenvolvida pela comunidade visando sua própria sobrevivência e bem estar.

Um exemplo de surgimento e evolução de um costume é a vingança. Com o tempo, a vingança indiscriminada³⁹ passou a ser percebida como uma causa de destruição da comunidade onde era praticada. Assim, o costume se modificou para o chamado *blood feud*⁴⁰, e posteriormente para a regra de compensação por danos físicos, adequações que visavam a preservação da comunidade (JENKS, 1907, p. 62).

Uma vez que os meios de prova disponíveis à época ofereciam grande risco às partes⁴¹, era comum que chegassem a um acordo antes do julgamento. Se tivesse boa reputação, a parte poderia livrar-se do julgamento mediante juramento.⁴² Se o litígio envolvesse duas partes igualmente fortes, a imposição de julgamento se tornava improvável, e isso poderia significar uma guerra privada, já que a submissão à corte não era obrigatória (POLLOCK, 1907, p.94)

Utilizar jurisdição estatal para resolução de conflitos privados nunca foi algo imposto na Inglaterra anglo-saxã, ao contrário, a jurisdição era voluntária e decorrente de consenso entre as partes em conflito.⁴³ A imposição de submissão de conflitos à corte se desenvolveu ao longo do tempo.

³⁸ É o caso do juramento (*oath*), quando uma parte afirmava sob juramento que sua causa era verdadeira, sob pena de punição divina. Observe-se que não se trata do juramento como se conhece modernamente, testemunho de fatos específicos, mas em relação ao objeto da própria causa. Fato curioso é que quanto mais pessoas aderissem e prestassem juramento em favor da causa, maior seria sua credibilidade. O juramento passou a ter grande importância como meio de prova neste período.

³⁹ Um ato de retaliação aleatório e indiscriminado de um suposto ofendido direcionado a qualquer pessoa a quem considerasse responsável pelo mal sofrido, ou que pudesse de qualquer forma atingir um resultado de desagravo.

⁴⁰ Diferentemente da vingança indiscriminada, que não tinha qualquer critério ou regra, o *blood feud* pressupunha que, em uma disputa entre famílias, o parente de uma pessoa assassinada poderia se vingar do assassino. Ver <https://www.encyclopedia.com/social-sciences-and-law/law/crime-and-law-enforcement/blood-feud>. Este sistema, que se convencionou chamar de *blood feud*, faz parte da cultura cigana até os dias de hoje, sendo aplicado como método jurisdicional informal de resolução de conflitos, e se assemelha a uma auto-jurisdição, em que as partes envolvidas e suas famílias são responsáveis pela aplicação de sanções em caso de cometimento de violação das regras da comunidade. Ver Susan Caffrey e Gary Mundy, *Informal Systems of Justice: The Formation of Law Within Gypsy Communities*, 45 *American Journal of Comparative Law*. pp. 251, 1997, p. 254

⁴¹ É o caso dos ordálios, que pouco tinham de racionalidade e eram muito ligados ao sobrenatural

⁴² Se o juramento da parte viesse acompanhado pelo reforço do juramento de outras pessoas de boa reputação, as chances de dispensa de julgamento aumentavam consideravelmente. O juramento das partes trazidas pelo réu não eram a respeito dos fatos, mas sim referentes à credibilidade que depositavam na sua pessoa. Ver Plucknett, *op cit*, p. 115

⁴³ A situação se assemelha ao que ocorre na arbitragem internacional. As partes não tem exatamente uma obrigação de se submeterem ao juízo, mas uma vez que se submetem, ficam condicionadas e vinculadas à sua decisão.

Uma das maneiras encontradas para tornar obrigatória a jurisdição anglo-saxã era tomar das partes algum objeto de valor como garantia até que decidissem submeter-se à corte. No período feudal, com exceção da violência, não havia garantia melhor do que tomar-lhe o rebanho, e se mesmo assim a parte insistisse em não comparecer perante o juízo, passava a ser considerada fora da lei, perdendo as garantas e proteção legal (POLLOCK, 1907, p. 96).

Nas ocasiões em que caso atingia o julgamento final, cumpria ao vencedor a função de zelar pela execução do que foi decidido, e em caso de recusa pelo vencido em cumprir, poderia pelas próprias mãos aplicar a justiça. Excepcionalmente, um *ealdorman*⁴⁴ ou até o próprio rei poderiam auxiliar na execução, mas isso somente em casos raríssimos, e.g., quando o vencedor era pessoa muito rica ou proveniente de família poderosa (POLLOCK, 1907, p. 96)

Apesar de boa parte dos traços de direito processual anglo-saxão terem se perdido após a chegada dos normandos e do desenvolvimento do *common law*, por se tratar de um direito baseado em costumes, o direito inglês do período medieval só pode ser compreendido a partir dos costumes anglo-saxões.

2.1.2 A Chegada dos Normandos: Confusão e Perplexidade Jurisdicional

A chegada dos Normandos no século XI não significou, na prática, uma diferenciação entre conquistadores e conquistados sob a perspectiva legal. Entretanto, houve uma inevitável confusão e perplexidade em relação à administração da justiça, haja vista que agora dois sistemas disputavam o domínio e prevalência de seus elementos⁴⁵ (GREEN, 1907, p113)

O sistema inglês do período anglo-saxão havia se desenvolvido com base no costume teutônico⁴⁶, que por sua vez foi influenciado pela tradição romana durante a chamada idade das trevas⁴⁷ (GREEN, 1907, 113).

Não se pode esquecer que o sistema feudal anglo-saxão tinha particularidades em relação ao sistema continental, que era mais desenvolvido. Assim, as relações entre comunidades (*hundreds*) e a força dos costumes, características dos feudos ingleses, deveriam

⁴⁴ Uma espécie de oficial real de grande prestígio, independentes do rei e responsáveis por funções administrativas, judiciais e militares no condado. São os predecessores dos [earls](https://www.revolvy.com/page/Ealdorman) Ver <https://www.revolvy.com/page/Ealdorman>.

⁴⁵ Na prática, o sistema de administração vigente era o precário anglo-saxão, adaptado ao sistema feudal, enquanto os Normandos, por sua vez, optaram por não implantar um sistema novo logo após a conquista.

⁴⁶ Direito germânico arcaico, que também deu origem ao chamado direito romano-germânico

⁴⁷ Conhecida pelos historiadores europeus como *dark ages*, se refere ao período de declínio do império romano do ocidente (século V) até fim do século IX

ser consideradas pelos normandos por ocasião da eventual implantação de um novo sistema judicial.

Conviviam nessa época diferentes categorias de jurisdição, tais como o *forest law* e o direito canônico. O primeiro era responsável pela regulamentação do uso de terras para caça, assunto de grande importância e tratado como prioridade pelos reis. O segundo era desenvolvido por costumes e precedentes, largamente utilizados para regular as primeiras comunidades cristãs (GREEN, 1907, 113).

Além dessas duas jurisdições, quais sejam, a *forest*⁴⁸ -conduzida pelos oficiais do rei- e a recém estabelecida canônica -conduzida pela igreja-, neste período parecia haver tantas jurisdições disponíveis em diferentes cortes e em diferentes regiões que somente era possível identificá-las de acordo com as diversas categorias de súditos e suas origens.

Pessoas pertencentes à nobreza e próximas ao rei, e.g., o *tenant-in-chief*, eram julgados pelos Barões, que na prática eram seus pares. Súditos mais pobres eram julgados pelas antigas cortes (*Hundreds* e *County Courts*) remanescentes. Os camponeses e demais categorias mais baixas somente poderiam buscar alguma justiça nas chamadas *manor courts* regidas pelos seus senhores (GREEN, 1907, 113).

O sistema de justiça tinha uma lógica jurisdicional baseada na posse de terras estabelecida pelo sistema feudal vigente. O detentor de muitas e/ou valiosas terras era considerado extremamente confiável, e essa confiabilidade se estendia aos seus subordinados caso ele desejasse. Detentores de menor quantidade de terras garantiam a própria credibilidade, e aqueles que não detinham terra alguma dependiam de um superior para lhe conferir alguma credibilidade (GREEN, 1907, 114).

Apesar de parecer impraticável a coexistência de diversas cortes jurisdicionais baseadas apenas em costumes e tradições locais/regionais atreladas ao *status* social e nobreza dos súditos, é preciso salientar que no período feudal não havia grande movimentação comercial, transações de propriedade e negociações de maior complexidades

Os ilícitos cíveis e penais também não variavam muito, a absoluta maioria estava ligada a disputas territoriais, desentendimentos a respeito de rebanho e desavenças interfamiliares.

O julgamento, quando ocorria nos referidos moldes -em que a credibilidade era dada à palavra das partes de acordo com a posição social e propriedade de terras-, era realizado pelos *suitors*⁴⁹ por aclamação, numa espécie de celebração da opinião pública.

⁴⁸ Não convém traduzir *forest* como florestal, pois os dispositivos tinham basicamente a preocupação em regular as áreas dos feudos reservadas à prática de caça pelos reis, estabelecendo o domínio dos mais variados territórios do reino.

⁴⁹ Na prática, os *suitors* eram detentores de terra escolhidos dentre os membros das comunidades, das áreas denominadas *hundreds* e *shires* (condados).

Quando as partes envolvidas, por serem consideradas de má reputação ou má índole, não podiam contar com a prerrogativa do juramento, ou quando esse juramento era de alguma forma quebrado, o julgamento tomava formas pouco sofisticadas e nada racionais, e.g, ordálio ou combate⁵⁰.

No ordálio simples, a mão do acusado era mergulhada em água fervendo até o punho, ou tinha que caminhar 3 passos carregando uma barra de ferro quente. Se o seu senhorio testemunhasse em seu desfavor, o braço era mergulhado até o cotovelo e a quantidade de passos aumentava para 9. Se fosse condenado a ordálio na água, a morte era certa, pois afundar era sinal de inocência, e flutuar era sinal de culpa, sendo condenado à morte em seguida⁵¹ (GREEN, 1907, p.116).

Apesar de demonstrar severas restrições à utilização do método de julgamento por ordálio, a igreja compreendia o quão arraigado o costume se mostrava nas comunidades mais primitivas e também o adotou, inclusive em suas celebrações⁵².

Em consequência disso os ordálios foram adotados nas celebrações cristãs, acrescentando uma efetividade moral ao método, e permitindo a utilização prática como teste psicológico em busca da verdade nas alegações feitas⁵³ (PLUCKNETT, 1956, p. 114).

Os reis normandos introduziram no território do reino um sistema que aos poucos deixava para trás a irracionalidade dos ordálios e buscava privilegiar a credibilidade das pessoas e de seus testemunhos. Este método era chamado de reconhecimento.⁵⁴

Eram escolhidos, dentro dos limites da região, doze homens livres detentores de terras que prestavam juramento de dizer a verdade sobre o que sabiam a respeito do caso, e o julgamento se realizava de acordo com o conhecimento deles sobre os fatos.

⁵⁰ Introduzidos pelos Normandos, os duelos eram muito impopulares na Inglaterra pois os homens considerados fracos e sem treinamento em armas eram prejudicados, bem como os mais pobres, que não tinham equipamento para se defender, tais como escudos, espadas e cavalos (Green, p116)

⁵¹ No original: *In the simple ordeal he dipped his hand in boiling water to the wrist, or carried a bar of redhot iron three paces. If in consequence of his lord's testimony being against him the triple ordeal was used, he had to plunge his arm in water up to the elbow, or to carry the iron for nine paces. If he were condemned to the ordeal by water, his death seems to have been certain, since sinking was the sign of innocence, and if the prisoner floated he was put to death as guilty.* (tradução livre)

⁵² A igreja enfrentava oposição ao uso de ordálios como método de julgamento, e o desejo de Roma já desde o século IX era aboli-lo. A dificuldade se encontrava em controlar os territórios mais distantes e primitivos que contavam com cortes eclesiásticas. Levaria ainda alguns séculos para que a posição se tornasse oficial, com o 4º Concílio Laterano (ou de latrao) do Papa Inocente III em 1215. Ver Plucknett, 1956, *op cit*, p. 118.

⁵³ No original: *In consequence we find the ordeal surrounded by Christian ceremonies which must, no doubt, have added considerably to its moral effectiveness—and perhaps even to its practical value as a psychological test of truth-telling* (tradução livre)

⁵⁴ Reconhecimento (*recognition*), pois outras pessoas, de credibilidade reconhecida, poderiam reconhecer se as partes estavam falando a verdade sobre os fatos alegados, e assim provocar o reconhecimento dos fatos alegados pelos juízes.

Neste período passaram a ser expedidos pelo rei *writs*⁵⁵ assegurando às partes o direito ao julgamento pelo novo método, garantindo justiça de maior qualidade do que era provida pelos ordálios e combates.

Além de ocupar o topo da cadeia feudal como superior absoluto do sistema de propriedades, o rei era investido de poderes de outra ordem, tais como preservação da paz nos territórios de dominação do reino, proteção dos pobres e administração da justiça, que paulatinamente se tornou de suma importância.

Tais poderes foram de fundamental relevância para que os normandos desenvolvessem na Inglaterra o que foi provavelmente o órgão governamental central mais eficiente que já existira no oeste europeu (HOLDSWORTH, 1956, p. 34, *apud* JAMES; HAZARD; LEUBSDORF, 2001, p. 13).

Não existindo um sistema organizado de administração da justiça, o próprio rei atuava como juiz, legislador, soldado, secretário do tesouro e administrador [...] ele era o guardião dos pobres e dos comerciantes [...] representava o desenvolvimento do sistema legal em oposição ao sistema primitivo feudal de conflitos e guerras particulares; ele era o árbitro de disputas surgidas dos conflitos entre classes e interesses ⁵⁶(GREEN, 1907, 120-121).

Visando expandir a influência de seu poder de paz do reino, o rei (Henrique I), através de seus oficiais⁵⁷, passou a emitir *writs*⁵⁸ com certa frequência, para atender diferentes situações e objetivos, sem um formato padronizado. Mais à frente, esta influência se tornou uma jurisdição paralela que prevaleceu por séculos no sistema inglês e ajudou a moldar o *common law* como atualmente se conhece.

⁵⁵O conceito de *writ* evoluiu durante os séculos de existência do direito inglês. Inicialmente, logo após a conquista Normanda no século XI, eram ordens diretas do rei para resolver situações em que se considerava que as cortes haviam cometido alguma injustiça ou irregularidade. Com o passar do tempo, os *writs* passaram a ser utilizados como uma espécie de intimação que assegurava a presença das partes em juízo. O sentido mais moderno de *writs* denota o documento que descreve ao juízo a violação legal praticada pelo requerido, descrevendo a causa de pedir (*cause of action*), podendo ser comparada à *actiones legis* do direito romano. As principais categorias de *writs* atualmente são *writs* os *summons* (uma notificação entregue ao requerido informando que se iniciou um procedimento judicial) e o *judicial writs* (utilizado para garantir o cumprimento de decisões judiciais, tem caráter executório. Ver Patricia Kinder-Gest, *Droit Anglais: institutions politiques et judiciaires*, p. 469.

⁵⁶No original: “when there was no organized machinery for the administration of law, the king had himself to be judge, lawgiver, soldier, financier, and administrator; [...] he was guardian of the poor and defender of the trader; he represented a developed system of law as opposed to the primitive customs of feud and private war; he was the Orly arbiter of questions that grew out of the new conflict of classes and interest” (tradução livre)

⁵⁷*Justiciars*, que mais à frente formaram um Corpo que deu origem a *Chancery*, órgão que evoluiu para corte jurisdicional de grande importância no sistema judicial inglês e prevalece até os dias atuais.

⁵⁸Uma comparação grosseira poderia equiparar os *writs* a meros mandados, como se conhece no direito continental. Porém, a ausência de forma padrão dos *writs*, a variedade de objetivos e o poder de resolver situações complexas torna essa comparação inadequada.

2.1.3 Início da Organização: Unificação

O primeiro grande feito da conquista Normanda na história do direito inglês foi convertê-lo em *lex terræ*. Significa dizer que não haveria mais a coexistência do direito Merciano com o direito Saxão, com o direito dinamarquês e nem mesmo com o direito inglês ou normando⁵⁹, mas um único direito local, daquela região⁶⁰ (JENKS, 1907, p. 49-50).

Foi o período feudal que permitiu essa ligação do direito local com o território, haja vista que a Inglaterra nesse período não passava de um enorme feudo controlado pelos reis. O estabelecimento de um direito “comum a toda a Inglaterra”⁶¹ simboliza a vocação dos ingleses a um sistema de administração diferente do que ocorria na Europa continental.⁶²

A Inglaterra permanece propositalmente separada, desde a idade média, com um direito nacional do tipo jurisprudencial, também chamado de *common law*, um direito comum a toda a Inglaterra e que se enxerga como absolutamente diferente do direito continental⁶³ (CARBASSE, 2001, p. 279 apud GLEEN, 2005, p. 20).

Embora a expressão *common law* não fosse totalmente desconhecida⁶⁴, neste período que ficou marcado pela unificação, o *common law* passou a ser identificado como o direito da Corte Real⁶⁵, ou seja, aquele praticado nas cortes pertencentes ao reino que ali surgia e se desenvolvia em contraposição e prevalência a qualquer outro direito que até então se praticasse.

Em razão do grande poder da corte real na Inglaterra e não havendo muitas cortes nobres para confrontar, haja vista as antigas cortes populares já se encontrarem em fase de decadência, o direito da Corte real rapidamente se torna o direito de todo o reino e absorve todas - ou quase todas- as comunidades locais e peculiaridades tribais que ocupavam a Inglaterra no período da conquista. O *common law* é o *jus et consuetudo regni* em seu verdadeiro significado. Não é apenas territorial, é supremo e universal.⁶⁶ (JENKS, 1907, p. 50);

⁵⁹ Povos e tribos que conviviam e disputavam aquela região no decorrer dos anos

⁶⁰ No original: *law of the land*, significando direito nacional, daquele solo, da terra, em contraposição ao direito de algum desses povos em específico (tradução livre).

⁶¹ *Common to all of england* é conhecida expressão que denota que o direito que ali surgia seria o unico válido para todas as cortes no território do reino seria o cerne do *common law*.

⁶² Alguns autores defendem a existência de diversos direitos comuns além do inglês, tais como o Francês (*droit commun*), o alemão (*gemeine recht*), o espanhol (*derecho común*) e ate em pequenas regiões da Europa como toscana, Nápoles e piemonte. Ver H. Patrick Gleen, *op cit.*, p. 32-43.

⁶³ No original: *England remains deliberately separate, fixed since the middle ages with a national Law of a jurisprudencial type, also called common Law, a law common to all of england and which sees itself as absolutely distinct from that of the continent.* (tradução livre)

⁶⁴ Antes disso, os Canonistas (especialistas em direito canônico) costumavam utilizar o termo para identificar as leis e regras gerais da igreja, contrapondo aos costumes locais de cada igreja.

⁶⁵ *The Law of the Royal Court.*

⁶⁶ No original: *And because the royal court is very powerful in England, because it has very little seigneurial justice to fight against, because the old popular courts are already antiquated, the law of the royal court rapidly becomes the one law common to all the realm, the law which swallows up all, or nearly all, the petty local and tribal peculiarities of which English law, at the time of the Conquest, is full. The Common Law is the jus et consuetudo regni with a fuller development of meaning. It is not only territorial; it is supreme and universal.* (tradução livre)

O *common law* inglês era assim considerado –comum e geral- em oposição e prevalência frente aos costumes locais (DAVID, 1969, p. 345).

O *common law* inglês, da maneira como se desenvolveu a partir das cortes reais, era um *common law* no sentido da *ius commune*, isto é, era comum em relação às leis particulares ou *iura própria*⁶⁷ que encontrou enquanto se expandia, primeiramente na Inglaterra, e depois nos demais territórios.⁶⁸ (GLEEN, 2005, p. 26)

Esta imposição de um sistema de direito sobre todos os demais é ainda mais significativo quando se considera a força impositiva das leis locais durante a idade média. Neste período, as leis municipais (*laws of the towns*) desempenhavam um importante papel na aplicação do direito.

Os direitos e privilégios garantidos pelas escrituras municipais (*town-charters*) costumavam ser respeitados pelas autoridades do reino. No fim da idade média, um brocardo germânico afirmava “*town's law breaks land's law, land's law breaks common law*”⁶⁹(JENKS, 1907, p. 60)

Esta certamente não foi a lógica empregada pelos conquistadores normandos na Inglaterra, que optaram por unificar não apenas a aplicação da lei ao absorver as legislações locais, como também centralizar a administração do sistema de justiça.

Henrique I foi o responsável por difundir o processo - iniciado pelo seu avô- de substituição do poder arbitrário soberano por um sistema centralizado de administração da justiça, organizar os conflitos existentes entre as diversas autoridades judiciárias, entre elas: *royal courts, manor courts, church courts, shire courts, hundred courts, forest courts, e local courts* para casos especiais⁷⁰ (GREEN, 1907, p.121).

Essa diversidade de jurisdições em um território em que os litígios não variavam nem continham grande complexidade servia apenas para tornar mais caótica e oscilante a administração da justiça.

Um costume interessante que se notabilizou, inicialmente pelo rei Henrique I, foi o envio de ministros para as cortes locais no interior para ouvir e tomar nota dos casos em trâmite. Essa atividade não era jurisdicional ou legislativa, mas meramente administrativa, e demonstrava a habilidade da Corte Real em controlar o sistema judicial (JENKS, 1907, p. 51).

⁶⁷ No sentido de um direito particular, específico, excepcional

⁶⁸ *The english common Law, as it developed from central royal courts, was a common Law in the sense of the ius commune, that is, it was common in relation to the particular laws or iura própria which it encountered in the course of its expansion, first in England, then further afield* (tradução livre)

⁶⁹ “a lei municipal prevalece sobre a lei territorial, e a lei territorial prevalece sobre lei comum” (tradução livre).

⁷⁰ Respectivamente: Cortes do Rei, Cortes dos Senhores feudais, Cortes da Igreja, Cortes do Condado, Cortes da comunidade, Cortes relacionadas à propriedade e regulamentação da Caça, e Cortes Regionais com algum tipo de especialidade ou privilégio.

Esta atitude do rei se justificava pelo fato das cortes locais serem comandadas por oficiais remunerados pelas taxas que cobravam⁷¹, e o controle financeiro das cortes locais necessitava de acompanhamento para que o repasse fosse realizado.

Até o fim do século XII a *Kings Court* já se tornara o órgão mais poderoso do reino, uma equipe de oficiais bem organizada que realizava inspeções regulares às cortes dos condados, mantendo, entretanto, a sede das atividades próxima ao rei.

Inicialmente, a corte tinha atribuições financeiras, administrativas e judiciais. No entanto, com a profissionalização dos procedimentos judiciais consolidou-se seu caráter judicial (JENKS, 1907, p. 51). Muito do que foi feito no período de Henrique I em termos de organização e controle é atribuído aos seus auxiliares diretos, o *justiciar* De Lucy e o *chancellor* Thomas (GREEN, 1907, p.124).

Este período é de grande importância pois revela que, não obstante o rei concentrasse variados poderes, ele desenvolveu métodos exaustivos de controle sobre os excessos da tirania do reino. Os juízes regionais que procedessem a julgamentos injustos eram convocados perante a *Curia Regis*⁷² em Westminster, e os próprios juízes da *Curia Regis* podiam ser convocados pelo próprio rei e julgados por seu conselho de assessores (GREEN, 1907, p.124).

A *Curia Regis* era composta pelos oficiais do *Exchequer*⁷³ e por outros escolhidos pelo rei pelo conhecimento jurídico, chamados de justices e chefiados pelo *Chief Justice*. A jurisdição desta corte incluía os casos de interesse do rei, apelações das cortes locais, barões poderosos com privilégios perante o rei e outras causas cuja importância ou complexidade exigissem o senso de justiça do rei (GREEN, 1907, 123).

Apesar desta multiplicidade, poucos casos chegavam à *curia regis* durante o reinado de Henrique I, haja vista a dificuldade causada pela distância entre a corte e os territórios, bem como os custos que o trâmite gerava (GREEN, 1907, p.123).

Fica claro que o sistema de justiça inglês neste período (séc. XII) já se tornara bem estabelecido, com amplo alcance nos lugares mais distantes do reino, funcionando com regularidade e de forma institucionalmente organizada, concebendo formas próprias de procedimento.

⁷¹ Neste período ocorria a substituição dos pagamentos em espécie por pagamento em dinheiro, o que devia ser observado com cautela pelos correspondentes do rei para não serem enganados.

⁷² A *Curia Regis* e a *Exchequer* representavam os dois órgãos de maior poder e organização do Reino. A *Curia Regis* se tornou, como passar do tempo, uma corte de apelação, pois a implantação do método de reconhecimento (*recognition*) - em substituição aos ordálios e ao combate - permitia que as partes apelassem à *Curia* exigindo a suspensão do julgamento nas cortes regionais e julgamento pelo novo método. Ver Green, *op cit*, p. 125.

⁷³ A corte *Exchequer* tinha um papel de fundamental importância no reino, mais até do que a *curia regis*, pois o poder do rei dependia basicamente das condições econômicas do reino, uma vez que as guerras eram lutadas por mercenários pagos e o sistema de justiça administrado por oficiais remunerados. Ver Green, *op cit*, p. 122.

A manutenção do funcionamento das jurisdições e cortes eclesiásticas e leigas de forma harmônica era uma façanha. Entretanto, à medida que o direito eclesiástico se desenvolveu em meados do século XII, adquiriu enorme independência⁷⁴ e colocou em risco a prevalência e a soberania do *common law* (GREEN, 1907, p.128).

Para combater o crescimento da jurisdição da Igreja, Henrique II editou em 1166 o *Assize of Clarendon*⁷⁵, o primeiro código inglês de leis estabelecidas pela autoridade única do rei que não se fundava na imutabilidade dos costumes (GREEN, 1907, p.128-129). O objetivo era unificar a autoridade do rei, tanto perante as cortes eclesiásticas como outras cortes regionais que lhe parecessem hostis.

Nos 10 anos seguintes à edição deste diploma legal, diversas alterações – chamadas *assizes*- continuaram sendo realizadas, a maioria delas alterando o formato dos julgamentos, permitindo o julgamento por reconhecimento, estabelecendo procedimentos de inquérito e permitindo ao réu substituir o julgamento por combate pelo *writ of right* (PLUCKNETT, 1956, p. 111)

A edição deste diploma legal foi uma clara interferência do rei para preservar sua autoridade tinha o condão de retirar privilégios de determinadas classes e devolve-las ao povo (GREEN, 1907, p. 135).

2.1.4 Estabelecimento Definitivo

Nesse momento, estabeleceu-se na Inglaterra uma distinção entre o direito romano⁷⁶, que se difundiria grandemente pelos países continentais no século seguinte, e a tradição teutônica⁷⁷, adotada pelos ingleses.

Tanto um como outro exerceram grande influência no *common law*, mas o retorno ao sistema de cortes populares significou a escolha da autoridade real pelo desenvolvimento de

⁷⁴ As jurisdição eclesiástica atingia também os leigos, tinha tribunais próprios, seguia cada vez mais o direito romano e protegia seus membros de punições. A receita oriunda das taxas cobradas nas cortes eclesiásticas já superava a da coroa, o que incomodava muito Henrique II. Ver Green, *op cit*, p. 126- 128.

⁷⁵ Era um documento em forma de código, de apenas 22 artigos destinados aos juízes que assumiriam as cortes regionais, Entre diversas outras regulamentações, instaurava oficialmente o julgamento por júri composto por membros das comunidades (12 dos *hundreds* e 4 das *townships*). Ver Green, *op cit*, p. 129. Também pode ser encontrado com o nome de *Constitutions of Clarendon*.

⁷⁶ De acordo com a tradição romana, todo ato de governo derivava do rei diretamente, aos súditos cabendo apenas a obediência estrita. A ideia de representação e de júri não tinham lugar nesse sistema. Ver Green, *op cit*, p. 135

⁷⁷ Na tradição teutônica (germânica antiga) a ideia de nação estava ligada á *commonwealth* (ideia de comunidade), em que a autoridade estava depositada no conjunto da sociedade, o direito era popular e deveria ser declarado e aplicado em cortes populares. Ver Green, *op cit*, p. 135.

um sistema próprio, diverso do que ocorreria nos países continentais, que optaram por desenvolver com base no sistema romano.

Ao se colocar abaixo de Deus a aceitar a supremacia da lei⁷⁸, o rei conduzia a Inglaterra por um caminho diferenciado e excepcional em relação às outras nações europeias.

Enquanto outras nações civilizadas foram se adequando às regras do Direito Romano a Inglaterra permaneceu de fora. Desde o século XII até a presente data o fundamento de nosso direito tem sido primordialmente Inglês, não obstante a insistente infiltração dos conceitos e regras do *civil law* romano.⁷⁹ (GREEN, 1907, p.136).

A conquista Normanda não apenas estabeleceu o *common law* como sistema *jurídico* único como também desenvolveu o direito judiciário⁸⁰, diverso do direito legislativo codificado proveniente dos romanos. Ainda no século XII a corte real mantinha registros de todas as suas decisões, que poderiam ser utilizadas para consultas de precedentes.

Este direito não pode ser encontrado em códigos, livros de costumes ou coletâneas de jurisprudência, mas em forma de *writs*⁸¹ e nos arquivos da Corte Real. É o direito judiciário, quem o declarou foram juízes, não legisladores ou sábios dos condados. Ninguém lhes deu poder para declará-los, mas serão punidos aqueles que violarem o direito declarado por eles (JENKS, 1907, p. 52).⁸²

O grande mérito dos estadistas ingleses foi criar, 500 anos antes do restante do mundo teutônico, um sistema que colocasse em contato e de forma organizada os responsáveis pela criação, declaração e aplicação da lei (JENKS, 1907, p. 66-67).

O método desenvolvido por Henrique I foi engenhoso o suficiente para conter o poder arbitrário do soberano, constituindo uma concepção nobre de governo. Em seguida, ao instaurar definitivamente a *law of the land*, Henrique II engendrou uma nova ordem administrativa que foi responsável pela guarda das liberdades garantidas pelo direito inglês (GREEN, 1907, p. 138).

⁷⁸ Henrique II aceitou a máxima dos advogados ingleses: “*the king is under God and the law*” (o rei esta sob Deus e o direito). Ver GREEN, *op cit*, p.135

⁷⁹ No original: “*So it happened that while all the other civilizad nations quietly passed under the rule of the Roman code England alone stood outside it. From the twelfth century to the present day the groundwork of our law has been English, in spite of the ceaseless filtering-in of the conceptions and rules of the civil law of Rome*” (tradução livre).

⁸⁰ O *common law* é, até hoje, conhecido como o direito dos juízes, a partir da perspectiva de que sua participação na criação do direito é muito maior do que a de um juiz do *civil law*, compreendido como um aplicador/interprete da lei codificada.

⁸¹ Os *writs*, como se verá de forma mais detalhada no decorrer deste trabalho, compõem um sistema processual peculiar, e funcionam como ordens emitidas pela corte no intuito de conceder pedidos específicos relacionados a um potencial litígio.

⁸² No original: “*That law is to be found, not in custumals, nor in statutes, nor evenin text-books; but in the forms of writs, and in the rolls of the King's Court. It is judiciary law; the men who declared it were judges, not legislators, nor wisemen of the shires. No one empowered them to declare law; but it will go hard with the men who break the law which they have declared.*(tradução livre)

Nos séculos que se seguiram o júri se consolidou como o instrumento maior de credibilidade das cortes, confirmando a vocação popular como regra absoluta do sistema que havia sido implantado.⁸³

Mudanças profundas ocorreram no século XVI, especialmente aquelas associadas ao *law making*⁸⁴. A mais sensível foi que o *pleading*, que anteriormente era apresentado pelo advogado na fase final, passou a ser a tarefa inicial (BAKER, 1997, p. 97). Significa dizer que o *pleading* passou a ser usado no início do procedimento com o intuito de conhecer os fatos antes de levá-los a julgamento.

O conhecimento aprofundado de todos os fatos antes da aplicação da lei é um marco do sistema, herança decorrente deste período e que permanece como figura principal do espírito do *common law*⁸⁵.

A possibilidade de revisão/rescisão de um julgamento existiu desde a idade medieval para casos mal instruídos ou com fraudes constatadas no júri. A partir da segunda metade do século XV as possibilidades foram estendidas igualmente para questões legais, mediante as chamadas *motions in banc*⁸⁶ (BAKER, 1997, p. 98).

No século XVII a teoria do *pleading* começa a perder seus atributos originais de simplicidade e se torna um fragmento pormenor e curioso (HALE, 1971, p.111, *apud* BAKER, 1997, p. 101). O fim da oralidade dos *pleadings* e sua inflexibilidade são consideradas razões para seu declínio a partir deste período.

A descrição da justiça inglesa no século XIX não era das melhores, e a necessidade de reforma era premente para atribuir credibilidade. A descrição do historiador Sir Thomas Erskine May sobre este período surpreende:

Uma morosidade descomunal e custos que poderiam levar à falência, esse era o destino dos litigantes. A justiça era lenta, cara, incerta e longínqua. Para os ricos era uma loteria cara, para os pobres era a negação do direito ou falência definitiva. A classe que mais lucrou com esses mistérios obscuros foi a dos advogados. Um litigante poderia ser reduzido à miséria ou à loucura, mas seus conselheiros se deleitavam e enriqueciam com as tramóias e artifícios de um processo longo. Desta diversidade de formas e procedimentos surgiam taxas e escrivães muito bem pagos. Muitos funcionários subordinados com funções menores ganhavam mais do que juízes, remunerados pelas taxas pagas pelos litigantes. Se reclamações fossem feitas, eram imediatamente negadas mediante insinuações de ignorância, se fossem

⁸³ Mais à frente, quando trata das diferenças mais marcantes entre as tradições jurídicas *common law* e *civil law*, o trabalho discorre sobre a importância do júri e como o modelo de revelação obrigatória de provas nas fases iniciais controladas pelas partes e advogados se relaciona com a desconfiança do sistema na figura do juiz

⁸⁴ No sistema *common law* o juiz tem uma participação maior na criação de regras do direito, pois estas não são concentradas na legislação e sim em jurisprudência. Por isso, o *law making* envolve a atividade do juiz na produção de regras e aplicação do direito.

⁸⁵ Ver *Tilling v Whiteman*: HL 1980 AC 1. Neste caso os juízes da *House of Lords* criticam e reformam a decisão do juiz que acolheu pontos legais preliminares sem conhecer inteiramente os fatos.

⁸⁶ *Motions in banc* se subdividiam em 3 categorias, quais sejam: *motion in arrest of judgment*, *motion for judgment non obstante veredicto* e *motion for a new trial*. Ver J.H. Baker, *op cit*, 1997, p. 98.

propostas alterações legais, eram consideradas inovações. Questionar a perfeição da jurisprudência inglesa era duvidar da sabedoria dos ancestrais, uma heresia que não poderia ser tolerada.⁸⁷ (MAY, 1911, p 384).

Neste cenário, era notória a necessidade de um grande movimento de reforma, não apenas para consertar pequenos desvios, mas para restaurar todo um sistema que aparentava alto grau de ineficiência

Foi com o Common Law Procedure Act de 1852 e o Trinity Rules de 1853 que o parlamento, com a ajuda do judiciário, reconstruiu o sistema de *pleadings* a partir de seus princípios originários⁸⁸. Os obstáculos meramente formais foram extraídos, prevista a possibilidade das partes, em comum acordo, até mesmo prescindirem do *pleading* e levarem o caso diretamente a julgamento mediante um *issue*⁸⁹ (BAKER, 1997, p. 107).

Além da extinção do antigo sistema de *pleadings*, as reformas fizeram desaparecer, pelo menos virtualmente, o júri cível na Inglaterra, uma vez que o *Common Law Procedure Act* de 1854 permitiu⁹⁰, mediante consenso das partes, o julgamento pelo juiz singular.⁹¹

No decorrer do século XX, o júri cível foi praticamente extinto, em especial porque em tempos de guerra as condições especiais tornavam muito difícil a composição da corte. Recursos por novo julgamento pela ausência de júri foram proibidos, e os juízes se sentiram a vontade para tecer comentários a respeito dos fatos, o que não era permitido ao júri pelas regras do *common law*.

A ausência da separação das questões de fato das questões de direito, como ocorria no sistema de júri, demonstram a decadência do *common law* enquanto sistema jurisdicional

⁸⁷ No original: Heart-breaking delays and ruinous costs were the lot of suitors. Justice was dilatory, expensive, uncertain, and remote. To the rich it was a costly lottery: to the poor a denial of right, or certain ruin. The class who profited most by its dark mysteries were the lawyers themselves. A suitor might be reduced to beggary or madness, but his advisers revelled in the chicane and artifice of a lifelong suit and grew rich. Out of a multiplicity of forms and processes arose numberless fees and well-paid offices. Many subordinate functionaries, holding sinecure or superfluous appointments, enjoyed greater emoluments than the judges of the court; and upon the luckless suitors, again, fell the charge of these egregious establishments. If complaints were made, they were repelled as the promptings of ignorance: if amendments of the law were proposed, they were resisted as innovations. To question the perfection of English jurisprudence was to doubt the wisdom of our ancestors...a political heresy which could expect no toleration.(tradução livre)

⁸⁸ Somando-se á onda reformadora do sistema no século XIX, os Judicature Acts de 1873 e 1875 também tiveram papel importante na harmonização da administração da justiça na Inglaterra.

⁸⁹ Que neste caso é a apresentação do caso perante a corte mediante uma questão de fato. Se a questão fosse legal, ao invés de um *issue* deveria ser apresentado um requerimento de *special case*. Ver J.H. Baker, op cit, 1997, p. 107

⁹⁰ O *Common Law Procedure Act* de 1854 previa que o veredito do juiz teria os mesmos efeitos do veredito do júri, e que os juizes estariam habilitados para julgar matérias de fato

⁹¹ No fim do século XIX apenas metade dos julgamentos cíveis da High Court eram realizados por júri . Ver J.H. Baker, op cit, 1997, p. 109

capaz de resolver as questões, e abrem espaço para que a *equity*⁹² ganhe espaço não apenas como sistema suplementar, mas como substituto (BAKER, 1997, p.110).

Atualmente os litígios civis na Inglaterra e País de Gales são regulamentados pelas *Civil procedure rules* de 1998 (CPR), auxiliado pelas *Practice directions* (PD), que são orientações práticas editadas pelos altos escalões das cortes⁹³. Importante notar que essas orientações não são suplementares ao CPR, atuando somente na ocasião em que ele não tenha regras específicas para a situação.

2.2 O SISTEMA JURISDICIONAL DÚPLICE: *EQUITY* E *COMMON LAW*

A concepção de *common law* enquanto família do direito ou tradição jurídica em contraposição ao *civil law* não faz parte da abordagem deste subtópico.⁹⁴ No contexto aqui trabalhado, o *common law* é abordado como uma espécie de jurisdição praticada nas cortes inglesas a partir da unificação promovida pelos reis normandos no sistema de administração da justiça a partir do século XI, em contraposição com a *equity*.⁹⁵

Os ingleses desenvolveram um sistema com características marcantes, entre elas a capacidade de lidar com uma variedade de cortes e jurisdições de maneira relativamente harmoniosa.

Diz-se relativamente harmoniosa pois, apesar de terem ocorrido disputas ferrenhas pela prevalência de uma e outra jurisdição, nenhuma delas foi simplesmente extinta para triunfo absoluto de outra. Ao contrário, a regra sempre foi a convivência, mais ou menos harmoniosa, de acordo com o período histórico.

⁹² Modelo de jurisdição que sempre foi conhecido por decidir cada caso de acordo com os fatos específicos visando a justiça da decisão acima de formalismos os dogmas

⁹³ As *Practice Directions* são emitidas pelo presidente do departamento cível (civil division) da corte de apelação (*Court of Appeal*), sob a autoridade do ministro da justiça (*Lord Chief Justice*) e com a concordância do *Lord Chancellor*. Este poder da corte para emitir practice directions deriva de sua prerrogativa de gerir seus próprios procedimentos, herdada da tradição *common law*. Ver Oscar Chase e outros, *Civil Litigation in Comparative Context*, p. 18, 2017.

⁹⁴ O *common law* enquanto sinônimo de um sistema de administração da justiça unificado se desenvolve com mais proeminência na Inglaterra a partir da conquista dos Normandos (1066). Importante que não se confunda este *common law* –um direito comum ao povo e território inglês amplamente difundido nos países de língua inglesa e commonwealth- com o *common law* enquanto modelo de jurisdição estrita, que durante séculos dividiu e disputou com a *equity* a primazia da resolução de litígios no sistema inglês.

⁹⁵ A Inglaterra, com sua multiplicidade de jurisdições, permitiu a convivência do direito estrito (*common law*) com o direito equidade (*equity*) nas cortes do país por séculos. Ver Oscar Rabasa, 1982, *El derecho Angloamericano*, p. 123-124)

Tradicionalmente, o sistema de resolução de litígios inglês sempre contou com modelos de cortes distintas que funcionaram por séculos como jurisdições ora conflitantes, ora complementares.

Além da *common law* e da *equity*, outras jurisdições se destacaram no desenvolvimento do direito inglês.

Também tiveram notável importância a jurisdição que regulou o direito mercantil (*Law Merchant*) até ser absorvida pelo gigante aparato da *common law* na segunda metade do século XVIII; a que por mais de quinhentos anos interpretou os negócios marítimos (*admiralty law*) para acabar sucumbindo às reformas judiciais dos séculos XIX e XX; e, obviamente, a dos tribunais eclesiásticos, que foram aqueles que por 8 séculos trataram os litígios familiares dos súditos ingleses.⁹⁶ (MORENO, 2005, p.196).

Durante o período de transição entre a idade média até a conquista pelos normandos no século XI, que corresponde justamente ao período de organização do sistema de justiça, havia na Inglaterra uma grande variedade de jurisdições -entre elas a eclesiástica e de foros privilegiados- que conviveram de modo a resguardar a eficiência do sistema.

Com a edição de uma série de regulamentações legislativas pelo Rei Henrique II a partir de 1164, pareceu haver uma reviravolta liderada pelo próprio soberano que permitiu manter as cortes eclesiásticas sob controle e supervisão do reino, evitando assim o risco de uma divisão formal ou mesmo a perda de soberania nas cortes espalhadas pelo território.

Apesar das cortes terem modificado suas jurisdições e os procedimentos terem sido distorcidos e desviados inúmeras vezes no período entre os séculos XIII e XIX, as premissas essenciais e forma exterior do *common law* foram mantidas nesse longo período.

A partir da Magna Carta em 1215, vários estatutos e diplomas asseguraram que o *englishman* não poderia ser privado de seu direito à vida, liberdade e propriedade, salvo mediante devido processo legal (BAKER, 1997, p. 112).

O mesmo poder que de forma extraordinária estabeleceu o direito comum único em detrimento de todos os modelos judiciais locais, impunha a si mesmo a limitação de interferência nas liberdades estabelecidas (BAKER, 1997, p. 112).

⁹⁶ No original: *También tuvieron su notable importancia la que reguló el derecho mercantil (Law Merchant) hasta su absorción por el gigantesco aparato de common law en la segunda mitad del siglo XVIII; La que por más de quinientos años entendió de los negocios Del mar (admiralty law), para acabar sucombiendo a las sucesivas reformas Del poder judicial de los siglos XIX y XX; y, cómo no, La de los tribunales eclesiásticos, que fueron aquellos que por un lapso temporal de ocho centurias ventilaban los asuntos de familia de los súbditos ingleses* (tradução livre)

2.2.1 Surgimento da *Court of chancery*

A jurisdição *equity* cresce no contexto de transição da idade média para o período de domínio dos reis normandos, complementando as falhas advindas da inflexibilidade e incapacidade das cortes de *law* em resolver diversas categorias de litígios, entre eles a conversão do modelo de propriedade do sistema de feudos para o *trust*.⁹⁷

No século XIV, o costume de recorrer ao rei para solucionar casos em que o sistema *common law* era deficiente cresceu tanto que foi necessário fracionar o conselho real ou parlamento em sessões para analisar os casos.⁹⁸

Os casos mais relevantes que demandavam alteração legislativa ou de procedimento eram enviados ao parlamento, os demais seguiam para apreciação de conselheiros como o *chancellor*, o *admiral* e o *marshal*. Desses conselhos surgiram diversas cortes, e se destacou a Corte do *chancellor* em virtude da jurisprudência própria que ali floresceu (BAKER, 1997, p. 113).

A estrutura da *chancery* equivalia a um departamento de Estado e descendia do *scriptorium* remanescente do período anglo-saxão, de onde os *writs* eram emitidos pelo rei. Por esta razão a função do *chancery* permaneceu associada à administração da justiça no reino. O *chancellor*⁹⁹, que era o chefe deste departamento, tinha custódia do timbre real¹⁰⁰ (BAKER, 1997, p. 114).

A natureza da jurisdição desempenhada pelo *chancellor* era imprecisa e, apesar da maioria dos *chancellors* ser oriunda da classe dos advogados, o cargo tinha conotação política, e a função de custódia sobre o timbre real somada à de chefe maior do poder judiciário conferia a ele uma posição diferenciada.¹⁰¹

⁹⁷ O *Trust* surge como uma relação de propriedade capaz de realizar a conversão da posse feudal para um novo formato de posse sem incorrer em restrições legais vigentes à época. No *trust*, a propriedade é transferida para os *trustees* para uso de outras pessoas, os *beneficiaries* designadas pelo adjudicante. As cortes de *common law* reconheciam a transferência em relação ao *trustee*, mas não em relação aos beneficiários que fariam uso da mesma. A *equity* reconhecia o direito do beneficiário (*cestui*).

⁹⁸ Esses conselhos acabaram retomando as funções do *Witan* e da *Curia Regis* do período Anglo-Saxão.

⁹⁹ O *chancellor* era antes de qualquer coisa um oficial do estado e ministro da coroa. Na idade média os *chancellors* eram bispos ou mesmo arcebispos. O Cardeal Wolsey (1515-1529) e Lord Claredon (1658-1667) atuavam extraoficialmente como primeiros ministros. Ver J.H. Baker, op cit, 1997, p. 114.

¹⁰⁰ Isso significa que todos os documentos oficiais do reino passavam pela sua chancela, tais como escrituras de propriedade/trust, privilégios, comissões, alvarás, licenças, etc

¹⁰¹ A pesar de ser chefe do “poder” judiciário, não lhe eram atribuídas funções de administração da justiça nem de juiz. Suas funções e poderes eram concedidos unicamente pela graça do rei. Ver J.H. Baker, op cit, 1997, p. 114.

Durante a chamada Era Elizabetana¹⁰², difundiu-se o conceito moderno de direito como um corpo de normas aplicados a determinados fatos. A corte de *chancery* se diferenciou deste conceito, e se propôs a ser uma 'corte de consciência' em contraposição a uma corte de justiça.

O *chancellor*, ao contrário, estava mais preocupado com os casos individuais do que com as regras. Ele acumulou as funções de juiz e júri e, investigando com profundidade as circunstâncias específicas do caso que se apresentava, não fazia muita distinção entre fatos e normas ¹⁰³(BAKER, 1997, p. 122).

Este desapego às regras legais, agindo como um júri ao buscar as circunstâncias fáticas mais importantes, contribuiu para que a *equity* fosse considerada uma jurisdição superior em relação às cortes convencionais. Ao mesmo tempo, este apego aos fatos particulares dificultou o desenvolvimento mais célere de uma jurisprudência própria (BAKER, 1997, p. 122).

Se uma das partes se encontrasse em situação juridicamente insustentável diante de um procedimento em uma corte de *common law*, o *chancellor* se encontrava à disposição para interromper o trâmite e aplicar seu método de resolução baseado na análise dos fatos.

Conforme as cortes de *common law* foram se mostrando inadequadas para resolver problemas mais complexos oriundos da era de desenvolvimento que a Inglaterra atravessava, esta prática -de interromper o trâmite nas cortes comuns e avocar o *chancellor*- se tornou comum, e o remédio se chamava *common injunction*.

A forma de justiça transcendente empregada pelo *chancellor* se sedimentou na expressão *equity*¹⁰⁴, um termo que já era sinônimo de interpretação de leis e estatutos dentro do próprio *common law*, mas que agora, no contexto da *chancery*, se tornava algo que os distinguiu em comparação aos modelos de jurisdição.

O conceito em que se fundou a *equity* se assemelha ao conceito Aristotélico de equidade enquanto método de aplicação do direito além do que pode prever a legislação.

Portanto, quando a lei se expressa universalmente e surge um caso que não é abrangido pela declaração universal, é justo, uma vez que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade, corrigir a omissão[...]por isso o equitativo é justo, superior a uma espécie de justiça- não justiça absoluta, mas ao erro proveniente do caráter absoluto da disposição legal. E essa é a natureza do equitativo: uma correção

¹⁰² Período de grande desenvolvimento da cultura renascentista inglesa, da poesia e da literatura ocorrido na segunda metade do século XVI durante o reinado de Elizabeth I. Conhecido também pela breve estabilidade entre as guerras religiosas entre protestantes e católicos.

¹⁰³ No original: *The chancellor, by way of contrast, was less concerned with rules than with individual cases. He combined the role of judge and jury, and in delving as deeply as conscience required into particular circumstances before him he did not make such a definite distinction between fact and law* (tradução livre).

¹⁰⁴ O termo *equity* já fora utilizado por Aristóteles para se referir a uma forma de correção das leis gerais que, pela sua natureza, não fossem capazes de prover justiça para a imensidão de possibilidades de situações específicas. Ver Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, 1991, p. 120..

da lei quando ela é deficiente em razão da sua universalidade (ARISTÓTELES, 1991, p. 120).

Em um conhecido caso de 1615¹⁰⁵, Lord Ellesmere, que serviu como *Chancellor* por mais de 20 anos, explicou as razões pelas quais a corte de *chancery* deveria existir:

As ações humanas são tão diversas e infinitas que se torna impossível produzir uma lei geral que se aplique para cada um dos casos específicos e não falhe eventualmente. O gabinete do *chancellor* serve para corrigir as possibilidades de fraude humana, quebra de confiança contratual, mal feitos e opressões de qualquer natureza, atenuando e aparando as arestas legais.¹⁰⁶

No mesmo sentido, em seu voto no caso *Dudley v. Dudley*¹⁰⁷ de 1705, o juiz Lord Cowper afirmou que a *equity* se prestava a proteger e auxiliar o *common law*:

Uma virtude moral que qualifica, modera e reforma o rigor, a dureza e as arestas do *common law*, é uma verdade universal; além disso, combate as fraquezas e defeitos do direito[...] esta é a função da *equity*, dar apoio e proteção contra as alterações e artifícios engenhosos contrários ao direito.¹⁰⁸

Aos poucos a *equity* foi se tornando conhecida como uma corte de equidade e não uma mera 'corte de consciência', e a mudança de tratamento não apenas permitiu um avanço na criação de uma jurisprudência da *equity* como aplacou a ideia de que os *chancellors* agiam autoritariamente ou com base no mero senso comum.

Os juízes das cortes de *common law* continuavam a aplicar os rigores da lei e a corte de *chancery* continuava a aceitar os *injunctions*. Apesar da aproximação eventual e diálogos entre advogados e juízes que atuavam nas diversas cortes¹⁰⁹, os sistemas acabaram por cristalizar a separação.

A *equity* se tornou, desta forma, um direito propriamente dito no sentido de ser um conjunto de princípios coerentes, praticado nas cortes de *chancery* que por sua vez detém esta prerrogativa em oposição/suplementação às cortes de *common law*(124)

¹⁰⁵ **EARL OF OXFORD'S CASE (1615) 1 REP. CH. 1, P. 6**

¹⁰⁶ No original: *That men's actions are so diverse and infinite that it is impossible to make a general Law which may aptly meet with every particular and not fail in some circumstances. The office of the Chancellor is to correct men's consciences for frauds, breaches of trusts, wrongs and oppressions of what nature so ever they be, and to soften and mollify the extremity of the law.* (tradução livre)

¹⁰⁷ (1705) Prec Ch 241; 24 ER 118[1]

¹⁰⁸ No original: *A moral virtue, which qualifies, moderates and reforms the rigour, hardness and edge of the (common) law, and is an universal truth; it does also assist the law where it is defective and weak[...] and this is the Office of equity, to support and protect the common law from shifts and crafty contrivances against the law.* (tradução livre)

¹⁰⁹ Sir Thomas More, o primeiro *chancellor* do século XIV educado no *common law*, costumava convidar juízes do *common law* a agir de forma mais flexível caso pretendessem impedir o crescimento das cortes de *chancery*. Ver J.H. Baker, op cit, 1997, p.123-124

2.2.2 Procedimentos Exclusivos da *Equity*

A aclamada prevalência da *equity* sobre o *common law* possivelmente decorre de sua maior efetividade, pois suas fontes são menos amarradas e permitem um manejo muito mais sofisticado dos instrumentos processuais.

Ao receber a petição do interessado, o *chancellor* podia emitir uma ordem imediata para que o requerido se apresentasse e respondesse questões diretamente, testemunhas podiam ser convocadas a depor de forma compulsória sob pena de cobrança de penalidades e até mesmo prisão. Nenhuma dessas características estava presente no procedimento do *common law* (KINDER-GEST, 1997, p. 234-235).

A *equity* permitiu o surgimento do que viria a ser um dos instrumentos mais notáveis do sistema anglo americano, que é a *discovery*, ou seja, a apresentação obrigatória, pelas partes, de documentos perante a corte.¹¹⁰

Ao permitir que as partes tenham acesso recíproco aos documentos e informações umas das outras, o sistema expõe a robustez ou a debilidade do caso, permitindo que as partes possam dialogar através de seus representantes antes mesmo de levar o caso a julgamento.

Apesar de ser uma prática antiga no direito inglês, a *discovery* apenas foi disponibilizada em todas as circunscrições judiciais da *High Court* a partir dos *Judicature Acts* de 1873-75, isso significa dizer que sua utilização se tornou um padrão a partir de então.

O procedimento da *equity* permitia ainda que o *chancellor* utilizasse o chamado *affidavits*, que eram declarações prestadas sob juramento a respeito de questões previamente escritas. A liberdade do *chancellor* era maior do que a do juiz do *common law*, podendo inclusive conduzir o caso usando a língua inglesa, em contraposição ao latim (KINDER-GEST, 1997, p. 234-235)

A *equity* se desenvolveu inicialmente para ser um complemento à *common law* e agir somente quando não houvessem remédios disponíveis naquela jurisdição, ou a continuidade do trâmite se revelasse impossível ou inviável.

Em situações de conflito entre as jurisdições, a superioridade da *equity* era evidenciada pela utilização de seus instrumentos pelo *chancellor*. Era nítida a prevalência da uma jurisdição sobre a outra quando o *chancellor*, por liberalidade, determinava medidas que suspendiam os efeitos da ação em trâmite no *common law*.

¹¹⁰ A *discovery* como se conhece atualmente é um fase pré processual complexa, dotada de fartos instrumentos e inúmeras possibilidades, conforme se verá no decorrer deste trabalho (Cap. 3.1.1). O sistema atualmente obriga a revelação obrigatória de provas pelas próprias partes reciprocamente.

Ao obedecer estritamente o entendimento de que ‘um homem não deve agir em desacordo com sua consciência’¹¹¹, o *chancellor* poderia, e.g, liberar um contratante de uma obrigação contratual cujas regras eram protegidas pela *common law*, ou mesmo liberar um imóvel ao devedor hipotecário contrariando as regras do *common law* (KINDER-GEST, 1997, p. 240).

Em algumas ocasiões, a utilização de instrumentos da *equity* pelo *chancellor* tornavam a jurisdição *common law* absolutamente inoperante. Se o *chancellor*, e.g., considerasse que a ação intentada pelo demandante em uma corte de *common law* violava o padrão de consciência dele exigido (*plaintiff’s conscience*), poderia emitir um *common injunction* proibindo que ele levasse o caso à frente ou exigindo o cumprimento de uma decisão específica (KINDER-GEST, 1997, p. 240).

Alem de tornar a *common law* uma jurisdição limitada, este poder que o *chancellor* tinha à sua disposição deixava o demandante da ação no âmbito do *common law* à mercê de uma jurisdição que não escolheu nem provocou. Em caso de negativa em obedecer a ordem emitida mediante o *injunction*, o demandante poderia ser preso por desobediência.¹¹²

A prevalência da *equity*, todavia, não ocorreu sem disputa, e as cortes de *common law* tentaram, por diversas formas, impedir o crescimento da *equity*, especialmente em relação às *injunctions*, que invariavelmente provocavam a inoperância e enfraquecimento da jurisdição.

No início do século XVII, uma disputa pessoal travada entre duas importantes figuras do direito inglês trouxe à tona a disputa pela prevalência entre as jurisdições. Sir Edward Coke, juiz presidente da corte de *common law*, ao julgar um caso, negou a possibilidade de interferência da *court of chancery*. Em resposta, Lord Ellesmere, o *Chancellor*, sustentou no julgamento do famoso *Earl of Oxford’s case*¹¹³ que a corte de *chancery* tem o poder de anular os julgamentos do *common law* não por ocorrência de erro ou defeito no julgamento, mas em razão da falha de consciência do demandante (KINDER-GEST, 1997, p. 240).

¹¹¹ “*A man should be prevented from acting against his conscience*”. Uma vez que a *equity* surgiu como uma corte de consciência, agir contrariamente à consciência significa descumprir os princípios de equidade, agir em detrimento da justiça, usar de má fé para garantir um direito previsto em lei.

¹¹² O *contempt of court*, elemento muito conhecido da cultura jurídica anglo-americana, significa que uma das partes ou terceiros envolvidos em uma ação judicial desobedeceu uma ordem da corte e deve responder por esta violação. O instituto remonta ao século XIV, compreende não somente o ato de desacato propriamente, mas os poderes conferidos ao juízes para que reajam a esse desacato e apliquem aos agentes as sanções cabíveis. Ver Adriana Villa-Forte de Oliveira Barbosa e Francisco Vieira Lima Neto. Anotações acerca do *contempt of court* no direito norte-americano. *Revista de Processo*, ano 36, nº192, fev. 2011, p. 132.

¹¹³ (1615) 21 ER 485

A declaração do *Chancellor* expõe uma característica importante da *equity* que permeou disputas ocasionais por domínio de jurisdição, que é a auto proclamada superioridade do juízo baseado em subjetivismos, como a consciência.

A *equity*, à medida que ampliava o poder de sua jurisdição, deixou de ser compreendida apenas como uma justiça que restaurava as falhas técnico-jurídicas da limitada *common law* e passou a ser encarada como um juízo superior sobre os fatos, subjetivamente analisados.

A disputa entre Sir. Coke e Lord Ellesmere chegou até o rei James I que, aconselhado pelo Attorney General Sir Francis Bacon, decidiu pela legalidade dos *common injunction*, bem como que em caso de conflito entre as jurisdições, deveria prevalecer a *equity*. Esta decisão não aquietou os defensores do *common law*, que de todas as formas tentaram alterar esse contexto, até que em 1690, com a derrota do projeto de lei que tentava barrar a prevalência da *equity*, acabaram desistindo (KINDER-GEST, 1997, p. 241).

A partir daí, as duas jurisdições, que eram administradas em cortes separadas, passaram a conviver mais harmonicamente na Inglaterra. A corte de *chancery* praticava exclusivamente a jurisdição *equity*, e as cortes de *common law* as jurisdições respectivas.

O réu em demanda oriunda do *common law* que pretendia defender-se utilizando elementos da *equity*, deveria instaurar um procedimento próprio perante a corte de *chancery* mediante um *injunction*. Assim, estabeleceu-se no reino um sistema complicado, moroso e custoso, pois com frequência tramitavam concomitantemente dois procedimentos distintos para o mesmo fato.

O caso que melhor representando esta confusão de jurisdições e as desastrosas consequências disso para os jurisdicionados é *Knight v. The Marquis of Waterford* de 1844,¹¹⁴ onde, após 14 anos de tramite processual até a ultima instância (*House of Lords*) perante a *equity*, foi determinado o retorno do caso à instancia originaria, desta vez perante a *common law*.

O século XIX foi um período de reformas profundas nos sistemas judiciais ingleses, tanto em relação à administração da justiça como em relação aos modelos utilizados na prática cotidiana do tramite processual.

Além do *Common Law Procedure Act* de 1852 e do *Trinity Rules* de 1853, já explicados no capítulo 2 sobre o *common law*, a segunda metade do século XIX contou com os *Judicature Acts* de 1873-1875 para reorganizar e simplificar a estrutura das cortes de *common law* na Inglaterra, além de fundirem a administração das duas jurisdições.

¹¹⁴ (1844) 11 Cl. & F.633

A fusão da administração judicial das duas jurisdições não significou propriamente a fusão das jurisdições em si, ou a prevalência absoluta de uma delas em prejuízo da outra. Ao contrário, ambas prosseguiram existindo mantendo, entretanto, uma convivência mais harmoniosa e com menos atritos.

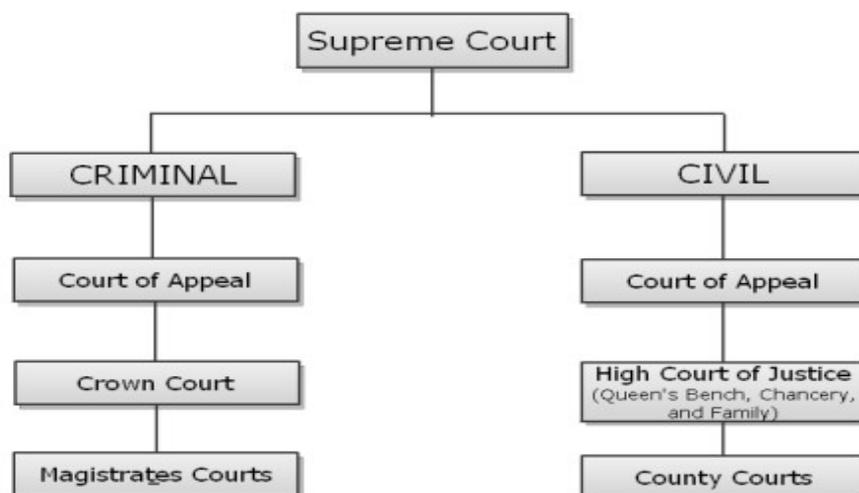
O *Supreme Court of Judicature Acts* de 1875 fundiu a *Court of Chancery* com as três cortes de *common law*, formando uma nova estrutura hierárquica que tinha no topo a recém criada *High Court of Justice* (LUNDMARK, 2012, p. 182)

Mediante a reforma, a recém criada *Supreme Court of Judicature* -resultado da fusão entre a *High Court* e a *Court of Appeal*- ficou com a atribuição de administrar os princípios da *common law* e da *equity*.¹¹⁵ Foram extintas as *common injunctions*, portanto, a partir de 1875 passou a não ser mais possível suspender um procedimento no *common law* mediante este artifício legal (KINDER-GEST, 1997, p. 242).

O antigo princípio estabelecido no século XVII de que em “caso de conflito deveria prevalecer a *equity*” foi ‘codificado’. Tal dispositivo, aliás, foi posteriormente mantido pela *Supreme Court of Judicature Act* de 1925 e mais recentemente pelo *Supreme Court Act* de 1981. (KINDER-GEST, 1997, p. 242).

Mantidas as duas jurisdições, a administração unificada e a mudança de disposição das cortes, apesar de eliminar a interferência brutal e inconveniente de uma sobre a outra, não foi suficiente para eliminar os vícios de funcionamento de ambas.

Assim, a estrutura das cortes inglesas ficou organizada na forma do quadro a seguir: (Figura 1)



¹¹⁵ Administrar os princípios significa, neste contexto, que a corte deve revisar o julgamento do caso aplicando o as regras de direito vigentes oriundas de uma das jurisdições *equity* ou *law*.

A *Chancery Division* da *High Court* continuou fazendo o mesmo trabalho que era desempenhado pela antiga corte de *chancery*, e os procedimentos permanecem distintos dos praticados pelo *common law*. Os juizes da *chancery division*, por sua vez, não são escolhidos pelo rei, mas dentre os *barristers* atuantes nas cortes (KINDER-GEST, 1997, p. 242).

O critério de escolha dos juizes ingleses entre os advogados (*barristers*) atuantes na corte é ao mesmo tempo um fator legitimador e uma garantia de que as posições ocupadas por eles não sofram questionamentos e desconfianças de hierarquia informal.¹¹⁶

Mais recentemente, com as significativas reformas promovidas no sistema legal inglês a partir do fim da década de 1990, a estrutura das cortes vem sofrendo alterações importantes. Em 2003 o governo anunciou a abolição da histórica posição do *chancellor* e de seu departamento.

Foi criada uma Suprema Corte, extinguindo a tradicional função da *House of Lords* como corte máxima de justiça. Foi criada uma comissão independente para a indicação de novos juizes¹¹⁷, função que pertencia ao *Lord Chancellor*.

O *Lord Chancellor*, que até a a reforma constitucional em 2005 ocupava a função de presidência da *House of Lords*, deixou esta função.¹¹⁸ No entanto, permanece como um cargo de imenso prestígio, sendo responsável, entre várias outras funções estatais importantes¹¹⁹, pela manutenção, bom funcionamento e independência das cortes britânicas.

Estas substanciais alterações reconfiguram o sistema de justiça inglês no sentido de limitar a interferência de membros de um poder nos demais, tornando-os mutuamente mais exclusivos, haja vista que não há mais um representante do governo atuando como chefe do judiciário, nem um representante do parlamento atuando como juiz na mais alta corte do país (SLAPPER; KELLY, 2003, prefácio).

A função híbrida do *chancellor*¹²⁰ vinha sendo objeto de inquietação nas últimas décadas, com muitas críticas a respeito da possibilidade de interferência política nas decisões

¹¹⁶ Os salários dos membros do judiciário, considerados demasiadamente altos, são definidos por este critério, uma vez que a carreira de juiz precisa atrair os *barristers*, que detém ganhos bastante razoáveis. Um juiz de primeira instância e um juiz sênior tem rendimentos pouco acima de £100.000 (cem mil libras) por ano. Os cargos no topo da carreira, como Lord Chancellor e Lord Chief of Justice, bem como Juizes das cortes de Apelação tem salários entre £150.000 e £200.000. Ver Terence Ingman, *The English Legal Process*, 2001, p. 27.

¹¹⁷ [Judicial Appointments Commission](#)

¹¹⁸ The [Constitutional Reform Act de 2005](#) é um dos atos legislativos, entre outros, que promoveu mudanças substanciais na estrutura do poder judiciário do Reino Unido. A partir deste ato, as figuras do Lord Speaker e do Lord Chief Justice ganharam atribuições que até então estavam no âmbito de poder do Lord Chancellor.

¹¹⁹ O *Lord Chancellor* pela proximidade histórica coma figura do rei, tradicionalmente atua em outras áreas do governo. Atualmente, o *Lord Chancellor* David Gauke funciona também como Secretário de Justiça (*Secretary of State for Justice*).

¹²⁰ Por ocupar um gabinete com relações historicamente tão estreitas com o rei, a função do *Chancellor* é considerada por muitos como anacrônica, incentivando o ativismo judicial, que vinha se mostrando crescente em relação a questões políticas e sociais.

e da ausência de separação de funções judiciais e políticas que o *chancellor* representava (SLAPPER; KELLY, 2003, prefácio).

Estas mudanças estruturais foram realizadas, em boa medida, para adequar o sistema do Reino Unido aos ditames da União Europeia e do *Human Rights Act* de 1998¹²¹, que é a incorporação da Convenção Europeia de Direitos Humanos no direito inglês. Com a iminente saída do bloco europeu, novas alterações podem ocorrer na estrutura do sistema de justiça para adequação ao novo contexto político-jurídico.

2.2.3 *Equity* e *Law* nos EUA

A trajetória do direito americano é uma profusão de fenômenos fascinantes ocorridos no decorrer de três séculos e que foram responsáveis pelo surgimento e desenvolvimento de um sistema muito particular.

Apesar de decorrer do sistema inglês, o desenvolvimento do sistema americano não foi uma mera consequência deste. É oportuno dizer que os colonos americanos não meramente deram continuidade ao que era aplicado na matriz inglesa, mas aproveitaram o sistema de uma maneira peculiar.

Uma nação antiga marcada por uma sólida noção de direito envia colônias para uma terra selvagem; lá eles formam instituições precárias, apostando em experiências prévias europeias para gerenciar suas simplórias relações sociais. À medida que esta sociedade se desenvolve de forma mais sofisticada e organizada, as instituições legais da matriz inglesa são introduzidas gradualmente até que o *common law* passa a ser praticada de forma mais contundente nas colônias. Este direito, no entanto, nunca deixou de cultivar as características originais que marcaram seu início, quando as condições vivenciadas fizeram surgir novas instituições e novas ideias no campo jurídico (REINSCH, 1907, p. 367).

O *common law* era, ao menos na visão dos colonos americanos, um sinônimo da liberdade conquistada pelos povo inglês. O desenvolvimento das primeiras linhas do conhecimento jurídico norte-americano foi motivado justamente pelas disputas com a Inglaterra.

Esta obsessão pela suposta liberdade usufruída pelos ingleses, responsável por fomentar a difusão do *common law* nas colônias, só desapareceu com o triunfo das tendências de racionalização da democracia francesa (REINSCH, 1907, p. 367).

¹²¹ Poucos anos depois da promulgação do *Human Rights Act*, em 2003, as cortes inglesas já haviam decidido mais de 200 casos relacionados ao tema Direitos Humanos. Ver Gary Slapper e David Kelly, *The English Legal System*, 2003, prefácio.

Interessa saber o quanto do *common law* inglês foi absorvido pelas colônias americanas no período de transição. A resposta, apesar de vaga, ecoa o estabelecido no julgamento *Van Ness v. Pacard*¹²²

O *common law* inglês não deve ser tomado como o direito da América em todos os seus termos. Nossos ancestrais trouxeram consigo seus princípios gerais e declararam-no seu patrimônio, mas eles trouxeram e adotaram apenas a medida que era aplicável à sua situação.¹²³

Os princípios do *common law*, portanto, eram aplicados nas colônias, porém, de forma subsidiária, haja vista que os colonos o enxergavam como um sistema de direito positivo a ser aplicado quando não coubesse a aplicação dos novos costumes ou das regras próprias da colônia, os chamados *colonial enactments* (REINSCH, 1907, p. 368).

Foi somente no período revolucionário, em meados do século XVIII, com a instauração dos primeiros tribunais judiciais, que as colônias passaram a mostrar maior receptividade ao *common law* inglês.

Com a obra de Blackstone (1765)¹²⁴, difundiu-se nas colônias o estudo da legislação e jurisprudência inglesas, dando início ao desenvolvimento dos princípios do *common law* no país a partir da independência (RABASA, 1982, p. 124-125)

O fato da vida nas colônias ser completamente diferente das condições da matriz fez surgir a necessidade de um novo sistema, pois os problemas também eram distintos. Mesmo assim, o ponto de partida não é outro senão a experiência anterior, única base dos colonos transferidos.

Há autores que enxergam o direito privado dos EUA uma versão moderna do direito inglês.

Na verdade, o direito norte americano, em seu conteúdo e forma, é uma reprodução moderna do *common law* inglês, adaptada às condições políticas, sociais e econômicas dos EUA, salvo no aspecto do direito público, pois neste ponto as intuições jurídicas dos EUA seguiram trajetória própria, diversa do direito público inglês.¹²⁵ (RABASA, 1982, p. 123).

Apesar do desejo dos colonos de alcançar as mesmas garantias dos cidadãos ingleses (*english man*), o *common law*, enquanto jurisdição, não foi implantado como um sistema

¹²² 27 U.S. 137 (1829)

¹²³ No original: *The common law of England is not to be taken in all respects to be that of America. Our ancestors brought with them its general principles and claimed it as their birth-right; but they bought with them and adopted only that portion which was applicable to their situation.* (tradução livre)

¹²⁴ Sob o título de *Commentaries on the Laws of England*, 1765-1769. Disponível em <https://lonang.com/library/reference/blackstone-commentaries-law-england/>

¹²⁵ No original: *Em realidad, el derecho norteamericano, como vamos a ver, em su contenido y em su forma, ES una reproducción moderna, adaptada a las condiciones políticas, sociales y económicas de los estados unidos, Del common Law inglés, salvo em su aspecto de derecho publico, pues em este punto las instituciones jurídicas de los Estados Unidos han seguido trayectoria propia, que es diversa a la del derecho publico inglés* (tradução livre).

subsidiário ao direito local estabelecido pelas colônias de forma imediata. Ocorreu, ao invés disso, um misto de rejeição aos métodos do *common law* ao mesmo tempo em que aplicavam alguns e seus princípios mais relevantes (REINSCH, 1907, p. 369).

A maioria das colônias inglesas na América buscou adaptar a confusa mistura de jurisdições e direito positivo do reino à sua realidade particular, com base no direito que havia se estabelecido em cada estado¹²⁶ (RABASA, 1982, p. 124).

Os primeiros colonizadores criaram ordenamentos capazes de lidar com os problemas do cotidiano da sociedade primitiva que viviam. Este direito era popular, pouco técnico e um tanto rudimentar, pois os litígios se resumiam a crimes, disputas contratuais simples e responsabilidades sobre danos causados.¹²⁷

Os códigos estabelecidos pelos primeiros colonos não apenas se distanciaram do *common law* como praticamente não fizeram referência a ele, ficando os colonos sujeitos ao juízo discricionário dos magistrados (REINSCH, 1907, p. 369).

A edição de códigos foi uma das peculiaridades que os primeiros colonos implantaram na tentativa de regulamentar a vida nas colônias. A justificativa mais plausível é que, não contando com uma jurisprudência sólida nem com juízes e advogados experientes, a previsão de condutas em códigos era a forma mais segura de lidar com os litígios num primeiro momento.

Seria difícil, afinal, imaginar que as colônias, com seus costumes precários, pudessem aplicar o direito sofisticado desenvolvido na Inglaterra. Natural que, pelo menos no início, tenham decidido aplicar regras próprias que se adequassem aos litígios oriundos de seu cotidiano.

O crescimento do *common law* nos EUA se dá apenas na medida em que a justiça deixa de ser administrada por leigos e passa a ser administrada por profissionais, uma vez que no período compreendido entre o século XVII e o início do século XVIII praticamente não havia advogados formados nas colônias.

Em meados do século XVII o júri, que já entrara em decadência na Inglaterra, ganhava corpo em algumas colônias, especialmente em julgamentos de pequenos casos cíveis e criminais. Estes casos, considerados de menor importância, eram julgados por uma comissão composta por um número ímpar (3 ou 5) de homens livres (REINSCH, 1907, p. 377).

¹²⁶ Com exceção da Louisiana, que foi colonizada por franceses e desenvolveu sistema de direito romano que se aperfeiçoava na Europa continental. Na esfera penal, todavia, a Louisiana manteve as regras do *common law*.

¹²⁷ Até 1647 os *pleadings* eram primordialmente orais. A partir desta data estabeleceu-se, mediante lei, que passassem a ser escritos e preenchidos mediante um escriturário judicial. Ver Paul Samuel Reinsch, op cit., p. 378.

Em algumas colônias, como é o caso de Massachusetts, foi instituído um sistema de apelação que permitia a reanálise de casos julgados pela corte municipal (*town court*) para a estadual (*inferior* ou *county court*) e sucessivamente desta para a corte superior (*general court*) (REINSCH, 1907, p. 377)

Muitos colonos, especialmente no norte, desconfiavam da *equity* como jurisdição. O júri, diferentemente do que ocorria na Inglaterra, contava com grande credibilidade. As cortes coloniais detinham jurisdição sobre diversas questões litigiosas que na Inglaterra seriam distribuídas nas mais diversas jurisdições, e.g. *law*, *equity*, *manorial* e *county*¹²⁸ (SUBRIN, 1987, p.927-928).

O sistema de *writs*, altamente desenvolvido no direito inglês¹²⁹, não chegou a um nível similar de sofisticação nos Estados Unidos. Os *writs* emitidos pelos reis normandos estabeleceram o que pode ser o surgimento da *equity* antes mesmo do estabelecimento das cortes de *chancery*.

Nas colônias americanas houve, entre 1680 até 1820, um movimento gradual no sentido de deixar para trás os métodos dos colonos mais antigos e se filiar aos procedimentos do *common law* (SUBRIN, 1987, p.927). Observe-se que neste período as colônias caminhavam em sentido oposto à matriz inglesa, que acompanhava o desenvolvimento da *equity* e sua jurisprudência.

O sentimento de unificação decorrente dos desdobramentos da revolução americana contribuiu para que os colonos identificassem a necessidade de criar um sistema legal unificado, e neste contexto o *common law* inglês se ajustava com precisão.¹³⁰ (REINSCH, 1907, p. 371)

Os americanos lutavam para ter os mesmos direitos do *englishman* sob o *common law* e, de certa forma, conseguiram quando em 1774 o Congresso Continental decidiu que as colônias tinham direito ao *common law of england*.

Em 1776, apesar de diversos estados terem aprovado diplomas adotando o *common law*, vários deles estabeleceram cortes separadas de *equity* ou permitiram que juizes de *common law* analisassem casos e aplicassem remédios e princípios da *equity* (FRIEDMAN, 1973, p. 95-96 apud SUBRIN, 1987, p.927).

¹²⁸ Respectivamente cortes de *common law*, de *equity*, Senhoriais (dos senhores feudais) e regionais ou provinciais (do condado) .

¹²⁹ Ainda no século XIII havia aproximadamente 40 tipos de *writs* largamente utilizados na Inglaterra. Ver Stephen Subrin, 1987, p.927.

¹³⁰ O contexto de surgimento do *common law* em terras anglo saxãs se deu justamente para unificar a administração da justiça, que era dividida em diversas cortes que aplicavam variados tipos de jurisdição antes da conquista normanda

Enquanto o júri do *common law* inglês se ocupava das questões de fato e deixava aos juízes as questões legais, o júri adotado pelas treze colônias americanas se ocupava tanto das questões de fato como da aplicação da lei, tanto em casos cíveis como criminais.

Observa-se que desde o seu desenvolvimento mais preliminar, o *common law* instituído nos EUA atribuiu uma preponderância absoluta ao juízo popular em suas cortes, uma cautela contra os poderes autocráticos do juiz.

Um exemplo notável da primazia do júri no sistema americano foi um fato ocorrido durante o julgamento do caso *Georgia v. Brailsford*¹³¹ em 1794, em que o primeiro juiz presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, com a aprovação de toda a bancada, informou o júri que, apesar dos juízes supostamente serem os melhores interpretes da lei, ambas questões de fato e de direito estavam legalmente dentro de seu poder de decisão (SUBRIN, 1987, p.928).

Devo lhes recordar, senhores, da antiga regra de ouro de que as questões de fato são prerrogativa do júri, e as questões de direito são prerrogativa da corte. Porém, deve-se observar que, por esta mesma lei que reconhece esta divisão de competências, os senhores têm o direito de julgar ambas questões e determinar tanto o direito como os fatos litigiosos.¹³²

Talvez por influência das disputas com a matriz inglesa, a existência e preponderância do júri nas colônias de alguma forma mantinha o controle das questões de fato e direito nas mãos da população, uma demonstração clara de desconfiança na figura do juiz como detentor de um poder que, para eles, era considerado arbitrário (NELSON, 1975, p. 20-21 *apud* SUBRIN, 1987, p.928).

Este sentimento mais tarde revelou-se válido a partir da atitude dos juízes, que tentaram restringir as funções do júri à análise de provas, questionando sua autoridade para decidir questões de direito e passando a tratar questões que até então eram consideradas de fato como questões de direito (FRIEDMAN, 1973, p. 134 *apud* SUBRIN, 1987, p.929).

Mais do que isso, os juízes passaram a recusar julgamentos do júri quando os consideravam contrários à lei. Colaborando com o enfraquecimento do júri, a *equity* e o direito marítimo absorviam boa parte da jurisdição que até então pertencia ao júri. O resultado disso foi o distanciamento da comunidade das questões litigiosas, que passaram a ser material de análise de advogados e juízes (SUBRIN, 1987, p.929).

¹³¹ 3 U.S. (3 Dall.) 1, 4 (1794) (Jay, C.J.)

¹³² No original: It may not be amiss, here, Gentlemen, to remind you of the good old rule, that on questions of fact, it is the province of the jury, on questions of law, it is the province of the court to decide. But it must be observed that by the same law, which recognizes this reasonable distribution of jurisdiction, you have nevertheless a right to take upon yourselves to judge of both, and to determine the law as well as the fact in controversy (tradução livre). Disponível em <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/3/1>

No período pré revolucionário já era notória tendência em separar questões de direito material de questões processuais, o contrário do que fazia o *common law*, que era tentar integrá-las. Surgia também a tendência das escolas de direito em ensinar a prática em detrimento do mero estudo teórico (SUBRIN, 1987, p.929-930).

O federalismo teve um papel importante na construção do direito nas colônias americanas uma vez que, havendo diversas cortes federais, prevaleceria a dúvida sobre qual direito deveria ser aplicado. A legislação veio responder esta questão com o *Judiciary Act* (na sessão *Rules of Decision*) e com o *Process Act*, ambos de 1789, determinando que a lei estadual deveria ser aplicada nas cortes federais, salvo se as cortes tivessem leis próprias¹³³ (SUBRIN, 1987, p. 930).

O caminho parecia estar traçado para que, ao menos majoritariamente, se garantisse a aplicação das leis estaduais nas cortes federais. Entretanto, apesar da determinação legal neste sentido, a expansão da jurisdição federal fez com que as cortes federais muitas vezes ignorassem a legislação estadual tanto em questões de direito material quanto processual. Uma vez mais, a integração do sistema parecia algo distante.

Apesar de existirem cortes de *equity* nos estados, esta jurisdição era pouco conhecida e pouco desenvolvida em 1789. Enquanto na Inglaterra o uso da *equity* se justificava para resolver casos que a *common law* não alcançava, nos EUA a confusão existente na aplicação do direito federal e estadual nas cortes federais era suficiente.

A aplicação da *equity* nos EUA não era, como o direito estrito da *common law*, uma consequência lógica da colonização. Por se tratar de uma jurisdição considerada especial, apesar de ampla, a *equity* dependia de autorização legal dos estados expressa em lei ou na constituição, o que ocorreu largamente a partir do século XIX (RABASA, 1982, p. 126).

Ainda assim era necessário determinar que legislação seria aplicada aos casos de *equity* nas cortes federais. Uma vez que os casos de *common law* eram, em regra, resolvidos pela aplicação da lei estadual, os casos de *equity* passaram a ser resolvidos com o *equity* histórico (*historic equity law*) (SUBRIN, 1987, p. 931).

Os contratemplos decorrentes da adoção do federalismo eram claros e se tornavam questões jurisdicionais problemáticas de fato, uma vez que as cortes federais, quando não tinham regras de direito material e processual próprias, eram obrigadas a aplicar a legislação dos estados soberanos ao invés de criar um sistema único.¹³⁴

¹³³ Process Act, 1789, ch. 21, § 2, 1 Stat. 93; Judiciary Act, 1789, ch. 20, § 34, 1 Stat. 92 (alterado pelo 28 U.S.C. § 1652 em 1982 (Rules of Decision Act)

¹³⁴ Estes problemas prevalecem atualmente, pois cada um dos 50 estados americanos possui sistema de justiça próprio com estrutura determinada pela legislação estadual. Os sistemas estaduais, por sua vez, devem se

Na Inglaterra, o direito era uma criação dos juizes, e graças a isso o direito material e processual se desenvolveram de forma conjunta e harmônica. No século XIX, no entanto, houve uma clara alteração de concepção tanto na Inglaterra quanto nos EUA, com o legislativo cumprindo um grande papel na produção de leis regulando procedimentos nas cortes e ajudando a dissociar o processo do direito material (SUBRIN, 1987, p. 931).

A codificação¹³⁵ dos procedimentos pelo legislativo foi, décadas mais tarde com o *Field Code* de 1848, responsável pela unificação dos procedimentos de *equity* e *common law* no sistema americano.

Para os autores que advogam a absoluta prevalência da *equity* sobre a *common law* na conjuntura jurídica norte-americana nos últimos séculos (SUBRIN, 1987 p. 1000), a justificativa é que a jurisdição formalista e engessada perdeu espaço porque ficou conhecida por frustrar mudanças sociais, em especial pela ação das cortes federais de 1890 a 1935.

O avanço do realismo jurídico¹³⁶ e o empoderamento dos juizes¹³⁷ permitiu que estes desempenhassem um papel mais amplo na aplicação do direito, uma vez que o método lógico dedutivo e o formalismo no ato de julgar eram mal vistos (SUBRIN, 1987 p. 1001).

Neste cenário, a *equity* ganha força enquanto um sistema que, ao invés de se fundar na simples aplicação da lei e reivindicação de direitos postos, se vale de métodos irrestritos de fazer justiça com equidade.

Com o tempo, as regras da *common law*, que no século XIX representavam uma tentativa de restringir a quantidade de casos e permitir que os litígios fossem em sua maioria julgados pelo júri de leigos, foram sendo engolidas pela *equity* (SUBRIN, 1987 p. 1000).

adequar às regras federais, que estabelecem a estrutura do sistema federal de justiça.

¹³⁵ A palavra codificação (*codification*) teria sido inventada por J. Bentham. O autor inglês chegou a se oferecer para codificar o direito norte americano, e há relatos de que isso chegou a ser considerado por alguns estados, como a Pennsylvania. Ver T.F.T. Plucknett, 2010, p. 73

¹³⁶ Teoria que levantava questionamentos a respeito da capacidade da lei em prever situações e descobrir fatos.

¹³⁷ A edição das *Federal Rules* supostamente atribuiu aos juizes a prerrogativa de conter o avanço progressista. Ver Stephen Subrinn, op cit, p. 1000-1001.

1. INSTRUMENTOS E MEIOS PROCESSUAIS DO SISTEMA *COMMON LAW*

Realizado o esboço histórico simplificado que acompanhou o desenvolvimento do direito anglo-americano a partir do surgimento das primeiras noções de *common law* no reino da Inglaterra, importa analisar mais detidamente os instrumentos processuais das fases iniciais utilizados tanto no direito inglês como no norte-americano, uma vez que são eles os maiores responsáveis pelo encerramento preliminar de casos, relacionando-se estreitamente à proposta da pesquisa

3.1 OS MEIOS PROCESSUAIS DO DIREITO ANGLO-AMERICANO DO SÉCULO XX: SURGIMENTO, EVOLUÇÃO E REFORMAS

Quando se ocupa do estudo do *common law*, é preciso levar em consideração que a separação entre o direito processual e material nem sempre ocorreu -como ainda não ocorre- de forma tão categórica como se observa no *civil law*.

A tradição inglesa de criação do direito pelos juízes favoreceu a visão de que direito processual e material constituíam um mesmo plano nas relações jurídicas, algo que foi modificado somente com a codificação promovida tanto na Inglaterra quanto nos EUA no decorrer do século XIX.

O direito processual, na tradição do *common law*, costumava ocupar um *status* de proeminência, até que a separação se tornou a regra e os procedimentos passaram a ser encarados como matéria auxiliar.

Já vimos que, no desenvolvimento da ordem jurídica, o procedimento tem ocupado o posto de elemento principal e direito material o de elemento secundário, sendo que o processo sinaliza a criação do direito material. Mas no nosso direito, ou em qualquer outro lugar, a tendência é o enfraquecimento do direito processual e fortalecimento do direito material [...] o processo permanece como uma necessidade, mas chegou-se a conclusão de que o papel do procedimento é auxiliar. Na casa do direito, o processo deixa de ser a matriarca para se tornar a criada¹³⁸ (MILLAR, 1952, p. 4 *apud* MARCUS, 2008, p. 159).

¹³⁸ No original: *Ever do we see that procedure has been the major element, substantive law the minor in the growth of the legal order, and that procedure has been signally procreative of the substantive rule. But in our law, as elsewhere, the trend of development diminishes the place of procedure and enlarges that of substantive Law [...] Procedure remains a necessity, but men come to the understanding that the true role of procedure is an ancillary one. In the household of the Law procedure ceases to be the materfamilias and is now the handmaiden* (tradução livre).

Isso não significa dizer, necessariamente, que o processo civil perdeu importância no *common law*, mas é fato que o direito material deixou de ser uma consequência do estabelecimento das regras processuais pelos juízes.

A famigerada tradição inglesa de consolidar regras procedimentais estabelecidas pelos próprios juízes gerou inconvenientes em determinados períodos, culminando em períodos de intensa reforma.

O 'direito dos juízes' não favorecia a ocorrência de reformas radicais, apenas mudanças graduais e pontuais. Isto porque é difícil imaginar que os juízes pudessem enxergar traços de ineficiência e obsolescência em regras criadas por eles mesmos.

Atualmente, o sistema judicial inglês dispõe de formas mais sofisticadas de lidar com a tradição do *judge-made law* sem que isso cause desconforto pela falta de aceitação de reformas legislativas pelos juízes.¹³⁹

À medida que, no fim do século XVIII e início do Século XIX, pormenores processuais passam a ser encarados como obstáculos ao alcance do direito substancial, tomam corpo as primeiras reformas, realizadas pelas próprias cortes, sem, no entanto, obter grande sucesso¹⁴⁰(MARCUS, 2008, p. 160).

Graças a esta experiência malsucedida de reforma, ocorre uma quebra de tradição e acontecem as primeiras reformas conduzidas pelo parlamento inglês, que modificaram profundamente os procedimentos sem a preocupação em facilitar o cotidiano dos juízes¹⁴¹(MARCUS, 2008, p. 160).

A sequência de reformas relacionadas aos procedimentos na Inglaterra teve como ponto alto a edição do *Common Law Procedure Act* de 1852, das *Trinity Rules* de 1853 e dos *Judicature Acts* de 1873-1875, todos buscando evitar a paralisia causada pelo conservadorismo judicial.

Nos Estados Unidos, as reformas do século XIX também foram carreadas pelo legislativo, as mais significativas de forma codificada, promovendo a simplificação de procedimentos.

¹³⁹ Um bom exemplo disso são as *Practice Directions* (PD), orientações editadas por órgãos do próprio judiciário que regulamentam a aplicação da lei, especialmente nas ocasiões em que a legislação (*Civil Procedure Rules*) não seja suficiente. Ver Oscar Chase e outros, *Civil Litigation In Comparative Context*, 2017, p.18.

¹⁴⁰ Pelo contrário, a tentativa de reforma realizada pelas cortes mediante a chamada *Rules of Hilary Term*, em 1834, não foi bem recebida e piorou o problema do excesso de formalismos. Ver Richard L. Marcus, op cit, p. 160.

¹⁴¹ Em contrapartida, reformas promovidas pelo legislativo tinham pelo menos duas grandes desvantagens: a de não conhecer o cotidiano judicial e de estar mais sujeita a pressão política. Ver Richard L. Marcus, op cit, p. 160-161.

A experiência americana demonstra um impulso reformador que ocorre de baixo pra cima, ou seja, os movimentos de reforma partiam daqueles diretamente envolvidos com o sistema (MARCUS, 2008, p. 163). Neste período o direito americano já se encontrava divorciado de várias tradições inglesas,¹⁴² e desenvolvia uma identidade própria.

A variedade de sistemas judiciais herdados da matriz, não obstante, resultou também em uma variedade de sistemas procedimentais, agravado pela variedade de cortes estaduais oriundas do sistema federativo, que nos primeiros 150 anos contava com um governo central enfraquecido (MARCUS, 2008, p. 164).

O federalismo explica o porquê da necessidade de fortalecimento do poder central, afinal, se cada estado pode criar suas próprias regras processuais, a única solução para manter o sistema judicial sob controle é a criação de regras federais fortes que façam eco na maioria dos estados.¹⁴³

O *New York Field Code*, de 1848, como explicado em capítulo anterior, foi um diploma que regulamentou os procedimentos na esfera cível e estabeleceu regras que simplificavam os procedimentos e exigiam menos formalidades, em especial na fase inicial dos procedimentos judiciais.

Apesar de ter sido promulgado como código do estado de Nova Iorque, com abrangência neste estado específico da federação, a influência do referido diploma foi tão intensa que acabou sendo copiado por 27 outros estados, tornando-se o modelo padrão de legislação processual no país (HEPBURN, 1897, p. 88-89 *apud* SUBRIN, 1998, p. 696).

Segundo Subrin (1998, p. 696), após o advento da *common law* proveniente da matriz inglesa, o *Field Code* foi a mudança sistêmica procedimental mais impactante ocorrida nos EUA, tamanha foi sua influência no sistema de justiça.

Impossível não relacionar a onda reformadora que promoveu a edição do *Field Code* nos EUA em 1848 com a onda reformadora que culminou nos *Judicature Acts* na Inglaterra. Havia, nesse período, grande interação entre os autores ingleses e americanos.¹⁴⁴

¹⁴² Os americanos não adotaram do *common law*, por exemplo, o princípio de sucumbência dos honorários pelo perdedor, criando um sistema próprio, a “*american rule*” para regulamentar o sistema de despesas com advogados e demais honorários. Ainda, estabeleceram a garantia constitucional de julgamento pelo júri em casos cíveis, costume abandonado pelos ingleses ainda no século XIX.

¹⁴³ Durante a maior parte do tempo ocorreu justamente o contrário, as regras federais é que seguiam as regras dos estados. Ao mesmo tempo que causava confusão no sistema e tornava a padronização impossível, facilitava a vida dos advogados nos estados, que não precisavam se adequar às regras federais.

¹⁴⁴ O estudo de obras de autores ingleses foi inaugurado ainda no século XVIII com a disseminação da obra de William Blackstone, em especial *Commentaries on the Laws of England*, de 1765. Ver Oscar Rabasa, *El Derecho Angloamericano*, 1982, p. 124. Posteriormente, Jeremy Bentham, que havia sido aluno e crítico de Blackstone, influenciou a onda codificadora tanto na Inglaterra como nos EUA. A própria existência do termo “codificação” é atribuída a Bentham.

Os fundamentos reformadores nos dois países tinham características semelhantes, *e.g.*, diminuição da rigidez nos requisitos legais dos pedidos em juízo (*pleadings*) e substituição das regras de *common law* estabelecidas pelos juízes por regras de direito material codificadas estabelecidas pelo legislativo (MARCUS, 2008, p. 164).

David Dudley Field, o “pai” do *Field Code* nos EUA, logrou êxito em desenvolver, juntamente com outros comissários, um código que, embora concebido por influência da onda reformadora na Inglaterra, foi baseado, sobretudo, em sua experiência como advogado nos Estados Unidos.

A resistência imposta pelos juízes de primeiro grau ao *Field Code* demonstra que, em razão da tradicional visão conservadora das cortes, qualquer reforma imposta pelo legislativo só seria realmente efetiva se contasse com o apoio massivo do judiciário (MARCUS, 2008, p. 164).

O primeiro diploma reformador significativo nos EUA foi o *Rules Enabling Act* de 1934, que autorizava a Suprema Corte a promulgar regras de prática e procedimento nas cortes federais em substituição às regras estaduais que até então eram ali aplicadas.¹⁴⁵

A Suprema Corte incumbiu um grupo de professores e advogados liderados pelos professores Charles Clark (de Yale) e Edson Sunderland (de Michigan) da atribuição de estruturar essas regras. A referida comissão não contava com juízes (MARCUS, 2008, p. 165-166).

A autorização concedida à suprema corte resolveu o problema gerado pela confusão de regras processuais entre as jurisdições estaduais e federal. Porém, a comissão foi além e, estimulada pelo ímpeto de Charles Clark, iniciou uma série de reformas mais agressivas, tendentes a flexibilizar o padrão de exigência dos *pleadings*, conforme pode ser observado no estudo desenvolvido no capítulo sobre *pleadings* 3.1.4.

Esta onda de reformas no direito processual americano em meados do século XX teve seu ápice com a profunda transformação causada pela edição das *Federal Rules of Civil Procedure* em 1938.

Os dispositivos das *federal rules* avançaram no quesito simplificação de procedimentos, enterrando de vez os requisitos excessivamente técnicos dos *pleadings* e adotando um conjunto revolucionário de meios de prova chamado *discovery*.

¹⁴⁵ Esta autorização está expressa no United States Code, Título 28, parte V, Capítulo 131, Seção 2072 (28 U.S.C. §2072). Disponível em <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/2072>

3.1.1 O Surgimento e Desenvolvimento da *Discovery* na Inglaterra

O surgimento da *discovery* remete ao direito inglês, mais precisamente à *equity* (largamente estudada nesta tese no capítulo 2.2), jurisdição que concedia ao *chancellor* a prerrogativa de determinar a produção de documentos, num procedimento chamado *discovery of documents*.¹⁴⁶

A lógica da *Discovery* -e daí seu impacto revolucionário- permite que as partes, antes da fase de julgamento, tenham acesso aos documentos e informações que constituem o caso da parte adversa, revelando reciprocamente as características mais fortes e fragilidades do caso.

Estas são características da *discovery* inglesa que, embora tenha sido tradicionalmente aplicada durante séculos pelas cortes de *chancery*, somente foi disponibilizada oficialmente em todas as instâncias da *High Court* a partir da edição dos *Judicature Acts* em 1873-75 (KINDER-GEST, 1997, p. 483).

Os idealizadores dos *Judicature Acts* projetaram uma combinação de dispositivos que já haviam sido utilizados pelas cortes de *equity* e *common law* no passado. O objetivo era obter os benefícios dos princípios mais amplos aplicados nas cortes de *chancery* e combiná-los com a simplicidade dos métodos do *common law* (ROSENBAUM, 1915, p. 58).

A *discovery* inglesa sob os *Judicature Acts* de 1875 permitia que, logo após o intercâmbio de *pleadings*¹⁴⁷, qualquer uma das partes pudesse entregar ao oponente uma lista de perguntas, sob um documento chamado *interrogatory*, para serem respondidas sob juramento, sob pena de aplicação de penalidades previamente dispostas na legislação (RAGLAND, 1932, p. 18).

A *discovery* desenvolvida na Inglaterra – que passou a se chamar *disclosure* a partir da edição das *Civil Procedure Rules* em 1998- é um método pelo qual uma parte pode ser obrigada a revelar para a parte oponente, para o juízo ou mesmo para terceiros em algumas ocasiões, todo o conjunto probatório que sustenta seu pedido ou defesa, seja ele documental, oral ou real.

O procedimento é tal que o juízo determinará que a respectiva parte disponibilize antecipadamente uma lista dos documentos que detenha em seu poder e permita que a parte

¹⁴⁶ Importante ressaltar que os procedimentos mais sofisticados da *equity* inglesa, como é o caso da *discovery*, foram desenvolvidos a partir do século XIV. Ver Patricia Kinder-Gest, *Droit Anglais, Institutions Politiques et Judiciaires*, 1997, p. 233-235 e 483.

¹⁴⁷ O intercâmbio de *pleadings* significa dizer que a parte autora apresentou formalmente seus pedidos iniciais e a parte ré respondeu dentro do prazo com seu *pleading* de defesa especificando a linha de defesa que pretende adotar durante o trâmite processual.

oponente os analise, inspecione e obtenha cópias dos mesmos. Se a parte acredita que o oponente esconde algum documento ou prova, pode requisitar ao juízo ordem para que a parte adversa produza esses documentos (KINDER-GEST, 1997, p. 483).

Importante frisar que a documentação a ser disponibilizada nesta fase inclui não somente as provas constitutivas do caso de quem as revela, como também aquelas que lhe possam ser prejudiciais pelo fato de fortalecer o caso da parte contrária (SIME, 2002, p. 283).

A prova desempenha um papel central no procedimento judicial, e a regulamentação da sua utilização pode ser determinante na qualidade do direito obtido da análise probatória, daí a importância da *discovery* no *pretrial*, pois joga luz às provas e impede o jogo processual desonesto e descomprometido.

[*disclosure*] contribui para a abordagem ao estilo “cartas na mesa” introduzida nos anos 1990 bem como o alcance do mérito judicial. Promove ainda a paridade de armas ao permitir acesso recíproco às provas. Facilita o acordo ao permitir que as partes conheçam o ponto forte do conjunto probatório do oponente[...]promove ainda economia processual ao reduzir a probabilidade das partes serem surpreendidas em julgamento por provas desconhecidas[...] e mesmo quando não chega a um acordo, torna a questão mais restrita e permite que a corte promova um julgamento mais célere¹⁴⁸ (CHASE, 2017, p. 22).

A *discovery* inglesa permite que sejam formuladas questões por escrito para serem respondidas pela parte adversa sob juramento, e cujas respostas servirão como prova a ser utilizada por ocasião do julgamento. Alguns documentos estão protegidos pelo privilégio garantido pela natureza da relação.¹⁴⁹

Como dito acima a partir da entrada em vigor das *Civil Procedure Rules* (CPR) em 1999, a *documentary discovery* passa a ser chamada *disclosure*. Independente do tipo de caso cível em que seja aplicada¹⁵⁰, a natureza da *discovery* inglesa (*disclosure*) é a mesma, qual seja, disponibilizar provas relevantes e admissíveis desde as fases mais prematuras do procedimento até a fase de julgamento (CHASE, 2017, p. 27).

¹⁴⁸ No original: *It thus facilitates the ‘cards on the table’ approach to litigation introduced in the 1990s as well as the achievement of justice on the merits. It also serves to promote equality of arms through providing equal access to evidence. It facilitates settlement by enabling parties to assess the strength of their and their opponent’s evidence [...] It also promotes procedural economy by reducing the prospect that parties will be surprised at trial by evidence they have not previously seen, [...] And even where a claim does not settle, where disclosure enables an issue or issue to be resolved it narrows the dispute thus enabling the court to deal with the trial more expeditiously* (tradução livre).

¹⁴⁹ Como é o caso do privilégio reservado às informações tratadas entre cliente/advogado e documentos de interesse público em geral

¹⁵⁰ É muito comum a utilização de *disclosure* nos casos de responsabilidade por danos (*tort*), ou disputas contratuais.

Encerrada esta fase sem desistência ou acordo¹⁵¹, a corte, ao receber do demandante o *summons for directions*¹⁵², tem a última oportunidade de realizar adequações e requisições antes do julgamento, o que pode demorar um bom tempo para acontecer.¹⁵³

Na fase de julgamento, que é público, as partes não são representadas pelo *solicitor*¹⁵⁴, mas sim pelo *counsel*, que é um *barrister*¹⁵⁵ que acompanhou o caso e o apresentará perante o juiz de acordo com as orientações do *solicitor*.¹⁵⁶

O *counsel* efetivamente representará o demandante na fase de julgamento, promovendo as alegações inaugurais perante a corte, o que configura um momento de suma importância no julgamento, já que o juiz não conhece o caso.

Tradicionalmente, um juiz inglês, ao se apresentar para presidir um julgamento, sabe apenas o nome das partes, isso porque os *pleadings* estão impressos em sua mesa. O *counsel* é responsável por expor o caso em plenitude, lendo os *pleadings*, adiantando o que dirão as testemunhas em seus depoimentos e manifestando o ponto de vista de seu cliente (KINDERGEST, 1997, p. 486).

Esta realidade, que costumeiramente compreendia a ignorância do juiz sobre o caso como uma virtude que o impediria de ser previamente convencido pela tese de uma das partes, foi sensivelmente alterada ainda nos anos 1990, resultados das profundas reformas levadas a efeito no sistema inglês.

De início, o juiz incumbido de presidir o trial não tinha acesso, antes desse momento, a peças processuais; partia-se da premissa de que ele devia chegar à sessão de julgamento sem prévio conhecimento do assunto, a fim de conjurar o risco de que sua mente, em vez de ficar aberta às impressões colhidas ao vivo no trial, já sofresse alguma inclinação prematura (BARBOSA MOREIRA, 2003, p. 59).

O julgamento é um ato uno, concentrado e contínuo que pode levar horas ou meses. Isso significa que o ato não se fraciona -salvo por ocasiões muito especiais-, não é interrompido e nem intercalado por outros julgamentos.

¹⁵¹ As desistências e acordos são muito comuns nesta fase, haja vista que após a revelação de provas as partes conseguem prever com mais clareza as possibilidades de um julgamento favorável ou não.

¹⁵² Ao ingressar com o *summons for directions*, o demandante informa à corte que as partes estão prontas para a fase de julgamento, e esta tomará as medidas necessárias para o início do julgamento, qual seja, determinar alguma providência ou a inclusão do julgamento em pauta. Ver Non Contentious Probate Rules de 1987, 44 (6), disponível em <http://www.legislation.gov.uk/uksi/1987/2024/body/made>

¹⁵³ Dados da década de 1990 (1996, período anterior às Woolf reforms) revelam que a média de tempo entre o pedido inicial e o início do julgamento era de 179 semanas (1.253 dias), e a média entre o período pré-julgamento (pretrial) e o início do julgamento é de 44 semanas (308 dias). Ver Patrícia Kinder-Gest, op cit, 1997, p. 483.

¹⁵⁴ Que é o advogado que efetivamente acompanha os trâmites mais básicos do caso mas não tem autorização para atuar perante as cortes no julgamento

¹⁵⁵ Classe específica de advogado autorizado a atuar perante a corte no julgamento.

¹⁵⁶ Este acompanhamento é, na verdade, uma formalidade, não significa que o *counsel* tenha contato constante com as partes ou que tenha conhecimento dos detalhes do caso. A função do *counsel* é a comunicação com a corte onde atuará durante o julgamento.

Voltando à fase de revelação de documentos do sistema inglês, é proveitoso destacar que, apesar das inúmeras semelhanças com a *disclosure* prevista na regra nº 26 das *Federal Rules of Civil Procedure*, ela não pode ser comparada à fase *discovery* do sistema norte-americano como um todo. A *discovery* nos EUA desenvolveu vários outros mecanismos de produção de provas que vão muito além da mera revelação de informações e documentos nas fases preliminares, estas sim, presentes nos dois sistemas chamada *disclosure*.¹⁵⁷

As reformas da justiça inglesa ocorridas nos anos 1990, bem como a subsequente regulamentação das fases preliminares por orientações regulamentares e protocolos, concentraram esforços no estabelecimento de diálogos obrigatórios entre as partes tendentes a oportunizar a solução conciliatória e/ou difusão dos métodos alternativos de solução de conflitos (ADR).

Neste contexto, a *disclosure* passou a compor uma fase em que outros métodos e mecanismos passaram a ser aplicados, como é o caso dos *Pre Action Protocols*.¹⁵⁸ A interação desses mecanismos nas fases iniciais passou a ser conduzida pelo juiz, que ganhou incumbências mais globais em relação ao *case management*.

A revelação de documentos na fase *disclosure* segue a lógica de que serão apresentados os documentos em poder das partes independente de servirem como fundamento ou de atingirem negativamente o caso do autor ou do réu.¹⁵⁹ Alguns documentos específicos devem ser obrigatoriamente apresentados quando for exigência de uma *Practice Direction* à qual estiverem submetidas as partes em litígio.¹⁶⁰

Apesar de existirem outras modalidades de *disclosure* além do formato padrão (*standard disclosure*), a regra processual prevista nas *Civil Procedure Rules* (CPR Part 31) determina que ela seja utilizada nos casos em que não existe uma regulamentação específica prevista nas *Practice Directions*.¹⁶¹

A formatação do ordenamento inglês permite que as regras processuais aplicadas aos casos sejam desenvolvidas pelas cortes de justiça especializadas, em procedimento conjunto

¹⁵⁷ A *discovery* nos EUA inicia-se com a fase de revelação obrigatória de documentos e informações (*disclosure*) e posteriormente permite a produção de provas orais (*deposition*), escritas (*interrogatory*) e periciais (*physical and mental examination*). Ver Title V. *Disclosures and discovery*, Rule 26-37

¹⁵⁸ Ver capítulo 4.6 que trata dos PAP's

¹⁵⁹ Civil Procedure Rules Part 31.6 (b)(i)(ii)(iii).

¹⁶⁰ Civil Procedure Rules Part 31.6 (c). As *Practice Directions* estão melhor examinadas no cap 3.2.4.2 deste trabalho, que trata dos *Pre-Action Protocols* (PAP's)

¹⁶¹ A regra faz uma distinção entre procedimentos que chama de *Fast Track Claims* e *Multi Track Claims*, que funcionam como equivalentes do procedimento sumário e ordinário. O procedimento *Fast Track Claims* é utilizado para casos com valor até 25 mil libras, e o procedimento *Multi Track Claims* é utilizado para casos com valor maior que 25 mil libras ou menores que isso com grau de complexidade que exija mais de um dia de julgamento perante a corte. Informação disponível em <https://www.claims.co.uk/personal-injury-claims/guide/court-tracks>. Acesso em 08 jun 2019.

com os usuários e obedecendo as leis aplicáveis. As regras desenvolvidas pelos usuários acabam interferindo na aplicação da lei. Os casos de evidente incerteza, ambiguidade ou confusão na aplicação das regras são resolvidos pela jurisprudência.

O funcionamento da *disclosure* no sistema processual inglês se dá de maneira bastante simples, seguindo o trâmite previsto no CPR, segundo os seguintes parâmetros gerais: a) as partes afirmam a existência de um documento (Part 31.2); b) a parte oponente, em regra, pode inspecionar o documento apresentado pela outra parte (Part 31.2); c) tanto o juízo, de ofício, como as partes, de forma negociada, podem limitar ou dispensar a *disclosure* (Part 31.5(1)(b)(c)); d) até 14 dias antes da primeira audiência¹⁶² a parte deve preencher um relatório, comprometendo-se a dizer a verdade, contendo informações sobre existência e localização dos documentos relevantes para o caso, bem como os custos envolvidos na revelação de tais documentos; e) em até 7 dias antes da primeira audiência, as partes devem, pessoalmente ou por telefone, discutir as opções e chegar a um acordo sobre como se desenvolverá a revelação dos documentos tendentes a alcançar o melhor resultado objetivo do procedimento (Part 31.5(5)); f) se as partes chegarem a um acordo e o juízo concordar com os seus termos, ele pode cancelar a audiência e determinar as medidas de acordo com o que ficou estabelecido (Part 31.5(6)(a)(b)); g) após realizada a audiência, se esta tiver se realizado, o juiz tem a sua disposição uma série de medidas tendentes a alcançar o objetivo da *disclosure*, desde a limitação ou dispensa do procedimento até ordens específicas para que as partes apresentem documentos determinados (Part 31.5(7) e (8)); h) Para determinar quais documentos serão objeto de *disclosure*, serão considerados os seguintes fatores: quantidade de documentos, natureza e complexidade do procedimento, o nível de dificuldade para obter ou recuperar o documento e a importância do documento (Part 31.7(2)); i) o dever de revelação prevalece na constância do procedimento, i.e., se um documento que não estava em poder da parte no momento da especificação agora estiver, deve ser revelado; j) é possível a aplicação da *disclosure* em momento anterior ao início do procedimento¹⁶³(Part 31.16); k) a *disclosure* pode ser aplicada a quem não é parte (Part 31.17); l) uma parte pode se recusar a revelar um documento ou submetê-lo a inspeção sob alegação de danos ao interesse público (Part 31.19 (1) e (3)); m) se a parte deixar de revelar ou permitir a inspeção de um documento, não poderá

¹⁶² Esta audiência é chamada *case management conference*, prevista em Civil Procedure Rules Part 35.5(3).

¹⁶³ No sistema dos EUA a referida fase pré-procedimento é chamada de *presuit*, e é utilizada em relação à *discovery* nos estados, conforme pode se observar no capítulo 4.7.2 deste trabalho. A regra processual inglesa prevê este procedimento em relação à *disclosure*, entretanto, não utiliza o termo *presuit*.

utilizá-lo em seu favor (31.21); n) A falsidade da declaração inicial das partes a respeito dos documentos sujeitos a *disclosure* pode ser punida mediante *contempt of court* (Part 31.21).¹⁶⁴

Os documentos que devem obrigatoriamente ser apresentados pelas partes são aqueles que estejam ou tenham estado sob sua posse ou controle. Isso significa que o documento deve estar ou ter estado sob sua posse física, sob seu alcance ou que tenha posse por direito, bem como aqueles que tenha o direito de inspecionar ou extrair cópias.¹⁶⁵

Em relação à possibilidade da utilização da *disclosure* na fase pré-processual no ordenamento inglês, ela obedece regras similares aos critérios da produção antecipada de provas no sistema brasileiro.¹⁶⁶ Enquanto na antecipação de provas brasileira os critérios se dividem entre a necessidade de produção cautelar para não perder a prova e a possibilidade de se evitar ajuizamento da ação ou promover a conciliação, os critérios para revelação de provas mediante *disclosure* no sistema inglês obedecem 3 quesitos, quais sejam: a justa disponibilização dos procedimentos antecipatórios; colaborar para que o litígio seja resolvido sem a necessidade de procedimento judicial e; economia de despesas.¹⁶⁷

Recentemente a justiça inglesa ratificou, mediante decisão nos casos *Fundo Soberano v. dos Santos*¹⁶⁸ e *Galagaev v. Ananyev*¹⁶⁹, o posicionamento pela obrigatoriedade da aplicação da *disclosure* de forma absoluta e franca para as partes e advogados, independente de notificação.¹⁷⁰

Em um dos casos referidos, *Fundo Soberano v. dos Santos*, a mais significativa decisão sobre o tema, revelou-se o recente entendimento de uma corte inglesa, mais especificamente do juiz Popplewell¹⁷¹ em julgamento realizado em 16 de agosto de 2018, e reafirmou-se a importância das partes procederem à revelação prévia e mútua de documentos relacionados ao caso.

A corte entendeu que a falha no cumprimento desta obrigação processual de forma automática, ou seja, sem necessidade das partes preencherem um requerimento para que o

¹⁶⁴ O *Contempt of Court* é o equivalente aos “atos atentatórios à dignidade da justiça”, previstos em diversos dispositivos processuais do ordenamento brasileiro.

¹⁶⁵ Civil Procedure Rules Part 31.8. Duty of disclosure limited to documents which are or have been in a party’s control.

¹⁶⁶ CPC/2015 artigo 381 incisos I, II e III

¹⁶⁷ Civil Procedure Rules Part 31.16(3)(d)

¹⁶⁸ *Fundo Soberano de Angola & Ors v. José Filomeno dos Santos & Ors* [2018] EWHC 2199 (Comm). Case n°: CL-2018-000269

¹⁶⁹ *Galagaev & Ors v. Ananyev & Ors* (2018) QBD (Comm)

¹⁷⁰ O termo original utilizado é *full and frank disclosure*, dando a entender que a revelação nesta fase deve ser absoluta.

¹⁷¹ Mr Justice Popplewell é juiz da High Court of England and Wales. A decisão em comento se deu em processo que tramitava perante a Commercial Court, de jurisdição especializada.

oponente faça a exibição específica da informação ou do documento, deveria gerar uma punição, que no caso foi o congelamento de um fundo no valor de 3 bilhões de dólares.

O juiz Popplewell, ao motivar sua decisão, alegou que os requerentes descumpriram o dever de revelação absoluta de informações e devida apresentação dos fatos em audiência ocorrida em abril de 2018. Esta decisão estabeleceu um importante precedente a respeito do dever de revelação de provas na fase preliminar, chamado *duty of full and frank disclosure*.¹⁷²

Em sua argumentação por ocasião do julgamento do caso em comento, o juiz Popplewell, da corte especializada em comércio da *High Court*, reforçou os deveres das partes e dos advogados perante as partes na aplicação da *disclosure*:

O dever de revelação não é restrito aos advogados somente, mas aos próprios requerentes. É dever da equipe de advogados se certificar de que os clientes leigos estejam cientes do dever de revelação plena e absoluta de documentos e informações, e o que isso significa na prática do caso em debate; eles devem exercer um nível de supervisão que garanta que este dever está sendo de fato cumprido.¹⁷³

O outro evento que denota este posicionamento da justiça inglesa sobre a aplicação da *disclosure* é o caso *Galagaev v. Ananyev*, em julgado igualmente recente de 2018. Neste conhecido caso, investidores de um banco russo alegaram que tiveram seus ativos transferidos de forma irregular pelo banco e que isso teria lhes causado prejuízos financeiros.¹⁷⁴

A princípio, foi concedida uma ordem de congelamento de fundos do banco, no sentido de evitar que os ativos desvanecessem, causando prejuízo permanente aos investidores. Posteriormente, a parte atingida pelo bloqueio alegou que o autor falhou ao deixar de apresentar ao juiz a informação e documentação que comprovava que a transferência dos fundos era uma exigência do banco central russo, e não uma liberalidade do banco.

Neste caso, o juiz Males concluiu que, apesar da falha em revelar documentos e informações na fase *disclosure* não ter sido um ato deliberado da parte, esta falha não permitiu que a corte tivesse pleno conhecimento de questões potencialmente importantes que

¹⁷² O dever das partes de revelação franca e absoluta

¹⁷³ No original: “the duty is not confined to the applicant’s legal advisers but is a duty which rests upon the applicant itself. It is the duty of the legal team to ensure that the lay client is aware of the duty of full and frank disclosure and what it means in practice for the purposes of the application in question; and to exercise a degree of supervision in ensuring that the duty is discharged” (tradução livre). [2018] EWHC 2199 (Comm), p. 21

¹⁷⁴ Por se tratar de decisão não publicada pela High Court, as informações referentes a este caso foram coletadas em diversos sites especializados e análises realizadas por advogados a respeito das decisões da High Court. Ver <https://www.latham.london/2018/09/english-high-court-confirms-the-strict-duty-of-full-and-frank-disclosure/>; <http://theinjunctionsblog.com/galagaev-ors-v-ananyev-ors-2018-qbd-comm/>; importantes informações foram extraídas do artigo do advogado (barrister) Giles Wheeler em <https://www.linkedin.com/pulse/duty-full-frank-disclosure-without-notice-two-recent-giles-wheeler>.

poderiam influenciar o tramite processual e o julgamento, especialmente em relação ao congelamento de fundos obtido de forma liminar.

O que chama bastante atenção neste caso é o fato de que, apesar de admitir que as informações a respeito da transação e a circunstância da regra oriunda do banco central tenham sido devidamente reveladas pela parte, o juiz entendeu que não foram suficientemente esclarecidas, i.e., não foi dado o devido destaque à esta informação pela parte que a revelou.

As decisões dos juízes nos dois casos denotam a seriedade com que as cortes inglesas apreciam a revelação -nestes casos a omissão- de qualquer informação, documento ou dados que potencialmente possam interferir no julgamento. A justiça não espera apenas que a parte revele o que detém, mas que colabore para que o juízo tenha acesso à totalidade das provas, sob pena de sanções bastante severas, como as acima descritas.

As duas decisões, cada uma a seu modo, revelam que, no entendimento da corte inglesa, as partes não devem simplesmente revelar os documentos e informações de forma genérica e presumir que o juízo encontrará, em meio a diversos documentos, as informações que são mais relevantes para o caso. A obrigatoriedade da *disclosure* vai além disso, ela exige que as partes destaquem, em meio ao que foi revelado, o que há de mais relevante para a tomada de decisão.

Tanto a previsão legal do ordenamento inglês alusiva à *disclosure* como decisões jurisprudenciais recentes reforçam a ideia de obrigatoriedade e das consequências de violação deste dever para as partes e para os advogados. Esta abordagem demonstra uma evidente predileção do *common law* inglês pelo acesso irrestrito e recíproco das partes às provas, bem como a severa punição a que estão submetidas em caso de descumprimento dessas premissas.

O professor Adrian Zuckerman (1981, p. 248) acredita que, face a importância conferida ao acesso recíproco às provas pelas partes, este deveria ser reconhecido como um direito constitucional. O dever das partes exporem perante a corte e reciprocamente as provas e todos os materiais relevantes sobre o caso é um princípio fundamental da administração da justiça.

É princípio fundamental da administração da justiça que as partes possam trazer perante o juízo todas as provas relevantes relacionadas ao seu caso e solicitar à parte contrária que da mesma forma produza tais provas. Este direito deriva do direito a um julgamento justo e equilibrado. Sem isso, a eficácia dos direitos materiais seria reduzida e se tornaria incerta. Este princípio- que pode ser chamado de princípio ao livre acesso às provas- tem, portanto, importância constitucional e guarda estreita relação com o direito fundamental de acesso à justiça de forma geral.¹⁷⁵

¹⁷⁵ No original: *it is a fundamental principle in the administration of justice that parties to litigation have a right to bring before the court all evidence relevant to their case and to call on others to produce such evidence as they may have. This right is derivative from the right to equal and just trial. Without it the efficacy of substantive rights would be much reduced and rendered uncertain. This principle- which may for convenience*

O chamado direito às provas, ou o acesso às provas, decorre do direito a um julgamento justo, e sua ausência compromete a eficácia dos direitos materiais discutidos. O princípio idealizado pelo autor, ao qual chama princípio do livre acesso às provas¹⁷⁶ é de fundamental importância e guarda relação direta com o direito constitucional de acesso à justiça.¹⁷⁷

Este argumento ganhou relevo com o *Humans Right Act* de 1998, que incorporou ao ordenamento inglês o artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que prevê, em suma, que o direito a um julgamento justo pressupõe necessariamente o acesso às provas. (DENNIS, 1999, p 264)

O dever das partes em revelar as provas sob seu domínio, ou seja, posse física ou no âmbito de sua influência, é instituto sólido no direito inglês e deve, conforme já restou claro da legislação e sua interpretação jurisprudencial, ser exigido de imediato e independente de requerimento ou ordem judicial.¹⁷⁸

Existe inclusive um princípio que sustenta a proibição absoluta do sigilo, retenção ou mesmo atraso na revelação dos dados mantidos indevidamente, conforme se observa no precedente *Edwards v. United Kingdom*¹⁷⁹, que demonstra que a não revelação é considerada uma grave falha de comportamento perante a corte.

Existe, no entanto, um risco a ser considerado quando se trata do dever das partes revelarem provas e informações sob seu domínio. Segundo Dennis (1999, p. 265), a legislação confiou às partes o dever de produzir e revelar reciprocamente as provas sob seu domínio, mas ao não proporcionar às partes os meios para acessarem estas provas, estar-se-á diante da possibilidade de julgamentos injustos.

Para evitar que isso ocorra, a legislação atinente à *disclosure* deve ser rígida o suficiente -e a atual legislação o é- para que nenhuma das partes tenha a possibilidade de omitir provas. As decisões acima examinadas demonstram que o sistema vem se atento a esta possibilidade com bastante eficiência.

be termed the principle of unimpeded access to evidence- is therefore of cardinal constitutional significance and bears close relation to the constitutional right of unimpeded access to the courts generally (tradução livre).

¹⁷⁶ O termo utilizado pelo autor é *unimpeded access to evidence*, traduzido como princípio do livre acesso às provas, considerando os termos utilizados no direito brasileiro que melhor traduzem o espírito do princípio.

¹⁷⁷ Da mesma forma, buscou-se uma expressão equivalente e apropriada para traduzir a importância do princípio, que no original foi chamado pelo professor Adrian Zuckerman de *constitutional right of unimpeded access to the court generally* (tradução livre).

¹⁷⁸ Conforme interpretação pela High Court sobre o dispositivo Part 31 da Civil Rules Procedure nos casos *Fundo Soberano v. dos Santos e Galagaev v. Ananyev*, julgados em 2018.

¹⁷⁹ No caso *Edwards v. United Kingdom*, (1992, 15 EHRR, 417), a acusação falhou em revelar para a defesa antecipadamente as provas referentes a casos disciplinares em que testemunhas policiais estavam envolvidas com falsificação de provas, e que detinha sob seu domínio.

3.1.2 *Discovery* nos EUA

Nos Estados Unidos, as fases *pretrial* e *trial* seguem uma lógica semelhante, entretanto, os instrumentos desenvolvidos na fase *pretrial*, especialmente durante a *discovery*, avançaram neste país de maneira mais aprimorada do que ocorreu na Inglaterra.

Na primeira metade do século XIX, as cortes dos EUA adotaram, com pequenas diferenças, os padrões gerais da *discovery* desenvolvida nas cortes inglesas. O procedimento, no entanto, era moroso, caro e problemático (TEPLY; WHITTEN, 2000, p. 738).

Sob a jurisdição das cortes de *common law* o procedimento era subutilizado, pois havia muitas proibições. Por esta razão, e buscando evitar a fuga de casos para as cortes de jurisdição *equity*, que sempre teve características mais flexíveis, os estados passaram a promover reformas que permitiam a ampliação dos instrumentos da *discovery*¹⁸⁰ (TEPLY; WHITTEN, 2000, o. 738).

Ao emprestar características de instrumentos de *discovery* desenvolvidos tanto internamente nos estados¹⁸¹ como no direito estrangeiro, o professor Sunderland¹⁸² logrou elaborar um sistema bem formatado como nunca visto, que obteve receptividade imediata nas cortes federais (MARCUS, 2008, p. 165-166).

Para Sunderland, um sistema que permitia segredos e dissimulações nas fases iniciais, fazia prosperar nas cortes muitas ações e defesas inconsistentes, fraudulentas e fictícias, bem como causava surpresa e confusão na fase de julgamento (SUBRIN, 1998, p. 691).

Os teóricos que aperfeiçoaram e adaptaram esse sistema pretendiam, à época, obter apoio para estabelecer uma maior flexibilização tanto em relação aos requisitos de *pleadings* como da chamada liberal *discovery*.

Neste contexto, a flexibilização das regras da *discovery* é tanto mais importante quanto delicada, afinal, lidar com regras probatórias impacta diretamente no resultado material. Não obstante a liberdade probatória seja útil para alcançar a verdade dos fatos, o

¹⁸⁰ Um diploma processual de 1828 do estado de Nova Iorque, utilizando regras comuns da jurisdição *equity*, permitia que as partes fizessem requerimentos de produção de documentos mutuamente visando fundamentar um *pleading* ou se prepararem para o julgamento. Ver Robert W. Millar, *Civil Procedure of the Trial Court in historical perspective*, 1952, p. 221. O estado da Virginia tinha, em 1831, leis processuais que permitiam que as partes enviassem questões escritas mutuamente, os chamados interrogatórios. *Idem*, p. 205.

¹⁸¹ Os estados, por sua autonomia legislativa para criar regras de direito processual, já implantavam regras mais avançadas em relação aos instrumentos da fase *pretrial*, algumas delas eventualmente foram adotadas pela legislação federal. As regras federais, por sua vez, também influenciavam a legislação dos estados que ainda não haviam adotado as regras desenvolvidas em outros estados.

¹⁸² Já referido anteriormente, o professor de Michigan Edson Sunderland, juntamente com Charles Clark, de Yale, foram apontados pela suprema corte para estruturar as reformas que se iniciaram com a *Rules Enabling Act* de 1934 e que culminou na edição das *Federal Rules of Civil Procedure*, de 1938.

excesso de liberdade pode ser uma armadilha.¹⁸³ Talvez por isso tenha havido tanta resistência para transformar a *discovery* limitada do *Field Code* na *discovery* ampliada das *Federal Rules*.

Anteriormente à promulgação do *Rules Enabling Act* em 1934, houve um período de vinte e três anos de debates encabeçados pela ABA (*American Bar Association*) (BURBANK, 1982, p. 1948-98), em que a *discovery* foi completamente ignorada. (SUBRIN, 1998, p. 692).

Uma das perguntas que este trabalho pretende responder é: quais instrumentos do *common law* poderiam ser utilizados para melhorar o sistema de administração de justiça brasileiro. A resposta parece ter sido encomendada a Sunderland:

É provável que nenhum procedimento processual ofereça maior oportunidade de melhora na eficiência na administração da justiça do que a *discovery* antes do julgamento[...] Grande parte da demora na preparação do caso, do esforço perdido durante o trâmite do julgamento, e grande parte da incerteza do resultado deriva da necessidade dos demandantes e seus advogados em conhecer a real natureza das respectivas causas e os fatos que as fundamentam¹⁸⁴ (RAGLAND, 1932, preâmbulo).

Se o sistema permite que partes e advogados ocultem ou dissimulem provas perante seus oponentes e ao próprio juízo, então ele é responsável pela conseqüente falta de compreensão destas mesmas partes e advogados a respeito do mérito discutido.

Mais do que isso, o sistema que permite essa dissimulação é responsável pela forma inadequada com que as partes frequentemente apresentam seus casos perante a corte e, por conseguinte, falham em controlar a influência que têm sobre o julgamento final.

Com isso em mente, Sunderland começou a esboçar as regras da *discovery* ainda em 1935¹⁸⁵, período em que, nas cortes federais, tanto nos casos de *equity* como de *law*, a utilização da *discovery* era absolutamente reduzida (SUBRIN, 1998, p. 698).

Dentre as alterações mais significativas que as *Federal Rules* (1938) trouxeram para a *discovery*, está a possibilidade da realização de *oral depositions*¹⁸⁶ sem a presença de um oficial da corte, ou seja, não há autoridade presente para estabelecer critérios de objeção e limitar as questões (SUBRIN, 1998, p. 703).

¹⁸³ Diz-se armadilha pois, uma vez que a produção de provas é livre e os limites são poucos, partes de má-fé podem tornar o procedimento confuso ao requerer produção de provas inúteis ou em excesso

¹⁸⁴ No original: It is probable that no procedural process offers greater opportunities for increasing efficiency of the administration of justice than that of *Discovery* before Trial [...] Much of the delay in the preparation of a case, most of the lost effort in the course of the trial, and a large part of the uncertainty in the outcome, result from the want of information on the part of litigants and their counsel as to the real nature of the respective claims and the facts upon which they rest (tradução livre)

¹⁸⁵ Esses esboços viriam a ser os artigos 26 a 37 das federal Rules of Civil Procedure, regras, que perduram desde então.

¹⁸⁶ Optamos por não traduzir a expressão *deposition* pela simples razão de seu significado não ter um correspondente exato no direito brasileiro. O depoimento pessoal de testemunhas é o que mais se aproxima, porém, diferente do que ocorre no *deposition*, o depoimento é ato realizado obrigatoriamente na presença e sob a presidência e condução do magistrado.

Este tipo de liberdade permitia que os advogados das partes conduzissem o ato de acordo com o rumo que pretendiam encaminhar o caso.¹⁸⁷ A ausência do oficial da corte foi uma prerrogativa estabelecida pelas *federal rules*, mas isso não significa que os estados obrigatoriamente a seguissem.¹⁸⁸

É importante ressaltar que as regras federais do sistema estadunidense, aqui descritas com frequência, apesar de serem regras válidas em todo o território do país, alcançam uma pequena quantidade de casos, pois se aplicam somente à jurisdição federal. A sua importância reside justamente na aceitação que os estados demonstram e na legislação que os replicam em seus respectivos territórios.

A grande maioria dos estados adotou, em alguma medida, as regras da fase *pretrial* estabelecidas pelas *federal rules*, alguns deles utilizam critérios mais conservadores e outros ampliaram consideravelmente, em sua legislação própria, o alcance dos instrumentos ali previstos.

A regulamentação da aplicação dos instrumentos da fase *pretrial* encontrada nas *federal rules*, embora sirva como modelo para utilização nos estados, como dito acima, se destina às cortes federais. Assim, no intuito de uniformizar a prática dos instrumentos da *discovery* entre os estados, vários deles adotaram o [Uniform Interstate Depositions and discovery Act](#) (UIDDA).¹⁸⁹

Com a vigência das Feral Rules, o depoimento oral (*oral deposition*), que inicialmente permitia somente a oitiva das partes, foi ampliado para permitir a oitiva de testemunhas, igualmente sem a necessidade da presença de um oficial da corte.

Além disso, a nova regra permitiu que as partes pudessem, reciprocamente, inspecionar propriedade e inspecionar e fazer cópias de documentos encontrados em poder da outra parte.¹⁹⁰

Para os críticos da liberal *discovery*, o excesso de possibilidades faria com que pelo menos 4 problemas surgissem: 1-os advogados, pensando no sucesso próprio e da causa,

¹⁸⁷ Na Inglaterra, com a edição do Civil Rules Procedure em 1998, transferiu-se para o juízo o *case management*, ou seja, a prerrogativa de conduzir os procedimentos processuais nesta fase

¹⁸⁸ Nesse período, em alguns estados, como new hampshire e Missouri, os *depositions* ocorriam perante um oficial dotado de poderes para limitar perguntas e acatar objeções. Em indiana, Kentucky e Texas, se alguma objeção não pudesse ser resolvida entre os advogados das partes, o ato seria postergado até que a corte estabelecesse uma regra para pacificar a questão. Ver Stephen N. Subrin, 1998, op cit, p. 703.

¹⁸⁹ A legislação padronizadora nesse sentido é importante pois, diante de situações em que os atos processuais ultrapassam os limites dos estados, se faz necessário a aplicação de regras que possam harmonizar a aplicação de regras processuais interestaduais, algo que não era o objeto das *federal rules*.

¹⁹⁰ A regra anterior, da chamada *limited discovery*, exigia que, para tanto, as partes teriam que apresentar requerimento para inspeção mediante justificativa (*showing good cause*) e havia limitação para inspecionar e copiar somente documentos e materiais relacionados à causa. A regra atual (rule 26(c)) tem uma concepção inversa, ou seja, a parte pode requerer à corte que, mediante justificativa (*showing good cause*), não seja obrigada a revelar documentos e elementos probatórios. Ver Federal Rules of Civil Procedure 26(c)

resistiriam muito em revelar documentos e outras provas em posse de seus clientes; 2- a utilização da *discovery* influenciaria dramaticamente o tipo de casos e a forma como se resolveriam em acordos que não refletem o verdadeiro mérito; 3- a ampliação dos instrumentos faria com que a corte gastasse muito tempo estabelecendo regras e decidindo sobre a concessão de pedidos (*motions*); 4- a utilização expandida da *discovery* reduziria a frequência e importância dos julgamentos (SUBRIN, 1998, p. 706-707).

Apesar deste trabalho descrever o surgimento e desenvolvimento de diversos instrumentos processuais, por se tratar de uma pesquisa voltada à melhora da qualidade da administração da justiça, o derradeiro intuito é a análise dos resultados e, neste quesito, a *discovery* pode ser vista como um fenômeno.

A mudança de concepção da atividade advocatícia e a reconfiguração da função do juiz seriam apenas algumas das vantagens que a utilização de alguns desses instrumentos poderia trazer.

O trabalho do juiz é simplificado nos estados que utilizam o crivo oral antes do julgamento. Parte considerável dos mecanismos pré-julgamento que delimitam os termos da controvérsia são realizados extra processualmente. Uma infinidade de casos é eliminado antes mesmo de chegar a julgamento. A clareza na definição das questões e eliminação dos elementos de surpresa agilizam o tramite dos casos que realmente necessitam ir a julgamento. Em muitos aspectos, portanto, a *discovery* deu uma contribuição vital para a administração geral da justiça (RAGLAND, 1932, p. 251).

A *discovery* auxilia na racionalização da resolução de disputas, pois a revelação das provas antecipadamente conserva as questões na esfera real, sem a necessidade de concentrar a análise nos argumentos do demandante e da defesa realizado nos *pleadings* (SUBRIN, 1998, p. 709).

O estado atual de desenvolvimento dos instrumentos da *discovery* na fase *pretrial* é, ao mesmo tempo, de grande sofisticação e constantes crises a respeito da direção que o instituto deve seguir.

A sofisticação que o instituto adquiriu pode ser observada no detalhismo que as regras legais apresentam na previsibilidade a respeito de cada possibilidade processual, bem como a convivência que desenvolve com a aplicação dos precedentes mais significativos.

A crise, por sua vez, é representada pela infinidade de materiais com análises críticas e preocupações encontrados na doutrina a respeito dos rumos que a *discovery* deve seguir, afinal, existe uma clara dependência do sistema em relação a este instrumento e a esta fase processual.

A crise referida não deve ser encarada negativamente, pelo contrário, representa o compromisso do sistema com a constante evolução, uma ausência de apatia, não obstante sua aparente estabilidade.

A evolução da *discovery* moderna está intimamente atrelada à relação que possui com o sistema de *pleadings*, também regrado pelas *Federal rules* de 1938 e drasticamente influenciado pelas decisões da suprema corte nos casos *Bell Atlantic Corp. v. Twombly* (2007)¹⁹¹ e *Ashcroft v. Iqbal* (2009).¹⁹²

Com a nova configuração que a Suprema Corte conferiu aos *pleadings* a partir do julgamento dos referidos casos, as cortes passaram a exigir, ao menos em tese, critérios mais rígidos para os pedidos iniciais.

Em suma, a maior exigência de descrição de fatos no *pleading* reduz os potenciais e os objetivos da *discovery*, uma vez que delimita o campo de atuação dos meios da *discovery* aos fatos previamente estabelecidos.

As partes são obrigadas a mostrar suas cartas antecipadamente, por assim dizer. Ao estabelecer esse molde limitado no início, as regras buscam definir previamente os limites da revelação de documentos e depoimentos que serão possíveis no momento posterior da *discovery*¹⁹³ (HAZARD; TARUFFO, *et all*, 2001, p.776).

Para além da limitação claramente estabelecida pela mais recente interpretação da regra, outro fator passa a ser considerado com a necessidade de fundamentar os casos já na fase de requerimentos iniciais (*pleading*), qual seja, as despesas.

Com essa mudança, os demandantes foram impactados com maiores custos, haja vista que a descrição mais completa dos fatos exigiria uma prévia busca por provas que sustentassem a futura ação.

3.1.3 A *Discovery* e as Despesas

Alguns autores, como Dodson (2010, p. 73), defendem a utilização da *discovery* de forma limitada, não porque consideram seus instrumentos excessivamente flexíveis, mas porque no decorrer da fase *pretrial* sua utilização implica demasiados custos, tanto para o demandante com um bom caso quanto para o réu que não é culpado.

¹⁹¹ 550 U.S. 544 (2007)

¹⁹² 556 U.S. 662 (2009).

¹⁹³ No original: *A party must show its cards, so to speak. Within that framework, the Rules attempt to define a limited right of document discovery and a limited right of deposition* (tradução livre).

Para resolver este problema, seria ideal permitir a utilização de instrumentos da *discovery* de forma mais simplificada em momento anterior à *pretrial*¹⁹⁴, visando a revelação de provas relativas às questões fáticas e considerando as situações em que existe dificuldades do demandante na produção de provas.

Com isso, criaria-se um controle evitando que se imponham encargos injustificados às partes, isto é, para que o demandante de uma ação bem fundamentada e o réu de uma ação infundada não sejam inundados com as despesas processuais da *discovery* (DODSON, 2010, p. 56 e 73).¹⁹⁵

As causas insignificantes e sem mérito são um problema que os procedimentos iniciais da *pretrial* podem evitar ou combater:

Os casos insignificantes se encerram brevemente, produzindo muito poucas despesas, e os valores dos acordos tendem a ser menores, salvo quando os riscos são muito altos. Ademais, os réus devem desencorajar a utilização desse tipo de casos utilizando estratégias de combate judicial ¹⁹⁶(BONE, 1997, p. 541).

Esta premissa defende que, quanto mais economicamente acessível é o um processo judicial, mais o sistema incentiva a proliferação de causas insignificantes e sem fundamentação.¹⁹⁷ Por outra perspectiva (DODSON, 2010, p. 73), as partes demandadas certamente preferem ser submetidas a procedimentos relativamente intrusivos da *discovery*¹⁹⁸ a ter que arcar com os custos de uma defesa em um processo judicial, mesmo que eventualmente seja julgado inadmissível.

Se um réu -ou terceira parte adversa- tem conhecimento sobre a solidez ou fragilidade do mérito do caso intentado contra si, então forçá-lo a revelar as provas de maneira restrita e objetiva é melhor para o juízo, para o sistema de justiça e para ambas as partes.¹⁹⁹ (HOFFMAN, 2008, p. 35, apud DODSON, 2010, p. 74).

¹⁹⁴ Scott Dodson sugere que instrumentos da *discovery* possam ser utilizados nos momentos anteriores ao início da fase *pretrial*, quais sejam, na fase *presuit* (antes de iniciar qualquer procedimento oficial) ou na fase *preadmissal* (antes da parte requerida solicitar uma *motion to dismiss*. Ver Dodson, *New Pleading, New Discovery*, 2010, p. 55-57.

¹⁹⁵ O que Dodson pretende é encontrar uma solução para o problema criado pelas decisões da Suprema Corte nos casos *Twombly and Iqbal*. Explicando, com a maior exigência aplicada aos requerimentos iniciais (*pleadings*) fixada pela interpretação da suprema corte nesses casos, uma *discovery* simplificada em momento anterior ao *pretrial*, que já existe em alguns estados, poderia ajudar o demandante a obter provas e informações exigidas para suprir os critérios do *plausibility pleading*, e o resultado deste *presuit discovery* ainda poderia poupar o demandado de uma ação infundada. É isso que este autor defende em diversos papers, tais como *New Pleading, New Discovery* e *Federal Pleading and State Presuit Discovery*, ambos de 2010.

¹⁹⁶ No original: frivolous suits all settle early, producing little in the way of wasted litigation costs, and settlements are likely to be quite small unless, for some reason, the stakes are unusually high. Moreover, defendants in some (perhaps many) cases should be able to deter frivolous suits on their own by using a fighting strategy (tradução livre)

¹⁹⁷ As relações havidas entre a acessibilidade e políticas de gerenciamento judicial foram brilhantemente tratadas por Cappelletti e Garth na obra *Acesso à justiça*, 1988.

¹⁹⁸ Tais como ter que responder a perguntas escritas em determinado prazo (interrogatories) ou prestar depoimentos pessoais respondendo questões feitas por advogados sobre questões objeto do litígio (oral depositions).

¹⁹⁹ No original: If the defendant (or a hostile third party) actually knows whether the case has or lacks merit, then forcing him to show his cards in a limited and targeted way is better for the court, the justice system, and all

A utilização dos referidos instrumentos visa impedir que, durante a fase de julgamento perante a corte, as partes sejam surpreendidas com novas teses, provas ou informações que não foram reveladas na fase *pretrial*.

Um aspecto da *discovery* na fase *pretrial* que causa grande controvérsia entre os autores americanos é a geração e distribuição de despesas, pois o procedimento, apesar de extra judicial,²⁰⁰ é custoso na grande maioria dos casos, envolvendo despesas de todas as ordens, majoritariamente com honorários.²⁰¹

Graças à tradicional regra de distribuição de despesas nos EUA, a *american rule*,²⁰² mesmo a parte demandada, que a princípio não tem interesse em litigar, é forçada a arcar com as despesas na fase anterior à judicialização, não havendo ressarcimento caso vença ao final (sucumbência).

O problema dos custos com o procedimento da *discovery* no *pretrial* é algo a se considerar quando se vislumbra pretensões como a deste trabalho, que analisa os aspectos mais relevantes e possibilidades de utilização de alguns instrumentos do *common law* no sistema processual brasileiro.

Encerrada a fase *pretrial discovery*, as partes podem requerer, dentro de 30 dias contados a partir do encerramento, o julgamento sumário parcial ou total da causa (*summary judgment*), caso entendam que não existe controvérsia genuína a respeito de alguma das questões trazidas.²⁰³

Quando o juiz decide sobre o requerimento de julgamento sumário, ele age como um analista dos fatos litigiosos (*factfinder*), determinando se existem ou não provas suficientes para levar o caso a julgamento pelo júri (SCHNEIDER, 2010, p. 544).

O juiz tira suas próprias conclusões a partir dos relatórios e concede o julgamento sumário caso entenda que [...] nenhum jurado razoável poderia dar razão á parte requerida e discordar do juiz. Estabelecer o que um “jurado razoável” poderia entender dos fatos é fundamental. No julgamento sumário, o juiz age como um jurado e adianta o que este poderia entender do caso apresentado. (SCHNEIDER, 2010, p. 544).²⁰⁴

parties (tradução livre).

²⁰⁰ No sentido de ocorrer fora do ambiente judicial das cortes, sem supervisão direta do juiz e na maioria das vezes conduzido por advogados particulares.

²⁰¹ Scott Dodson sugere que as despesas sejam integralmente arcadas pelo demandante, assim, segundo ele, haveria uma auto limitação da utilização dos meios e se evitaria a chamada *fishing expedition*, que é a proliferação de causas sem fundamento em que partes e advogados buscam se locupletar com acordos realizados por potenciais réus para evitar os processos judiciais. Concomitantemente, se protegeria os réus cientes de que a ação não tem uma causa de pedir sólida. Ver *New Pleading, New Discovery*, 2010, p. 82.

²⁰² A tradicional *american rule* determina que cada parte se encarregue das próprias despesas de honorários com advogados, peritos, investigadores, etc. Esta regra não é partilhada pelo direito inglês, que utiliza critérios de sucumbência, assim como ocorre com a maioria dos países de tradição *civil law*

²⁰³ Federal Rules of Civil Procedure, Rule 56 (A) E (B)

Esta possibilidade, que muito se assemelha à fase imediatamente anterior ao saneamento no processo civil brasileiro²⁰⁵, sofreu significativas mudanças de interpretação nas últimas décadas, sendo uma das responsáveis pela drástica diminuição de casos que evoluem para a fase de julgamento, conforme se verá em capítulo específico (3.2.4.1).

Além do julgamento sumário da regra 56, que ocorre em uma fase específica do procedimento²⁰⁶, outras possibilidades legais para encerramento do caso são previstas pelas regras federais, tais como *motions for dismiss*,²⁰⁷ métodos de mediação²⁰⁸ e acordos na fase *discovery*.

Não se pode negar que o desenvolvimento da *discovery* no *pretrial stage* resultou em um potencial aumento de custas para as partes, entretanto, não se pode negar também que a maior sofisticação desta fase frequentemente evita o julgamento (*trial*), fase que representa uma boa parte dos custos processuais, quando não a maior parte.

3.1.4 Compreendendo o Sistema de *Pleadings*

O sistema de *pleadings*, que será devidamente esmiuçado nas linhas a seguir, funciona como a porta de entrada do sistema de justiça nos países que adotam a estrutura do *common law*. Não seria correto compreendê-lo como um equivalente instantâneo dos atos processuais das partes na fase postulatória comuns ao *civil law*, i.e., petição inicial e defesa, uma vez que no *common law* o caso é construído no decorrer do tramite processual, enquanto no *civil law* a fase postulatória já deve conter as principais alegações e conteúdo fático-probatório da ação que se desenvolve.

Tendo em vista a perspectiva descrita acima, faz parte do objetivo deste trabalho detalhar o funcionamento dos *pleadings*, haja vista que eles funcionam como atos fundamentais do sistema originário estudado, compndo uma fase importante, fortemente vinculada ao desenrolar das medidas probatórias que serão tomadas na fase posterior.

²⁰⁴ No original: *The judge makes her own inferences from the record and then grants summary judgment if she concludes that [...] no reasonable juror could find for the nonmovant or disagree with the judge. The determination of whether a “reasonable juror” could find for the plaintiff is key. On summary judgment, the judge is effectively sitting as a juror and deciding whether she could find for the plaintiff.* (tradução livre).

²⁰⁵ Chamada de julgamento conforme o estado do processo, constante no Cap X, art.354 e ss. do CPC/2015. O CPC é mais específico do que as Federal Rules nos quesitos para julgamento na fase intermediária.

²⁰⁶ Mais especificamente dentro de 30 dias após o fim da fase *discovery*,

²⁰⁷ Federal Rules of Civil Procedure, Rule 12(b)(6). Observe-se que esta moção é um *pleadings* de defesa, ou seja, é um alegação inicial da defesa, diferente do *Motion for Summary Judgement*, que ocorre após a fase *pretrial*

²⁰⁸ *Alternative Dispute Resolution* (ADR)

3.1.4.1 Os *pleadings* em perspectiva transnacional

Com a ascensão do transnacionalismo, floresceram diversos estudos de direito comparado. O direito processual, particularmente, vem enfrentando grandes dificuldades para fazer frente aos desafios trazidos pela globalização.

Nos EUA, a adaptação a esse transnacionalismo demora a encontrar lugar tanto nos bancos das escolas de direito como nos votos dos juízes e na elaboração de legislação. Isso se deve ao chamado excepcionalismo americano²⁰⁹ (DODSON, 2010, p. 442).

A maioria dos estudos comparativos, dentro e fora dos EUA, enfatiza as diferenças entre as duas mais destacadas – e talvez as mais importantes- famílias do direito, i.e., o *common law* e o *civil law*. Vale ressaltar que o direito norte-americano se diferenciou de forma substancial da matriz inglesa do *common law* que o originou, desenvolvendo uma estrutura particular com características originais.

Para Dodson (2010, p. 442), entretanto, o sistema processual americano carece de reforma, e o excepcionalismo que marca o sistema é o grande obstáculo à esta reforma. Existe, segundo ele, uma tendência de mudança, e isso poderia tornar mais fácil o estudo comparativo, assim como apresentar novos desafios à coerência do sistema.

O excepcionalismo do sistema norte-americano se mostra mais notadamente no sistema de *pleadings*,²¹⁰ que é a maneira como se inicia uma ação mediante o preenchimento de um *complaint* ou de um *summons*, que podem trazer mais ou menos detalhes, de acordo com a corte e a jurisdição em que se pretende litigar.²¹¹

Em qualquer outro sistema judicial, inclusive nos procedimentos de outros países de *common law*, o demandante deve apresentar um detalhamento mínimo dos fatos e as provas que detém por ocasião dos requerimentos iniciais.

Tal não ocorre no *pleading* previsto pela regra nº 8 das *Federal Rules of Civil Procedure*²¹² de 1938, que exige apenas uma descrição simples dos fatos e demonstração de que o demandante tem direito à assistência perante o judiciário (MILLER, 2013, p. 332- 333).

²⁰⁹ Sobre este tema, ver Amalia D. Kessler, *Inventing America Excepcionalism: the origins of American Adversarial Legal Culture, 1800-1877*, Yale University Press, New Haven, 2017.

²¹⁰ Originário do direito inglês. *pleadings* são declarações iniciais com diversos objetivos, entre eles notificar o réu sobre uma ação judicial intentada pelo autor, ou uma declaração do réu sobre o pedido do autor. As diferenças de concepção entre os modelos de ação no *common law* e *civil Law impedem a comparação entre o pleading e petição inicial, contestação ou impugnação.*

²¹¹ O *complaint* ou *summon* deve ser entregue ao réu diretamente (por pessoas que podem ser oficiais ou particulares autorizados por lei) ou via correio, com aviso de recebimento. Ver Oscar Chase, *et al, Civil Litigation in Comparative Context*, 2007, p. 35.

²¹² Conteúdo legislativo disponível em <https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/>

A tendência de mudança teria se iniciado com a edição de leis mais severas no quesito `descrição dos fatos` como, e.g., a lei que regula transações de títulos mobiliários (*Private Securities Litigation Reform Act*) de 1995, que passou a exigir, no *pleading*, descrição mais pormenorizada dos fatos atinentes ao caso, visando assim evitar a multiplicação de casos irrelevantes e sem embasamento.

A justificativa para edição de legislação mais severa em relação à descrição dos fatos no *pleading* foi, à época, justificada pelas elevadas despesas que as grandes companhias do mercado de ações tinham que lidar ao responder alegações em casos pequenos e infundados.

As partes, diziam os lobistas das grandes corporações, ingressavam com medidas inconsistentes e deficientes no âmbito probatório para, mais à frente, serem beneficiadas pela fase *discovery* e, assim, conseguir reunir provas contra as empresas que até então não possuíam²¹³.

Confirmando essa tendência, a Suprema Corte, em decisões recentes,²¹⁴ estabeleceu um critério que passou a exigir um padrão de `plausibilidade` no *pleading*. Em suma, contrariando a tradição aplicada desde 1957²¹⁵ em que se exigia apenas um simples requerimento de intimação do requerido sem maiores especificações formais, a Suprema Corte passou a exigir que o *pleading* contivesse evidências fáticas (*factual sufficiency*) no pedido.

Segundo A. Benjamim Spencer (2008, p. 143), a decisão da suprema corte em *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*²¹⁶ em 2007, enterrou a noção de liberal *pleading*²¹⁷ construída ao longo de 70 anos, “matando” o notice *pleading*.

O novo padrão que se fortalece, como se verá minuciosamente mais à frente, é o do *plausability pleading*, que reforça a necessidade de requisitos mais exigentes para admissão de requerimentos dirigidos ao juízo (DODSON, 2010, p.443)

Este padrão, que passou a ser exigido pelo menos em tese, se aproxima dos requisitos genéricos comuns ao sistema *civil law* em relação aos pedidos iniciais, por isso a insistência na comparação.

²¹³ O objetivo da *Discovery*, como se verá mais à frente, não é simplesmente facilitar a produção de provas para as partes, mas sim garantir que as partes não deixarão de apresentar provas que detém em seu poder.

²¹⁴ *Bell Atlantic Corp. v. Twombly* (550 U.S. 544 (2007)) e *Ashcroft v. Iqbal* (556 U.S. 662 (2009)).

²¹⁵ No julgamento do caso *Conley v. Gibson*, detalhado mais à frente.

²¹⁶ 550 U.S. 544 (2007).

²¹⁷ Liberal *pleading* é o procedimento inicial onde se consagrou o padrão de que seriam suficientes apenas relatos rasos e curtos sobre os fatos para iniciar o procedimento judicial.

Estudos comparativos, aliás, trazem benefícios diversos na área acadêmica, na prática jurisdicional e na advocacia. No entanto, os benefícios que mais interessam são aqueles que permitem visualizar o caráter reformador e social da comparação.²¹⁸

Visando a reforma legislativa, por exemplo, a compreensão de outros sistemas fornece uma oportunidade para conceber, via importação ou exportação, um modelo diferente de resolução de problemas comuns. Em termos multinacionais, as reformas podem harmonizar os sistemas formando um sistema globalmente coerente (DODSON, 2010, p.444).

O que torna dificultosa a comparação entre sistemas no âmbito processual é que eles costumam ser profundamente atrelados ao sistema legal originário. Os sistemas estão entrelaçados. O procedimento de notice *pleading*, por exemplo, está atrelado ao *liberal discovery*, de forma que a mudança de uma regra pode interferir em outra (DODSON, 2010, p.445).

Outro problema para estudos comparativos é que os processualistas norte-americanos são extremamente paroquianos, no sentido de se preocuparem apenas com as próprias tradições. A maioria dos estudantes não aprende absolutamente nada sobre as regras procedimentais de outros países (GIDI, 2006, p. 502).²¹⁹

Juízes e legisladores tendem a buscar internamente soluções que auxiliem no ato de decidir e implementar legislação. A língua única e o isolamento geográfico, é possível dizer, mantém os EUA centrados em si mesmos.

O excepcionalismo que marca o sistema americano possui características específicas, algumas oriundas da raiz inglesa outras desenvolvidas internamente, são elas: *liberal pleading*, *liberal discovery*, *class actions*, juízes descomprometidos²²⁰, júris cíveis, avaliações de danos desproporcionais²²¹ e uma regra própria de distribuição de custos²²² (DODSON, 2010, p.446).

²¹⁸ Para mais informações sobre os benefícios da comparação ver Kevin. M. Clermont, *Integrating Transnational Perspectives into Civil Procedure: What Not to Teach*, Journal of legal education. 56, (2006). Disponível em https://www.researchgate.net/publication/239823353_Integrating_Transnational_Perspectives_into_Civil_Procedure_What_Not_to_Teach

²¹⁹ Sobre o ensino de direito comparado nas escolas americanas diante do transnacionalismo, ver [kevin m. Clermont](#), op.cit.

²²⁰ O termo original “*disengaged Judge*” faz alusão ao juiz inerte, passivo, que não participa de forma pró-ativa do processo, mas que, nesta fase, atua como um fiscal de procedimentos, sendo chamado quando uma das partes viola algum dispositivo legal. Existe uma compreensão atrelada à imagem da deusa da justiça com os olhos cobertos, de que o juiz é mais imparcial e justo quanto mais descomprometido for em relação à causa. Ver Judith Resnik, *Managerial Judges* (1982)

²²¹ No original *largely unfettered damage assessments*. A justiça Americana é conhecida por conceder indenizações em valores milionários em determinados casos de grande repercussão. (tradução livre)

²²² A chamada “*american rule*” significa que cada parte deve arcar com as custas e honorários de seu advogado, em contraposição a *english rule*, que é utilizada na maioria dos países e prevê que a parte perdedora arque com as despesas e honorários processuais. Ver Theodore Eisenberg & Geoffrey P. Millert, *The English versus the American Rule On Attorney fees: an empirical study of public company contracts*, 2013, p. 327.

3.1.4.2 O sistema de *pleadings* sob diferentes diplomas legais: o funcionamento do sistema sob o *Field Code*

Por ter herdado as regras de direito processual do *common law* inglês²²³, o sistema de *pleading* se manteve fiel à essa lógica até o século XIX nos EUA. Com a edição das *federal rules* em 1938, o sistema de *pleading*, apesar de manter suas características originárias principais, foi alterado substancialmente.

O surgimento das *federal rules* se deu em um contexto de insatisfação com o *Field Code*²²⁴, que regulou este (*pleading*) e outros procedimentos de 1848 até 1938. Esse contexto remete à suposta prevalência da *equity* sobre o *common law*²²⁵.

O *equity* e o *common law*, oriundos do sistema inglês, conviveram nos EUA por muito tempo, causando certa confusão entre os advogados, que eram obrigados a escolher formas e procedimentos excludentes entre si e que não abrangiam a totalidade da causa.

Os comissários que acompanhavam Field na elaboração do código, assim como ele, visavam regras mais simples que privilegiassem os fatos, não compreendiam a razão para a existência de cortes com procedimentos distintos dentro da mesma jurisdição.

para eles, a separação da jurisdição entre cortes de *equity* e *law* parecia improdutiva, ilógica e um desperdício; advogados frequentemente não sabiam em que corte ingressar, e em geral não era possível decidir uma controvérsia integralmente em uma única corte. ²²⁶ (SUBRIN, 1987, p. 933)

Mais à frente essa separação foi superada e o sistema *equity* prevaleceu sobre o *law* nas cortes dos EUA.²²⁷

O *pleading* com base no Sistema Code exigia apenas um relato dos fatos que constituíam a causa de pedir da ação.²²⁸

²²³ O *pleading* original do direito inglês surge com o intuito de controlar o juri, limitando a utilização de termos jurídicos e excluindo os problemas legais para que se restringissem aos fatos. Ver J.H. Baker An introduction to english legal history, 1997, p. 105

²²⁴ O código leva esse nome em homenagem a [David Dudley Field](#), que foi quem propôs regras mais simplificadas para o *pleading*, regras estas que se tornaram lei no estado de Nova Iorque em 1848 com a sanção do *Code Field*. Este código serviu de modelo para outros estados, que o seguiam em grande parte porque inexistia naquele momento um padrão de requerimentos perante as cortes americanas.

²²⁵ Os dois modelos de jurisdição conviveram por séculos na Inglaterra e permaneceram vigentes nos EUA até se fundirem paulatinamente, com prevalência de instrumentos de um e de outro. Sobre isso, ver Stephen N. Subrin, *How Equity Conquered Common law*, 135 U. PA. L. REV. 909, 933-74 (1987).

²²⁶ No original: The separate courts for *law* and *equity* seemed unproductive, illogical, and wasteful to them; lawyers often did not know which court to enter, and frequently an entire controversy could not be decided in one suit.(tradução livre).

²²⁷ Apesar de alguns autores como Stephen Subrin (ver nota 225 supra) apontarem a prevalência da *equity* sobre a *law*, seria temerário afirmar a prevalência de um sistema sobre o outro, sendo mais correto considerar que foram paulatinamente fundidos, prevalecendo características mais determinantes de um ou de outro em períodos distintos e especialmente de reforma legislativa.

A adoção do *Code Field* para regular o procedimento de *pleading* foi um enorme avanço à época, haja vista que simplificava os requerimentos e não os restringia a uma pequena lista de formatos padrão. Em contrapartida, os instrumentos da *discovery* foram extremamente limitados pelo *Code*, que proibia interrogatórios e restringia fortemente os depoimentos orais e solicitação/apresentação de documentos²²⁹.

A intenção de *Field* e dos comissários era reduzir a quantidade de documentos e promover testemunhos somente perante a corte em julgamento, eliminado assim os interrogatórios da *discovery*²³⁰.

A justificativa dos comissários para a retração (proposital) dos meios de *discovery* era que o espírito do Código era justamente buscar expor dos fatos diretamente no julgamento, sem desvios, e assim chegar logo à controvérsia jurídica (SUBRIN, 1988, p. 332).

Que não haja engano em relação aos avanços promovidos pelo *Field Code* no sistema de *pleadings*, foi ele que permitiu a utilização prática da chamada “*Lawyer controlled pretrial discovery*”.²³¹ Ocorre que, com o passar do tempo, a *discovery* evoluiu de maneira que o próprio diploma que estabeleceu oficialmente sua condução pelos advogados passou a limitar seu desenvolvimento.

A importância do *Field Code* se dá ainda pelo fato de que, à época, ficou comprovado que um ato legislativo poderia alterar significativamente os procedimentos do *common law*, uma novidade que perdurou pelo resto do século XIX.²³²

Este momento é de extrema importância para o estabelecimento de diferenças que surgiram entre o sistema *common law* americano e sua raiz inglesa. David Field e os outros comissários elaboradores do código compreendiam que os métodos desenvolvidos para contornar a lei acabaram por favorecer a construção de um sistema que obscurecia os fatos e as questões jurídicas atreladas a eles ao invés de torná-los mais nítidos (SUBRIN, 1987, p. 932-933).

²²⁸ No original “[a] statement of the facts constituting the cause of action”. Ver Act of Apr. 12, 1848, ch. 379, § 120(2), 1848 N.Y. Laws 521 apud DODSON, 2010, p. 447). (tradução livre)

²²⁹ A *discovery*, entre outras coisas, permite a utilização de interrogatórios e depoimentos extrajudiciais na fase pre julgamento (*pretrial*)

²³⁰ Na verdade eliminava todo o chamado “*equitable bills of Discovery*”. Ver Subrin, op cit.,1988, p. 332.

²³¹ Apesar de restringir os instrumentos da *discovery*, foi ali que os advogados passaram a controlar os procedimentos extrajudiciais da *Discovery* (*Pretrial*)

²³² Sobre a influência do *Field Code*, ver [kellen Funk](http://kellenfunk.org/field-code/the-influence-of-the-field-code-an-introduction/), *Influence of the Field Code: An Introduction to the Critical Issues*, 2014. Disponível em [HTTP://KELLENFUNK.ORG/FIELD-CODE/THE-INFLUENCE-OF-THE-FIELD-CODE-AN-INTRODUCTION/](http://kellenfunk.org/field-code/the-influence-of-the-field-code-an-introduction/). Acesso em 03 fev 2019.

A verdade é que, seguindo a tradição reformista de Bentham²³³ na Grã-Bretanha, Field e os demais comissários compreenderam que o que devia ser feito era retornar à simplicidade original do *pleading* do sistema *equity*, afastando-se de tecnicismos inúteis que impediam a aplicação simples da lei.

Conquanto a jurisdição do reino britânico não fosse única, ela permitia a aplicação padronizada do direito comum a todos. Isso porque contava com uma administração central que, a partir do século XVIII, passou a exercer forte influência nas comunidades locais do reino, os *boroughs* (HOLDSWORTH, 1944, p. 396-404).

Nos Estados Unidos, no entanto, os comissários responsáveis pela elaboração do *Field Code* já encontravam dificuldades para formular parâmetros de procedimentos baseados nos princípios da *common law*, valendo-se da *equity* para abolir formas rígidas e permitir que fossem aplicadas a todos os tipos de ações (SUBRIN, 1987, p. 933).²³⁴

3.1.4.3 O funcionamento do sistema de *pleadings* na era das *Federal Rules of Civil Procedure*

Posteriormente, a insatisfação generalizada com os códigos²³⁵ levou à eventual adoção das regras federais de processo civil (*Federal Rules*), que de certa forma transformaram o funcionamento do sistema processual.²³⁶

A regra federal nº8, por exemplo, foi concebida para eliminar o problema relacionado à forma de descrição dos fatos que causava restrições no sistema Code (MARCUS, 1998, P. 1749). O juiz Charles E. Clark considerado por alguns autores²³⁷ como o

²³³ Bentham, assim como D. D. Field, era um entusiasta da codificação de regras procedimentais e um dos críticos mais ácidos e conhecidos do *common law*.

²³⁴ Este fato foi relatado mais precisamente pelo comissário Arphaxed Loomis em HISTORIC SKETCH OF THE NEW YORK SYSTEM OF LAW REFORM IN PRACTICE AND PLEADINGS 16, 25 (1879), apud SUBRIN (1987, p. 933).

²³⁵ Os códigos falavam em *ultimate facts* para basear o *pleading*, em contraposição aos *evidence facts*. *Ultimate facts* podem ser interpretados como fatos essenciais, mais atrelados ao resultado das ações. Os *evidence facts* podem ser interpretados como aqueles que levaram ao resultado. Ex: por dirigir fora da faixa e da velocidade indicada (*evidence facts*), o motorista foi imprudente (*ultimate facts*). Ver mais em Charles E. Clark, *History, Systems and Functions of Pleading*, 517, 533 (1925), Disponível em https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3254/

²³⁶ A edição das *Federal Rules of Civil Procedure* é resultado de um processo legislativo que se inicia com a autorização concedida à Suprema Corte para estabelecer regras gerais de funcionamento para as cortes do sistema processual civil no âmbito federal. As regras originais foram estabelecidas de acordo com a lei de 1934, adotadas em 1937, transmitidas ao congresso pelo *Attorney General* em 3 de Janeiro de 1938 e vigentes a partir de 16 de setembro do mesmo ano.

²³⁷ Como Scott DODSON e Fred Rodell, ver *For Charles E. Clark: A Brief and Belated but Fond Farewell*, 65 COLUM. L. REV. 1323, 1323 (1965)

mentor das regras federais, era um entusiasta da flexibilização e informalidade dos procedimentos.

Para Clark, a melhor forma de resolver os casos seria mediante um julgamento direto (*trial*) ou decisão sumária (*summary judgment*) independente de requerimentos formais (*pleading e motions*) de qualquer natureza (DODSON, 2009, p. 448).

Os idealizadores da regra nº 8 das *federal rules*, portanto, encaravam o *pleading* como uma mera formalidade, sendo suficiente o *notice pleading* descrevendo superficialmente fatos que seriam posteriormente levados a julgamento.

A fase *pretrial* era um dos temas que mais empolgava o juiz Charles Clark, cuja visão era tão flexível que frequentemente se confrontava com as próprias regras. Nos casos de irrelevância dos fatos ou em que não havia conflito entre eles, Clark defendia a aplicação da regra 56 (julgamento sumário) ao invés da aplicação dos dispositivos da regra nº 12, que implicam o julgamento do *pleading* ou a extinção por ausência de pressupostos²³⁸ (SMITH, 1976, p. 927).

Como Clark era um conhecido autor de artigos na área de processo civil antes de se tornar juiz e membro principal do comitê que supervisionou a elaboração das regras, ele chegou a defender em seus escritos a abolição completa da regra nº 12.

Clark foi um representante importante entre aqueles que buscavam a absoluta simplificação dos procedimentos nesta fase processual. Era insistente, realizava diversas tentativas de convencer seus pares a respeito da possibilidade de utilização de depoimentos escritos²³⁹ da fase *pretrial* em julgamentos baseados em requerimentos baseados na regra 12²⁴⁰ ou 56²⁴¹ (SMITH, 1976, p.928).

A utilização dos instrumentos do *discovery* poderia ser, no entender de Clark, um atalho que permitia o julgamento sumário com base nas provas produzidas extrajudicialmente, ou seja, na fase *pretrial*.

Posteriormente, no julgamento de *Boro Hall Corp. v. General Motors Corp*²⁴² em 1943, o juiz Augustus Hand emitiu voto no sentido de considerar a possibilidade de depoimento escrito em requerimentos baseados na regra nº 12, estabelecendo os precedentes

²³⁸ Este último extinção por ausência de pressupostos é tradução livre de “dismissal for failure to state a Claim”, e significa mais precisamente uma falha do requerente em cumprir as formalidades do seu pedido.

²³⁹ *affidavits*

²⁴⁰ A regra 12 regula as defesas e objeções em face dos *pleadings*, momento e forma de apresentação, pedido de julgamento do *pleading*, oitivas em *pretrial*, etc

²⁴¹ A regra 56 regula a forma de requerimento de julgamento sumário, o momento adequado e os procedimentos relativos

²⁴² 124 F.2d 822, **823** (2d Cir. 1942), *cert. denied*, **317** U.S. 695 (1943).

que o juiz Clark precisava para comprovar sua tese. Suas propostas nesse sentido acabaram tomando parte das regras eventualmente nas emendas de 1946 e 1963.

Clark, um defensor do sistema *equity*, considerava o *Field Code* muito mais rígido e inflexível do que o sistema que defendia (1928, p. 34, *apud* SUBRIN, 1987, p. 939). Apesar dos protestos, o *Field Code* pendeu muito mais para o procedimento do *common law* do que da *equity* (SUBRIN, 1987, p. 939).

A intenção dos elaboradores das *Federal Rules* era diminuir a importância dos *pleadings* e focar na análise de mérito perante o júri após a realização de *full discovery*. Eles criaram formulários padrão de requerimentos (*form complaints*) que seriam suficientes para suprir o novo padrão.

A regra nº 84, abrogada em 2015²⁴³, dizia que “os formulários constantes no apêndice das regras são suficientes para contemplar os pedidos e pretendem demonstrar a simplicidade e brevidade que os requerimentos devem obedecer.”²⁴⁴

Os formulários eram, de fato, breves, tanto é que o formulário 9, apenso às regras, poupa grande parte do trâmite processual ao permitir que se alegue apenas que, e.g., “o réu dirigiu o carro de forma negligente em direção do autor”²⁴⁵ (MARCUS, 1986, p. 439)

Posteriormente, diante das inúmeras possibilidades e modelos de requerimentos disponíveis no próprios repositórios das cortes, os formulários padrão foram descartados, sem que, no entanto, se eliminasse o requisito da brevidade e simplicidade exigido.

A ideia dos membros desenvolvedores das regras federais, pelo menos em relação aos *pleadings*, era retornar à intenção original dos *pleadings* do *equity*, ou seja, a simples provocação do juízo em busca de auxílio jurisdicional.

Então, o objetivo principal da regra nº8 deixou de ser a especificação das questões, desenvolvimento dos fatos ou determinação do mérito para ser apenas a notificação²⁴⁶ (DODSON, 2010, p.448)

A Instituição das *Federal Rules* teria, segundo a interpretação de algumas cortes,²⁴⁷ substituído o *fact pleading* pelo *notice pleading*. A regra nº8 (a) (1)²⁴⁸, *per se*, exige apenas uma declaração curta e clara sobre os fundamentos legais da jurisdição da corte, uma

²⁴³ Disponível em https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_84

²⁴⁴ No original Fed. Rules of Civ. Proc. 84 "[t]he forms contained in the Appendix of Forms are sufficient under the rules and are intended to indicate the simplicity and brevity of statement which the rules contemplate."

²⁴⁵ Nesta frase é possível identificar o que os defensores do plausible *pleading* entendem como *ultimate facts*, que é a alegação de negligência logo na descrição inicial dos fatos, sem descrever com detalhes as condutas do réu que poderiam ser interpretadas como negligentes. (tradução livre)

²⁴⁶ No original: “Thus, the primary goal of Rule 8 moved from isolation of issues, factual development, and merits determination to notice” (tradução livre)

²⁴⁷ Juiz Posner em seu voto no caso Thomson v. Washington, 362 F.3d 969, 970 (7th Cir. 2004)

²⁴⁸ Trata do “Claim for relief”, que seria algo como um requerimento por auxílio/remédio judicial

declaração igualmente curta e clara demonstrando que o requerente detém o direito alegado e um pedido constando a medida buscada.

Interessante observar que a regra nº8 não faz menção a fatos, seja para expressar a necessidade do relato ou para especificar a forma de apresentação. Se pretendesse enfatizar os fatos, poderia exigir algo como relato dos fatos que constituem o direito do requerente. A ênfase da regra claramente é a notificação, e não o relato dos fatos.

Apesar da grande influência que as regras federais significaram perante as cortes por todo o país, no período após 1938 existiu considerável resistência ao que o professor Richard L. Marcus chama de *liberal ethos* das regras, fazendo referência à maior flexibilidade que os seus criadores tentaram imprimir aos dispositivos quando comparado ao anterior (1986, p. 433).

Anos após a edição das Federal Rules, ainda era possível constatar alguma controvérsia em sua aplicação. Embora claramente exercesse grande influência perante as cortes dos estados, havia, como dito acima, aqueles que resistiam à aplicação da regra nº8.

3.1.4.4 O estabelecimento de critérios jurisprudenciais no sistema de *pleadings*

Em 1957, a Suprema Corte, no caso *Conley v. Gibson*²⁴⁹ estabeleceu que uma ação não deveria ser extinta por falha em demonstrar na descrição dos fatos a violação de direito, salvo se o requerente não conseguisse comprovar os fatos que fundamentam seu pedido. De acordo com a corte, as regras federais de processo civil não exigem do requerente que especifique detalhadamente os fatos em que seu pedido se baseia.²⁵⁰

Mesmo diante deste notável precedente, algumas cortes distritais continuaram a extinguir casos com fundamento na ausência de alegação de fatos que constituiriam a violação de direitos²⁵¹. O caso mais emblemático de extinção com fundamento nestes moldes foi *Heart Disease Research Foundation v. General Motors Corp*²⁵² de 1972.

²⁴⁹ 355 U.S. 41 (1957).

²⁵⁰ No original: the Federal Rules of Civil Procedure do not require a claimant to set out in detail the facts upon which he bases his Claim. Ver *Conley v. Gibson*, 355 U.S. 41 (1957). (tradução livre)

²⁵¹ Nem todas as cortes estaduais seguiam a interpretação vigente das regras federais. Na época em que a suprema corte mudou sua interpretação (em *Twombly* 2007) aproximadamente 26 estados americanos (mais o D.C.), seguiam a interpretação contida no precedente *Conley v. Gibson* (1957). Ver Z.W. Julius Chen, *Following the Leader: Twombly, Pleading Standards, and Procedural Uniformity*, 108 COLUM. L. REV. 1431, 1439-40 (2008)

²⁵² 463 F.2d 98 (2d Cir. 1972). Este caso, que na época foi considerado pelo Guinness Book of Records (ed. 12, 1973, p. 387) como o de maior valor pedido em compensação de danos da história (375 trilhões de dólares), os requerentes pleitearam compensação para 125 milhões de moradores de áreas urbanas dos EUA em razão da requerida, em desobediência à lei Antitrust, ter agido no sentido de limitar o desenvolvimento dos mecanismos de antipoluição para seus automóveis.

Neste caso, a segunda corte distrital de Nova Iorque decidiu o seguinte:

É coerente com os critérios desta corte distrital a inadmissão do requerimento haja vista que não foram alegados fatos que amparem a alegada conspiração. Apesar das regras federais permitirem a mera alegação de fatos resultantes, esboços de alegações de conspiração ou injúria sob as lei de antimonopólio sem fatos que a amparem permitem a inadmissão.²⁵³

Importante ressaltar que o termo fatos resultantes (*ultimate facts*) se diferem, como já explicado²⁵⁴ dos *evidence facts*. O primeiro poderia ser compreendido por fatos que comprovem as causas da violação alegada, e.g. imprudência médica, e o segundo por fatos específicos que deram causa ao prejuízo alegado, e.g., ouvia o jogo de seu time enquanto operava.

A Suprema Corte, inclusive, já havia e manifestado nesse sentido²⁵⁵ e manteve a posição²⁵⁶ de que casos envolvendo *antitrust* devem ser analisados com extrema cautela, especialmente quando se pretende julgá-los inadmissíveis em procedimentos sumários, posto que o conjunto probatório se encontra frequentemente em poder e alcance dos alegados conspiradores e testemunhas suspeitas que compõem a alegada fraude.

A ideia construída pela Suprema Corte ao longo do tempo não parece ter como objetivo flexibilizar o *pleading* a ponto de obrigar as cortes a analisarem todos os casos de violação da lei antitrust, ou mesmo que utilizem critérios ultra flexíveis para admissão. Não obstante, é nítido que a Corte, ao menos neste período, considerava importante que fosse dada ampla oportunidade para que o requerente tenha acesso às provas na fase de *discovery*.

Até recentemente, as decisões da Suprema Corte interpretavam a regra nº8 de modo a confirmar a concepção flexível em relação ao modelo padrão de requerimentos dirigidos ao judiciário, i.e., a prevalência do notice *pleading* sobre o *fact pleading* (DODSON, 2010, p. 452).

3.1.4.5 O *pleading* em sistemas *civil law*

Quando comparado aos padrões estabelecidos pelos sistemas dos países de origem *civil law*, o padrão norte-americano ditado pelas *federal rules* é de longe o mais flexível. No

²⁵³ No original: it was well within the district court's discretion to dismiss the claim since no facts are alleged supporting an antitrust conspiracy. Although the Federal Rules permit statement of ultimate facts, a bare bones statement of conspiracy or of injury under the antitrust laws without any supporting facts permits dismissal. Ver 463 F.2d 98 (2d Cir. 1972), p. 100. (tradução livre)

²⁵⁴ Ver notas 25 e 34

²⁵⁵ *Poller v. Columbia Broad. Sys., Inc.*, 368 U.S. 464, 473 (1962)

²⁵⁶ *Hosp. Bldg. Co. v. Trs. of Rex Hosp.*, 425 U.S. 738, 746 (1976)

sistema judicial Alemão²⁵⁷, por exemplo, o requerimento inicial ocupa um lugar de extrema importância, não sendo permitido nada menos do que um relato detalhado dos fatos, apontamento das provas que pretende produzir com indicação de testemunhas específicas para cada fato alegado (DODSON, 2010, p. 452-453).

A mesma lógica é seguida por diversos países oriundos do *Civil Law*, e.g., Espanha, França, Itália, Áustria, etc (MAIN, 2006. p. 28). Alemanha e França ocupam posição de destaque no desenvolvimento do direito continental europeu. Segundo o professor alemão Peter Schlosser, os requerimentos iniciais na Alemanha seguem o seguinte padrão:

Na Alemanha, o litígio judicial se inicia com o protocolo de um requerimento dirigido à Corte...que é muito longo, detalhado e, se proveniente de um advogado qualificado, costuma vir redigido com muito cuidado...se existir documentação comprobatória, deve ser anexada. Se houver provas circunstanciais, deve ser devidamente explicado ao juiz no requerimento juntamente com cópias de documentação relevante e outros elementos materiais²⁵⁸ (1996, p. 45).

O Japão, apesar de ser considerado um sistema legal híbrido²⁵⁹, tem legislação no sentido de, assim como os países da Europa continental, exigir o relato dos fatos logo no requerimento inaugural.

A produção de provas processuais no sistema japonês, por sua vez, deve ser requerida e justificada especificamente no mesmo requerimento inicial, tudo isso visando a identificação imediata da natureza da ação (KOJIMA, 1998, p. 687).

O sistema processual civil no Japão não conta com julgamentos pelo júri, nem com uma fase de julgamento concentrada, como é o *trial* anglo-americano. Ao contrário, se assemelha muito mais ao sistema *civil law*, com juízes profissionais (de carreira) e apresentação de provas em diferentes sessões.²⁶⁰

Este sistema de apresentação de provas de maneira fracionada no decorrer do processo, mais comum nos países que adotam o *common law*, pode ser apontado como causa

²⁵⁷ Para apontamentos sobre o direito processual alemão ver Peter I. Murray & Rolf Stürner, *German Civil Justice* 198 (2004); e Andrew J. McClurg et al., *Practical Global Tort Litigation: United States, Germany and Argentina* 65 (2007).

²⁵⁸ No original: *In Germany, litigation starts with the submission of a written statement to the court [that] is a very extensive, detailed and, if it comes from a qualified attorney, very carefully drafted paper....If documentary evidence is available, it will usually be enclosed. Should circumstantial evidence exist, it is also explained to the judge in the statement of claim and may be emphasized by copies of relevant documents and other materials.* (tradução livre)

²⁵⁹ O Japão, desde 1890, adotava virtualmente o sistema germânico quase em sua integralidade, inclusive o código alemão virtualmente textualizado. Posteriormente, em razão da grande influência dos EUA pós 2ª guerra, passou a adotar elementos de direito público e procedimentos do *common law*, o que torna mais conveniente considerá-lo um sistema híbrido. Ver Oscar Chase et al, op cit, p. 4 e 36.

²⁶⁰ O Japão chegou a adotar diversos elementos importados do Direito Norte americano, entretanto, muitos eles não obtiveram bons resultados e o Japão voltou a adotar regras que já adotara anteriormente do direito germânico desde o fim do século XIX. Ver Richard L. Marcus, *Modes of Procedural Reform*, p. 162 (2008)

de morosidade, pois não existe o “fator *trial*”, que no *common law* encerra definitivamente a fase de produção e apresentação de provas.²⁶¹

A compreensão do sistema de justiça como algo moroso, caro e inefetivo afasta os japoneses das disputas judiciais. Tanto é verdade que, até recentemente, apesar do incrível crescimento econômico, populacional e desenvolvimento social deste país, a quantidade de casos em trâmite era praticamente a mesma do início do século XX, mais de 100 anos atrás. (NAKANO; MINJISOSHO-HO, 1997, p. 2 *apud* KOJIMA, 1998, p. 688)

Para reforçar a ideia de excepcionalismo do sistema de *pleadings* americano, vale a pena ter em conta que outros sistemas onde predomina a cultura jurídica do *common law*²⁶² se assemelham mais aos padrões do *civil law* do que do sistema desenvolvido pelos americanos ao longo do tempo.

Na Inglaterra, berço do *common law*, os requerimentos devem conter: a) declaração dos fatos materiais em que se baseia o pedido da parte; b) uma declaração das especificações necessárias suficientes para a notificação; c) um sumário das provas que o requerente pretende apresentar contra o requerido (DODSON, 2010, p. 454).

No sistema inglês não é obrigatório ao requerente apresentar na fase inicial os detalhes das provas que pretende apresentar como amparo de seu pedido judicial, todavia, deve descrever com detalhes os fatos relacionados às suas alegações (ANDREWS, 2003, p. 254, *apud* DODSON, 2010, p. 454).

Tais declarações se prestam a diversos fins, tais como: a) permitir às partes identificarem a natureza do litúgio; b) facilitar a organização processual; c) prover os requisitos de admissão necessários para a notificação; d) evitar a admissão falha causada por desatenção; e) estabelecer o objetivo do litúgio nas questões de eficiência e coisa julgada, f) permitir que as partes encerrem o caso como matéria de direito.

Existe ainda a exigência legal de promover o *disclosure*, que é a obrigação das partes apresentarem logo no pedido inicial eventuais acordos e condições contratuais previamente estabelecidas entre elas (CHASE *et al*, 2007, p. 166).

Nota-se que, de fato, o sistema norte-americano é excepcional em relação a todos os outros, incluindo os países de cultura *common law*. Tentativas de globalizar regras de direito entre os países²⁶³ igualmente desfavorerem a cultura jurídica norte-americana quando

²⁶¹ No sistema processual brasileiro, apesar de existirem fases determinadas para apresentação e produção de provas, diversos fatores podem prolongar indefinidamente estas fases, tais como perícias, oitivas e a própria agenda judiciária.

²⁶² Tais como Canadá, Austrália, Nova Zelândia, África do Sul, Índia, Israel, Singapura e Bermuda.

²⁶³ ALI/UNIDROIT PRINCIPLES OF TRANSNATIONAL CIVIL PROCEDURE, 2006 disponível em <https://www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure>. O International Institute for the Unification

estabelecem como padrão de requerimento inicial o *fact pleading* em detrimento do *notice pleading*.²⁶⁴

A tendência, no entanto, segundo Dodson (2010, p. 455-456), é que o sistema de *civil pleadings* americano se incorpore paulatinamente aos padrões globais de requerimento inicial, que é mais rigoroso em relação à apresentação e especificação dos fatos. Tanto é que legislações específicas como o PSLRA²⁶⁵, romperam com a lógica da regra nº 8 e exigem os padrões de *fact pleading* para os casos que a lei regulamenta.

Esta exigência legal demonstra que esta legislação específica, voltada aos casos de conflito envolvendo negociações no mercado de ações²⁶⁶, e procurou adequar o sistema da *pleadings* aos padrões do resto do mundo (MARCUS, 2008, p. 178).

A despeito de ser uma situação muito mais específica, algo similar ocorreu com a edição do Y2K Act²⁶⁷, que foi concebido para combater a provável profusão de ações decorrentes de falhas oriundas de sistemas de informática e computação na virada do século em 1º de Janeiro de 2000. Esta lei estipulou exigências muito mais severas do que o *notice pleading*, bem próximas do padrão *civil law*.

Este esboço histórico sobre o desenvolvimento recente do sistema de *pleadings* se presta a compreender as razões que levaram as cortes americanas ao grau de exigência em que se encontram, que vem sendo ditado pelas mais importantes recentes decisões da suprema corte, como os já citados *Bell Atlantic Corp. v. Twombly* e *Ashcroft v. Iqbal*²⁶⁸.

of Private Law é um instituto que por quase um século vem atuando na harmonização entre os sistemas jurídicos dos países. Sobre este tema, ver Geoffrey Hazard, From Whom No Secrets are Hid, Texas Law Review Vol. 76:p. 1665, 1998, p. 1667-1668.

²⁶⁴ Princípio 11.3 “In the *pleading* phase, the parties must present in reasonable detail the relevant Facts [...]”. Disponível em <https://www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure>

²⁶⁵ Private Securities Litigation Reform Act of 1995, 109 Stat. 737. Disponível em <https://www.congress.gov/104/plaws/publ67/PLAW-104publ67.htm>

²⁶⁶ Esta reforma foi, na verdade, resultado de insistente lobby realizado pelas empresas de alta tecnologia do vale do silício que alegaram durante anos serem vítimas das chamadas “*strike suits*”, uma espécie de pressão de litigantes individuais ou grupos para realização de acordos prévios em valores que se equiparariam aos custos de um processo judicial para as empresas. Ver o relatório feito por Timothy K. Roake and Gordon K. Davidson, em jan 1996 para Fenwick & West LLP Corporate & securities law update. Disponível em https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ohZ9tbDpyfwJ:https://www.fenwick.com/fenwickdocuments/corp_sec_01-00-96.pdf+%&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es&client=firefox-b-ab

²⁶⁷ Pub. L. No. 106-37, 113 Stat. 185 (1999)

²⁶⁸ Ver nota 191 e 192

3.1.4.6 A interferência dos precedentes da Suprema Corte no funcionamento dos *pleadings*

O caso *Ashcroft v. Iqbal* serve como auxílio para a melhor compreensão das diferenças práticas do *notice pleading* para *fact pleading* bem como do deslocamento causado pela mudança de posicionamento da suprema corte neste quesito.

Observe-se que no precedente anterior -*Bell Atlantic Corp. v. Twombly*- de 2007, a suprema corte frisou que não se tratava de impor um padrão mais elevado de exposição dos fatos²⁶⁹, mas apenas de exigir a demonstração de que os fatos alegados tem potencial de produzir provas sobre contratos ilegais na fase *discovery*²⁷⁰.

Plausibilidade não é um termo de fácil compreensão. Por isso, no caso *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, a Suprema Corte buscou ilustrar o alcance do termo, explicando que era algo mais do que concebível, possível e especulativo, e menos que provável (DODSON, 2010, p. 61).

Restava a dúvida se a decisão *Twombly* exigindo maior detalhamento em relação aos fatos no *pleading* seria aplicável apenas aos casos regulados pela lei *antitrust*, apenas aos casos abusivos/temerários de alto valor ou a todos de maneira mais ampla.

No ínterim entre as duas decisões (2007-2009), a corte emitiu julgamentos²⁷¹ que pareciam reforçar a posição de que não haveria elevação no padrão de exigência de apresentação de *pleadings*.

No entanto, ao decidir *Ashcroft v. Iqbal*, a corte utilizou a mesma lógica que já havia desenvolvido no caso *Twombly* para decidir que o caso não demonstrou plausibilidade suficiente para admissão.²⁷²

Em resumo, o caso tratava de um cidadão chamado Iqbal Javaid, americano de origem paquistanesa, que processou o então U.S. Attorney General²⁷³ John Ashcroft e o diretor do FBI [Robert Mueller](#) por tratamento inconstitucional na ocasião de sua detenção mediante confinamento em condições e tratamento degradantes por motivo de raça, religião e origem.²⁷⁴

²⁶⁹ 550 U.S. at 569 n.14 e 570, e 556 (it simply calls for enough fact to raise a reasonable expectation that *discovery* will reveal evidence of illegal agreement)

²⁷⁰ Id.. No original: *it simply calls for enough fact to raise a reasonable expectation that discovery will reveal evidence of illegal agreement* (tradução livre)

²⁷¹ Em *Erickson v. Pardus*, e.g., a Corte ressaltou que “fatos específicos não são necessários” (551 U.S. 89, 93 (2007))

²⁷² 129 S. Ct. 1940-41 (2009)

²⁷³ Uma espécie de procurador geral da república, responsável por investigações em nível federal

²⁷⁴ Importante ressaltar que o contexto eram as prisões decorrentes de investigações a respeito dos ataques sofridos em 11 de setembro de 2001, portanto, a intenção da administração Bush era ter fundamentos legais para levar as investigações a cabo, muitas delas consideradas abusivas anos depois.

Os réus alegaram, além de imunidade em razão das funções exercidas, a insuficiência de 'plausibilidade' nas alegações e requereram, com base no precedente *Twombly*, a inadmissão do pedido. Esta moção foi acolhida pela suprema corte, que utilizou o mesmo precedente.

Entre as razões para acolher o pedido dos réus, a corte entendeu que o pedido do autor não continha matéria de fato suficiente para sustentar um pedido plausível, e que alegações fáticas conclusórias não devem ser acatadas. Para ser acatado, o *pleading* deveria conter alegações fáticas sólidas não conclusórias.²⁷⁵

O julgamento do caso *Iqbal* esclareceu diversas questões e ambiguidades pendentes por ocasião do julgamento do caso *Twombly*, tais como: que o padrão de plausibilidade se refere a requisitos fáticos que funcionam de forma autônoma; que o padrão estabelecido pela corte realmente é mais rígido que o anterior e; que o novo padrão se aplica de forma ampla a todos os casos que tramitam no procedimento da regra nº 8 (DODSON, 2010, p. 461-462).

Restou clara a mudança do padrão de exigência dos *pleadings*, que passou de requisitos legais (*legal sufficiency*) para requisitos fáticos (*factual sufficiency*), exigindo dos requerentes detalhes fáticos que a corte não costumava exigir (DODSON, 2010, p. 460).

O critério de plausibilidade utilizado em julgamento de caso envolvendo a lei *antitrust*, a princípio, deveria ficar restrito à utilização no contexto de aplicação desta lei (BRADLEY, 2007, p. 117). Entretanto, a decisão posterior em *Iqbal* (2009) esclareceu esta questão.

De acordo com Hubbard (inédito, 2013, p. 1), não obstante os julgamentos acima sejam de grande relevo e tenham gerado enorme repercussão, o referido critério de plausibilidade, tão comentado nas decisões, tem pouco efeito na porcentagem em que os casos são inadmitidos no âmbito federal.

Questiona-se por que dois dos casos mais representativos e significativos que determinaram o padrão de exigência dos *pleadings* não terem, de acordo com as estatísticas, efeito algum sobre os casos de inadmissão das cortes federais.

Se o padrão de exigência dos *pleadings* tivesse, na prática, sido realmente elevado por essas decisões, não seria normal que apenas 6% dos casos os réus tivessem protocolado pedidos de extinção por inadmissão (HUBBARD, 2013, p. 1).

A análise a ser realizada aqui é clara e envolve a compreensão dos sistemas *common law* e *civil law* como modelos de jurisdição completamente distintos quanto à forma de julgar.

²⁷⁵ 129 S. Ct. 1940-41 (2009)

Quanto mais se afasta do chamado “*liberal ethos*” mais o *pleading* se afasta do excepcionalismo do *common law* americano e mais se aproxima do *civil law*.

Para os entusiastas do *liberal pleading* (*notice pleading*), sua flexibilidade faz com que a análise do caso não se concentre na linguagem do pedido, suas nuances e forma, mas sim na avaliação efetiva das provas perante o júri durante o julgamento.

A função do juiz no *liberal pleading* não é analisar admissibilidade do pedido de acordo com a forma ou a credibilidade das alegações fáticas, mas presidir a apresentação e produção de provas perante o júri, que privilegiará as provas (MARCUS, 1986, P. 433).

Alguns autores²⁷⁶ salientam que as regras federais teriam transformado os juízes em meros porteiros (*gatekeepers*) com restrições mínimas em relação ao ingresso dos requerimentos judiciais. A função de porteiros, nesta fase processual, se contrapõe diametralmente à função atribuída aos juízes no regime antigo (*code pleading*), que era filtrar as demandas logo no início.

O *notice pleading* refletiu um claro rompimento com os regimes anteriores, onde as exigências demasiadamente onerosas funcionavam como uma armadilha para os mais desavisados²⁷⁷ (HUBBARD, 2013, p. 2)²⁷⁸

Apesar das mudanças ocorridas terem aproximado o sistema de *pleadings* do que ocorre nos países *civil law*, não seria correto afirmar que a exigência da plausibilidade teria semelhanças com as exigências do sistema germânico, e.g. que prevê a apresentação de provas na fase inicial.

3.1.4.7 Acomodação e algumas observações

Atualmente já se fala em uma era pós-plausibilidade²⁷⁹, demonstrando que todas as fases de desenvolvimento teorizadas até aqui foram insuficientes para resolver ou mesmo padronizar minimamente o sistema de *pleadings* norte-americano.

A tendência que o sistema processual civil anglo-americano vem demonstrando o afasta do que há de mais marcante no sistema, que é o pragmatismo e flexibilidade formal.

²⁷⁶ Benjamin P. Cooper (*Iqbal's Retro Revolution*, 46 Wake Forest L. Rev. 937 (2011)); Rory K. Schneider (*Illiberal Construction of Pro Se Pleadings*, 159 PA. L. REV. 585, 586 (2011))

²⁷⁷ No original: *Notice pleading reflected a deliberate break with prior pleading regimes, whose cumbersome requirements were seen as traps for the unwary.* (tradução livre)

²⁷⁸ Citando uma declaração de Edgar Tolman, em *Rules of Civil Procedure for the District Courts of the United States* 301 (William W. Dawson ed., 1938)

²⁷⁹ Rory K. Schneider (*Illiberal Construction of Pro Se Pleadings*, *University of Pennsylvania Law Review* [Vol. 159: 585 (2011)])

O elogio que se costuma fazer à sistemática procedimental desenvolvida pelos americanos é que ela possibilita privilegiar os casos potencialmente meritórios mesmo que ainda não existam provas à disposição do requerente justamente pela dificuldade de acesso e obstáculos que a desproporcionalidade entre as partes impõe.

Do outro lado deste debate estão aqueles que compreendem que o sistema procedimental cível não pode privilegiar casos inconsistentes que geram impacto negativo na credibilidade e regulamentação do mercado. Neste lado do debate estão grandes corporações com grande poder de *lobby* no congresso, o que explica a edição de leis mais restritivas, e.g., a PSLRA em 1995 (SALE, 1998, p. 552).

Outro tema em que a sistemática de *pleadings* interfere é o modelo de jurisdição adotado nos países *common law* e *civil law*. O *notice pleading*, menos exigente na fase inicial, garante, por um lado, o amplo acesso às cortes, por outro, onera o judiciário com causas consideradas inconsistentes.

A rejeição preliminar de pedidos inconsistentes e infundados antes que eles se tornem onerosos oferece mais benefícios à sociedade em comparação aos casos julgados improcedentes mais à frente (HYLTON, 2008, p. 41).

Essa relação entre eficiência e maior exigência na fase de admissibilidade é notadamente falaciosa, pois um bom sistema de justiça não é aquele que menos julga, mas aquele que melhor julga.

De qualquer forma, a acomodação que o próprio sistema se impôs no início do século XX ao incrementar o padrão de exigência dos requerimentos iniciais pode ter sido válida para atender aos anseios daqueles que defendiam que o modelo privilegiava casos infundados, porém, não seria correto atribuir maior eficiência ao sistema em decorrência destes novos paradigmas.

Dodson (2010, p. 467) levanta uma questão importantíssima, que é a diferença de tratamento entre causas de interesse público e causas de interesse meramente interpartes.

Para causas que envolvam interesses públicos, e.g., uma ação civil coletiva ou mesmo individual envolvendo consumidores, a busca da verdade deve ter prioridade sobre a

busca por eficiência. Para casos contendo interesses meramente particulares e com encargos reduzidos, a verdade formal/processual pode ser uma via mais adequada.²⁸⁰

Nos países onde as instâncias político-administrativas gerenciam e conduzem com propriedade as questões de interesse público faz mais sentido limitar também o acesso aos litígios de interesse público.

No caso *Credit Suisse Sec. (USA) LLC v. Billing*²⁸¹, o Juiz Breyer, relator do voto vencedor, esclareceu que a agência reguladora S.E.C. (*Securities and Exchange Commission*), responsável pela regulação do mercado de ações, já regulava suficientemente este tipo de situação conflituosa.

Assim votou o juiz Breyer: “Aceitamos a premissa argumentativa dos requeridos de que a S.E.C. possui autoridade regulatória plena sobre essas práticas, e que exerceu devidamente essa prerrogativa (...)”.²⁸²

Quando o Estado regula apropriadamente situações que guardam substancial interesse público, as ações que chegam ao judiciário tendem a tratar de questões específicas entre particulares que não foram alcançadas ou mesmo resolvidas em instâncias administrativas.

Em um sistema como o alemão, que se preocupa em salvaguardar amplamente os interesses públicos, é natural que os litígios que chegam ao judiciário tenham conteúdo meramente particular e de pequena monta.

O sistema alemão é destinado a atender casos que envolvem valores menores, sem apelo ao interesse público e com disputas envolvendo direitos privados de particulares. Em tais casos, obviamente, faz sentido atribuir ao juiz uma função mais determinante na análise de provas testemunhais e mais poderes para conduzir a produção de provas, reduzindo a participação e despesas com advogados e aumentando a participação ativa do juiz.²⁸³ (KOTZ, 2003, p. 77)

²⁸⁰ Segundo Carnelutti, em sentido jurídico, a prova é a demonstração da verdade formal dos fatos discutidos através de meios legítimos, ou seja, de procedimentos predeterminados. Sobre a verdade formal/processual, ver Francesco Carnelutti, *A prova civil*. Trad. Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2001, p. 72; Sobre a verdade processual, ver [Jacinto Nelson de Miranda Coutinho](#), *Barbárie do processo penal não pode ser enfrentada apenas com retórica*, 2015 (“Depois que Carnelutti, em 1965, fundado em Heidegger, destronou a Verdade, mostrando que se atua no processo com a parte e não com o todo, pouco sobrou dela para alguém que não queira se enganar. Ora, se no processo chega sempre uma versão — e mesmo que várias — e ela (ou elas) não é (são) o Todo; e se a Verdade está no Todo; é evidente que no processo está alguma coisa que não é a Verdade. Percebase: não é a coisa ou o objeto; é o que se diz sobre ela ou ele.”). Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-set-25/limite-penal-barbarie-processo-penal-nao-enfrentada- apenas-retorica>.

²⁸¹ 551 U.S. 264 (2007). Acionistas ingressaram em juízo alegando a violação, por parte dos bancos investidores, da legislação antitrust ao formar consórcios para ajudar centenas de empresas de tecnologia a execução de IPOs (initial public offerings), ou seja, abertura inicial de ações no mercado de valores

²⁸² No original: *We accept the premises of respondents. argument.that the SEC has full regulatory authority over these practices, that it has actively exercised that authority(...)*.(tradução livre). Ver 551 U.S. 264 (2007) p. 13B. Disponível em <https://www.law.cornell.edu/supct/html/05-1157.ZS.html> Acesso em 13 fev. 2019.

²⁸³ No original: *[t]he typical case at which the German system is aimed involves a comparatively small amount of money, raises no major issue of public policy, and is merely a dispute between private parties about private rights. In such cases it obviously makes sense to give the judge a leading role in the examination of witnesses*

O tratamento massivo que alguns sistemas atribuem às causas judiciais, com julgamentos similares ao IRDR brasileiro²⁸⁴, por exemplo, não são comuns na Europa, revelando aqui também uma diferença importante entre os diversos sistemas de *civil law*

O volume de litígios recebido pelo poder judiciário americano espanta observadores europeus. A resolução de milhares de casos semelhantes em um único julgamento é motivo de surpresa e assombro para um jurista europeu, pois demonstra que, aparentemente, os americanos confiam mais na estrutura de litígio privado para resolver seus problemas do que no administrador público, Ministério Público e órgãos afins (KOTZ, 2003, p. 75).

Não obstante o espanto dos europeus, este sistema que atribui a agentes privados o controle de boa parte dos atos judiciais e condução do litígio funciona para os americanos, e uma quantidade substancial de casos resolve-se sem necessidade de julgamento.

3.2 UMA VISÃO ANALÍTICA DA PRÁTICA DE LITÍGIOS CÍVEIS NA TRADIÇÃO ANGLO-AMERICANA

Neste tópico serão analisados aspectos importantes sobre a prática de litígios cíveis nos sistemas originários, quais sejam, o inglês e o norte-americano. A intenção é detalhar o funcionamento do chamado *civil litigation* com o intuito de estabelecer as características principais dos métodos onde os instrumentos estudados se desenvolveram, e com isso fundamentar as diferenças de abordagem que devem receber no sistema de destino.

Prontamente se observa que a prática litigiosa judicial na tradição anglo-americana utiliza bases notadamente distintas de posicionamento e desenvolvimento dos atos, em especial considerando-se o sistema adversarial, que posiciona as partes em situação de liberdade estratégica, possibilitando que conduzam determinados atos de intercâmbio de informações e até mesmo probatórios sem interferência direta do poder judiciário estatal.

and wider powers over the evidentiary process, thereby reducing considerably the amount of lawyer effort and cost in exchange for a modest increase in effort and activity on the part of the judge. (tradução livre)

²⁸⁴ Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, previsto no CPC/2015, artigo 976, incisos I e II e § 4º

3.2.1 Considerações Sobre a Produção de Provas no Sistema *Civil Law* e *Common Law*.

Antes de ingressar no tema do litígio civil e da prática processual de produção de provas no âmbito do direito civil nas diferentes tradições aqui estudadas, vale a reflexão sobre o lugar e a importância que a prova ocupa no contexto do litígio de forma geral.

No dizer de Talamini (2016, p.75), a produção de provas, assim como a busca da verdade que a obtenção das provas promove, não são a razão de ser do processo. A prova é o elemento instrumental na disputa processual, ela é um meio, não um fim. A finalidade do processo é a solução do conflito.²⁸⁵

Dito isto, é essencial que os procedimentos e mecanismos probatórios aqui estudados, em especial aqueles que dizem respeito à regulamentação dos meios de prova e de sua utilização dentro e fora do âmbito processual, sejam sempre analisados sob a perspectiva do processo como um solucionador de conflitos.

As diferentes concepções sobre a produção da prova nas tradições *civil law* e *common law* se atribuem, em grande parte, ao modelo de atuação dos juízes e advogados na condução dos atos de produção e apresentação de provas.

No sistema adversarial desenvolvido a partir do direito anglo-saxão, a função soberana e indelegável do júri como o 'juiz do fato' afastava a interferência do órgão judicial da fase de preparação e apresentação do material fático que serve como suporte as pretensões alegadas²⁸⁶ (BARBOSA MOREIRA, 2003, p. 57-58).

Mesmo com o desaparecimento do instituto do júri para casos cíveis no país que é considerado o berço do *common law*, e diminuição de casos que recorrem ao julgamento pelo júri cível nos EUA, esta característica marcou o sistema de forma indelével.

ainda onde hajam cessado as razões do fenômeno, continuariam a fazer-se sentir suas conseqüências - não só, aliás, o predomínio das partes sobre o juiz na atividade instrutória, mas igualmente a concentração desta na sessão de julgamento (trial) e a preferência, hoje parcialmente atenuada, pelas provas orais (BARBOSA MOREIRA, 2003, p. 58).

²⁸⁵ Para o autor, "a atividade jurisdicional não se destina à mera eliminação de dúvidas hipotéticas, de questões acadêmicas ou de simples fatos", mas sim à solução de um conflito. Ver Produção Antecipada de Prova no Código de Processo Civil de 2015, Revista de Processo, v. 260/2016, p. 75.

²⁸⁶ Vale lembrar que, como já exposto neste trabalho no cap 2.1.4, apesar de não ter sido formalmente extinto, a utilização do júri em casos cíveis na Inglaterra há muito entrou em declínio, sendo prática comum o julgamento por juízes monocraticamente na primeira instância em praticamente todas as jurisdições. Nos EUA, apesar de não ser a forma mais comum de decisões de casos cíveis, a previsão legal prevalece por se tratar de uma garantia constitucional e, na prática, muitos estados compreendem e aplicam essa prerrogativa para julgamentos cíveis. Sobre o instituto do Júri nos casos cíveis nos EUA, ver US Constitution, Amendment VII. Para comentários sobre a sétima emenda à constituição americana, ver ainda <https://constitution.findlaw.com/amendment7/annotation01.html#1>

Em matéria probatória, o princípio dispositivo, marca tradicional do sistema *common law*, determina que a obtenção das provas tendentes a servir de base para o julgamento é prerrogativa das partes. Já o princípio inquisitório, comum aos ordenamentos oriundos do *civil law*, compreende que essa tarefa é do juiz.²⁸⁷

Não é bem visto, no *common law*, que os juízes demonstrem grande disposição em indagar, eles mesmos, as testemunhas e partes, ou que tomem iniciativas probatórias, sob pena de incidirem em violação da garantia do *fair trial*²⁸⁸ (BARBOSA MOREIRA, 2003, p. 59).

As *Woolf Reforms*,²⁸⁹ no entanto, regulamentaram o *case management* de maneira a estabelecer diversas prerrogativas às cortes, e.g., apontar os fatos que necessitam de comprovação, apontar a natureza do meio probatório capaz de auxiliar a decisão, e apontar a maneira como a prova deve ser apresentada perante a corte.²⁹⁰

No campo probatório, o sistema inglês se afastou do *adversarial system* em alguns aspectos, entre eles a prova pericial. A *Civil Procedure Rules*, contrariando a tradição de que uma testemunha especializada funcione como perito, estabeleceu que o perito deve ser um auxiliar imparcial da corte, mesmo que indicado por acordo entre as partes²⁹¹ (BARBOSA MOREIRA, 2003, p. 59).

No sistema processual brasileiro, por sua vez, a prova pericial não apenas é controlada pelo juiz em praticamente toda a fase de produção como também existe farta regulamentação a respeito das inúmeras possibilidades que o juiz detém para realizar atos tendentes a conduzir praticamente sozinho este meio de prova.²⁹²

Este distanciamento que o sistema inglês promoveu de algumas características que marcavam sua tradição adversarial, não ecoou nos EUA, onde o desenvolvimento da fase *pretrial*, em especial dos instrumentos da *discovery*²⁹³, manteve o controle da produção de

²⁸⁷ O princípio dispositivo também é largamente encontrado nos ordenamentos de base romanística, seria equivocado, portanto, considerar o *civil law* um sistema inquisitorial. Ver Mauro Cappelletti, *El proceso civil en el derecho comparado*, Peru: ARA Editores, 2006, p. 30-50. Tem razão Cappelletti sobre a necessidade de se evitar a radicalização de conceitos e rotulações, entretanto, a concepção genérica de que, na condução processual, o juiz deve obedecer o princípio dispositivo e não determinar atos *ex officio* de produção de provas é diametralmente contrária às possibilidades que os ordenamentos de origem romano-germânica permitem ao juiz na condução da fase de produção de provas. Nesse cenário é facilmente identificável um abismo na concepção do princípio dispositivo entre as tradições *common law* e *civil law*.

²⁸⁸ Nos EUA, o fato da maioria dos juízes ser escolhido por eleição, faz com que exista uma preocupação da classe dos magistrados com a imagem que transmitem aos advogados. Ver José Carlos Barbosa Moreira, *op.cit.*, 2003, p. 59 (“aqueles que se candidatam à reeleição não se dispõem com facilidade a alienar a simpatia da classe dos advogados, cuja influência eleitoral costuma ser apreciável”). Na Inglaterra, ocorre algo semelhante, pois a maioria dos juízes é escolhida dentre os advogados (*counsels*) atuantes nas cortes.

²⁸⁹ Ver capítulo 3.2.5 que trata das reformas inglesas

²⁹⁰ CIVIL PROCEDURE RULES, Rule 32.1(1) (a), (b) e (c), respectivamente.

²⁹¹ CIVIL PROCEDURE RULES, Rule 35.1(1)

²⁹² CPC/2015, arts. 464, §1º, 2º, 465, 470, 472, 478, 479 e 480.

²⁹³ FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE, Rule 26-37. As regras federais, marco legislativo da regulamentação processual nos EUA, são replicadas nos estados, em alguns casos de maneira bastante mais

provas sob o domínio dos advogados, permitindo ao juiz que interfira de forma mais determinante apenas na fase de julgamento (*trial*).

O sistema processual dos EUA, apesar de ter enfrentado reformas substanciais e movimentos jurisprudenciais importantes na década de 2010, demonstra sinais de que continua sendo um terreno em que a produção de provas segue sendo dominada pelos advogados e partes.

As diferenças de tratamento que os países com ordenamentos oriundos da mesma tradição - como ocorre entre Inglaterra e EUA- concedem à produção da prova, não é exclusividade do *common law*. A tradição romano-germânica também se espalhou entre diversos países de maneira bastante acidentada.

O sistema francês, por exemplo, estabeleceu por longo período, um certo domínio das partes na condução de determinados atos processuais, incluindo a produção de provas. O *Code de Procédure Civile*, de 1975²⁹⁴, concedeu poderes de instrução mais significativos ao juiz, aumentando as possibilidades de medidas *ex officio*, e revelando uma tendência a um deslocamento do equilíbrio em direção à corte (BARBOSA MOREIRA, 2003, p. 62).

O ordenamento alemão, mediante reforma introduzida em 2001, também experimentou alterações em sua sistemática processual no sentido de incrementar os poderes instrutórios do juiz, permitindo que determinasse a apresentação de provas não apenas à parte que alegou como também em relação aos documentos referidos pela parte contrária ou terceiros²⁹⁵ (BARBOSA MOREIRA, 2003, p. 62).

Impossível não associar esta reforma do sistema alemão ao formato desenvolvido pela *discovery* nos EUA, em que uma parte é legalmente obrigada a revelar os documentos apontados pela parte contrária como estando em seu poder.²⁹⁶

Espanha e Itália demonstram tendências contrárias às manifestadas demonstradas pelas regulamentações alemã e francesa. Aparentemente, uma maior participação e controle das cortes na fase de produção de provas não é vista com bons olhos pela doutrina daqueles países.

ampla, como se observa da leitura do capítulo 3.1.2, que trata da regulamentação do *presuit* nos estados

²⁹⁴ [CODE DE PROCÉDURE CIVILE](#), Section IV, Les preuves. Article 10: O juiz pode ordenar *ex officio* todas as medidas de instrução legalmente admissíveis (no original: “Le juge a le pouvoir d’ordonner d’office toutes les mesures d’instruction légalement admissibles”). (tradução livre)

²⁹⁵ ZIVILPROZESSORDNUNG, §142 Anordnung der Urkundenvorlegung (1): O tribunal pode ordenar que uma parte ou um terceiro apresente os documentos e outros documentos em sua posse a que uma das partes se referiu. (No original: Das Gericht kann anordnen, dass eine Partei oder ein Dritter die in ihrem oder seinem Besitz befindlichen Urkunden und sonstigen Unterlagen, auf die sich eine Partei bezogen hat, vorlegt). (tradução livre)

²⁹⁶ Ver nota nº 293, FRCP, em especial a regra 26(b)(1), que trata da obrigatoriedade das partes apresentarem evidências as quais tenham acesso.

A legislação espanhola, no quesito iniciativa probatória, se assemelha à brasileira, estabelecendo a regra geral da necessidade de requerimento e dispondo que o juízo pode determinar a produção de provas quando a lei assim prever.²⁹⁷

Em relação à regulação processual dos países sul-americanos, importante observar que, até o fim do século XIX, pode-se dizer que eram mera derivação da cultura jurídica espanhola. Alguns países passaram a manifestar peculiaridades e desenvolveram autonomia a partir daí (DONDI, ANSANELLI; COMOGLIO, 2017, p. 144).

Na Itália, a legislação penal e civil demonstram sinais de repúdio a uma concepção mais publicista do processo, com tendência a contrariar medidas que permitam ampliação de participação do órgão jurisdicional na colheita de provas (BARBOSA MOREIRA, 2003, p. 63).

Por último, a legislação brasileira, que em grande medida reflete o modelo de ordenamento romano-germânico desenvolvido nos países da Europa continental, evoluiu obedecendo critérios rígidos de condução dos atos processuais pela figura do magistrado em todas as fases processuais.

A esta altura já é possível concluir com segurança que, nos alicerces e na estrutura básica, o processo civil brasileiro é fruto genuíno do sistema jurídico chamado romano-germânico. Filia-se, pois, à família a que tradicionalmente se vem aplicando a denominação inglesa de *civil law*, em oposição à de *common law*, pela qual se designa o direito dos países anglo saxônicos e daqueles que o assimilaram em razão de vicissitudes históricas (BARBOSA MOREIRA, 2001, p. 12-13).

Isso não significa dizer que o desenvolvimento do ordenamento processual brasileiro tenha ficado apartado de toda e qualquer influência do *common law*, pelo contrário, muitos produtos jurídico-processuais desenvolvidos pelos ingleses e americanos foram aproveitados pela cultura jurídica brasileira (BARBOSA MOREIRA, 2001, p. 13).

O sistema processual brasileiro pós-independência é resultado direto da herança jurídica portuguesa. As poucas regras processuais cíveis remetiam às ordenações Filipinas, livro III e em sua maioria tratavam de questões tributárias.²⁹⁸

²⁹⁷ LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 2000: Artículo 282. Iniciativa de la actividad probatoria. “As provas serão produzidas a pedido de uma das partes. No entanto, o tribunal pode decidir, ex officio, que certas provas sejam produzidas, ou que documentos, opiniões ou outros meios e instrumentos probatórios sejam fornecidos, quando estabelecido por lei”. (no original: Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley). (tradução livre)

²⁹⁸ Editadas no fim do século XVI pelo Rei Felipe I (II da Espanha) e postas em vigor pelo seu sucessor Felipe II (III da Espanha). Ver J. C. Barbosa Moreira, O processo Civil Brasileiro entre dois mundos, 2001, p.11-12.

O Brasil herdou de Portugal uma sistemática processual pouco moderna,²⁹⁹ estabelecendo seu primeiro código apenas em 1939. Antes disso, apenas a Disposição Provisória de 1832 trouxe alguma inovação neste campo (BARBOSA MOREIRA, 2001, p. 12).

O código de processo civil de 1939 refletiu as idéias que tiveram grande relevância nos países europeus nas primeiras décadas do século XX, em especial ideais reformistas e movimentos doutrinários italianos que, a seu turno, jamais vingariam por lá (BARBOSA MOREIRA, 2001, p. 12-13).

Já o código de 1973 foi bem mais eclético, com inspiração no processo civil italiano, português e até alemão, sendo este último em menor intensidade.³⁰⁰ Barbosa Moreira (2001, p. 13) chama atenção para um diploma que também teria influenciado o CPC de 1973 e do qual existe pouca referência, o *Codice di procedura civile dello Stato della Città de Vaticano*, de 1946, de influência de Carnelutti.

Mais recentemente, a legislação atual contida no CPC/2015 reproduziu o contido no CPC/73 em relação à iniciativa de produção de provas, estabelecendo a prerrogativa do juiz na determinação das provas a serem produzidas, de ofício ou a requerimento das partes.³⁰¹

Na sistemática brasileira, o juiz preside a fase de produção de provas e determina quais espécies de prova serão produzidas pelas partes, concedendo-lhes oportunidade para que façam requerimentos neste sentido, sem que a lei tenha, em momento algum, condicionado a validade do ato ao atendimento de qualquer pedido das partes.

De fato, as garantias probatórias das partes nesta fase estão quase que integralmente limitadas pela atuação do juiz, inclusive em relação à distribuição do ônus probatório, que segue uma regra que, apesar de flexível, se encontra no âmbito de decisão da corte³⁰².

A legislação brasileira permite ao juiz, de forma surpreendentemente subjetiva e abstrata, aplicar “as regras de experiência comum subministradas pela observação do que

²⁹⁹ A codificação estabelecida por Napoleão na França no século XIX, considerada um marco de destruição dos vestígios medievais que ainda se encontravam nos ordenamentos, e que tanto influenciou outros países na Europa, não foi sentida na península ibérica. Ver nota de Enrico T. Liebman na obra *Instituições de Direito Processual Civil*, de CHIOVENDA, 2. ed., S. Paulo, 1965, v. I, p. 144.

³⁰⁰ A variedade de inspirações do CPC de 1973 é resultado do grande conhecimento em direito comparado do autor de seu anteprojeto, Alfredo Buzaid. Ver J. C. Barbosa Moreira, op cit, 2001, p.13.

³⁰¹ CPC/2015, art. 370: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”. O dispositivo atual tem diferença mínima com o contido no antigo CPC/73, art. 130: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo”.

³⁰² CPC/2015, art. 373

ordinariamente acontece”³⁰³. Esta previsão, curiosa sob a perspectiva da discricionariedade, parece inoportuna e desnecessária.

A título de curiosidade, o professor José Carlos Barbosa Moreira (2003, p. 69), tantas vezes citado nesta pesquisa e que foi um grande estudioso do funcionamento de ordenamentos jurídicos estrangeiros, acreditava que o juiz não deveria ter seu papel reduzido ao de um “convidado de pedra”, mas sim que fosse convencido a contribuir mais na averiguação dos fatos.

Neste sentido, é de se reconhecer a importância da atuação do juiz na averiguação dos fatos. A idéia da pesquisa, no entanto, é de, considerando esta importante contribuição, propor uma regulamentação adequada para as fases iniciais do procedimento, de forma que o juiz não seja sobrecarregado com atos ordinários e que podem ser realizados pelas partes e advogados sem sua participação direta.

3.2.2 A Estrutura Judicial Reflexo do Sistema Federativo Americano

Enquanto o sistema de justiça inglês é centralizado³⁰⁴, o sistema americano é descentralizado e bastante diversificado. Sua estrutura é dividida entre os 50 estados da federação, que são compostos por um sistema de cortes próprio, regulado pelas constituições estaduais e respectivas leis estaduais.

No sistema federativo dos EUA, o poder central não recebeu da constituição federal muitas prerrogativas para o estabelecimento de legislação em nível nacional. Ao invés disso, foram os estados os contemplados com a prerrogativa de legislar nos mais diversos assuntos.³⁰⁵

Esta lógica é diametralmente oposta ao que ocorre no ordenamento brasileiro, em que a Constituição Federal atribuiu à União a prerrogativa de legislar sobre os mais diferentes assuntos de interesse dos estados.³⁰⁶

³⁰³ CPC/2015, art. 375. “O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”. Previsão parecida tem o art. 5 da Lei dos Juizados Especiais Cíveis nº 9099/95, que dispõe que “O Juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.”

³⁰⁴ As regras do sistema judicial inglês servem também ao país de Gales, mas não se confundem com as regras dos sistemas dos demais países do reino unido (Escócia e Irlanda do Norte).

³⁰⁵ U.S. Constitution Amendment X: “*The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people*”. Ou seja, de acordo com a 10ª emenda à constituição americana, além do que foi expressamente definido como estrita competência do poder central, o poder residual para todos os demais assuntos legislativos pertence aos estados e, de forma mais genérica, ao povo.

³⁰⁶ CF/88 art.22 e incisos

A estrutura judicial dos estados unidos é composta, em geral, por três instâncias: uma corte de entrada (*trial court*), uma corte intermediária (*intermediate court of appeals*) e uma corte superior (*supreme court*). Alguns estados tem apenas duas instâncias. As cortes estaduais têm jurisdição sobre todos casos que não sejam de jurisdição exclusiva federal.

A estrutura judicial em nível federal igualmente possui três instâncias: uma corte de entrada (*district courts*), uma corte intermediária (*courts of appeals*³⁰⁷) e uma corte superior (*supreme court*). A Suprema Corte Federal recebe não apenas recursos das cortes federais, mas também das cortes estaduais nas questões relativas à legislação federal.

3.2.3 Jurisdição Estadual e Federal

Visando uma melhor compreensão do assunto que se pretende discutir, importa conhecer as diferenças existentes entre os critérios que determinam o exercício da jurisdição federal e estadual nos EUA, uma vez que o modelo de federação norte americano é bastante peculiar.

A regra fundamental é a de que, se o litígio é oriundo de violação ou conflito de legislação no âmbito federal³⁰⁸, a prerrogativa da competência é das cortes federais. Como a jurisdição federal não atende todo o território, a justiça estadual pode resolver tais conflitos de forma residual.

Os requisitos materiais (*subject-matter*) mais invocados são a questão federal (*federal-question*), onde o demandante alega a referida violação de lei no âmbito federal, e a diversidade de jurisdições (*diversity jurisdiction*), quando o demandante reside em estado diverso do demandado³⁰⁹ e a causa ultrapassa os 75 mil dólares.³¹⁰

Além do critério material, acima exposto, há a exigência do critério pessoal, ou seja, as partes devem estar submetidas à jurisdição federal. De todo modo, estas regras poderiam, em tese, ser alteradas pela discricionariedade dos próprios juízes, uma vez que as cortes federais têm a prerrogativa de interferir no procedimento das cortes estaduais quando existem questões federais em um litígio que tramita em uma corte estadual.³¹¹

³⁰⁷ As *courts of appeals* tem jurisdição em territórios determinados chamados *circuits*.

³⁰⁸ Normas Constitucionais, leis federais e tratados.

³⁰⁹ Como os estados têm constituições e legislação próprias, não seria conveniente que uma das cortes estaduais aplicasse a legislação própria, por isso se atribui competência à corte federal

³¹⁰ 28 U.S. CODE §1332 (A) (3)

³¹¹ Esta interferência é chamada *ancillary jurisdiction* (jurisdição auxiliar). Em razão dessa discricionariedade, a Suprema corte já pediu cautela aos juízes quanto á essa possibilidade de interferência, instando as cortes a separar as questões de mérito das regras jurisdicionais. Ver *Whitmore v. Arkansas*, [495 U.S. 149](#) (1990).

De acordo com os critérios acima é possível observar que, diferente do que ocorre no judiciário de outras federações, o demandante pode, em algumas situações, escolher entre a jurisdição federal ou estadual.

Isso ocorre, pois, havendo um litígio que discute questões de natureza constitucional - ou mesmo infraconstitucional- federal e estadual, tanto a corte federal como a estadual podem atuar.³¹²

Se uma ação é ingressada na justiça estadual, o réu, em algumas situações específicas, pode transferir o caso para a justiça federal. Além disso, nos EUA, o demandante pode ter a escolha de escolher um estado específico para ingressar com a ação.³¹³ (CHASE *et al*, 2017, p. 33).

Historicamente, essa possibilidade de escolha conduz as partes e advogados a observarem as tendências de uma e de outra antes de ingressar em juízo. Décadas atrás, e.g., as cortes federais eram as preferidas para discussão de litígios envolvendo garantias constitucionais (NEUBORNE, 1977, p. 1116).

Mais recentemente observou-se (RUBENSTEIN, 1999, p. 599-600) que nas cortes estaduais, demandantes minoritários, como homossexuais, tinham índice de sucesso nos litígios maior do que nas cortes federais, demonstrando uma tendência institucional no tratamento – melhor ou pior- de determinadas categorias.

Na visão de alguns advogados, após a decisão da Suprema Corte em *Ashcroft v. Iqbal em 2009*³¹⁴ cortes federais se tornaram o juízo de preferência dos réus enquanto as cortes estaduais o juízo de preferência dos autores (SCHNEIDER, 2010, p. 518) devido às altas taxas de sucesso obtida nessas cortes.

Estes movimentos revelam que as cortes federais deixaram de ser responsáveis pela salvaguarda dos direitos civis, *status* que conservavam historicamente a partir de meados do século XX. Esta categoria de direitos, cujos litígios se multiplicaram de 1988 a 2003, tem desaparecido nas cortes federais. (SCHNEIDER, 2010, p. 524)

Apesar das regras federais constituírem uma espécie de padrão informal e não obrigatório da regulamentação nos estados, as cortes estaduais devem ser analisadas com atenção, pois elas concentram praticamente a totalidade dos casos cíveis, 98%. (CHASE *et al*, 2017, p. 33).

³¹² O sistema americano criou o chamado controle difuso de constitucionalidade, que foi adotado pelo sistema brasileiro, permitindo que juízes de quaisquer instancias analisem os conflitos entre leis e atos com os dispositivos constitucionais.

³¹³ No original: *Also, if suit is brought in a state court, a defendant, in limited circumstances, may be able to move the case to federal court. In addition, in the United States, a plaintiff may have a choice as to the particular state of the United States in which to bring suit.* (tradução livre)

³¹⁴ 129 S. Ct. 1372 (2009).

3.2.4 Civil Litigation

No estudo do direito anglo-americano, o litígio cível (*civil litigation*) é um campo em que prosperam publicações, geralmente voltadas para a prática processual, já que na cultura *common law* o direito é visto sob uma perspectiva muito mais voltada para a prática sistemática de resolução de conflitos do que pela teorização de conteúdo sob o enfoque científico.

Significa dizer que, o que se entende por *civil litigation* nos EUA está muito mais atrelado ao desenvolvimento de regras procedimentais para resolução de litígios na esfera cível do que a preocupação com aplicação do direito substancial que as partes alegam possuir. Em suma, a regulamentação do *civil litigation* é tema vinculado ao direito processual civil.

Interessa, a título elucidativo, explicar de forma breve o trâmite procedimental básico de uma ação cível no *common law*, que segue uma linha estrutural bem definida estabelecida no *adversarial system*.³¹⁵

O *adversary system* anglo-americano é marcado pelo confronto de provas entre as partes em procedimento que conta com uma participação menos ostensiva do julgador, privilegiando a sequência de atos oficiais conduzidos pelas partes e advogados acompanhados por um membro da corte (TEPLY; WHITTEN, 2012, p. 8).

Diferente dos sistemas *civil law*, em que o procedimento cível segue um *continuum*, a tradição *common law* estabeleceu um procedimento que se biparte em duas fases bem definidas: o *pretrial* e o *trial* (CHASE *et al*, 2017, p. 36).

A fase *pretrial* antecede a fase de julgamento efetivo do caso, com a apresentação e produção das provas perante o juízo. Apesar de não se desdobrar perante a corte, a *pretrial* esta sujeita à supervisão judicial (CHASE *et al*, 2017, p. 36).

Nesta fase, o procedimento inicia-se com uma provocação da parte demandante,³¹⁶ evolui para a possível utilização dos instrumentos probatórios da *discovery* e, eventualmente, segue para a fase *trial*, onde serão produzidas provas em ato público perante um júri ou juiz que, ato contínuo, emitirá um veredicto.

³¹⁵ O sistema adversarial (*adversarial system*) é um método de apresentação de fatos opostos de forma a confrontá-los em busca da verdade. Este método não é uma invenção nem exclusividade do sistema anglo americano, estando presente tanto no discurso filosófico clássico como nas disputas escolásticas medievais como método de descoberta da verdade. Ver Carrie Menkel-Meadow, *The Trouble With the Adversary System in a Postmodern, Multicultural World*, 1996, p. 12-13.

³¹⁶ A provocação do juízo no *civil litigation* anglo-americano, que se dá com a notificação da parte ré, obedece a lógica do sistema de *pleadings*, já estudado neste trabalho no capítulo 3.1.4

A provocação consiste em notificar a parte demandada sobre a existência do procedimento mediante a utilização de *pleadings*, regulado pela regra nº8 no sistema federal.³¹⁷ Havendo consistência nos pedidos, a lei determina a revelação de provas entre as partes, a fase chamada *discovery*, sem a necessária participação do juízo em sua produção ou apresentação.³¹⁸

Esta fase costuma expor com transparência o conjunto probatório das partes e colocar à prova suas alegações. Por essa razão, a imensa maioria dos casos não ultrapassa esta fase, encerrando-se em acordos, desistências e requerimentos de arquivamento.

Não sendo encerrado na fase *pretrial*, o procedimento avança e inicia-se a fase de julgamento, que se chama *trial*. Nesta fase, as provas são novamente apresentadas, mas desta vez formalmente perante os julgadores. É nesta fase que o advogado do demandante expõe ao julgador as provas já conhecidas e o advogado de defesa expõe as fragilidades do caso.

No campo prático do *civil litigation*, o recorte analítico que interessa a este trabalho diz respeito à fase *pretrial*, momento processual anterior ao início do julgamento. A relevância e virtude desta fase se encontram em seus resultados práticos, isto é, na quantidade de casos que ali se encerram.

As estatísticas, como se verá mais adiante na pesquisa (capítulo 3.2.5), são absolutamente significativas,³¹⁹ razão pela qual vale a pena estudar a forma engenhosa como os instrumentos desta fase se desenvolveram e atualmente são responsáveis pelo bom funcionamento do sistema de justiça no âmbito civil nos EUA.

Os instrumentos da fase *pretrial*³²⁰ sofreram grandes mudanças nas últimas décadas, especialmente na primeira década do século XXI, com as regras estipuladas pela Suprema

³¹⁷ Para iniciar um procedimento, são admitidos os formatos *summons* ou *complaints*, de acordo com a exigência da jurisdição onde tramita. O formato de *summon*, regulado pela regra 4 no sistema federal, se assemelha a uma simples notificação assinada pelo escrivão e direcionada ao réu, que pode ser uma intimação sobre a existência da medida judicial ou algo um pouco mais elaborado, que especifique o tipo de ação. O formato de *complaint*, regulado pela regra 7, da mesma forma, pode exigir, de acordo com a jurisdição, um relato mais abstrato que apenas informe a natureza do caso e o remédio legal, ou um relato mais detalhado dos fatos e especificação dos danos sofridos. Ver Oscar Chase, *civil litigation in comparative context*, 2017, p. 34.

³¹⁸ As jurisdições estaduais estabelecem diferentes níveis de participação do juízo, desde a liberdade mais ampla para os advogados conduzirem o procedimento, até o controle mais rígido pelo órgão judicial. A regra federal, no entanto, prevê uma liberdade razoável para as partes e advogados conduzirem os atos durante a *pretrial*. A exigência de um oficial da corte ou similar é prevista nas ocasiões de tomada de juramento, como é o caso das *depositions*. Ver Federal Rules of Civil Procedure, Rule 28(a)(1).

³¹⁹ Os índices de extinção das causas cíveis têm alcançado níveis tão altos que existe uma preocupação no sistema judiciário com a possibilidade do efetivo desaparecimento do julgamento propriamente dito.

³²⁰ Quais sejam: *pleadings*, *discovery*, *motions*, *summary judgement* e *settlements*.

Corte nos famigerados casos *Bell Atlantic Corp. v. Twombly* (2007) e *Ashcroft v. Iqbal* (2009)³²¹ e que impactaram a prática processual a partir de então.³²²

Tais mudanças³²³ e o desenvolvimento dos instrumentos do *pretrial* tiveram como resultado mais significativo a diminuição drástica dos casos julgado pelas cortes, além do desaparecimento do júri e reconfiguração da função do juiz.³²⁴

A juíza da Suprema corte Ruth Bader Ginsburg -que emitiu voto dissidente no caso *Ashcroft v. Iqbal de 2009-* compreende que a decisão neste caso foi importante, porém, muito perigosa, pois trouxe instabilidade ao sistema federal que regulamenta o *civil litigation*³²⁵ (SCHNEIDER, 2010, p. 518).

Grande parte da discussão atual entre processualistas americanos remete ao problema das despesas processuais como impeditivo de acesso ao sistema de justiça. Grande parte das despesas do litígio é oriunda da *discovery* e das provas produzidas pelos instrumentos disponíveis na fase *pretrial* (SCHNEIDER, 2010, p. 519).

A Suprema Corte teria sido influenciada por esses fatores para decidir como decidiu esses casos emblemáticos. Dito de outra forma, ao aumentar o padrão de exigência dos requerimentos iniciais, a corte estabeleceu uma limitação para que casos infundados ultrapassem a fase de admissibilidade e cheguem à fase de revelação de provas, que é a potencial geradora de custos para as partes.

Existem estudos que revelam que o motivo de estabelecimento de parâmetros mais restritivos não seria tão nobre, ao contrário, a elevação de critérios de admissibilidade nas fases iniciais seria motivada pela hostilidade da cortes em relação aos litígios.

³²¹ Respectivamente 550 U.S. 544 (2007) e 129 S. Ct. 1937 (2009).

³²² Na tradição *common law* impera o judge-made law, que é a produção de regras de direito pelos juízes e cortes, tanto na esfera processual quanto material. Isso não significa que não existam códigos e regras estabelecidas pelo legislativo, mas sim que a dinâmica entre as duas categorias de regras é diferente da dinâmica do *civil law*, em que a produção de regras pelo juiz e cortes é subsidiário.

³²³ A título de esclarecimento, as referidas decisões da Suprema Corte em 2007 e 2009 estabeleceram padrões mais rígidos para os requerimentos perante o juízo (*pleadings*). Assim, o mero relato dos fatos com a conclusão de que houve prejuízo (*notice pleading*) deixou de ser suficiente, passando a ser exigido um padrão de plausibilidade, ou seja, o demandante deveria demonstrar os fatos praticados pelo demandado que supostamente causaram-lhe dano (*plausability pleading*). Esta mudança de posicionamento da Suprema Corte interferiu severamente na forma como as ações judiciais deveriam ser apresentadas perante o juízo.

³²⁴ Alguns autores acreditam que a função do juiz se tornou essencialmente gerencial/administrativa (*managerial judges*), atuando como um mero porteiro (*gatekeeper*). Ver Elizabeth Scheider, *the changing shape of federal civil pretrial practice*, 2010, p. 518; ver também Benjamin P. Cooper, *Iqbal's Retro Revolution*, 2011; e Rory K. Schneider *Illiberal Construction of Pro Se Pleadings*, 2011.

³²⁵ A juíza Ginsburg, na verdade, seguiu, juntamente com o juiz Stevens e o juiz Breyer, o voto dissidente do juiz Souter no caso *Ashcroft v. Iqbal*. Ver 129 S. Ct. 1937 (2009).

Para Michael Selmi (2001, p. 556-557), por exemplo, existe uma comprovada tendência das cortes em decidir desfavoravelmente causas que tenham como objetivo compensações decorrentes de danos sofridos por discriminação no ambiente de trabalho.

Os dados relativos a esta tendência da Suprema Corte se estendem para atingir grande parte dos casos envolvendo direitos civis em geral, o que denota um viés restritivo bem mais genérico desta corte, para além da suposta preocupação com o aumento de custos decorrente da continuidade da fase *pretrial*.

Não obstante a motivação questionável, fato é que a restrição existe e causa impacto no fator 'acesso à justiça', algo que deve ser considerado quando se estuda adaptar instrumento similar no procedimento brasileiro.

Deve ser considerado ainda, e de forma atenta, o problema do aumento dos custos que o procedimento agrega. Não se poderia admitir que, sob o pretexto de facilitar a vida dos juízes e diminuir o volume de ações em trâmite, fossem impostas despesas insustentáveis às partes.

Da mesma forma, não se deve admitir que a busca de um sistema mais célere e de mais qualidade tenha como pressuposto o sacrifício do acesso à justiça, especialmente por razões financeiras.

3.2.5 As Mudanças da Fase *Pretrial* de Maior Impacto nas Estatísticas dos Sistemas de Justiça Inglês e Americano

A excessiva quantidade de processos judiciais nunca esteve na lista dos principais problemas enfrentados pelos sistemas judiciais na tradição inglesa. Pelo contrário, tradicionalmente, os juízes e as cortes no *common law* lidam com quantidades bem razoáveis de casos, o que não significa que exista pouca atividade jurídico-processual.

Entre os fatores que colaboram para este cômodo *status* certamente estão a repulsa dos cidadãos/jurisdicionados pelo sistema jurisdicional inglês³²⁶ e a existência de um estágio que historicamente sempre foi responsável por concentrar a maior parte dos encerramentos de ações na justiça na tradição *common law*.

A fase *pretrial* funciona como um filtro eficiente para o sistema de justiça, encerrando a maior parte dos casos. Ela é, portanto, a razão da comodidade quantitativa do

³²⁶ Um estudo realizado em três bairros de Londres entre os anos 1960 e 1970 demonstrou que os ingleses preferiam evitar litígios judiciais a todo custo, sendo que 11% afirmaram que jamais procurariam um advogado. Ver ABEL-SMITH, B., ZANDER, M. e CASS, R., *Legal Problems and the Citizen*, Londres, Heinemann, 1973.

sistema e conseqüentemente colabora, pelo menos em tese, para a melhora qualitativa da decisão judicial.

3.2.5.1 *Summary Judgement*

O alto índice de resolução de disputas judiciais no sistema anglo-americano ocorre porque os instrumentos processuais da fase *pretrial*, propositalmente ou não, incentivam as partes a celebrarem acordos ou mesmo desistir do procedimento. A dúvida sobre o propósito conciliador dos instrumentos ocorre em virtude do famigerado efeito colateral que causa, qual seja, o gradual desaparecimento do julgamento.

Primeiramente, o sistema de *pleadings*, por exemplo, teve seu padrão de exigência substancialmente elevado na última década, o que certamente aumenta o risco de um caso perder força logo no início.

Em segundo lugar, a revelação e provas e dados na fase *discovery* provoca uma exposição que desestimula as partes a prosseguirem até a fase de julgamento. Em terceiro lugar, a possibilidade de um julgamento sumário após a *discovery* causa temor às partes.

O receio da decisão incentiva a realização de acordos antes mesmo dos requerimentos de julgamento sumário. E, segundo advogados e juizes, quando o requerimento de julgamento sumário é negado, os réus imediatamente buscam o acordo com ofertas muito mais generosas do que teriam considerado em momento anterior.³²⁷ (SCHNEIDER, 2010, p. 540)

Apesar da possibilidade de julgamento sumário interferir consideravelmente nas estatísticas de acordos entre as partes, o fato é que ainda nos anos 1980-90 as estatísticas já apontavam para uma diminuição drástica nos casos que chegavam à fase de julgamento nas cortes federais, mesmo sem considerar o efeito do *summary judgment* acima referido (ISSACHAROFF; LOEWENSTEIN, 1990, p. 100)

Quando se busca compreender qual dos instrumentos da fase *pretrial* é o responsável por filtrar a maior parte dos casos na justiça americana, a resposta se apresenta mais complexa do que o esperado.

A regulamentação processual cível passou por diferentes estágios no decorrer das décadas, desde a concepção do *Field Code* em 1848, passando pelo estabelecimento das *Federal rules* em 1938, até chegar ao atual estágio fortemente influenciado pelas decisões da

³²⁷ No original: The threat of summary judgment shapes settlement even in advance of a motion being filed. And when summary judgment is denied, lawyers and judges report that defendants immediately offer to settle, often with far more generous settlement offers than they might have otherwise considered. (tradução livre)

Suprema Corte nos casos *Bell Atlantic Corp. v. Twombly* (2007) e *Ashcroft v. Iqbal* de 2009.

Nos quase dois séculos de regulamentação acima descritos, houve uma significativa variação entre os elementos e instrumentos que mais influenciaram o procedimento civil, a maneira de pedir, os meios de defesa, a produção de provas e a reconfiguração da figura do juiz.

Antes de se tornar obsoleto, o *Field Code* estabeleceu uma inovadora flexibilização na sistemática dos *pleadings*, permitindo que a análise do caso se concentrasse no mérito e não na fase de admissibilidade, seguindo a ideologia liberal de seus desenvolvedores.

Quando as *federal rules* se tornaram o principal diploma regulamentador dos procedimentos cíveis no país³²⁸, a *discovery* ganhou imenso destaque, e seus métodos de produção de provas se tornaram tanto eficientes quanto controversos.

Ao mesmo tempo, as *Federal rules* padronizaram e regulamentaram a utilização dos *pleadings* e *motions*,³²⁹ instrumentos que permitiam o encerramento dos procedimentos antes da fase de julgamento.

Todas essas características foram gradualmente redefinindo a função do juiz no trâmite processual. O desenvolvimento de um modelo pragmático transformou o juiz em uma figura cuja função de julgar perdia espaço para a atividade de supervisão e interferências ocasionais.

Mais recentemente, a jurisprudência da suprema corte³³⁰ estabeleceu precedentes que geraram grande impacto no sistema de *pleadings*, e cujos efeitos repercutiram no sistema judicial como um todo.

À medida que os meios de acesso se tornam mais restritivos dos estágios iniciais, diminui a quantidade de casos que prosseguem às fases subseqüentes e instrumentos como *discovery* perdem em importância na análise da questão quantitativa.

Com as decisões da Suprema Corte nos casos *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*³³¹ e *Scott v. Harris*³³², atribuiu-se grande importância ao julgamento sumário. Porém, na prática, a

³²⁸ Devido à impossibilidade de se analisar a legislação processual de cada um dos estados americanos, a análise das regras federais serve como ponto de partida para compreender o que ocorre de maneira mais ou menos similar nos estados.

³²⁹ Federal Rules of Civil Procedure, Rule 7(a)(b)

³³⁰ Nos já referidos *Bell Atlantic Corp. v. Twombly* (2007) e *Ashcroft v. Iqbal* de 2009.

³³¹ 550 U.S. 544 (2007)

³³² 550 U.S. 372 (2007). Neste caso, um policial (Scott) foi processado por um fugitivo (Harris) que ficou tetraplégico em virtude de uma perseguição na qual Scott manobrou seu veículo contra a traseira do carro (manobra conhecida como *push bumper*) do fugitivo causando a colisão que resultou em danos físicos permanentes. As cortes inferiores negaram o pedido de julgamento sumário dos réus. A Suprema Corte reverteu a decisão por entender, após assistir o vídeo da perseguição, que a versão do

elevação das exigências do *pleading* estabelecida a partir do julgamento do caso *Twombly* -e posteriormente reforçada pela decisão em *Iqbal*-, provocou um aumento na extinção de casos antes mesmo chegar à fase de julgamento sumário. (SCHNEIDER, 2010, p. 541).

A juíza Patrícia Wald, que presidiu a corte de apelação do Distrito de Columbia no fim dos anos 1980 e início dos anos 1990, era uma severa crítica da utilização do julgamento sumário pelos juízes em detrimento do direito ao julgamento pelo júri³³³. Segundo sua análise, o mesmo caso que no início dos anos 1990 certamente seria julgado pelo Júri, passou a ser resolvido por julgamento sumário no início dos anos 2000 (1998, p. 1942).

A referida função supervisora que os juízes passaram a exercer neste modelo foi responsável por uma visão mais eficientista do procedimento, onde prevalecia a eficiência em detrimento do direito ao julgamento pelo júri (MILLER, 2003, p.1133), encartado na constituição.³³⁴

Existem autores (BROSTEEN, 2007, p. 527-538) que vão além e defendem a abolição do julgamento sumário, alegando que se as opções fossem restritas ao julgamento pelo júri ou o acordo, haveria um número muito maior de acordos realizados na fase inicial do procedimento.

O julgamento sumário é realmente um fator que interfere severamente na condução do caso pelos advogados, haja vista que um caso mal formulado ou mal fundamentado corre riscos enormes de não seguir para julgamento.

Este receio concentra ainda mais o procedimento na fase *pretrial*, uma vez que os esforços de autor e réu na fase *discovery* visam não apenas consolidar o caso para um possível julgamento (*trial*), mas persuadir o juiz a acatar ou não um eventual requerimento mediante julgamento sumário.

Que quantidade de provas é suficiente para convencer o juiz a negar o julgamento sumário? A maioria dos advogados acredita que o demandante deve convencer o juiz dos méritos do caso- talvez convencer que vencerá a demanda- para sobreviver ao julgamento sumário e que o principal impacto da trilogia é que os juízes se concentram na análise de suficiência e peso das provas produzidas na fase *discovery*.

³³⁵(SCHNEIDER, 2010, p. 546).

demandante era desacreditada pelas imagens e não se sustentaria perante o júri.

³³³ Para a juíza Wald, não havia razão para que os juízes utilizassem exageradamente o julgamento sumário, e se as cortes intermediárias mantivessem essas decisões isso seria considerar que o julgamento pelo júri não é um bom método de fazer justiça. Ver Patricia M. Wald, *Summary Judgment at Sixty*, 76 TEX. L. REV. 1897 (1998)

³³⁴ Apesar da sétima emenda garantir o direito ao julgamento pelo júri para casos cíveis, existe interpretação da suprema corte no sentido de que a sétima emenda não tem aplicação obrigatória nos estados, *Hardware Dealers' Mut. Fire Ins. Co. of Wisconsin v. Glidden Co.* (1931). Mesmo assim, muitas cortes estaduais tem interpretação no sentido de aplicação obrigatória da sétima emenda em seus respectivos territórios. Ver <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/284/151/>.

³³⁵ No original: How much proof is enough to deny summary judgment? Most lawyers believe that the plaintiff has to convince the judge of the merits of the case—perhaps

Uma vez considerados os fatores acima, interessa a este trabalho determinar, entre os diversos instrumentos do *pretrial* que nas últimas décadas se revezaram como filtros quantitativos eficientes qual a escolha que melhor equaciona a questão do acesso com a questão de despesas.

A resposta requer um exercício de previsibilidade que, apesar de virtual, encontra respostas possíveis dentro de um determinado limite, afinal, é possível prever com alguma segurança se os impactos da utilização de algum desses instrumentos seriam mais ou menos desfavoráveis ou prejudiciais.

As questões a partir daqui ficam mais definidas e elaboradas:

1- Uma reforma processual que altere a lógica de provocação jurisdicional e juízo de admissibilidade do processo civil brasileiro³³⁶, e estabeleça a possibilidade das partes utilizarem de uma variedade de requerimentos para estabelecer uma comunicação entre si e com o juízo, necessariamente impactaria no fator acesso à justiça?

2- Uma reforma processual estabelecendo uma fase que promova a obrigatoriedade de revelação/produção de provas entre as partes em momento anterior a apresentação do caso ao juiz de instrução, necessariamente traria um aumento significativo de despesas?

Outras alternativas devem ser igualmente consideradas, como os esforços no sentido de implantar centros de conciliação, a mediação e a obrigatoriedade da audiência prévia para tentativa de acordo entre as partes.³³⁷

3.2.5.2 *Pre-Action Protocols*

No direito inglês, por exemplo, antes do início do procedimento cível, é esperado que as partes se comprometam a cumprir um protocolo (*pre-action protocol*)³³⁸. Este procedimento preliminar, apesar de não obrigatório, é fortemente recomendado e pressupõe que as partes se reúnam antes de iniciar o processo judicial para tentar um acordo amigável e,

even that the plaintiff would win the case— to survive summary judgment and that the primary impact of the trilogy is that it focuses judges entirely on the sufficiency and weight of the plaintiff's proof as developed in *discovery*. (tradução livre)

³³⁶ A lógica prevista no Capítulo II até o capítulo X do CPC/2015, estabelecendo requisitos de admissibilidade e possibilidades de encaminhamento da ação pelo juiz antes da fase de produção de provas.

³³⁷ Todos estes instrumentos conciliatórios já são previstos e largamente utilizados no Brasil, porém, todos eles em juízo.

³³⁸ Os *pre-action protocols* podem ser encontrados no site do ministério da justiça inglês. Disponível em <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/protocol>

não sendo possível, facilitar o trâmite de seu caso perante o juízo³³⁹ (CHASE et al, 2017, p. 20).

Antes de ingressar com qualquer procedimento judicial, é dever do advogado observar os protocolos preliminares no intuito de, obedecendo as orientações adequadas, chegar a um acordo sem a necessidade de acionar a justiça.

A disputa judicial deveria ser vista como um último recurso. Os passos a serem adotados pela exigência dos protocolos preliminares têm a intenção de garantir que foram aplicados outros meios de solução de conflito antes do procedimento seguir para a fase judicial.³⁴⁰ (SIME, 2002, p. 43)

Este é um estágio inexistente em diversos ordenamentos e que certamente interfere nos índices quantitativos de casos pendentes de julgamento. No Brasil, por exemplo, existe uma previsão regulada pelo próprio Código de Processo Civil³⁴¹ que incentiva as partes a participar de audiência de conciliação prévia. A diferença, que impacta consideravelmente nos números negativos da justiça brasileira, é que este “protocolo” é aplicado quando o caso já esta tramitando perante o juízo.

O procedimento de protocolos preliminares do sistema inglês não decorre diretamente de legislação, mas de uma combinação de *practice directions* (PD) e *pre-action protocols* (PAP) emitidos pelos próprios órgãos judiciais e que regulamentam o cotidiano procedimental no direito inglês.³⁴² A não obediência ao estabelecido pelos protocolos pode gerar sanções estabelecidas por lei.³⁴³

Este estágio pré-judicial (*pre-action*) de protocolos, regulamentado pelo sistema normativo inglês, não esta presente no sistema americano, que por sua vez exige apenas que o advogado realize uma entrevista prévia com seu próprio cliente no intuito de que, a partir das informações trazidas, conduza investigação sobre fatos e leis que assegurem a higidez e legitimidade da ação a ser apresentada perante o juízo³⁴⁴ (CHASE et al, 2017, p. 33).

³³⁹ No EUA, apesar de não existir a obrigatoriedade das partes (demandante e réu) se reunirem previamente para cumprirem os protocolos preliminares, como ocorre no sistema inglês, os advogados americanos têm compromissos éticos perante os estatutos profissionais que os obrigam a entrevistar o cliente previamente e se certificar de que ele sofreu uma violação capaz de lhe assegurar um remédio judicial. Ver Oscar Chase, *civil litigation in comparative context*, 2017, p. 33.

³⁴⁰ No original: *Litigation should be seen as a last resort. The steps required to be taken by the pre-action protocols are intended to ensure that other means of resolving disputes are attempted before proceedings are issued.* (tradução livre)

³⁴¹ Código de Processo Civil Brasileiro, Artigo 334

³⁴² O *Master of Rolls*, que é o presidente da Corte de Apelação Cível (*Court of Appeal- Civil Division*), tem a atribuição de emitir os chamados PD-PAP’s, que são orientações que funcionam como uma espécie de regimento interno dos tribunais, podendo ser alterados de acordo com a conveniência das cortes desde que aprovado pela autoridade judiciária, composta pelo poder do ministro da justiça (*Chief Justice*) e do *Chancellor*. Ver Oscar Chase, *civil litigation in comparative context*, 2017, p. 18 e 20.

³⁴³ Civil Procedure Rules (CPR) r.44.2(5)(a)

³⁴⁴ Ver Federal Rules of Civil Procedure regra nº11. Algumas cortes estaduais exigem que o advogado apresente um certificado formal de que procedeu á investigação dos fatos antes de ingressar com a ação. Ver Oscar Chase,

3.2.5.3 *Case management*

O *case management*, que é o controle e administração dos atos judiciais durante a fase *pretrial*, supõe a condução e realização dos atos processuais pelos advogados e partes obedecendo a previsão legal estadual/federal e supervisionado pelo juízo (CHASE et al, 2017, p. 36).

Este sistema de controle dos atos processuais realizados em ambiente extrajudicial é encontrado no *common law* inglês e no americano, pois ambos lidam de maneira similar com a fase *pretrial*. O maior ou menor controle judicial nesta fase varia de acordo com os resultados obtidos.

A legislação inglesa passou por uma importante alteração ao transferir o *case management* das partes para o juízo com a introdução das *Civil Procedure Rules* em 1998.³⁴⁵ Esta alteração afastou consideravelmente o modelo inglês do norte-americano, que ainda mantém significativa parte do controle do litígio como atribuição das partes.

A motivação para esta alteração foi reduzir os custos do litígio e proporcionar eficiência e economia processual. O controle do litígio pelas partes foi, desta forma, substituído pelo controle do juízo (CHASE et al, 2017, p. 22).

A mudança do controle dessa fase se deu justamente pela compreensão de que, em poder das partes, a condução do procedimento se tornava excessivamente custosa e, ao ser conduzida pelo próprio juízo, as despesas estariam sob controle.

Este dado é importante e se correlaciona com uma das questões centrais desta pesquisa, que é a idéia de que, se conduzido pelas partes e advogados, o procedimento pode ser mais eficiente.

Certamente, no contexto do sistema de justiça inglês, que não lida com morosidade e colapso em virtude do descontrole quantitativo, o fator despesas cumpre um papel mais determinante, culminando nesta alteração.

O desconforto do sistema inglês com a questão das elevadas despesas no processo judicial promoveu recentes reformas para corrigir os prejuízos e evitar que o fator econômico seja determinante para que o sistema caia em descrédito.³⁴⁶

idem nota 33, p. 33.

³⁴⁵ Este diploma substituiu as regras até então contidas no Rules of the Supreme Court e no County Court Rules, que regulamentavam o procedimento civil na Inglaterra até 1998.

³⁴⁶ Importante lembrar que o sistema inglês, diversamente do americano -que se sustenta na “american rule” de despesas-, obedece a lógica de sucumbência. O pagamento de honorários mediante porcentagem do valor recuperado (contingency funding agreement) em ações de danos, por exemplo, era proibido até os anos 1990, quando foram promovidas diversas reformas permitindo este formato e amenizando assim o problema do financiamento das despesas pelas partes. Atualmente, tanto o sistema inglês como o americano permitem o

Os custos com litígio judicial na Inglaterra tem sido objeto de análise nas últimas 2 décadas. As reformas processuais consideram o pressuposto de que os custos são excessivos e precisam ser reduzidos³⁴⁷ (CHASE et al, 2017, p. 31).

As reformas promovidas a partir dos anos 1990 amenizaram o problema das excessivas despesas suportadas pelas partes, até que em 2013 foram implantadas as Damaged-Based Agreement (DBA).³⁴⁸

Nos EUA ocorre algo parecido, i.e., parece haver uma tendência recente em transferir para a corte o *case management* na fase *pretrial*. A *discovery*, por exemplo foi equipada com instrumentos tão complexos que causou o aumento o risco de um descontrole de tempo e despesas na operação dos meios.

Nas últimas décadas do século XX, o sistema norte-americano já lidava com uma mudança de paradigma em relação à abordagem de litígios. O tratamento dos litígios sob a ótica do interesse público, defendido pelo professor Abram Chayes nos anos 1970³⁴⁹, deu lugar ao desenvolvimento de um mecanismo que passou a privilegiar as soluções privadas.

Quem resolvia a maioria das questões de natureza cível complexas a partir dos anos 1980 era um conjunto de legislações privadas, negociadas e aprovadas por pessoas que não haviam sido eleitas, e essas decisões atingiam centenas de milhares de pessoas³⁵⁰ (MULLENIX, 2001, p. 1-2).

Posteriormente, já no início do século XXI, novos paradigmas precisariam ser desenvolvidos. As reformas mais recentes que impuseram aos advogados a exigência de determinadas certificações para conduzir atos durante a fase *pretrial* reforçam a autoridade e responsabilidade dos juízes na supervisão dos procedimentos.

As inúmeras reformas sofridas pela regra federal nº16³⁵¹ nas últimas décadas, especialmente as mais recentes (duas delas em 2015), sugerem que o juiz deve assumir o comando da fase *pretrial* para auxiliar na efetividade dos acordos (CHASE et al, 2017, p. 36).

contingency agreement, com a diferença que a american rule americana não prevê a sucumbência.

³⁴⁷ No original: *Litigation cost in England has been subject to considerable scrutiny over the past two decades. Procedural reform has been predicated on an understanding that costs are excessive and need to be reduced.* (tradução livre)

³⁴⁸ O Damages-Based Agreements Regulations de 2013 é baseado na lógica do “no win, no fee”, ou seja, o advogado só recebe se ganhar, não recebendo honorários caso não consiga obter sucesso na ação. Legislação disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2013/9780111533444>

³⁴⁹ Ver Abram Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 HARV. L. REV. 1281 (1976).

³⁵⁰ A referência a “pessoas não eleitas” é feita no contexto de contraposição entre as partes e a figura do juiz. Nos EUA existe uma discussão sobre a legitimidade de pessoas não eleitas decidirem questões de natureza pública. A tradução jurídica anglo-americana, no entanto, permite que as partes e seus advogados tenham a prerrogativa de conduzir algumas fases processuais e decidir uma parte considerável das questões processuais.

³⁵¹ A regra 16 das Federal Rules of Civil Procedure trata das conferências pretrial, do cumprimento de uma agenda pre estabelecida e do *case management*

Os juízes, afinal, são os que sofrem o maior impacto no volume de trabalho cada vez que um caso não é resolvido por acordo ou desistência durante a fase *pretrial*, que foi desenvolvida justamente para cumprir esse objetivo.

Talvez por isso se encontrem decisões tão curiosas como a do caso *Eash v. Riggins Trucking Inc*³⁵² de 1985. Indignado pela realização de acordo logo no primeiro dia de julgamento, o juiz entendeu que o réu não se esforçou o suficiente para efetivar a conciliação na fase *pretrial* e lhe impôs uma sanção de 390 dólares, equivalente às despesas de manutenção e diárias com os 13 jurados naquele dia.

A decisão foi reformada pelo tribunal de apelação que entendeu - de forma não unânime- que apesar de deter autoridade para aplicar a sanção, o juiz deveria ter ouvido o réu antes de aplicá-la. Três votos dissidentes entenderam que a atitude do juiz era uma demonstração de ativismo judicial sem precedentes (SHAPIRO, 1989, p. 1991).

A regulamentação sobre a participação e controle do júízo sobre a fase *pretrial* é importante tanto para evitar a inefetividade do *pretrial* na função conciliatória como também para impedir o surgimento de brechas que possibilitam o ativismo judicial.³⁵³

Cumprir registrar que, apesar da regra federal 26(a)(1)(A) prever como regra geral a obrigatoriedade das partes revelarem reciprocamente uma série de dados, documentos e informações independente de requerimento da parte oponente, essa previsão nem sempre se confirma na prática.

De fato, tradicionalmente, a maior parte dos casos de *discovery* é adversarial, ou seja, as partes revelam os documentos e informações somente quando existe requerimento da parte contrária neste sentido (CHASE et al, 2017, p. 36).

Reformas têm sido promovidas - tanto na esfera federal como na legislação dos estados ³⁵⁴- no sentido de impor às partes a obrigatoriedade de promover a revelação de informações e documentos independente de requerimento específico da parte contrária ou requisição judicial.

Conquanto seja respeitada a obrigatoriedade de revelação de provas independente de requerimento, ainda assim podem restar informações não reveladas, mormente relativas a

³⁵² 757, F.2d 557 (3d Cir. 1985). Decisão semelhante foi tomada no caso *White v. Raymark Indus* (783, F.2d 1175 (4d Cir. 1986)

³⁵³ Sobre o ativismo judicial, ver a interessante crítica de Benjamim Cardozo, conhecido juiz da Suprema Corte dos EUA na década de 1930, ligado à escola do realismo jurídico. *The nature of judicial process*. New Haven: Yale University press, 1991.

³⁵⁴ Entre os estados que promoveram reformas nesse sentido estão Alaska, Arizona, Utah, Illinois, entre outros. Ver Oscar Chase et al, *idem* nota 33, p. 36, nota de rodapé nº78.

depoimento de especialista/perito (*expert testimony*)³⁵⁵ e outras testemunhas que podem surgir no decorrer do julgamento.

Nestes casos, os outros meios da *discovery* podem ser utilizados de acordo com a conveniência, tais como *depositions*,³⁵⁶ *interrogatories*,³⁵⁷ requerimento para produção de documentos,³⁵⁸ perícias médicas e *request for admission*.³⁵⁹

A utilização dos instrumentos da *discovery* nos EUA, que teve grande amplitude desde a promulgação das *Federal Rules of Civil Procedure* até o fim dos anos 1990, vem demonstrando uma tendência de adequação/restrrição nos últimos anos (CHASE et al, 2017, p. 36).

Esta adequação não deve ser encarada como um sinal de que a *pretrial discovery* não atende as necessidades do *civil litigation* nos EUA ou mesmo nos outros sistema de *common law*, pelo contrário, significa que os ajustes estão sendo feitos para que a *discovery* mantenha o equilíbrio quantitativo do sistema sem sacrificar o controle de outros fatores, como liberdades e despesas.

3.2.6 Análise dos Dados Estatísticos da Justiça Inglesa Pós-Reforma

A análise de dados estatísticos da justiça inglesa no período compreendido entre meados da década de 1990 até o início dos anos 2000 pode auxiliar na análise (virtual) de impacto que a implementação de meios similares poderia causar em um sistema estrangeiro.

Isso porque quando os litígios se encontram no terreno dos fatos, eles são virtualmente iguais. Um dano material oriundo de quebra de confiança contratual, por exemplo, tem tratamento semelhante em qualquer ordenamento jurídico.

³⁵⁵ Federal Rules of Civil Procedure. Rule 26(a)(2)

³⁵⁶ Depoimento tomado oralmente (regulamentado pela federal rule nº30) ou por escrito (regulamentado pela federal rule nº 31), com ou sem autorização prévia do juízo, de qualquer pessoa, inclusive das partes e não partes. O *deposition* é um meio de produção de provas mais desenvolvido no common law americano do que em outros sistemas. No Canadá, por exemplo, somente as partes são submetidas ao *deposition*, sendo excepcional a oitiva de não partes desde que devidamente justificado. Ver Stephen Subrin, *Discovery in Global Perspective: Are We Nuts?* V. 52 De Paul L. Rev. 299, (2002), p. 306–307. Na Inglaterra, da mesma forma, a restrição para utilização de *depositions* em não-partes é bem maior. Ver 34.8 Civil Procedure Rules.

³⁵⁷ Questionário escrito de uma parte direcionado à outra(s) parte(s) sobre questões relacionadas aos fatos discutidos na *discovery*. É regulamentado pela federal rule nº33

³⁵⁸ regulamentado pela federal rule nº34, visa permitir a vistoria e cópia de documentos em poder da outra parte, vistoria de imóvel ou outra propriedade em poder da parte requerida. Pode ser requerido em face de partes, testemunhas e não partes.

³⁵⁹ *Request for admission*, regulada pela regra nº36, é um requerimento escrito, direcionado a uma ou mais partes para que esta(s) confesse(m) um fato ou a originalidade/falsidade de um documento.

As diferenças começam a partir da aplicação de métodos jurídico-processuais, e nesse aspecto, *common law* e *civil law* ainda possuem características e abordagens significativamente distintas.

A abordagem aqui proposta não é uma análise quantitativa propriamente dita, mas uma análise do impacto que as diversas reformas promovidas na década de 1990 causaram no sistema inglês.

Considerando que na fase anterior ao ingresso com a ação judicial³⁶⁰ não há diferenças processuais entre os sistemas judiciais- já que não há processo-, esta é a fase mais segura para analisar as probabilidades de intercâmbio de métodos.

Na Inglaterra (e País de Gales) as *county courts* funcionam como a primeira instância do sistema de justiça, concentrando a grande maioria dos casos de litígio na área cível, tais como: contratos, responsabilidade civil por danos (*tort*), imissão de posse (*recovery of land*) e casos de *equity*.³⁶¹

As causas que envolvem questões menores (*small-claim procedures*³⁶²) da mesma natureza das acima referidas, por sua vez, perfazem a maioria dos procedimentos em trâmite nas *county courts*.³⁶³

A primeira tendência que se deve considerar é o declínio na quantidade de julgamentos nas *county courts* a partir da década de 1960, explicado, parcialmente, pela introdução, em 1973, do procedimento de pequenas causas acima referido. Ocorre que a quantidade de casos em trâmite neste rito (*small claim procedure*) também sofreu declínio a partir de meados de 1990 (DINGWALL; COATRE, 2006, p. 58), deixando de impactar na diminuição de casos.

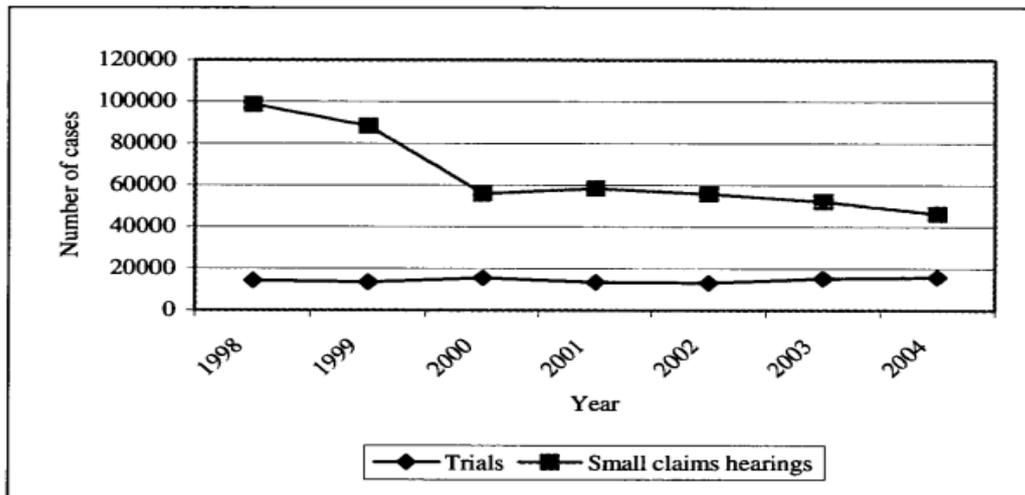
(Figura 2)

³⁶⁰ Os ingleses denominam esta fase *pre-action* e os americanos *pre-suit*.

³⁶¹ A *High Court of Justice* tem jurisdição sobre casos específicos em primeiro grau, especialmente nos casos de família, casos de *Chancery* e *Queens Bench*.

³⁶² O *small claim procedure* foi introduzido no ordenamento inglês inicialmente em 1973, e regulamentado mais recentemente pelas *Civil Procedure Rules* de 1998. As *small-claims* seguem a mesma lógica dos casos que tramitam nos juizados especiais cíveis no Brasil, com requisitos similares, tais como limite de valor da causa (variando entre 5 e 15 mil libras a depender do tipo de caso) e pequena complexidade. Fonte: relatório do parlamento inglês do ano de 2005. *The courts: small claims*, First Report of Session 2005–06 House of Commons Constitutional Affairs Committee London: The Stationery Office Limited

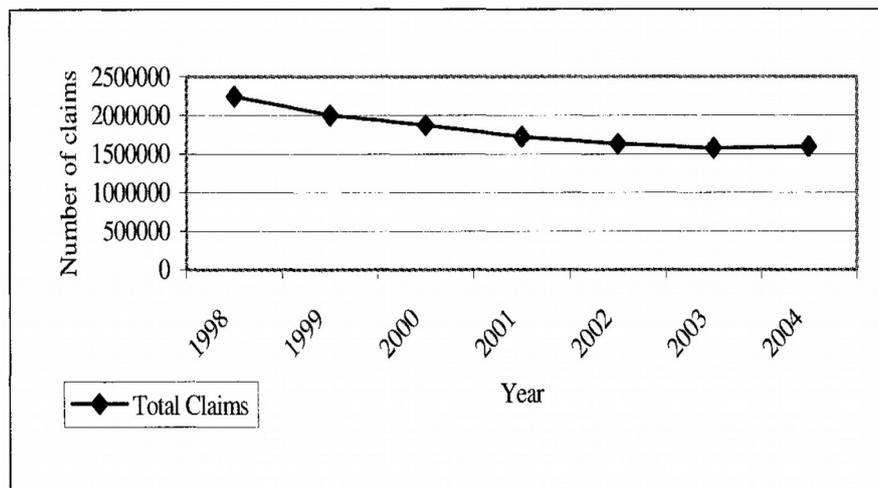
³⁶³ Não existe uma *small-claims court* na Inglaterra, ou seja, uma corte, um juizado específico para pequenas causas. Elas tramitam regularmente nas *county courts*, obedecendo um rito diferenciado



Fonte: DCA Judicial Statistics Annual Reports, 1998-2004. Department for Constitutional Affairs, Judicial Statistics annual Report in DINGWALL; COATRE, 2006, p. 58.

O gráfico acima demonstra uma redução significativa na quantidade de pequenos casos (*small claims*) nas *county courts* a partir de 1998. Já o gráfico a seguir demonstra uma diminuição na quantidade geral de casos nas *county courts* também a partir de 1998.

(Figura 3)



Fonte: DCA Judicial Statistics Annual Reports, 1998-2004. Department for Constitutional Affairs, Judicial Statistics annual Report in DINGWALL; COATRE, 2006, p. 59

O declínio uniforme a partir dos anos 1960 se explica por fatores diversos, mas a diminuição mais expressiva da quantidade de casos a partir da década de 1990 provavelmente se relaciona com a implementação das chamadas *Woolf Reforms*³⁶⁴, especialmente quando se

³⁶⁴ Lord Woolf, um antigo juiz inglês, que posteriormente se tornou Lord Chief Justice, foi convidado em 1994 a realizar uma revisão das regras procedimentais, haja vista que havia neste período uma grande confusão procedimental que causava reclamações de juízes, advogados e jurisdicionados. Woolf fez um diagnóstico e elaborou um relatório parcial e um completo chamado *Access to Justice Report 1996* sobre o sistema. Ver Robert Dingwall e Emilie Cloatre, *Vanishing Trials: An English Perspective*, v.1-2006, 2006, p. 62. Uma curiosidade, um busto de alumínio em estilo de arte moderna pode ser encontrado nos corredores da High Court

considera a quantidade de casos que ingressaram e a quantidade de casos que alcançaram a fase de instrução e julgamento.

Anteriormente à adoção da reforma processual dos anos 1990, dados mostram que a maioria absoluta dos casos cíveis em trâmite nas *county courts* (primeira instância) eram casos de cobrança/execução de valores cujos demandantes eram majoritariamente (89%) pessoas jurídicas (empresas). Nos demais casos, os demandantes eram majoritariamente pessoas físicas (69%).³⁶⁵

Apenas 10% dos casos excedia o valor mínimo que permitia o trâmite fora da jurisdição de causas menores (*small claims*). Na instância superior (*High Court*), o número de casos de cobrança/execução de valores era de 93%, com maioria de demandantes pessoa jurídica.³⁶⁶

De acordo com recentes relatórios estatísticos da justiça inglesa³⁶⁷, as chamadas *money claims*, demandas que envolvem cobrança de valores, continuam constituindo a maior parte dos casos cíveis em trâmite nas cortes de primeira instância, variando para baixo e para cima dentro dos trimestre no mesmo ano.

Tomando grosseiramente os dados de ingresso e julgamento neste período, em 1998, um em cada vinte casos chegava à fase de julgamento; em 2004, um em cada vinte e cinco casos alcançava esta fase (DINGWALL; COATRE, 2006, p. 60).

Mais do que demonstrar a diminuição dos casos que avançam no procedimento judicial, os dados mostram uma diminuição surpreendente de casos que ingressam. O número de casos que chegou a julgamento no início dos anos 2000 foi menor do que nos anos 1970-80 (DINGWALL; COATRE, 2006, p. 60).

Neste período, era possível observar que o sistema inglês não somente resolvia a maior parte dos casos antes do julgamento (*trial*) mas também causava certa resistência aos potenciais jurisdicionados, que simplesmente preferiam não ingressar com medidas judiciais.

O diagnóstico de que as partes envolvidas em litígios sistematicamente evitam o processo judicial só é positivo quando e se elas encontram soluções melhores e mais efetivas fora do sistema judicial. Não era o caso.

of Justice em Londres em homenagem a Lord Woolf.

³⁶⁵ Dados extraídos de trabalho realizado pelo Centro de Estudios de Justicia de las Americas (CEJA), compilado por Carolina Villadiego e Carolina Piñero, disponível em biblioteca.cejamericas.org/.../ceja-justicia-civil-inglesa.pdf

³⁶⁶ idem

³⁶⁷ *Civil Justice Statistics quarterly, England and Wales, january to march 2018*, publicado em 7 de junho de 2018 pelo Ministério da Justiça. Disponível em <https://www.gov.uk/government/statistics/civil-justice-statistics-quarterly-january-to-march-2018>.

3.2.6.1 O diagnóstico e as soluções de *Lord Woolf*

Os primeiros relatórios encomendados a *Lord Woolf* em 1995 revelaram um diagnóstico esperado: o sistema público de provisão de justiça na área cível não atendia a sociedade, o acesso estava comprometido e o cidadão comum, assim como as empresas, estavam à mercê de violações de direitos na esfera individual e de regulação comercial. (DINGWALL; COATRE, 2006, p. 62).

Em suma, o sistema adversarial vigente, em que se atribui às partes a condução de todos os tipos de atos anteriores à fase de julgamento, funcionava bem para diminuir a quantidade de casos que chegava ao judiciário, mas a contraprestação era desproporcional: volume absurdo de despesas e imprevisibilidade de custas; complexidade de regras processuais; disponibilidade limitada de assistência jurídica, entre outros (DINGWALL; COATRE, 2006, p. 62).

A reforma baseada no diagnóstico e prognóstico de Woolf, hoje é possível afirmar, funcionou porque, ao mesmo tempo em que diminuiu a quantidade de casos julgados, também reduziu os obstáculos ao judiciário, ou seja, equacionou a questão do acesso sem engessar o sistema.

Mas esta não é uma conclusão unânime nem uma solução isenta de críticas, afinal, reformar um sistema que historicamente decresce em quantidade é infinitamente mais simples do que encontrar soluções reformadoras para sistemas à beira do colapso em virtude do descontrole quantitativo.

Entre as características da reforma proposta por Woolf, muitas das quais foram de fato adotadas, estão as seguintes (2006, p. 62-62):

- a judicialização deve ser evitada sempre que possível, incentivando a utilização de meios alternativos de resolução de conflitos³⁶⁸ e os *pre-action protocols* e padronizando os documentos utilizados para descrever os fatos e provas relevantes.

- A abordagem deve ser menos adversarial e mais cooperativa, com o arbitramento de sanções e penalidades mais severas para partes, advogados e especialistas que não cooperem.

- Simplificação do procedimento, com regras padronizadas para as cortes de 1ª e 2ª instâncias em relação a violações.

³⁶⁸ *Alternative Dispute Resolution (ADA)*, que envolve a prática de métodos tais quais a arbitragem, a mediação, negociação, adjudicação (atualmente utilizado na construção civil) e a conciliação, entre outros

- Procedimento judicial mais célere e com previsibilidade temporal, com controle de agenda pelo juízo.
- Despesas mais razoáveis com a demanda, mais previsíveis e proporcionais à complexidade do caso específico, com custas padronizadas pelo juízo.
- Partes hipossuficientes financeiramente devem estar em condições de igualdade de armas, impedindo que demandantes com melhores condições financeiras tenham vantagens processuais.
- esclarecimento dos limites entre responsabilidade administrativa e judicial.
- estrutura judicial que permita preencher os anseios dos litigantes, juízes bem orientados para lidar com os litigantes, distribuição de casos de acordo com sua complexidade, simplificação dos recursos e melhora da comunicação eletrônica.
- juízes orientados na aplicação dos protocolos e atividade de gerenciamento de litígios, estrutura administrativa e suporte em tecnologia
- retorno e encaminhamento das dúvidas dos litigantes, aconselhamento adequado, promoção de informações e monitoramento.³⁶⁹

Da análise das diretrizes da reforma encaminhada por Woolf, resta claro que o acesso ao sistema passou a ser uma preocupação central dos administradores. Infelizmente a relação entre a queda do número de julgamentos e a reforma é algo de difícil comprovação, especialmente em um contexto que já demonstrava tendência de queda.

A diminuição da quantidade de julgamentos indica que o bom desempenho do sistema se mostra em razão das disputas estarem sendo resolvidas em outro plano, de forma mais barata e célere (DINGWALL; COATRE, 2006, p. 63).

A resolução dos litígios em outro plano, ou em outras esferas de resolução de disputas, não significa necessariamente que exista um problema judicial a ser atacado. Nesse contexto, as autoridades e administradores do sistema e justiça devem agir no sentido de se certificar que a resolução de litígios em arena alternativa não é potencial causador de outros problemas no curto e no longo prazo.³⁷⁰

³⁶⁹ O conteúdo integral do diagnóstico e propostas de reforma feitas por Woolf está em seu relatório final, conhecido como *The Woolf Report* e intitulado *Final Report to The Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales, July 1996*, disponível em <https://academic.oup.com/ijlit/article-abstract/4/3/268/776750>

³⁷⁰ Interessante consultar o trabalho do professor Kazuo Watanabe sobre litigiosidade contida. Para ele, os litígios que não são canalizados para o judiciário –geralmente de pequena expressão econômica– formam um contingente de conflitos que permanecem sem solução, atingindo diretamente a estabilidade social, uma vez, ao renunciar aos seus direitos por desacreditar no sistema de solução, a litigiosidade contida do cidadão tende a se fazer visível em outras áreas. Ver Kazuo Watanabe *et. al.* Juizado Especial de pequenas causas: Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984, 1985.

A lógica do relatório de Woolf é que não há que se preocupar com um provável aumento na quantidade de casos causada pela diminuição das barreiras de acesso, uma vez que essa quantidade será absorvida pelo *case management*, isto é, pela atuação do juízo.

A intenção de Woolf era que julgamentos ocorressem somente em casos que, mesmo após o filtro exercido pelos oficiais, demonstrassem a necessidade de resolução judicial (*adjudication*) a respeito de fatos ou de direito.

3.2.6.2 O *case management* como principal articulador do sistema inglês na fase *pre-suit e pre-trial*

Grande parte das análises de sistemas de justiça se concentra na atividade do juiz ou o colocam como o centro das perspectivas. A compreensão de que o juiz pode ser um elemento residual do procedimento não é bem difundida.

De acordo com Dingwall e Durkin (1995, p. 390), se um juiz for solicitado a apresentar um relatório sobre a atividade jurisdicional, são grandes as chances da análise resultar um relatório centrado na figura do juiz ao invés de uma análise sistêmica.

O mérito da reforma de Woolf foi colocar as cortes como protagonistas do sistema de justiça civil enquanto a visão geral é de que estariam em algum lugar à margem do sistema (DINGWALL; COATRE, 2006, p. 64).

Sistemas que apresentam grande contingente de demandas devem ir além desta perspectiva de descentralização da figura do juiz e desenvolver métodos e estratégias que possibilitem a resolução dos conflitos antes mesmo de formalmente passarem a ser um problema do sistema judicial.

A resolução de conflitos na área cível não pode ocorrer apenas no ambiente judicial, sob pena do sistema se encontrar constantemente à beira do colapso. É imperativo que os sistemas desenvolvam filtros prévios, não apenas para funcionar como critério de admissibilidade, mas principalmente para orientar o diálogo e a negociação entre as partes.

No dizer de Mnookin and Kornhauser (1979, p. 950), o julgamento é apenas a ponta do *iceberg*, ou seja, a fase que se mostra mais visível, enquanto o processo de barganha e negociação conduzido pelos advogados e partes segue ocorrendo na linha abaixo da água.

Outro fator que contribui para a resolução prévia de conflitos é a formula que os protocolos introduziram na sistemática, conferindo às partes o poder de resolverem os próprios conflitos ainda nas fases preliminares.

Contribuindo para o aumento do índice de resolução de conflitos nas fases preliminares está a conhecida tendência dos advogados em evitar a fase de julgamento. Isto ocorre porque os juízes acrescentam um fator de incerteza no resultado, bem como retiram das partes o controle sobre o procedimento (DINGWALL; DURKIN, 1995, p. 387).

Antes da vigência dos protocolos preliminares (*pre-action protocols*), era comum e até compreensível que os advogados aceitassem os casos e aguardassem a proximidade da data do julgamento para começar a reunir provas e buscar a realização de acordo (DINGWALL; DURKIN, 1995, p. 387). Esta tendência se alterou significativamente com a introdução dos PAP's.

3.2.6.3 Os efeitos dos *Pre Action Protocols*

A adoção dos *pre action protocols* no sistema inglês, já estudada no capítulo 3.2.4.2, alterou a forma de abordagem procedimental pelos advogados e estabeleceu uma readequação do manejo do tempo entre as partes e advogados no momento anterior ao início do procedimento judicial.

Quando não eram legalmente obrigados a cumprir os protocolos, o interesse dos advogados pelo manejo das provas e estabelecimento de diálogo com a parte adversa era determinado pelo seu próprio interesse (e da parte) em resolver previamente o litígio, impactando no volume de casos que alcançava a fase de julgamento.

Ao provocar o juízo (*file a claim*), as partes são obrigadas a cumprir alguns protocolos previamente estabelecidos e padronizados de acordo com a modalidade de caso apresentado. Esses protocolos exigem que o caso esteja totalmente documentado para ser apresentado.³⁷¹

O efeito dos protocolos se mostrou diferente para os diferentes participantes. Em relação às despesas com honorários não mudou muito, pois um acordo preliminar não significa um acordo rápido³⁷².

Para os litigantes significa uma chance de acordo nas fases iniciais, sem ter que enfrentar os procedimentos judiciais na corte, podendo inclusive evitar as taxas judiciárias.

³⁷¹ Esta exigência é alvo de críticas (DINGWALL; COATRE, 2006, p. 64) fundamentadas na seguinte premissa: se as partes são obrigadas a apresentar documentação completa antes de ingressar com o caso, porque precisariam provocar o juízo para tanto, se podem fazer isso sem ele? Por que não permitir que os advogados realizem este trâmite independente de ingressar em juízo.

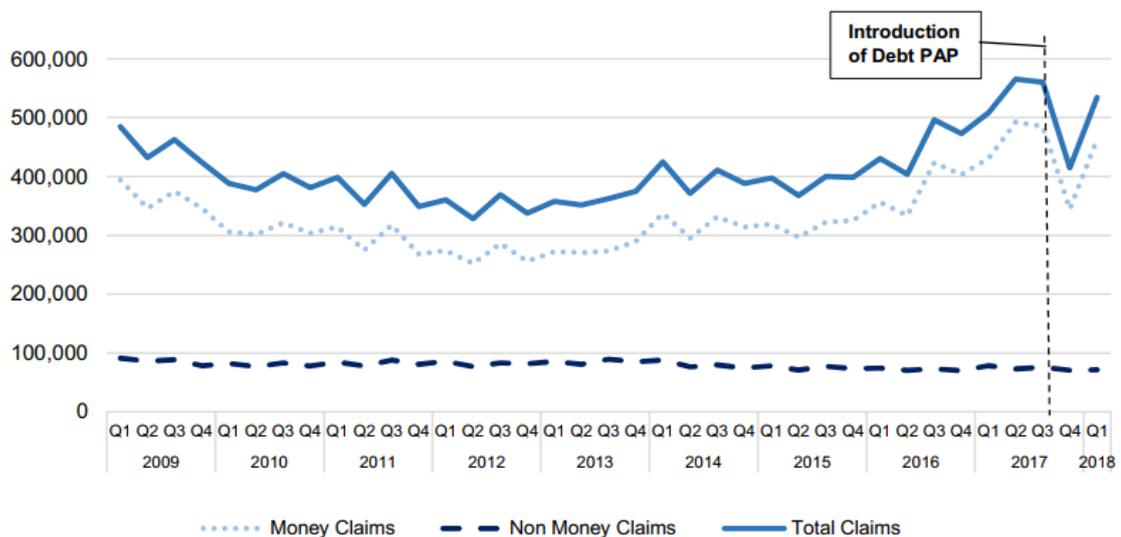
³⁷² Os acordos podem ser demorados tanto se realizados antes do início do procedimento como se realizado no momento anterior ao início da fase de julgamento

Para a administração da justiça o impacto foi bastante significativo (DINGWALL; COATRE, 2006, p. 65).

Os protocolos são específicos para cada área do direito e desenvolvidos a partir das peculiaridades do litígio. Por esta razão, nem todas as áreas foram contempladas com protocolos imediatamente após o início das reforma ainda nos anos 1990. Alguns protocolos foram concebidos mais recentemente e outros devem ser desenvolvidos à medida que a área concentre maior quantidade de disputas potencialmente litigiosas em juízo.

No terceiro trimestre de 2017, foi introduzido o PAP para casos de dívidas (*Pre-Action Protocol For Debt*), gerando uma queda inicial bastante significativa na quantidade deste tipo de casos, caindo de 565 mil para pouco mais de 400 mil. No trimestre seguinte (2018-1), os números subiram para 535 mil, aproximando-se dos números do período anterior à adoção do protocolo.³⁷³

(Figura 4)



Fonte: Civil Justice Statistics Quarterly, England and Wales, January to March 2018 (provisional), p 2.

A observação destes dados indica que, imediatamente após a introdução do sistema de protocolos, ocorreu uma diminuição de ingressos, o que provavelmente se justifica pelo desconhecimento do novo procedimento. Ato contínuo, os números tendem a se aproximar aos patamares anteriores.

O retorno do volume de ingressos aos patamares prévios é um bom indicativo, pois demonstra que os protocolos não geram diminuição na procura pelo judiciário. Se assim

³⁷³ Os dados foram extraídos do *Civil Justice Statistics quarterly, England and Wales, january to march 2018*, p. 2, publicado em 7 de junho de 2018 pelo Ministério da Justiça. Disponível em <https://www.gov.uk/government/statistics/civil-justice-statistics-quarterly-january-to-march-2018>.

ocorresse de forma permanente, os protocolos poderiam ser interpretados como obstáculos ao judiciário, quando a intenção é justamente o contrário.

O próprio relatório alerta que a volatilidade e as alterações quantitativas nos períodos de implantação dos protocolos devem ser examinadas com cautela, pois trata-se de momento de adaptação natural do novo instrumento.

Curiosamente, observa-se que a flutuação é maior e mais variável nos dados referentes às causas com valores menores, i.e., quanto menor o valor da causa, mais ela é atingida pelo a implantação dos PAP's. O gráfico dos casos de valores maiores praticamente não se altera, demonstrando que a implantação dos PAP's atinge esses casos em pequena medida.

Analisando o impacto das reformas a longo prazo, um dado que se destaca é a diminuição no tempo médio entre o ingresso da ação e o julgamento (*from claim to trial*). Em 1996, esta média era de 179 semanas (KINDER-GEST, 1997, p. 483), em 2018 este período diminuiu para 56,7 semanas.³⁷⁴

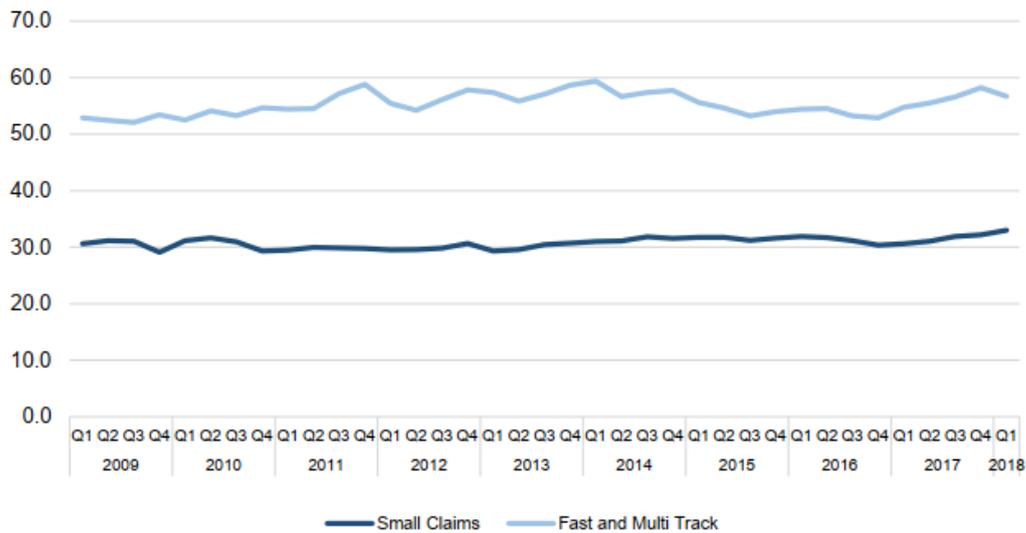
Certamente essa diminuição drástica não tem como motivo unicamente a implantação de protocolos ou de qualquer outro instrumento processual, mas notadamente está relacionada ao progresso que as reformas permitiram ao sistema.

Desde 2009 até 2018, a quantidade média de semanas que um caso leva para atingir o julgamento vem se mantendo relativamente estável, sempre maior que 50 e menor que 60 semanas.

O gráfico abaixo mostra a evolução a partir de 2009 até 2018 da quantidade média de semanas desde o ingresso com o pedido inicial até a primeira audiência:

(Figura 5)

³⁷⁴ Idem, p.6. Para casos em trâmite nas jurisdições *small claims* o tempo é ainda menor, aproximadamente 33 semanas.



Fonte: Civil Justice Statistics Quarterly, England and Wales, January to March 2018 (provisional), p 2.

No primeiro trimestre de 2018, as *county courts* -cortes que concentram a maioria absoluta dos casos cíveis na Inglaterra- contavam com 534.400 casos, dos quais 427.900 tratavam das chamadas *money claims* (casos envolvendo valores em dinheiro). Destes, 71.800 apresentaram defesa, e 15.313 chegaram à fase de julgamento.³⁷⁵ Destes que chegaram a julgamento, 11.012 (72%) eram casos pequenos (*small claims*).

Há ainda uma porcentagem significativa de casos que não chegam a fase de julgamento (*trial*) mas obtêm decisão do juiz. Neste mesmo período analisado, foram 353.500 casos decididos, dos quais 317.400 (90%) por revelia, e ainda 21.947 casos de admissão.³⁷⁶

As conseqüências das reformas promovidas pelo comitê presidido por Woolf podem ser consideradas benéficas em uma análise de médio prazo, e os números demonstram uma relevante transformação no sistema processual civil inglês a partir de meados dos anos 1990 até a atualidade.

3.2.6.4 Análise de impacto imediato da introdução do *Civil Procedure Rules* em 1998

Em abril de 2000, transcorrido um ano de vigência do novo diploma processual civil reformador (o *Civil Procedure Rules* de 1998 entrou em vigor em abril de 1999), um instituto independente chamado *Centre for Dispute Resolution* conduziu, através de seu setor de pesquisas, uma enquete chamada *The CEDR Civil Justice Audit*³⁷⁷ com participação de mais

³⁷⁵ O sistema inglês permite que o réu apresente defesa mesmo sem ter constituído advogado.

³⁷⁶ Idem nota 373 e 374

³⁷⁷ Disponível em <https://www.negotiationlab.co.uk/.../Civil%20Justice%20Audit.pdf>

de 150 advogados e juizes de diversas localidades da Inglaterra, visando averiguar a aceitaçao das reformas promovidas, especialmente em relaçaõ ao *Civil Procedure Rules* (CPR).

A parte mais relevante da enquete remete às respostas dos participantes, que são operadores diretos do sistema, sobre os mais variados fatores relacionados ao impacto da nova regulamentação, entre eles o fator índice de acordos, incentivo à utilização de métodos alternativos de disputas (*Alternative Dispute Resolution*)

A seguir, as perguntas que interessam a esta pesquisa e as respostas que melhor retratam a impressão inicial das classes atuantes no sistema judicial inglês.

1- De maneira geral, qual seu nível de satisfação com o novo CPR? - Respostas relevantes: 73% se disseram satisfeitos. 7% muito satisfeitos. 13% não satisfeitos.

2- O CPR trouxe alguma mudança na cultura de acordos? Se sim, foi positiva ou negativa? - Respostas relevantes: 76% disseram que houve uma mudança positiva, 15% não houve diferença, 4% houve mudança negativa

3- Juizes são adequadamente treinados para realizar o *case management* previsto no CPR? - Respostas relevantes: 43% acham que não, 27% acham que sim, 21% acham indiferente.

4- Os juizes devem ser responsáveis por iniciar as discussões para realização de acordos? - Respostas relevantes: 60% acham que sim, 28% acham que não, 11% indiferentes

5- A introdução do novo CPR alterou a quantidade de litígios em que você atua? - Respostas relevantes: 47% disseram que se manteve igual, 36% disseram que diminuiu, 16% disseram que aumentou.

6- Os casos de acordo em que você atuou desde abril de 1999 chegaram a um acordo mais rapidamente? - Respostas relevantes: 47% disseram que sim, 5% disseram que não, 40% não viram diferença

7- Os casos que chegaram a um acordo tiveram um resultado considerado mais justo do que antes da introdução do CPR? - Respostas relevantes: 62% acham que não mudou, 17% acham que são mais justos, e 9% acham que são menos justos

8- qual efeito o CPR demonstrou em relação aos custos processuais nos casos em que você atua? - Respostas relevantes: entre os advogados externos, 44% acham que aumentou, 18% que diminuiu; entre os advogados internos, 26% acham que aumentou, 28% acham que diminuiu. Entre todos, 30% acham que não houve alteração.

9- as custas iniciais afetam seu desejo de proceder com o ingresso de casos? - Respostas relevantes: 56% disseram que não, 38% disseram que sim

10- quem tem a iniciativa de mediação na maior parte dos casos? - Respostas relevantes: 35% do réu, 15% demandante, 13% juízo, 24% misturado.

11- Você concorda que a mediação seja utilizada nos casos em que uma disputa comercial seja levada ao juízo? - Respostas relevantes: 59% acham que sim, 20% acham que não, 9% são indiferentes.

12-o judiciário deveria impor o pagamento de custas para a parte que se recusa a utilizar métodos alternativos de solução de conflitos (ADR)? - Respostas relevantes: 41% acham que sim, 39% acham que não, 20% acham que depende

13-o judiciário deveria impor o pagamento de custas para a parte que não coopera e age de forma intransigente na utilização dos métodos alternativos de solução de conflitos (ADR)? - Respostas relevantes: 82% acham que sim, 17% acham que não, 1% acha que depende

14- A empresa para quem você trabalha utiliza em seus contratos cláusulas que prevêm a obrigação de utilização de mediação em caso de litúgio? - Respostas relevantes: 24% disseram que geralmente sim, 24% disseram que dificilmente, 22% disseram que as vezes, 16% disseram que nunca, 8% disseram que sempre.

Cada uma dessas perguntas vem acompanhada de comentários de advogados particulares, advogados internos de companhias e juízes que passaram a utilizar o sistema então recém implantado. A observação dos comentários permite algumas análises sob o ponto de vista aqui estudado, como segue abaixo.

O controle do tempo foi um fator bastante comentado como impactante, em especial a regulamentação do controle. Há comentários que culpam as cortes pela morosidade e outros que culpam a atuação dos advogados³⁷⁸ (CEDR, 2000, p. 16).

A regulamentação do fator tempo foi considerada como responsável pela diminuição no volume de casos ingressados e como impeditivo de óbice que as partes poderiam causar ao levar muito tempo para praticar atos simples.

A implantação das regras, em especial a part. 36 (*offers to settle*³⁷⁹) foi considerada como um óbice para que empresas ingressem com ações arriscadas, haja vista que os custos para um caso mal sucedido são demasiado grandes para serem suportados, fazendo com que as empresas prefiram resolver o litúgio nas fases iniciais.

³⁷⁸ Aqui se observa a grande diferença entre um sistema de tradição *civil law* e *common law*. No *common law*, os advogados detêm tamanho controle dos atos processuais que foi preciso, neste caso da reforma, extrair esse controle de seu poder em razão da morosidade que causava. Nos sistemas de tradição *civil law* é muito comum que os advogados tenham pouco ou nenhum controle sobre o tempo nos atos processuais.

³⁷⁹ CPR 36. Disponível em <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part36#I>

Em relação aos PAP's, a demora para implantação dos protocolos nos sistemas judiciários, o excesso de detalhamento, o freqüente desrespeito aos seus termos foram críticas comuns (CEDR, 2000, p. 17).

A diferença de condução dos procedimentos entre juízes de diferentes circuitos, e.g., alguns deles exigindo a presença das partes e outros não. Além disso, a nova lei teria concedido excesso de poder discricionário aos juízes, o que torna difícil orientar os clientes a respeito de suas consultas.

Uma crítica válida extraída dos comentários é a de que, se os usuários do sistema *common law* são orientados a confiar no desenvolvimento do *case law*, ou seja, na decisão de acordo com o direito vigente, como haverá evolução do direito se os casos dificilmente alcançam o julgamento?

Esta é a crítica genérica que se faz aos sistemas com acentuada característica pragmática e que evoluem no sentido de privilegiar a eficiência quantitativa em detrimento do desenvolvimento das questões jurídicas.

Este desenvolvimento jurídico, de qualquer maneira, não é descartado, mas apenas relegado a outras instâncias, tais como tribunais constitucionais, órgãos voltados ao estabelecimento de precedentes e outras cortes específicas de acordo com o desenho institucional do judiciário local.

A regra 36 (*part 36 offer*) é tida por alguns participantes da pesquisa como a razão principal da realização dos acordos na fase inicial previa ao ingresso com a ação, pois ela se concentra em mostrar às partes os benefícios de encerrar o litígio prontamente ao invés de se submeter ao risco de um resultado imprevisível meses depois (CEDR, 2000, p. 20).

Ao estabelecer os parâmetros detalhados para a oferta e recebimento de acordo³⁸⁰, a lei estabelece um procedimento que ultrapassa a mera formalidade de uma fase conciliatória e estabelece regras de rito pré-processual cuja desobediência pode levar a sanções.

Quando a lei prevê e regulamenta um rito completo, a tendência é que se estabeleça uma cultura conciliatória, fato que foi observado por vários participantes em seus comentários. Em contraposição, há comentários no sentido de que não é possível mudar a cultura através da lei, mas apenas o comportamento das pessoas (CEDR, 2000, p. 21). De qualquer forma, o que importa é a mudança de comportamento e os resultados que ela promove.

³⁸⁰ O dispositivo do part. 36 da lei em comento estabelece requisitos específicos de forma e conteúdo dos acordos que devem ser obedecidos. Dispõe, por exemplo, que as propostas devem ser escritas, atribui nomenclatura para a parte proponente e a parte para quem o acordo foi proposto (*offeror e offeree*), prazo mínimo de validade da proposta e outras exigências.

A respeito do incentivo à conciliação, a grande maioria dos comentários é no sentido de que, diferente da visão anterior à regulamentação da fase de acordos, aquele que toma a iniciativa passa a não ser mais visto como o elo mais fraco da relação.

A cobrança de custas iniciais que a lei estabeleceu também é vista como um incentivo à conciliação antes do ingresso com a ação.

O *case management*, que permite que o juiz controle determinados os atos processuais e a sua consecução, é alvo de críticas por permitir um excesso de poder discricionário ao juiz, ao que a boa condução dos casos depende do bom senso do juiz mais do que da habilidade das partes e advogados.

Grande parte dos comentários a respeito da utilização dos métodos alternativos de resolução de conflitos (ADR) revela que os advogados e juizes, apesar de reconhecerem que havia uma disposição do sistema em treinar os operadores dos métodos, não sabiam exatamente quem deveria conduzir a mediação nem como.

Um relato interessante feito por um advogado particular demonstra a mudança que a introdução da nova lei trouxe para o cotidiano dos advogados. Segundo ele, não será mais possível receber uma ligação de um cliente pedindo para o advogado “ingressar com uma medida amanhã”, pois agora são necessários pelo menos de 2 a 3 meses de investigação sobre o caso para aferir as possibilidades de ingressar com uma medida (CEDR, 2000, p. 21).

Em uma análise genérica dos dados estatísticos e dos comentários dos usuários do sistema, o efeito das reformas foi bastante positivo para o sistema, que em meados dos anos 1980 e início dos anos 1990 se encontrava em descrédito pelas características confusas que lhe davam contornos caóticos.

De fato, alguns dados do início dos anos 2000 impressionam ao demonstrar a surpreendente efetividade do sistema em eliminar os litígios que se apresentavam perante as cortes antes da fase de julgamento (*trial*).

A *Queens Bench Division*, jurisdição que juntamente com a *Chancery Division* e a *Family Division* compõem a *High Court of Justice*³⁸¹, é especializada em casos de direito civil, em especial violações contratuais e responsabilidade civil. Para se ter uma idéia da eficiência dos mecanismos de filtragem do sistema, 1% dos casos em trâmite nesta jurisdição chegavam a julgamento no período aqui analisado (INGMAN, 2001, p. 19).

³⁸¹ Criada pelo *Judicature Act* de 1873 como parte da *Supreme Court of Judicature*, continha inicialmente cinco *divisions*, das quais duas (*exchequer division*, e *Probate, divorce and Admiralty (PDA) division*) foram abolidas em 1880 e incorporadas às demais. Esta pesquisa contou com o acompanhamento e análise de audiências realizadas na *High Court of Justice* em Londres em abril de 2019.

Existem lições a serem absorvidas do processo de implantação das reformas no sistema inglês na virada do século, principalmente aquelas que se referem ao momento anterior ao ingresso com o pedido judicial (presuit)

Lições ainda mais construtivas podem ser aprendidas a partir dos problemas que surgem quando uma nova sistemática é adotada, tais como a absorção de regras pelo sistema e a reação de seus usuários, afinal, direito não é uma ciência exata e alguns métodos eficientes não refletem qualidade nem melhora efetiva do sistema.

4 Possibilidades De Estruturação e Desenvolvimento De Um Modelo De Adaptação De Instrumentos Processuais E Pré-Processuais Do Direito Anglo-Americano No Sistema Processual Brasileiro

Neste ponto do trabalho de pesquisa, é possível afirmar que foram revisadas de forma satisfatória as principais características estruturais do sistema *common law* inglês e norte-americano.³⁸² Também foram especificadas as diferenças de concepção e fracionamento das fases processuais, que é particularmente diversa do sistema estabelecido nos países que adotam o *civil law*.

Observando-se o funcionamento genérico dos dois sistemas, é possível dizer que eles possuem muito mais elementos em comum do que diferenças.

Nos EUA, assim como nos países continentais, as cortes cíveis trabalham com o que lhes é trazido, e devem determinar as bases fáticas dos julgamentos a partir tão somente do material trazido pelas partes. Os fatos incontroversos estão fora do alcance do crivo judicial, e o juiz não pode fazer nada a respeito de fatos alegados por uma parte e não impugnados especificamente pela parte contrária ³⁸³ (KOTZ, 2003, p. 67).³⁸⁴

Primordialmente, o *civil law* não realiza, ao menos formalmente, a separação do procedimento em duas fases – *pretrial* e *trial*- como se tornou costume tradicional do *common law*. Apesar disso, é possível dizer que grande parte dos meios processuais do *common law* são encontrados, de maneira similar, no procedimento *civil law*, e vice-versa.

Alguns autores³⁸⁵ alegam que a diferença principal entre as duas famílias de direito se encontra na maneira como buscam os fatos e provas, de forma contínua no *common law* e episódica no *civil law*³⁸⁶ (DAMASKA, 1997, p. 840).

Do que interessa a uma investigação em processo civil e sobre a regulamentação que ambos os sistemas de justiça fornecem, a diferença entre as duas tradições se encontra, precipuamente, na ênfase que cada sistema confere a cada uma dessas fases e seus respectivos instrumentos.

³⁸² Apesar do *common law* estar presente, em alguma medida, em todos os países componentes do *commonwealth* britânico, a pesquisa de concentrou em duas fontes principais, quais sejam, o desenvolvimento da matriz inglesa e a forma como os EUA desenvolveram sua própria concepção jurídica em relação à estruturas das cortes e aplicação dos procedimentos do direito processual oriundos da Inglaterra. A idéia de continuidade do desenvolvimento do sistema inglês na América deve ser muito bem observada, pois o *common law* tomou formas diferentes tão logo passou a ser aplicado nas colônias.

³⁸³ No original: *In the United States, just as on the Continent, the civil courts must work with what they are given, and they must establish the factual basis of their judgments from the materials the parties supply, and no others. Facts not in dispute between the parties are beyond judicial scrutiny, nor can the judge do anything about a fact alleged by one party and not specifically challenged by the opponent.* (tradução livre)

³⁸⁴ O princípio da verdade formal (*formelle wahrheit*) se aplica ao direito civil, não em matéria criminal, onde se aplica o princípio da verdade material (*materielle wahrheit*).

³⁸⁵ Ver Benjamin Kaplan, *An American Lawyer in the Queen's Courts: Impressions of English Civil Procedure*, 69 Mich. L. Rev. 821, p. 841 (1971).

³⁸⁶ Certamente essa referência tem como perspectiva a fase *pretrial* do *common law*, em que não há uma seqüência padronizada de audiências e manifestações como ocorre no *civil law*. A fase de julgamento (*trial*) é unificada e concentra diversos atos padronizados, havendo bem menos liberdade para a prática de atos.

O fracionamento formal a que o sistema *civil law* costuma submeter o procedimento processual ocorre dentro de uma única fase, que é contínua e integralmente conduzida pelo juízo. A apresentação de argumentação e provas perante o juízo ocorre a partir do primeiro contato das partes com o juízo.

O sistema *common law*, regra geral, tem duas fases bem distintas, o *pretrial* e o *trial*, caracterizadas por traços bem marcantes. A fase *pretrial* é marcada pelos seus objetivos primordiais, que são a oportunidade das partes estruturarem seus respectivos casos e a possibilidade de encerrar o litígio por conciliação, desistência ou acatamento do pedido de julgamento sumário por falta de uma “boa causa”.

A fase introdutória tem enfoques bastante distintos nas diferentes tradições. Tome-se, e.g., o ordenamento italiano, onde a fase preparatória, de debates, não constitui um momento autônomo do processo, compreendendo somente atividades substancialmente continuativas da organização da controvérsia, um mero resultados dos atos introdutórios (DONDI, ANSANELLI; COMOGLIO, 2017, p. 142).

No *common law*, ao contrário, o *pretrial* constitui uma fase central e autônoma, destinada a redefinir radicalmente os termos do litígio, dotada de capacidade para resolver parcial ou integralmente a controvérsia (DONDI, ANSANELLI; COMOGLIO, 2017, p. 142).

Embora as reformas ocorridas tanto nos EUA como na Inglaterra tenham, em maior ou menor grau, deslocado o controle dos atos judiciais nas fases anteriores ao julgamento para as cortes, a verdade é que o padrão *common law* ainda concede aos advogados grande parte da condução dos atos nas fases preliminares, porém, a regulamentação passou a ser muito mais severa nas últimas décadas.³⁸⁷

Um litígio que não ganhou consistência durante a fase *pretrial* não será levado a julgamento, e caso seja levado, não será admitido. Isso porque a fase *pretrial* permite que as partes, sob a justificativa de alicerçarem fática e juridicamente suas causas de pedir, tenham acesso mútuo a informações, dados e provas.

A eficiência da fase *pretrial* está em sua capacidade de vincular substancialmente a prova aos fatos, conectar os atos introdutórios e a fase preparatória (DONDI; ANSANELLI; COMOGLIO, 2017, p. 142). Isto se dá graças à interação que promove entre as partes.

³⁸⁷ As chamadas *Woolf Reforms* na Inglaterra, que implantaram o novo sistema regulamentador com base no *Civil Rules of Procedure* (CRP) são o melhor exemplo de deslocamento de controle dos atos na fase *pretrial*. Nos EUA, as recentes interpretações jurisprudenciais a respeito do sistema de *pleadings*, exaustivamente abordado neste trabalho no capítulo 3.1.4, aumentaram a rigidez nos critérios de admissibilidade e empoderaram a atividade do juiz. Em ambos os casos, a cultura do *case management* teve grande influência. A mudança de paradigma na Inglaterra, no entanto, foi muito mais significativa do que nos EUA.

O *pretrial* permite o conhecimento preventivo das questões de natureza probatória que somente ocorrem durante um debate, afinal, a função do sistema processual é prover um fórum de resolução de conflitos³⁸⁸ (SWARD, 1989, p. 303). A força cognitiva do *pretrial*, em síntese, visa invalidar a utilidade do julgamento e tornar sua função meramente residual.

Mesmo assim, é fato notório que a absoluta maioria dos casos jamais ultrapassa a fase *pretrial*, não alcançando a fase de julgamento. Dados estatísticos carreados nesta pesquisa demonstram que, tanto no sistema de justiça inglês como no estadunidense, o número de casos que alcança a fase de julgamento é ínfimo.

É justamente esta afirmação que justifica a presente pesquisa, afinal, se os sistemas de justiça funcionam de forma bastante similar na maioria dos países ocidentais, que instrumentos processuais permitem que o *common law* elimine a maioria absoluta de seus casos nas fases iniciais?

A pesquisa avançou na observação do funcionamento de diversos desses instrumentos, concentrando-se na fase anterior ao julgamento, tanto no momento anterior ao ingresso com a demanda (*presuit*), como no ínterim entre o ingresso e o fim da fase *pretrial*, quando o processo se extingue ou é alçado á fase de julgamento (*trial*).

Não obstante a observação dos sistemas de onde se originam as pretensas soluções seja tarefa das mais importantes, ela não estaria completa sem o exercício virtual de adequação, que exige a análise dos fatores de interação entre os sistemas, de suas a características sinalagmáticas.

4.1 A INTERAÇÃO DO *COMMON LAW* COM O *CIVIL LAW*

Se um advogado americano inadvertidamente adentrar uma corte de justiça alemã, ele imaginará que se trata de uma corriqueira reunião de negócios (KOTZ, 2003, p. 63). O que provavelmente o deixaria mais surpreso é que, em uma oitiva de testemunha, um membro da corte estaria conduzindo o depoimento (BOHLANDER, 1998, p. 43-44).

No decorrer do exame testemunhal, terminadas as indagações da corte, é dada a palavra ao advogado, que freqüentemente não tem muito a acrescentar, uma vez que as principais questões já foram feitas pelo juiz³⁸⁹ (KOTZ, 2003, p. 63).

³⁸⁸ Em um sistema *civil law*, os debates somente ocorrem perante o juízo em fase instrutória, geralmente mais avançada no tramite processual.

³⁸⁹ Se o advogado abordar as mesmas questões para testemunha de forma diferente para obter respostas diferentes, o que seria natural, isso poderia ser interpretado pela corte como desrespeito, insinuando que o juiz não soube conduzir o depoimento de forma correta, Ver Hein Kotz, op cit, 2003, p.63. Na prática processual dos países de tradição *civil law*, os juízes em regra, realizam todo o trabalho, tomam o compromisso do depoente em dizer a verdade, confirmam seus dados pessoais, e pedem que lhe descreva os fatos de forma a narrar sua

Nos sistemas da Europa continental (*civil law*) não há, como é comum no *common law*, uma intensiva preparação de testemunhas para os depoimentos³⁹⁰ (LANGBEIN, 1985, p. 835-837). Na verdade, o contato entre testemunhas e advogados não é bem visto na tradição continental, existindo regras no campo ético da advocacia que recomendam que tais contatos ocorram apenas em situações especiais.³⁹¹

Em sistemas como o francês, por exemplo, a noção de *discovery* é praticamente desconhecida, a importância das testemunhas é reduzida, não sendo realizadas as chamadas *cross examination* nem oitivas perante o juiz (LARIVIÈRE, 1997, p. 738-739).

A função proeminente do juiz da tradição continental na produção de provas, em especial na tomada de depoimentos, faz com que advogados atuantes no *common law* rotulem o sistema de inquisitorial, ou não adversarial (KOTZ, 2003, p. 66).

Alguns autores³⁹², no entanto, rebatendo as críticas de autores americanos que afirmam que o sistema continental é demasiado inquisitorial, não admitem sequer a possibilidade de comparação entre o processo civil alemão e o processo civil americano.

O sistema alemão pode ser considerado adversarial ao seu próprio modo em relação ao processo civil (LANGBEIN, 1985, p. 848), pois os advogados defendem os interesses das partes desde o requerimento inicial até as alegações finais, com liberdade para investigar os fatos que fundamentam o caso sem que a corte tenha liberdade para atuar além do que lhe foi apresentado (KOTZ, 2003, p. 67).

O direito europeu continental, assim como o sul-americano em geral, desconhece a ideia de julgamento como um ato único e contínuo em que todas as provas são apresentadas ao julgador de uma só vez. Esta é a noção do *common law*, o julgamento começa e termina com o mínimo de interrupções, as provas são apresentadas continuamente (KOTZ, 2003, p. 72).

Ao contrário, a concepção continental de ação cível engloba uma série de conferências perante o juiz, algumas bem curtas, comunicações escritas são trocadas entre as partes e discutidas, regras processuais são estabelecidas, testemunhas ouvidas e ao final de

percepção do que foi alegado. A título de exemplo, o CPC brasileiro estabelece estas regras nos arts. 453, 456, 457, 458 e 458,§1º.

³⁹⁰ Conhecidos no *common law* como *cross examination* e *examination-in-chief*, este instrumento probatório está presente na maioria dos países que adota o *civil law*, mas nem sempre de forma tão invasiva como se observa no *common law*.

³⁹¹ O código de ética da advocacia alemã de 1973, na seção nº 6, traz essas orientações. Ver Grundsätze des Anwaltlichen Standesrechts, Richtlinien Gemäß § 177, Absatz 2 Nr. 2, Undesrechtsanwaltsordnung (BRAO). Tradução Hein Kotz, op cit. Nota de rodapé nº 397

³⁹² Como o professor alemão Herbert L. Bernstein, que era especialista em direito internacional e direito comparado, tendo lecionado por décadas tanto em universidades na Alemanha como nos EUA. Ver *Whose Advantage After All?: A Comment on the Comparison of Civil Justice Systems*, 21 U. CAL. DAVIS 587 (1988).

todos esses atos, o caso é encaminhado para a decisão do juiz (LANGBEIN, 1997, p. 42-44).

O que torna o procedimento civil do *common law* tão diverso do sistema continental europeu, aqui representado pelo modelo alemão, é a forte influência que sofreu da instituição do júri (REITZ, 1990, p. 996-997), hoje praticamente abandonada no sistema inglês e de utilização cada vez mais restrita no sistema processual civil americano.³⁹³

É dizer, uma vez que os jurados não poderiam ser convocados e dispensados tantas vezes de acordo com a conveniência e desenrolar do procedimento, o sistema se desenvolveu em direção a um ato único em que todo o drama judicial litigioso se concentra (KOTZ, 2003, p. 72).

Este fator teria influenciado o desenvolvimento da fase *pretrial*, uma vez que a preparação das provas deveria ser feita anteriormente para ser apresentada de uma só vez perante o júri. Ainda, o conhecimento das provas anteriormente ao julgamento (*trial*) evitando o surgimento de surpresas advindas da parte contrária (KOTZ, 2003, p. 72).

O desenvolvimento dos instrumentos da *discovery* na fase *pretrial* como, e.g., o interrogatório, se justifica pela impossibilidade de, durante um julgamento, voltar no tempo para buscar e confirmar informações (REITZ, 1990, p. 1001-1007).

Em meados dos anos 1980, o professor americano John Langbein, da faculdade de Yale, publicou artigo³⁹⁴ em que defendia a superioridade do sistema de processo civil alemão sobre o americano, justificando a provocação em diversos fatores.

Para ele, o fato do controle sobre alguns atos se concentrar na figura do juiz tornava o sistema mais avançado, e.g., organização das provas, tomada de depoimento de testemunhas, resumo dos depoimentos das testemunhas em poucas frases, garantia do depoimento de peritos, se necessário, etc. (REITZ, 1990, p. 987).

Importante ressaltar que, desde os anos 1990, o sistema americano, assim como ocorreu com o inglês, passou por importantes

³⁹³ Outros países que compõem o *commonwealth* e que utilizam a base do sistema *common law* também tem reduzido a importância do júri em seus sistemas, é o caso de Canadá e Austrália. Ver Hein Kotz, 2003, op cit, p. 73.

³⁹⁴ Sob o título *The German Advantage In Civil Procedure*, publicado em, 1985, o polêmico artigo gerou interessante debate em parte da comunidade acadêmica dos EUA, com a publicação de vários artigos em resposta. Ver Samuel R. Gross, *The American Advantage: The Value of Inefficient Litigation*, 85 MICH. L. REV. 734 (1987); Ronald J. Allen, Stefan Kock, Kurt Riecherberg & D. Toby Rosen, *The German Advantage in Civil Procedure: A Plea For More Details and Fewer Generalities in Comparative Scholarship*, 32 NW. U. L. REV. 705, 720-21 (1988).

reformas, o juiz passou a exercer mais funções administrativas e o *case management* passou a ter um destaque na condução das fases iniciais.³⁹⁵

Desta forma, as vantagens do sistema alemão apontadas por Langbein (1985, p. 828), em especial o controle do judiciário sobre a produção de provas e averiguação de fatos, foram pontos de reforma do sistema inglês e americano a partir dos anos 1990.

O que pode ser considerado uma vantagem para a qualidade da jurisdição, no entanto, pode ser uma desvantagem para a eficiência do sistema. É dizer, em um sistema com fluxo de ingresso e saída racionalmente controlado, como é o caso do sistema inglês, o domínio da fase de produção de provas pela corte é mais simples do que seria em um sistema com grande fluxo.

De fato, o fator ‘controle da fase de produção de provas’ não é exatamente o que determina a maior ou menor eficiência do sistema, mas sim a estrita obediência às regras estabelecidas.

Desta forma, tanto em um ambiente controlado por advogados como por um oficial do judiciário pode haver baixa produtividade e/ou qualidade nos atos praticados.³⁹⁶ O controle relegado exclusivamente aos advogados pode causar morosidade pelo desinteresse em resolver o caso, ao passo que o controle judicial sujeito à agenda das cortes pode causar morosidade equivalente ou ainda maior.

Uma crítica comum ao sistema americano é a necessidade de preparação, exame e questionamento das testemunhas por duas vezes, uma na fase *pretrial* (*discovery*) e outra no julgamento, gerando despesas excessivas.³⁹⁷

Importante lembrar que, conforme se observa dos dados estatísticos já apresentados neste trabalho no capítulo 3.2.5, a imensa maioria dos casos de litígios cíveis que chegam ao

³⁹⁵ A título meramente informativo, importa saber que os juízes estaduais nos EUA, que concentram a quase absoluta maioria dos casos cíveis (98%), são em grande parte eleitos pela população (mais de 80%). Por esta razão, são alvo de críticas por serem considerados tendenciosos, acusados de favorecer interesses de quem os elegeu, ou seja, os financiadores de campanha, interesses dos eleitores do Estado e o próprio Estado. Ver Dmitry Bam, *Restoring the Civil Jury in a World Without Trials*, Vol. 94, *Nebraska Law Review*, 2016, p. 863

³⁹⁶ OS funcionários dos tribunais nos EUA, diferente do que ocorre no sistema de justiça brasileiro, não fazem parte do serviço público do governo. Isso não impede que a regulamentação estabelecida pelo executivo atinja os funcionários do judiciário. Apenas a Suprema corte está prevista na Constituição, sendo que a criação e extinção de tribunais e cortes inferiores depende de uma série de fatores, com grande influência do Congresso. Ver Peter J. Messite, *A Administração Da Justiça Federal Nos Estados Unidos da América*, R. CEJ, Brasília, n. 24, p. 5-8, jan./mar. 2004, 2004, p. 6

³⁹⁷ A tendência é que os advogados examinem as testemunhas e depoentes em geral e forma absolutamente minuciosa, evitando o surgimento de qualquer tipo de surpresa se o caso alcançar a fase de julgamento, o que raramente ocorre. Ver Hein Kotz, *op cit*, p. 72.

judiciário inglês e americano não ultrapassa a fase *pretrial*, sendo resolvidos por acordo e desistência no decorrer deste estágio.

A diferença de função que juízes e advogados desempenham nos sistemas é importante para delimitar diferenças e estabelecer as bases que auxiliam na adequação exigida pela implantação de instrumentos de uma cultura em outra.

Uma vez que juízes costumam ter pouco contato com a investigação *pretrial*, ele não tem a oportunidade de indicar quais informações considera relevantes para sua decisão. Como consequência, os litigantes tendem a investigar e analisar tudo que potencialmente poderia surgir durante o julgamento³⁹⁸ (KOTZ, 2003, p. 73).

Este retrato do *common law* denota a tímida participação dos juízes na fase de preparação e produção de provas. O advogado, por seu turno, desempenha função imprescindível tanto na fase anterior ao julgamento como durante o julgamento.

Em face de sua função atuante na fase *pretrial*, advogados costumam conhecer o caso com mais profundidade do que o juiz quando o caso é apresentado para julgamento. Assim, os advogados conduzem as exposições durante o julgamento, delimitam as questões discutidas, fazem perguntas às testemunhas e apresentam os fatos controversos de forma dramática³⁹⁹ (KOTZ, 2003, p. 72-73).

Sendo assim, o juiz, conhecendo do caso apenas o que lhe foi trazido documentalmente mediante os pedidos feitos pelas partes, não se sente confortável para desempenhar a função de *examiner-in-chief*, ou seja, aquele que conduz as perguntas conforme as considere mais ou menos relevantes, como é comum no sistema *civil law*.

Aqui vale a observação de que, mesmo que se visualizem algumas aproximações entre os diferentes sistemas, alguns aspectos primordiais do *common law* são características populares que marcam a integridade do sistema ao mesmo tempo que o impedem de evoluir em direção ao *civil law*.

Um bom exemplo é o já referido emparelhamento do sistema ao instituto do júri popular. Apesar de ter desvanecido no sistema processual civil inglês, o júri nos EUA não é apenas um método de julgamento, mas

³⁹⁸ No original: *Since the judge customarily has little contact with pre-trial investigation, he has no opportunity to signal what information he thinks relevant to his decision. As a result, litigators must strain to investigate and analyse everything that could possibly arise at trial.* (tradução livre)

³⁹⁹ No original: *Because of their active role in the pre-trial phase, lawyers typically have a greater understanding of the case than does the judge when the controversy is presented at the trial. It follows that lawyers run the show at trial and that they frame the issues, question the witnesses, and stage and present even uncontroversial facts as if in a drama.* (tradução livre)

um direito assegurado pela sétima emenda, uma garantia constitucional consolidada.

Existe doutrina e jurisprudência consolidada no sentido de que, tanto em casos cíveis como criminais, o júri é um valioso baluarte contra decisões de juízes tendenciosos, excêntricos ou incompetentes, além de permitir que a população, de forma ativa, faça parte da administração da justiça cível e criminal⁴⁰⁰ (KOTZ, 2003, p. 73).

Nos anos 1990, Reitz (1990, p. 996) alegava que o júri não era a maior barreira para uma participação mais decisiva do juiz no julgamento, mas sim o risco de que sua condução dos questionamentos pudesse induzir os jurados positiva ou negativamente.

De qualquer forma, estes debates servem para confirmar que a função dos juízes e advogados nas diferentes fases do procedimento vem sendo objeto de intensa discussão nas últimas décadas.

Em um cenário em que os casos raramente alcançam o julgamento, como ocorre nos países de tradição *common law*, a atenção dos debates jurídicos se volta para as fases anteriores ao julgamento, como é o caso do *pretrial*.

Tanto isso é verdade que, atualmente, as fases mais importantes do processo civil anglo-americano (*modern litigation*) são o *pretrial* e os chamados *motions*, que são simples requerimentos direcionados ao juiz realizados nesta fase (BAM, 2016, p. 863).

4.2 OS DESAFIOS DA REFORMA ANTE AS DIFERENÇAS ENTRE OS SISTEMAS

Tanto na cultura *common law* como *civil law*, a análise de evolução histórica dos sistemas revela ciclos de trajetórias semelhantes, i.e., reformas constantes que acompanham a lógica de simplificação seguida de sofisticação, seguida de simplificação novamente. Os sistemas acabam retornando ao mesmo lugar em que iniciaram, uma busca constante por sofisticação seguida de retorno à simplicidade e aos conceitos básicos onde se originaram.

As fases costumam ser: a) estabelecimento de regras simples para lidar com litígios; b) litígios mais complexos não são atendidos pelas regras; c) regras mais complexas são criadas para atender à demanda dos litígios; d) as regras complexas entram em conflito, tornando o sistema confuso; e) retorno para regras mais simples (MULLENIX, 2001, p. 3).

É claro que, analisando de maneira ampla e genérica, o sistema sempre evolui nos detalhes para alcançar a evolução pela qual passa a sociedade. No entanto, as boas reformas

⁴⁰⁰ No original: *There is also a substantial body of opinion that both the criminal and the civil jury are worthwhile bulwarks against biased, eccentric or incompetent trial judges and enable the public to take an active part in the administration of both civil and criminal justice.* (tradução livre)

sempre devem privilegiar uma busca coerente pela lógica fundamental do sistema, que é a comprovação de fatos objetivando a resolução do litígio.

Para tratar de casos mais complexos, as regras se tornam mais complexas. As regras postas, que eram simples quando de seu surgimento, quando reformadas, geralmente são ampliadas textualmente.⁴⁰¹ Nas últimas décadas, praticamente todas as reformas processuais produziram regras mais longas e mais complicadas (MULLENIX, 2001, p. 2-3).

Parte desta dialética é que, o ímpeto em direção à complexidade, invariavelmente conduz à reforma e simplificação. Quando se atinge o ponto em que as regras se tornaram tão complexas, confusas e obtusas- criando armadilhas para os desavisados- os reformistas declaram a necessidade de eliminar as regras e recomeçar com regras mais simples ⁴⁰²(MULLENIX, 2001, p. 3).

Dito isto, não há razão para imaginar que a ideia de reformas na sistemática processual de qualquer um dos países signifique um demérito. Trata-se, na verdade, da lógica do próprio sistema, que necessita se adaptar constantemente.

Os ciclos de reforma referidos, que variam em pêndulo entre simplificação e complexidade, visam única e exclusivamente atender os litígios, resolvendo-os de maneira mais célere e justa possível.

Os professores Geoffrey Hazard e Michele Taruffo (*et al*, 2001, p.773-775) descreveram as principais similaridades e diferenças da *civil litigation* nos sistemas *civil law*⁴⁰³ e *common law*.⁴⁰⁴ A partir das diferenças, é possível identificar quais delas influenciam as propostas de reforma defendidas neste trabalho. Em ordem, as similaridades são as seguintes:

- a- padronização dos critérios de jurisdição pessoal e material.
- b- especificações para neutralidade do julgador
- c- procedimento de citação do réu
- d- regras para formulação de requerimentos
- e- explanação do direito material aplicável
- f- determinação dos fatos mediante provas
- g- regras para deliberações, decisão e recurso
- h- regras para preclusão/trânsito em julgado

⁴⁰¹ A versão atual das *Federal Rules of Civil Procedure*, que é o compilado de regras processuais cíveis do direito americano, e.g., , é significativamente mais longa que a versão original de 1938,

⁴⁰² No original: *Part of this dialectic is that the impulse towards complexity inevitably leads to reform and simplification. At some point, when the rules have become so complex, intricate and obtuse-creating traps for the unwary- reformers avow to eliminate the rules and start again, with simple rules.* (tradução livre)

⁴⁰³ Sistema adotado por França, Alemanha, Itália, Espanha, e virtualmente todos os demais países europeus. Os sistemas Sul-Americanos, bem como Japão e China, derivam deste mesmo conceito *civil law*.

⁴⁰⁴ A professora Linda Mullenix faz algo similar, direcionando suas considerações para o que é ensinado na disciplina de direito comparado nas faculdades de direito nos EUA. Ver Linda Mullenix, op cit, p. 4-12.

As diferenças elencadas por Hazard e Taruffo (*et al*, 2001, p. 773) são primordialmente entre tradições, refletindo diretamente no sistema processual. São elas:

a- o juiz no *civil law* tem a prerrogativa de desenvolver a produção de provas e a articulação de conceitos legais que regulamentam a decisão. Esta característica varia nos diversos países que adotam esta tradição.

b- o procedimento *civil law* envolve uma série de pequenos atos e audiências para apresentação de provas, compilados e arquivados para uma análise final. No *common law*, existe uma ou mais fases *pretrial*, e uma fase de julgamento (*trial*) onde a prova é apresentada em bloco.

c- as decisões de primeira instância no *civil law* costumam sofrer mais pedidos de revisão (de reforma) do que no *common law*. O reexame no *civil law* abarca análise do direito e também dos fatos.

d- os juízes do *civil law* atuam em carreira vitalícia, e no *common law* são selecionados entre os advogados indicados pela associação representativa da classe. Desta forma, os juízes do *civil law*, regra geral, carecem de experiência como advogados.

Para Hazard e Taruffo (*et al*, 2001, p. 774), tais diferenças são importantes, porém, não inconciliáveis. Importante frisar ainda as peculiaridades do *common law* desenvolvido nos EUA em relação ao *common law* em geral:

a- O Júri esta disponível para casos cíveis nas cortes federais e estaduais, diferente de outros países que não costumam utilizar júri para casos de natureza cível.⁴⁰⁵

b- As regras da *discovery* americana permitem a ampliação de utilização de provas.⁴⁰⁶

c- O sistema adversarial americano permite uma atuação mais pujante dos advogados do que outros sistemas *common law*, possivelmente em razão da adoção do júri.

d- a regra americana em relação às despesas (*american rule*) é excepcional, cada parte arca com as despesas de seu advogado, independente de ser vencedor ou perdedor.

⁴⁰⁵ Nos EUA o julgamento pelo júri é um direito assegurado pela sétima emenda à constituição. Na Inglaterra, origem do *common law*, o júri em casos cíveis não é uma garantia e se encontra em desuso por algumas décadas.

⁴⁰⁶ Oriunda do *common Law* inglês, a *Discovery* está muito presente no ordenamento americano e na prática cotidiana nas cortes federais e estaduais. Foi muito desenvolvida a partir das *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938, raramente é encontrada nos países que adotam o *civil law*, e quando existe, é severamente restringida. A título ilustrativo, dos 28 países signatários da *Hague Convention* (em convenção para padronização de procedimentos processuais entre os países), 9 se negaram a permitir em seus ordenamentos qualquer tipo de *discovery*, e 12 países manifestaram restrições severas, permitindo apenas para alguns documentos. Sobre isso, ver Russell J. Weintraub, *Critique of the Hazard-Taruffo Transnational Rules of Civil Procedure*, 33 TEX. INT'L L.J. 413, 420 (1998).

e- os juizes americanos são escolhidos por uma variedade de formas nas quais a afiliação política desempenha importante papel. Nos demais países que adotam o *common law* os juizes são escolhidos por critérios baseados em padrões profissionais.⁴⁰⁷

O desafio de promover reformas utilizando instrumentos e conceitos oriundos de sistemas de justiça estrangeiros requer, antes de tudo, um conhecimento bastante razoável da cultura jurídica em que o instrumento/conceito se desenvolveu, e um exercício de adequação que considere as características próprias do sistema em que se pretende adaptar a utilização dos referidos instrumentos.

Uma das diferenças mais marcantes entre os sistemas aqui estudados pode ser encontrada ao se analisar a participação do juiz no trâmite processual, no trato com as partes e na condução dos atos processuais.

Os juizes que atuam no *civil law* costumam ser bastante pró ativos no direcionamento dos casos, interrogando eles mesmos as testemunhas e insistindo reiteradamente que as partes proponham acordos e cheguem a um denominador comum (DODSON, 2008, p. 148).

Esta abordagem do juiz em relação ao processo não ocorre apenas nos países da Europa continental e nos sul-americanos, mas também no Japão, onde o juiz tem uma função preponderante na condução dos procedimentos de conciliação (GOODMAN, 2004, p. 402).

O juiz do *common law*, por sua vez, é costumeiramente mais distante, não aborda o mérito do caso antes do julgamento, não insiste em acordos, preferindo que as partes conduzam o procedimento, a fase de revelação de provas e sua apresentação em juízo.

É verdade que nas últimas o direito inglês passou a receber enorme influência dos países da comunidade européia, promovendo reformas bastante significativas em sua estrutura que aproximaram o funcionamento de seu sistema de justiça aos demais países que compõem a comunidade⁴⁰⁸ (ANDREWS, 2011, p. 374).

É verdade também que, com a iminente saída do Reino Unido da comunidade europeia (união europeia), algumas mudanças, principalmente as que não tiveram grande aceitação dos usuários, podem ser gradualmente revertidas. O tempo vai confirmar se as mudanças se adaptarão ao tradicional perfil da justiça inglesa.

De qualquer forma é importante que se diferencie a posição do juiz inglês atual com a posição do juiz atuante nos Estados Unidos, pois este último não teve sua função tão

⁴⁰⁷ Nos casos em que o julgamento não conta com a participação do júri, a atuação dos juizes se assemelha aos demais países que adotam o *common law*. Ver Hazard e Taruffo *et al*, op cit, 2001, p. 775.

⁴⁰⁸ As principais mudanças se deram para adequar o funcionamento das cortes de justiça inglesas à convenção europeia de direitos humanos, extinguindo a função do Lord Chancellor, e transformando o comitê de apelação da House of Lords em uma corte de justiça, criando-se a Suprema Corte do Reino Unido.

modificada quanto o primeiro. As mudanças em relação ao *case management*, já estudadas no cap 3.2.5.3 deste trabalho, alteraram consideravelmente a configuração das cortes inglesas.

Apesar dos juízes do *common law* terem, em regra, uma atuação mais distante do processo do que os juízes no *civil law*, esta distância parece estar diminuindo, e possivelmente esta convergência pode se tornar uma tendência.

Desde a última década, alguns autores, como Oscar Chase e Janet Walker (2010, p. 1-2), já vêm difundindo a visão de que as reformas e a harmonização estão desconstruindo as distinções entre *common law* e *civil law*. Para eles, a categorização tradicional vem se tornando cada vez menos relevante para o estudo da resolução de disputas.

Obviamente não se pode ignorar que as diferenças continuam existindo em escalas consideráveis. Assim como existem casos de convergência entre os sistemas, muito estudados por autores especialistas em direito comparado, existem casos de distanciamento e acentuação das divergências.

Ocorre que, atualmente, a perspectiva da acentuação das divergências se dá muito mais entre os sistemas dos países do que entre as tradições *common law* e *civil law* genericamente falando. E o desenvolvimento dos sistemas nos países estão os tornando cada vez mais híbridos e diversificados.

O resultado de algumas das mudanças mais radicais nos sistemas de justiça cíveis poderiam ser melhor descritos como uma diversificação, e não uma harmonização com os sistemas de países de tradição distinta.⁴⁰⁹ (CHASE; WALKER, 2010, P. 2)

A globalização parece exercer um papel determinante nas reformas ocorridas nos sistemas de países de ambas tradições. A diversificação promovida pela ideologia globalizante, as reformas convergentes, a acentuação de diferenças específicas e mesmo a identidade híbrida de alguns sistemas, tudo isso contribui para que a divisão dos sistemas em *common law* e *civil law* seja cada vez menos relevante.

4.3 INTERSECÇÕES ENTRE OS SISTEMAS SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO PROBATÓRIO

É fato que os sistemas de justiça nas tradições *common law* e *civil law* se desenvolveram de forma distinta. Este distanciamento e isolamento entre os sistemas causou diferença de concepções não apenas em relação aos instrumentos processuais como também a institutos jurídicos, como a prova.

⁴⁰⁹ No original: *The outcome of some of the more radical reforms of civil justice systems could well be described as diversifying rather than harmonizing them with their counterparts in other countries.* (tradução livre)

Embora a prova seja tão antiga quanto o direito, o direito probatório como disciplina, consubstanciado em doutrina e pesquisas sobre a prova, é um fenômeno tardio em relação a outras áreas do direito. Isso se explica pelo longo período de tempo em que as disputas legais não se resolviam mediante confronto de provas, mas por antigos métodos de solução de conflitos como ordálios, duelos e conspurgadores, que não demandavam um tribunal isento e imparcial para julgar as causas⁴¹⁰ (TWINING, 2006, p. 37).

O direito probatório de matriz inglesa tem uma forte tendência em conceder uma maior liberdade à atividade probatória. Existem no sistema anglo-saxão fortes resquícios de uma filosofia empirista que dominou o cenário jurídico e foi capitaneada por autores expressivos como Francis Bacon e Jeremy Bentham.

Historicamente, o período recente da tradição anglo-americana de estudos sobre a prova que merece ser analisado é aquele que se inicia com a publicação da obra de Gilbert⁴¹¹ em 1734 e termina com a morte de Wigmore⁴¹², em 1943.

As pesquisas relacionadas à prova no direito anglo-americano durante este período podem ser divididas em 4 frações: a) o período anterior à 1800; b) o período entre 1800 e 1850, marcado pelos escritos de Bentham, estabelecimento da primeira geração de tratados ingleses e primeira série de debates sobre a reforma na legislação sobre as provas; c) o período de 1850 até 1900, quando ocorreram os debates mais aprofundados sobre a reforma do sistema probatório na Inglaterra, Índia e Estados Unidos, e o surgimento da primeira geração de estudos sobre a prova no direito americano, que viria a dominar esta área de estudos; d) e por último o período de 1900 até 1960, dominado por Wigmore (TWINING, 2006, p. 36).

As diferentes concepções de prova entre os sistemas não são tão importantes para este estudo como são os mecanismos e instrumentos que cada um deles desenvolveu para regulamentar a produção, apresentação e análise da prova.

Neste tema, é correto dizer que a sistemática dos países praticantes do *civil law* é voltada à obediência de regras positivadas para obtenção de um melhor resultado no processo de apresentação, coleta, análise e valoração da prova.

⁴¹⁰ Embora a doutrina tenha surgido posteriormente, há relatos de práticas e regras sobre provas muito anteriores ao século XVIII. A aceitabilidade de documentos sigilosos, por exemplo, é muito antiga, as regras sobre competência e testemunhas foram estabelecidas no século XVI, a proteção contra a auto-incriminação criou raízes no século XVII, e assim por diante. Ver Twining, op cit, p. 38.

⁴¹¹ *The law of evidence* é obra de 'Sir' Geoffrey Gilbert, presidente (*Lord Chief Baron*) do Tribunal de Contas (*Court of Exchequer*) de 1722 até sua morte em 1726. Grande parte de sua obra é póstuma.

⁴¹² John Henry Wigmore deixou uma coletânea de estudos sobre a prova, entre suas obras destaca-se *A treatise on the law of evidence*, publicado em 1899.

Apesar da constatação de uma filosofia nitidamente mais liberal do direito anglo-saxão no tratamento das provas, especialmente em relação à produção, a regulamentação a partir do século XX foi bastante intensa, tanto nos EUA como na Inglaterra.

A busca por um sistema eficiente encontra guarida em ambas tradições, contudo, é uma prerrogativa mais explorada no *common law*. Da mesma forma é possível dizer que, apesar da tradição *common law* proteger direitos de intimidade e privacidade, existe maior cautela no trato dos direitos individuais das partes e terceiros na tradição *civil law*.

Os avanços liberais na produção de provas no *civil law* ocorrem sempre de forma gradual e extremamente cautelosa, resguardando a tradição de manter sob o poder do juiz a condução dos atos.

O Código de Processo Civil alemão⁴¹³ é um bom exemplo da resistência dos ordenamentos de tradição *civil law* em realizar reformas liberais. A antiga redação do §428 do CPC alemão (ZPO) permitia que o juiz requisitasse um documento em posse de terceiros, desde que o documento fosse solicitado por parte detentora de um direito material relacionado ao documento⁴¹⁴ (RAGONE; PRADILLO, 2006, p. 57-58).

A nova redação⁴¹⁵ permite que o juiz requirite o documento a terceiro de ofício e mesmo que a parte interessada não seja titular de direito material relacionado à apresentação do documento.

Curioso observar que, apesar da reforma ter ampliado a possibilidade de acesso e utilização da prova, ela concedeu mais poderes discricionários ao juiz e contrariou a lógica de permitir mais liberdade para as partes.

A tradição germânica, aliás, é oposta à visão anglo-americana de apresentação de provas, conforme salienta o prof. Hanns Prütting:

Do ponto de vista processual, rege a premissa de que nenhuma das partes está obrigada a procurar e alcançar o esclarecimento dos feitos relacionados à causa ou a questões alegadas por seu adversário.⁴¹⁶ (RAGONE; PRADILLO, 2006, p. 59)

Diferentemente do que ocorre nos países de tradição romano-germânica, o sistema anglo-americano permite que as partes tenham liberdade para produzir e manusear provas extrajudicialmente, sob supervisão indireta dos órgãos de justiça.

⁴¹³ Zivilprozessordnung, conhecido pela sua abreviatura ZPO, foi publicado em 1879 e desde então sofreu diversas reformas.

⁴¹⁴ Zivilprozessordnung Leitura conjunta do §428 com o §429 e §422 do mesmo ZPO.

⁴¹⁵ Zivilprozessordnung §142 parágrafo 1º

⁴¹⁶ No original: *Desde el punto de vista procesal rige la premisa de que ninguna de las partes está obligada a procurar y a lograr el esclarecimiento de los hechos atinentes a la causa o cuestiones alegadas por su adversario.* (tradução livre)

O sistema adversarial, fortemente desenvolvido na tradição *common law*, ao incentivar o confronto entre as partes, torna esta fase um poderoso aliado do sistema, pois induz as partes a destruírem mutuamente seus argumentos até que restem poucos itens controvertidos entre os argumentos inicialmente apresentados

Na tradição *civil law*, como visto acima, este embate ocorre majoritariamente na presença e sob a supervisão direta do magistrado e seus auxiliares. As partes têm poucas oportunidades para realizar confronto de argumentos ou revelação de provas fora do ambiente judicial.⁴¹⁷

Uma visão que tem se desenvolvido no *civil law* e que pode ser encarada como um ponto de intersecção entre os sistemas é a de que as provas não são destinadas exclusivamente para o juiz. Este seria um primeiro e importante passo para que no futuro a produção de provas não necessariamente tenha que ser produzida no ambiente judicial.

Uma visão de ampla liberdade na produção de provas foi intensamente difundida por Jeremy Bentham no século XIX, influenciando o desenvolvimento recente do direito anglo-saxão e também do direito norte-americano.

No Brasil, autores como Leonardo Greco (2014, p. 303) compartilham da visão de Bentham no sentido de que a busca da verdade não é uma atividade privativa do juiz, e que ele não deveria se ater apenas ao que lhe é trazido pelas partes e que constitui, em última instância, a verdade processual.

A tese defendida por Greco nesta situação, no entanto, parece estar muito mais relacionada à necessidade do juiz se desprender de regras processuais restritivas e participar mais ativamente da busca de provas do que em conceder maior liberdade para as partes na condução da fase instrutória.⁴¹⁸

As teses de Bentham sobre a prova, em especial sua crítica às leis que regulamentavam a produção de prova de forma inflexível e voltada à utilização exclusiva pelo juiz, prevaleceram no *common law* no longo prazo, com o desenvolvimento de regras bastante amplas para produção de provas (TWINING, 2006, p. 43).

⁴¹⁷ A absoluta maioria dos países de tradição romano-germânica contam apenas com medidas de produção antecipada de provas bastante específica e restritivas como oportunidade de discutir questões sobre a prova fora do âmbito do processo judicial.

⁴¹⁸ Em projeto desenvolvido junto a grupo de pesquisa na faculdade de direito da UERJ chamado "Observatório das Reformas Processuais", o professor Greco admite a utilização da *Discovery* como instrumento de inspiração para uma reforma que possibilite uma maior autonomia das partes e advogados em uma fase pre-processual. Ver José Aurélio de Araújo in A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro- anteprojeto do grupo de pesquisa "observatório das reformas processuais" da Faculdade de Direito da UERJ, Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 13, 2014, p. 392.

De qualquer forma, parece haver um campo de convergência entre o sistema desenvolvido nos EUA e outros sistemas modernos a respeito da função do juiz, não havendo nada que leve a crer que essa tendência deve ser interrompida (DODSON, 2008, p. 149).

Entre as convergências potencialmente encontradas ao estudar os dois sistemas esta o direcionamento para um processo mais negociado, não em relação ao litígio propriamente dito, mas em relação às regras procedimentais.

Conceder um espaço no processo para a autonomia da vontade das partes pode ser interessante para permitir o que Ragone (2017, p. 146) chama de “*pret a porter* procedimental”, ou seja, permitir que as partes se preparem para lidar processualmente com o litígio.

Ao facultar liberdade às partes para que estabeleçam regras procedimentais que dizem respeito ao seu próprio litígio, o sistema de justiça produz um eficiente método para incentivar a autonomia da vontade processual.

A partir do momento em que as partes se encontrarem em um ambiente de liberdade para decidir sobre questões processuais, automaticamente esta autonomia de vontade se transfere para o controle sobre o litígio, definição de pontos controvertidos e conseqüentemente liberdade para decidirem elas mesmas o futuro do litígio, abrindo grande margem para uma solução consensual.

Este tipo de contratação incentiva a promover uma maior justiça cidadã, uma justiça mais democrática sob a tutela de um Estado mediador ou facilitador da busca do equilíbrio social, que por sua vez, supera o estado policial/militar do século XIX e o de bem estar social do século XX (RAGONE, 2017, p. 146-147).⁴¹⁹

Os desenvolvedores do projeto do CPC/2015, compreendendo que este tipo de abordagem seria benéfica para a difusão de uma cultura de autonomia de vontade das partes, estabeleceram a previsão de negociação de determinados atos processuais⁴²⁰, que a doutrina passou a chamar de negócios jurídicos processuais.⁴²¹

⁴¹⁹ No original: *este tipo de contratación incentiva a “promover una mayor justicia ciudadana, una justicia más democrática bajo la tutela de un Estado mediador o facilitador en la búsqueda del equilibrio social, el a su vez, supera al estado gendarme del siglo XIX y al de bienestar del siglo XX[...]*(tradução livre)

⁴²⁰ CPC/2015 art 190-191

⁴²¹ Este tipo de negociação processual era chamado por José Carlos Barbosa Moreira de Convenção. Ver Julio Guilherme Müller Convenções Processuais, Revista de Direito, Santa Cruz do Sul, n. 5, out. 2014, p. 64.

Interessante observar que, apesar da regulamentação do CPC ser bastante tímida em relação às possibilidades de articulação dos atos processuais e forma adequada à natureza e necessidades de tratamento do litígio, o dispositivo do artigo 190 condicionou a possibilidade da negociação aos casos que admitem autocomposição.

Isso demonstra não apenas que a flexibilização das regras processuais potencialmente colabora com a ideologia conciliatória, mas que os idealizadores da proposta ainda não enxergam esta flexibilização como benéfica para o processo mesmo que ele obrigatoriamente deva ser julgado, independente de conciliação.

4.4 ANÁLISE DE DADOS DA JUSTIÇA BRASILEIRA EM RELAÇÃO AO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL

Apontadas as diferenças mais relevantes entre os sistemas *common law* e *civil law* e expostos alguns dos debates mais relevantes da comunidade acadêmica sobre a suposta superioridade procedimental de um sistema sobre outro, importa realizar um breve resumo da situação atual do sistema de justiça brasileiro em relação ao volume de casos ingressos e de saída do poder judiciário.

A intenção é utilizar a análise quantitativa para justificar a necessidade de aplicação de novos instrumentos que possibilitem, se não a imediata reforma do sistema, uma ampla reflexão sobre a possibilidade de se aplicarem novos métodos além dos já aplicados.

Com base na perspectiva geral, cumpre constatar que, apesar de não se observar números decrescentes na quantidade de processos, há uma momentânea estabilização do sistema, que pode se mostrar provisória ou permanente com o passar dos anos.

A análise aqui realizada considera as informações e dados publicados pelo relatório oficial do Conselho Nacional de Justiça intitulado Justiça em Números 2018, relatando os principais números do sistema de justiça brasileiro.⁴²²

O número de processos em trâmite na justiça brasileira é de 80,1 milhões⁴²³, um pequeno aumento de 244 mil ações em relação ao relatório anterior (0,3% de aumento).⁴²⁴ A justiça brasileira conta com 18.168 magistrados, e julga 30 milhões de casos ao ano. O

⁴²² O relatório Justiça em Números 2018 tem como base dados da justiça brasileira em 2017 (ano-base). Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>

⁴²³ Deste total, 14,5 milhões, ou seja, 18,1% são processos suspensos, sobrestados ou arquivados provisoriamente, aguardando alguma situação jurídica futura. Fonte: idem

⁴²⁴ Idem

relatório mostra que pela primeira vez, a justiça brasileira julgou mais processos do que recebeu (6,5% a mais).⁴²⁵ (CNJ, 2018, p. 73)

Importante que se considere, nesse contexto, a vigência do novo Código de Processo Civil a partir de 2016. Com a edição do novo diploma processual, que trouxe algumas novidades importantes em relação às oportunidades de conciliação, esperava-se que os índices de conciliação aumentassem significativamente, o que não ocorreu.

A quantidade de novos casos segue em linha crescente, sendo que a demanda pelo sistema de justiça registrou, no período de oito anos, crescimento acumulado na ordem de 18,3%, considerada toda a série histórica desde 2009, já que o relatório divulga dados do ano anterior, 2017.⁴²⁶

Neste mesmo período, o estoque, ou seja, o volume de processos em trâmite, igualmente aumentou, demonstrando um crescimento acumulado de 31,9% nesses mesmos oito anos, um acréscimo de 19,4 milhões de processos (CNJ, 2018, p. 73).

Comparativamente, nos EUA, a série histórica fez o caminho inverso. A quantidade de casos que ingressaram no sistema de justiça dos estados -que detém aproximadamente 95% do total de casos- caiu em 19%, saindo de 103,7 milhões em 2007 e chegando aos 84,2 milhões em 2016.⁴²⁷

O relatório analisou processos em trâmite nas diversas instâncias e jurisdições da justiça brasileira. A distribuição é altamente concentrada em uma jurisdição específica, a estadual. De fato, a justiça estadual brasileira concentra 79,3% dos processos pendentes, a justiça federal 12,9% dos processos, a justiça trabalhista 6,9% e os demais segmentos somam conjuntamente 1% dos casos pendentes. (CNJ, 2018, p. 72)

Isso significa que, assim como ocorre nos EUA, os dados da justiça brasileira refletem primordialmente os índices da justiça dos estados, sendo que as outras jurisdições têm impacto bastante reduzido nos índices mais relevantes.

⁴²⁵ Um dado curioso e preocupante mostra que, apesar de 2017 ter sido o primeiro ano em que a justiça baixou mais casos do que recebeu, o estoque proporcional ao ano aumentou. Isso se explica em razão da quantidade de processos que retorna a tramitação por questões de competência e principalmente sentenças anuladas em instâncias superiores. Ver relatório Justiça em Números 2018, CNJ, p. 73. Isso significa dizer que o volume de processos baixados acima da demanda (6,5%) foi absorvido pelos 619.242 processos reativados pelas razões referidas.

⁴²⁶ O relatório do CNJ de 2018 mostrou que, em 2017, apenas na justiça estadual, ingressaram mais de 20 milhões de novos casos (mais precisamente 20.207.585). Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>

⁴²⁷ Curiosamente, os casos cíveis não estão entre os números mais expressivos no sistema estadual dos EUA. As violações de tráfico lideram os números (53.3%), seguidos pelos casos criminais (21.2%), cíveis (18.1%), relações domésticas (5.9%) e infrações cometidas por menores (1.5%). Fonte: <http://www.courtstatistics.org/NCSC-Analysis/National-Overview.aspx>. Acesso em 20 maio 2019

A título de análise quantitativa comparada, as cortes estaduais nos EUA contavam com aproximadamente 84 milhões de casos tramitando em primeira instância, e 257 mil casos em Cortes de Apelação estaduais. Vale lembrar que aproximadamente 95% dos processos judiciais nos EUA tramitam nas cortes estaduais.⁴²⁸

Os índices demonstram que, no período a partir de 2009, há um crescimento regular na quantidade de casos resolvidos, chegando a 32,8% no acumulado de oito anos. Em 2017, foram 31 milhões de casos resolvidos entre sentenças de mérito e decisões terminativas (CNJ, 2018, p. 73).

Para zerar o estoque de processos pendentes na justiça brasileira seriam necessários pouco menos de três anos de trabalho incessante no mesmo ritmo atual, sem o ingresso de nenhum caso novo nesse período.⁴²⁹

No quesito acesso à justiça, tem-se que a cada grupo de 100 mil habitantes, 12.519 ingressaram com ações perante o judiciário, entre ações de conhecimento e execuções de título extrajudicial (CNJ, 2018, p. 73).

Um dado revelador a respeito dos gastos com assistência judiciária gratuita mostra que essas despesas equivalem a apenas 0,62% do total das despesas com o poder judiciário. Apesar dos gastos maiores serem suportados pelos Tribunais de Justiça dos estados, proporcionalmente, é a justiça federal detém os maiores gastos (CNJ, 2018, p. 79).

Estes, de forma bastante genérica, são os dados mais importantes da justiça brasileira. Eles mostram um sistema bastante inflado que, apesar dos contínuos esforços dos órgãos que desenvolvem políticas no sentido de diminuir a quantidade de processos em trâmite, mostra poucos sinais de diminuição efetiva.⁴³⁰

4.4.1 A Conciliação no Sistema Brasileiro: Uma Visão Limitada

Dos índices oficiais colhidos pelo Conselho Nacional de Justiça sobre os dados quantitativos do judiciário brasileiro, os que mais interessam a esta pesquisa são aqueles

⁴²⁸ As cortes federais, por sua vez, tem seus casos distribuídos em 3 cortes, quais sejam, as distritais de 1º grau (368 mil casos), corte especializadas em falência (795 mil casos) e cortes de apelação (60 mil casos). Fonte: <http://www.courtstatistics.org/> e <http://www.courtstatistics.org/NCSC-Analysis/National-Overview.aspx> Acesso em 20 maio 2019.

⁴²⁹ Esse indicador, que mede o tempo virtual para “zerar” a quantidade de processos, é chamado “tempo de giro de acervo”.

⁴³⁰ Em 2010, por exemplo, a resolução nº 125/2010 do CNJ criou os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) e os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC). Estes órgãos visam a estruturação das práticas conciliatórias e o fortalecimento da cultura de conciliação

relacionados à conciliação. Desde os primeiros relatórios do CNJ, os dados gerais mostram uma perspectiva preocupante do sistema de justiça no país. No entanto, são os dados relacionados à conciliação que revelam a necessidade de alterações na política que vem sendo aplicada.

Embora um grande esforço venha sendo realizado no sentido de introduzir políticas de conciliação como forma de resolução dos litígios que chegam ao judiciário, não parece haver um impacto significativo.⁴³¹

O objetivo desta pesquisa é demonstrar que a aplicação de novos métodos pode impactar drasticamente os índices de casos resolvidos antes do julgamento, seja por acordo ou por desistência.

O objetivo é, reafirmado o diagnóstico da justiça brasileira e o baixo índice de resolução de casos sem decisão judicial, passar a oferecer soluções em um campo pouco explorado pelo sistema de justiça, que são as fases iniciais, seja antes ou após o ingresso com o procedimento judicial.

De plano, observa-se uma falha no relatório do CNJ ao não computar os casos de acordo realizados em âmbito pré-processual. Esta falha, apesar de compreensível nas condições atuais, denota a pouca atenção que o sistema de justiça atribui aos litígios antes de se apresentarem para processamento.

Desta forma, os índices de conciliação são extraídos a partir das sentenças homologatórias de acordo em comparação com as sentenças terminativas e sentenças de mérito. De fato, esta forma de cômputo pode confundir a realidade, pois somente se leva em conta os acordos ocorridos quando o processo já está em trâmite, ou seja, os acordos judiciais.

A crítica desse método é necessária, pois, pelo funcionamento da estrutura dos centros de conciliação, sabe-se que as partes são convencidas a conciliar em grande parte por receio do resultado prático da sentença, e não por uma cultura conciliatória.

A intenção é que a força impositiva do ordenamento exija das partes a troca de informações e diálogo de forma contínua e ordenada, encaminhando as mesmas para uma solução construída por si mesmas, e sempre deixando abertas as portas do judiciário.

Isso revela a própria lógica do sistema brasileiro, que concentra sua estrutura no aparato judicial e, dessa forma, deixa de incentivar e mesmo conduzir soluções pré-processuais que poderiam revolucionar os dados pouco animadores que ora se analisa.

⁴³¹ O CNJ, criado pela emenda constitucional nº 45 de 2004, desde 2006 realiza esforços para diminuição da demanda com base no incentivo à conciliação. Vide projeto chamado Movimento pela conciliação, de 2006.

A mentalidade dos desenvolvedores de políticas públicas para o sistema de justiça parece ser fundamentalmente judicializante, e os esforços no sentido de melhorar os índices se concentram na fase processual. Esta é uma noção de realidade que esta pesquisa visa desconstruir.

4.4.2 Regulamentação pelo Código de Processo Civil

Antes de se analisar os índices de conciliação do sistema brasileiro, em especial no campo dos litígios cíveis, vale a pena conhecer a regulamentação atual concebida pela lei processual.

Principiologicamente, o Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu, no §3º do artigo 1º, de forma bastante genérica, a necessidade dos advogados, juízes, promotores e defensores públicos estimularem a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos.

Estruturalmente, determinou, no artigo 165, que tribunais criassem centros judiciários de solução consensual de conflitos, determinando a criação de um cadastro nacional e cadastros nas respectivas jurisdições (CPC, art. 167).

Importante destacar que, considerando que os maiores litigantes da justiça brasileira são órgãos estatais, o código previu, no artigo 174, a criação de câmaras de mediação e conciliação pela União, Estados e Municípios visando a solução no âmbito administrativo.

Esta é uma solução interessante, desde que venha acompanhada de uma regulamentação adequada que permita às partes compreender o acordo como uma resposta conveniente e favorável para a resolução do problema que trouxeram ao judiciário, não apenas uma etapa em que o acordo simplesmente é oferecido como uma opção abstratamente vantajosa.

A fase conciliatória processual, por sua vez, foi regulamentada de maneira absolutamente tímida pelo Código Civil Brasileiro de 2015, deixando passar uma excepcional oportunidade de estabelecer um conjunto de regras que poderia alterar significativamente os índices de casos resolvidos nesta fase.

O código anterior (CPC de 1973) previa dois ritos, um deles obrigando o réu a comparecer em audiência conciliatória e apresentar defesa caso se frustrasse a conciliação, outro que tratava a audiência como uma mera opção das partes.

A lei processual civil atual, representada pelo CPC de 2015, não foi clara o suficiente quando regulamentou a possibilidade de ocorrência da audiência de conciliação prévia. O artigo 319, inciso VII prevê que o autor deve optar pela realização de audiência conciliatória já na petição inicial, e o artigo 335, inciso II prevê que o réu, concordando com a não realização de audiência conciliatória proposta pelo autor, deve pedir o cancelamento da mesma. A esse contexto se insere o art. 334, §4º, que prevê as hipóteses de não realização da referida audiência.

Além do aparente desarranjo estabelecido -que permite a interpretação de que a audiência deve se realizar mesmo diante do desinteresse expresso de uma das partes-, resta claro que o código não estabeleceu a obrigatoriedade de uma fase conciliatória.

Ao deixar de estruturar e regulamentar uma fase conciliatória bem definida, determinando expressamente a sequência dos atos processuais e estabelecendo que as partes realizem condutas específicas, o código permite que elas simplesmente optem por dispensar a fase conciliatória e sigam diretamente para a fase ordinatória e logo a produção de provas orais e periciais.

Mesmo no contexto em que as partes se sentem compelidas a participar da audiência de conciliação em virtude da obrigatoriedade prevista em lei, a perspectiva de conciliação é desanimadora, haja vista que não estão presentes os elementos que poderiam facilitar esta tomada de decisão, quais sejam, dados e informações mais precisas sobre a solidez ou fragilidade do pedido e da defesa.

A regulamentação desta fase faz parecer que o ordenamento pretende proteger a autonomia da vontade das partes de forma pouco engenhosa. A autonomia da vontade, afinal, não se encerra na mera escolha pela participação ou não em um ato processual.

A autonomia da vontade é muito mais do que isso, significa que as partes, ao participar do ato conciliatório por dever processual ou por vontade livre, tenham acesso a informações, oportunidades de diálogo com a parte contrária e conhecimento sobre a controvérsia que lhes permita decidir de forma segura pelo acordo.

Nesse contexto, uma reforma se faz imprescindível, não necessariamente para alterar radicalmente o formato atual da fase conciliatória, mas promover uma alteração que lhe atribua *status* de fase essencial do litígio e não um mero rito de passagem.

A fase de conciliação deveria ser aquela em que a absoluta maioria dos casos é resolvida não apenas porque as partes foram colocadas frente a frente em uma sala e instadas por seus advogados e conciliadores a realizarem uma composição, mas um momento em que

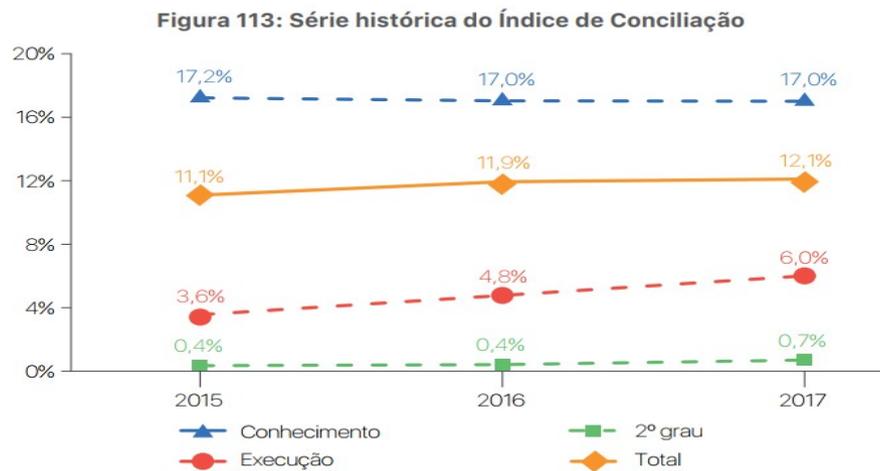
elas têm a oportunidade de esclarecer o litígio, de iluminar os pontos controvertidos e concentrar a solução da controvérsia no resultado do diálogo.

Um sistema que oportuniza às partes uma fase de pleno contato com o conjunto probatório alheio e troca mútua de informações, sem discussão de questões jurídico-processuais, fornece chances muito maiores de encerrar litígios de forma satisfatória e segura.

4.4.3 Considerações Sobre os Índices de Conciliação no Brasil

Por não ter um sistema de acompanhamento de casos a partir da apresentação do litígio perante o judiciário, o relatório do CNJ oferece uma cobertura insatisfatória, pois ele só considera soluções conciliatórias aquelas obtidas a partir da homologação do acordo pelo juiz, em comparação com as demais sentenças terminativas e definitivas.⁴³²

Considerando a totalidade dos números sem diferenciação de matéria e jurisdições, a quantidade de casos de acordo com sentença homologatória era de 12,1% em 2017, uma crescente pouco significativa considerando os anos anteriores, 11,1%, em 2015 e 11,9% em 2016 % (CNJ, 2018, p. 137).⁴³³



Fonte: Relatório Justiça em Números, CNJ, 2018, p 137.

⁴³² O próprio relatório de 2018 informa que a partir da próxima edição passará a contar com o módulo de produtividade mensal que medirá as conciliações pré-processuais. Ver relatório Justiça em Números 2018, CNJ, p. 137.

⁴³³ Esse crescimento foi nitidamente causado pelo aumento nos acordos realizados na fase de execução, já que o índice específico das ações de conhecimento se manteve estável, com pequena queda.

Neste cenário, a justiça do trabalho tem um índice de acordos comparativamente bem mais alto que as demais, chegando a 25%.⁴³⁴ Nos tribunais estaduais, o índice de acordos em primeiro grau em 2017 foi de 13,8%, e em segundo grau praticamente inexistente.⁴³⁵

Nos juizados, o número de acordos é maior, chegando a 18% na justiça estadual, e 10% na justiça federal. Esperava-se que, por se tratar de causas mais simples e de menor valor, os índices de acordo pudessem ser bem mais altos do que da justiça estadual comum, o que não se confirma na prática.

O espaço destinado ao demonstrativo dos índices de conciliação realizadas, com subdivisão apenas por tribunais e sem considerar dados específicos da justiça cível e criminal, já demonstra que a análise dos acordos não é uma prioridade do relatório, concentrando-se mais nos índices de produtividade.

O relatório do CNJ concentra sua análise na produtividade dos seus órgãos e servidores, bem como a baixa de casos perante o judiciário. Isso significa dizer que, a se considerar a forma como o Conselho Nacional de Justiça expõe seus índices, o fator de maior relevância para o sistema de justiça é a produtividade dos juízes em sua atividade de baixar processos.

Existem filtros conciliatórios importantes criados no momento de ingresso com as medidas judiciais, porém, eles funcionam como um filtro formal, não havendo maiores preocupações em alterar o baixo índice de casos resolvidos por acordo mesmo com investimentos consideráveis nas políticas de conciliação.

4.5 AS POSSIBILIDADES DE REFORMA NO SISTEMA BRASILEIRO

Seguindo a metodologia de falseamento das possibilidades apresentadas descrita na introdução, ou seja, da eliminação de alguns dos instrumentos processuais apresentados como alternativa de importação e adaptação para o sistema brasileiro, este capítulo apresenta os meios que, de acordo com a análise prática do sistema anglo-americano realizada no capítulo anterior, permanecem como opções viáveis. A divisão em sub tópicos facilita a apresentação de cada um deles e idealiza uma adaptação seguindo as regras vigentes no ordenamento

⁴³⁴ Quando analisados apenas os casos de primeiro grau da Justiça do trabalho o índice chega a 31%. O TRT da 9ª Região lidera os índices com 49% de casos resolvidos considerando apenas o primeiro grau. Ver relatório Justiça em Números 2018, CNJ, p. 138.

⁴³⁵ Com exceção do Tribunal de justiça do Pará que resolveu 18,1% dos casos em segundo grau mediante acordo. Ver relatório Justiça em Números 2018, CNJ, p. 138.

brasileiro, e ao final sugere alterações no ordenamento pátrio que permitam o acolhimento de alguns desses instrumentos.

4.5.1 A Necessidade de Constantes Reformas nos Sistemas Processuais

Os sistemas processuais de praticamente todos os países se encontram em um ciclo constante de reformas que visam resolver problemas oriundos de suas demandas, sanar suas brechas estruturais e aplacar sua incapacidade de lidar com inconsistências sistêmicas.

Na década de 1990 os juristas italianos mostravam profundo inconformismo com a ineficiência e inconcebível morosidade de seu sistema processual. Naquela época, o sistema processual italiano, que tinha como diploma principal um código de 1940, reformado em 1950⁴³⁶, assim como ocorreu com o inglês na mesma época, atingia o colapso.

Em 1994, o trâmite de um processo na primeira instância italiana⁴³⁷ demorava em média 616 dias, desde o ingresso até a sentença. Na segunda instância, esse período era ainda maior, 1031 dias. Nas cortes superiores, as chamadas *Corte di Cassazioni*, o trâmite demorava em média 1031 dias. Isso significa dizer que neste período o trâmite completo até as instâncias superiores deveria levar, em média, 10 anos⁴³⁸ (VARANO, 1997, p. 657).

No caso italiano, as reformas ocorridas em 1990 e 1991 trouxeram uma série de medidas para combater a morosidade do sistema processual, entre elas a instituição de um cargo de juiz honorário e da justiça de paz, que foram investidos de parcela da jurisdição e desafogaram as cortes ordinárias (VARANO, 1997, p. 663).

Mesmo o sistema processual civil francês, que demonstra uma estabilidade mais duradoura, promove reformas ocasionais. O Código de Processo Civil francês, promulgado em 1806, esteve vigente e praticamente inalterado até 1958, quando uma série de reformas em diversos campos, inclusive o processual civil, tomaram forma⁴³⁹ (LARIVIÈRE, 1997, p. 738).

⁴³⁶ Para um estudo apurado sobre o Código de Processo Civil Italiano de 1940 e suas reformas, ver Mauro Cappelletti & Joseph Perillo, *Civil Procedure in Italy* 44-46 (1965); Comoglio, Ferri & Taruffo, *Lezioni sul processo civile* 41-45 (1995).

⁴³⁷ O chamado *preture*, que são cortes de primeira instância com jurisdição limitada. Ver Vincenzo Varano, 1997, *op cit*, p. 657.

⁴³⁸ Os dados são de 1994, e podem ser encontrados em Istituto Nazionale di Statistica, *Compendio Statistico Italiano* 191 (1996).

⁴³⁹ Importante ressaltar que a partir de 1806, Napoleão reorganizou o sistema judicial sob a perspectiva hierárquica, geográfica e humana. Ver Daniel Soulez Larivière, *op cit*, p. 738. O sistema francês apresenta inúmeras diferenças com o brasileiro, e.g., o sistema bifásico em que um juiz (*juge de la mise en état*) conduz a fase de instrução e, após se encontrar pronto para julgamento, um colegiado de 3 juízes julga o caso. Ver Caroline dal Poz Ezequiel, *Os circuits do direito processual francês e a possibilidade de sua adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro*, RePro v. 255, maio, 2016, p. 3.

A Alemanha teve em seu desfavor a reunificação ocorrida em 1990, que exigiu a implantação de uma padronização entre o sistema instituído na parte ocidental e na parte oriental do então recém unificado país.

O principal fator agravante no caso da Alemanha era o contínuo aumento de novos casos em uma estrutura que não contava com recursos suficientes, não sendo possível, portanto, investir em estrutura⁴⁴⁰(GOTTWALD, 1997, p. 753).

As reformas ocorridas na Alemanha buscavam conciliar uma melhor estrutura física e de recursos humanos que garantisse um sistema de proteção legal baseado no estado de direito que fosse popular, tivesse uma face humana e que ao mesmo tempo fosse eficiente (GOTTWALD, 1997, p. 753).

A vasta ineficiência da jurisdição era característica comum de sistemas de justiça de diversos países nesse período, não se podendo atribuir essa morosidade e ineficácia a uma característica própria encontrada em uma tradição específica.

Prova disso é que o sistema inglês e o americano, ambos de tradição *common law*, desenvolveram, nesse mesmo período, reformas voltadas a melhorar a eficiência de seus sistemas.⁴⁴¹

Nos EUA, um diploma de 1990 chamado *Civil Justice Reform Act* (CJRA⁴⁴²), determinou que as cortes federais dos distritos elaborassem planos visando a diminuição de despesas processuais e morosidade no trâmite processual (KAKALIK; HENSLER; MCCAFFREY, 1998, p. 614).

No Japão, um novo código de processo civil foi promulgado em 1998, objeto de debates ocorridos no decorrer da década de 1990 e que reconfiguraram o funcionamento dos mecanismos processuais e alteraram regras de participação da corte, uma vez que se trata de um sistema híbrido com influências do direito germânico e mais recentemente do direito norte-americano.

4.6 O *PRE-ACTION PROTOCOL* COMO ALTERNATIVA DE MELHORA DA EFICIÊNCIA DO SISTEMA

O volume de processos segue sendo, ano após ano, um dos problemas mais graves do sistema de justiça brasileiro. De acordo com a singela análise das estatísticas da justiça

⁴⁴⁰ Em 1991, ingressaram no sistema de justiça alemão 1.63 milhões de novos casos, em 1993 foram 2.08 milhões e em 1994 2.12 milhões de novos processos. Ver Peter Gottwald, op cit, 1997, p. 753.

⁴⁴¹ Nesse mesmo período, mais precisamente em 1994, Lord Harry Woolf era apontado pelo Lord Chancellor para revisar o sistema processual inglês. O trabalho de Lord Woolf, seus relatórios e a proposta final de reforma, foram detalhado neste trabalho no capítulo 3.2.6.

⁴⁴² 28 U.S.C. §§ 471-482 (1994 & Supp. 1 1995)

brasileira realizada anteriormente no capítulo 4.3.3, o que faz com que o estoque de processos se mantenha alto é que, apesar dos índices de baixa já igualarem os de ingresso, o número de processos pendentes continua aumentando.

Quando se faz um retrospecto utilizando dados de relatórios estatísticos da justiça brasileira na última década, o que se observa é que, apesar de se notar uma estabilização do sistema, com um crescimento menor do número de processos, esse resultado parece demasiado tímido frente aos investimentos que foram realizados durante esse período.

Dito de outra forma, a criação de diversos centros de conciliação por todo o país não parece ter contribuído tanto quanto deveria para o aumento significativo dos casos encerrados por acordo.

A resolução nº 125/2010 do CNJ criou os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) e os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs). Em 2017, a justiça estadual contava com 982 estruturas de CEJUSCs, um crescimento bastante considerável a partir de 2014 e que continua até a atualidade.

Estas medidas alternativas do Conselho Nacional de Justiça são elogiáveis, mas os resultados se mostram pouco expressivos. O resultado do esforço e as soluções estimuladas até o momento seguem se provando paliativos.

Diante deste cenário posto, vale a pena considerar a possibilidade de inserção e adequação de protocolos similares aos *pre-action protocols* do sistema inglês no sistema processual civil brasileiro.⁴⁴³

O objetivo primordial dos *pre-action protocols* é incentivar a troca preliminar de informações a respeito de uma possível ação judicial futura. Desta forma, aumentam as chances das partes evitarem o início ou a continuidade do litígio judicial mediante a celebração de acordo.

O objetivo secundário, nos casos em que não é possível a conciliação e o litígio não pode ser evitado, é fornecer orientação e apoio para um gerenciamento e condução eficiente do procedimento.

Existem diversas modalidades de protocolos que lidam com áreas específicas do direito civil no sistema inglês. Os principais *pre-action protocols* são os seguintes:

⁴⁴³ Existe pelo menos um estudo sobre este tema em nível de tese doutoral no ano de 2010, sob o título de “Acordos Incentivados: uma contribuição britânica nos caminhos buscados pelo judiciário brasileiro”, de autoria de Susana Amaral Silveira, sob orientação do professor Jose Ignácio Botelho de Mesquita, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Certamente existem outros estudos e abordagens sobre este tema por pesquisadores brasileiros.

(I) P_{AP} for Personal Injury Claims. Protocolos para casos de injúria

(II) P_{AP} for the Resolution of Clinical Disputes. Protocolos para casos médicos

(III) P_{AP} for the Construction and Engineering Disputes. Protocolos para casos de Construção e Engenharia

(IV) P_{AP} for Defamation. Protocolos para casos de difamação

(V) P_{AP} for Professional Negligence. Protocolos para casos de negligência

(VI) P_{AP} for Judicial Review. Protocolos para casos de revisão de legislação, atos e decisões do executivo e legislativo.

(VII) P_{AP} for Disease and Illness Claims. Protocolos para casos envolvendo doenças e enfermidades.

(VIII) P_{AP} for Housing Disrepair Cases. Protocolos para casos de habitação em ruínas.

(IX) P_{AP} for Possession Claims based on Rent Arrears. Protocolos para casos de cobrança de aluguéis.

(X) P_{AP} for Possession Claims based on Mortgage or Home Purchase Plan Arrears in respect of Residential Property. Protocolos para casos de hipoteca e atraso em parcelamento em contratos de habitação.

O documento legislativo que assegura o cumprimento e a força jurídica desses protocolos é o *Practice Direction Pre-Action Conduct* (PDPAC) vigente na Inglaterra a partir de abril de 2009, funcionando como um protocolo geral para todas as modalidades de litígios cíveis.

A criação e extinção de protocolos se dá conforme os usuários do sistema identifiquem a necessidade e se mobilizem no sentido de desenvolver um protocolo para uma área com demanda em ascensão, reformar um existente ou extinguir um inefetivo ou em desuso.

A interação entre associações de representantes de categorias, advogados (*solicitors* e *barristers*) e cortes especializadas cumpre um importante papel no contexto de desenvolvimento de um protocolo.

Este tipo de interação praticamente não ocorre no Brasil, e não é comum nos sistemas de países oriundos do direito romano-germânico, especialmente com o intuito de criar regulamentação para ser aplicada em determinada jurisdição. Isso não significa dizer que não exista margem para a regulamentação desta fase no *civil law*.

Antes mesmo da promulgação do CPC/2015 e da Lei de Mediação⁴⁴⁴, José Roberto Bedaque (2007, p. 265) já alertava que o sistema brasileiro era receptivo à idéia de uma regulamentação da fase preliminar, especialmente em razão da crise de morosidade e de excesso de processos pela qual passa o sistema jurisdicional brasileiro.

Bedaque afirmava (2007, p. 262), à época, que embora os advogados pudessem adotar, na fase anterior ao ajuizamento da demanda, providências preliminares baseados puramente em boa-fé, tratava-se de procedimento “absolutamente facultativo e desprovido de qualquer regulamentação”.

Desde então, o sistema brasileiro passou por reformas importantes, boa parte delas insistindo na conciliação como principal método de resolução de conflito tendente a evitar o ajuizamento de demandas. Foram implantados centros de conciliação e também foi regulamentado o instituto da mediação extrajudicial.⁴⁴⁵

Essas iniciativas do Poder Judiciário e as medidas legislativas implantadas no ordenamento brasileiro foram importantes, no entanto, todas elas seguem o mesmo caminho de promover e incentivar maciçamente a conciliação sem promover com a mesma intensidade as medidas regulamentadoras necessárias para que a conciliação se torne uma decisão plenamente elucidada e desejável.

Significa dizer que, apesar do incentivo legislativo e dos órgãos responsáveis pela administração da justiça para que as partes se submetam a procedimentos que orientem à celebração de acordos extrajudiciais e judiciais, é improvável que o número de conciliações gere um impacto significativo nos índices quantitativos do sistema enquanto as partes não forem expostas a informações mais contundentes sobre o litígio.

A revelação preliminar mútua e obrigatória de informações entre as partes, comum nos sistemas anglo-americanos, da forma como ocorre, e.g., na aplicação dos *pre-action* protocols na Inglaterra, estabelece um diálogo mais esclarecedor e franco entre as partes que invariavelmente conduz a situações em que o acordo se torna algo natural.

⁴⁴⁴ [Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.](#)

⁴⁴⁵ Os artigos 21 a 23 da Lei nº 13.140/2015 regulamentam o instituto em sua versão extrajudicial, estabelecendo critérios genéricos e prazos para prática de alguns atos, caso não sejam estabelecidos em contrato específico de mediação pactuado entre as partes.

4.6.1 Funcionamento do *Pre-Action Protocol*

Para melhor compreensão do funcionamento dos referidos protocolos, serão utilizados dados referentes ao protocolo utilizado para os litígios oriundos da construção civil,⁴⁴⁶ que foi editado em 2000, após as *Woolf Reforms*⁴⁴⁷, reformas introduzidas no ordenamento inglês que alteraram substancialmente os procedimentos na área processual.

A explanação a seguir é baseada na simples leitura do protocolo em análise, voltado à solução de casos oriundos do ramo da construção civil, bem como das orientações que a legislação prevê para sua utilização, constante no *Civil Procedure Rules*, suas atualizações e anexos.

Este protocolo, destinado especificamente aos litígios no ramo de engenharia e construção civil, está vigente desde 2000, foi revisado em 2007⁴⁴⁸ e atualizado recentemente, em 2016. Ele trata de casos de negligência ingressados contra arquitetos, engenheiros e pessoal especializado em contratos e cálculo de despesas (*quantity surveyors*).

A escolha deste protocolo específico se deve ao fato de que, além de ter sido objeto de questionamentos recentes, ele teve seu impacto avaliado em pesquisas de opinião de usuários, além de ter passado por atualizações importantes.

Uma das alterações mais importantes ocorridas foi que, apesar de altamente recomendável, a utilização do protocolo não é obrigatória para as partes. É necessário, no entanto, que formalizem por escrito a concordância na dispensa do protocolo.

Outra característica dos protocolos é que eles influenciam a cobrança de custas pelas cortes. Isso significa que, uma vez que decidam pela utilização do protocolo, as partes que deixarem de cumprir com as regras do mesmo podem ser penalizadas com a distribuição das despesas processuais.⁴⁴⁹

⁴⁴⁶ *Pre-Action Protocol for Construction and Engineering Disputes*. O referido protocolo está disponível em https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/protocol/prot_ced.

⁴⁴⁷ Já amplamente tratadas neste trabalho no capítulo 3.2.5.1

⁴⁴⁸ Esta revisão se deu em virtude das recomendações feitas pelo partido trabalhista, que na época era presidido pelo Mr Justice Ramsey, que depois veio a ser o juiz responsável pela corte especializada em litígios na área de construções e tecnologia, a Technology and Construction Court (TCC). Ver *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, 2010, p. 348.

⁴⁴⁹ No caso *Sainsbury's Supermarkets Ltd v Condek Holdings Ltd & Others*, por exemplo, o juiz entendeu que uma das partes deveria arcar com as custas de compensação por falhar em demonstrar que o protocolo não poderia ser aplicado. Em sua visão, se o protocolo tivesse sido obedecido, o caso dificilmente teria prosseguido e alcançado a fase judicial. Ver *Sainsbury's Supermarkets Ltd v Condek Holdings Ltd & Others [2014] EWHC 2016* (TCC).

Nas orientações a respeito dos protocolos, um dos princípios gerais de condutas das partes foi alterado de maneira a esclarecer o objetivo dos mesmos. Onde se lia a troca preliminar de todas as informações⁴⁵⁰, agora há um texto mais objetivo:

Seção III, 6. Princípios Gerais.[...]Antes de iniciar o procedimento, as partes devem:
6.1(1) Trocar informações suficientes sobre a matéria que permita que as partes entendam suas posições mutuamente e tomem decisões fundamentadas a respeito de conciliação ou como proceder.⁴⁵¹

Outra alteração importante foi a que incentiva, já nesta fase, o uso de métodos alternativos de solução de litígio, os chamados ADR:

Seção III, 6. Princípios Gerais. [...]Antes de iniciar o procedimento, as partes devem.
6.1(2) realizar as devida tentativas para resolver a questão sem que seja necessário iniciar o procedimento judicial, e em particular, considerar o uso apropriado dos métodos alternativos de resolução de conflitos (Alternative Dispute Resolution -ADR) para alcançar esta solução.⁴⁵²

Isso significa dizer que, para iniciar o procedimento do protocolo, basta a apresentação de um esboço dos fatos litigiosos e do direito violado, o mesmo ocorrendo para a resposta do futuro demandado.

Uma preocupação constante da justiça inglesa desde a década de 1990 tem sido as custas processuais, que eram consideradas excessivas e recebiam severas críticas. Desde então, diversas medidas têm sido adotadas para evitar que as custas se tornem um impeditivo ao acesso à justiça.⁴⁵³

Com isso em mente, os responsáveis pela introdução e alterações nos protocolos, como Lord Justice Jackson⁴⁵⁴, tem evitado ao máximo introduzir mudanças que impliquem em custas iniciais já nesta fase pré processual.

O protocolo exige que as partes preencham um breve relatório contendo a explanação dos fatos e do direito que buscam, mas deixa claro que não é necessária análise especializada. O autor deve apresentar os fatos mediante um documento/minuta chamado a

⁴⁵⁰ No original: the exchange of early and full information. (tradução livre)

⁴⁵¹ No original: exchange sufficient information about the matter to allow them to understand each other's position and make informed decisions about settlement and how to proceed. (tradução livre) Civil Procedure Rules. Pre-Action Conduct April 2010, Section III, - 6.1(1).

⁴⁵² No original: make appropriate attempts to resolve the matter without starting proceedings, and in particular consider the use of an appropriate form of ADR in order to do so. (tradução livre) Civil Procedure Rules. Pre-Action Conduct April 2010, Section III, - 6.1(2).

⁴⁵³ Ver capítulo 3.2.5 que fala das reformas inglesas dos anos 1990.

⁴⁵⁴ O juiz Jackson ficou conhecido na Inglaterra por seu trabalho no sentido de tentar diminuir a custas processuais. Em um dos casos que julgou ele declarou que “a corte deplora qualquer tentativa de cobranças de custas justificadas pelo cumprimento de protocolos”. Ver *Illiffe and Another v Feltham Construction Ltd and Others* [2015] EWCA Civ 715.

letter of claim, e o réu deve apresentar a *letter of response*, ambos obedecendo ao critério de simplicidade e brevidade.

Dependendo da natureza e complexidade da causa, pode ser exigido um relatório especializado (*expert reports*), porém, a regra segue primando pela simplicidade visando proporcionar maior acesso.

Os prazos (*timeframes*) para prática dos atos referentes ao cumprimento do protocolo são relativamente curtos. Após a apresentação da resposta (*letter of response*), as partes devem reunir-se em 21 dias (anteriormente o prazo era de 28 dias), de acordo com o parágrafo 9.1.

O protocolo deixa claro, em seu parágrafo 9.2, que não pretende especificar detalhadamente como deve ser conduzida a reunião entre as partes, no entanto, espera-se que estas cumpram alguns requisitos, e.g., se façam presentes⁴⁵⁵ e estejam representadas por seus respectivos advogados, entre outros.

O desenvolvimento da regulamentação em torno dos PAP`s e das orientações para sua utilização conta com a participação de setores especializados na área de aplicação dos protocolos. Assim, na área de construção civil, participam da formulação e atualização dos protocolos a TeCSA⁴⁵⁶ e a TECBAR⁴⁵⁷.

Estes dois órgãos da advocacia inglesa introduziram no sistema de protocolos um instrumento chamado *Protocol Referee Procedure* (PRP), ou seja, um procedimento que regula a atividade da figura do 'juiz de protocolo', daqui em diante PR (*Protocol Referee*).⁴⁵⁸

O PR não é um julgador nem um árbitro, é indicado por acordo entre as partes e tem como função principal auxiliar as partes no cumprimento das exigências do protocolo e/ou questões relacionadas ao não cumprimento do mesmo.

A introdução da figura do PR, para soluções específicas deste ramo de litígios, certamente acrescenta um custo extra para as partes. No entanto, a idéia é resolver o caso antes que se torne uma batalha judicial.

Assim, o procedimento que se estabeleceu foi o seguinte: a) 2 (dois) dias úteis após o recebimento do requerimento, o presidente da TeCSA nomeia um PR; b) o requerido tem 5

⁴⁵⁵ No caso de pessoa jurídica devem ser representadas por um preposto.

⁴⁵⁶ Technology and Construction Solicitors' Association (TeCSA). É a associação de advogados do ramo de Tecnologia e construção civil.

⁴⁵⁷ Technology and Construction Barristers' Association (TECBAR). É a associação de advogados atuantes na corte (*Barristers*) do ramo de tecnologia e construção civil. A diferença entre os dois órgãos é que a TeCSA representa os *solicitors* (advogados que não atuam nas cortes) e a TECBAR os *barristers* (advogados atuantes nas cortes). Eles se reúnem anualmente em um simpósio ([TeCSA/TECBAR Symposia](#)) para discutir questões relacionadas ao ramo em que atuam.

⁴⁵⁸ Parágrafo 11 do *Pre-Action Protocol for Construction and Engineering Disputes 2nd edition*. disponível em https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/protocol/prot_ced

(cinco) dias úteis para apresentar a resposta a partir da notificação; c) apresentada resposta, o requerente tem 2 (dois) dias úteis para a réplica; d) após a réplica, se houver, o PR decidirá em até 10 (dez) dias úteis. Desta forma, o procedimento deve levar 19 (dezenove) dias úteis no total.⁴⁵⁹

Esta possibilidade, apresentada pelas associações de advogados, visa resolver os conflitos substituindo a atividade do juiz e das cortes por uma espécie de pacto entre as partes que garante a celeridade e segurança do que restar decidido.

Vale observar que este tipo de especificidade na regulamentação do protocolo decorre da especialidade dos próprios órgãos que representam as partes (TeCSA e TECBAR), bem como das cortes especializadas neste tipo de litígios (*Technology and Construction Courts- TCC's*).

Curiosamente, este protocolo estabelece em seu texto, mais especificamente no parágrafo 11.2, que as versões atualizadas do procedimento estarão disponíveis nos *websites* das respectivas associações (TeCSA e TECBAR).

Da leitura do texto do protocolo, que é um documento jurídico de força impositiva, resta claro que ele permite não apenas a condução do procedimento pelos advogados particulares e indicados pelas associações, como também que a regulamentação mais específica do procedimento seja feita pelas associações representativas dos advogados.

De acordo com o parágrafo 7.1.5 do protocolo, o requerente deve informar já em seu requerimento escrito (*Letter of Claim*) sua intenção em participar deste procedimento (*Protocol Referee Procedure*). O mesmo ocorre para o requerido, de acordo com o parágrafo 8.1.

4.6.2 Testando a Eficiência e Controlando as Despesas dos PAP's

Em dezembro de 2009, Lord Justice Rupert Jackson⁴⁶⁰, um juiz da Corte de Apelação da Inglaterra, apresentou um relatório de custas chamado *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, publicado em 2010, contendo uma profunda análise de fatores e números de despesas com os litígios cíveis na Inglaterra.

⁴⁵⁹ Os termos do procedimento são atualizados pelas associações, e podem ser encontrados em seus respectivos websites. Disponível em <https://www.tecsa.org.uk/dispute-resolution> e <https://www.tecsa.org.uk/teubar>

⁴⁶⁰ Ver nota 454

Este relatório serviu como base para diversos outros estudos, e apresentou soluções que tinham como objetivo retirar do ordenamento inglês e das práticas jurídicas os obstáculos ao acesso à justiça que fossem relacionados a despesas e outros aspectos econômicos.

Ao acompanhar a aplicação cotidiana dos protocolos, Lord Justice Jackson observou que era praticamente unânime a noção de que os protocolos específicos cumpriam um propósito bastante útil. Apesar da necessidade de ajustes, o entusiasmo e apoio aos protocolos específicos eram surpreendentes (JACKSON, 2010, p. 345).

Em relação ao protocolo geral, uma espécie de protocolo residual utilizado em litígios cíveis que não contém com protocolos específicos, a opinião geral é que ele não cumpre um papel dos mais relevantes, uma vez que carece de especificidade e cria resistência dos usuários em utilizá-lo. Nos litígios comerciais grandes e nos casos de jurisdição *chancery* o uso do protocolo geral causa morosidade e aumento de despesas (JACKSON, 2010, p. 345).

A eficácia do protocolo geral nos casos envolvendo disputas comerciais é bastante questionável, sendo objeto de críticas dos diversos órgãos representativos do comércio, seus representantes legais, juízes e advogados.

O subcomitê de custas, que faz parte do comitê de usuários das cortes especializadas em direito comercial, desaconselhou o uso dos protocolos em casos em trâmite naquela corte e em casos comerciais em geral, que tramitam na corte de *chancery* (JACKSON, 2010, p. 345).

A Associação de advogados de Manchester, apesar de reconhecer a utilidade dos protocolos, demonstrou graves reservas ao uso de protocolos em casos comerciais, alegando que gera custas iniciais. No entender da Associação, ao chegar na fase judicial, os litigantes já tentaram diversas formas de acordo malsucedidos e estão dispostos ao litígio para resolver os casos (JACKSON, 2010, p. 345).

A Associação de Litígios Comerciais (*Commercial Litigation Association*⁴⁶¹) compreende que utilizar os PAP's e posteriormente os *pleadings* significa duplicidade de esforços, recursos e despesas, solicitando a extinção dos protocolos, ou diminuição de seu uso (JACKSON, 2010, p. 345).

Os relatos acima demonstram que, quando tentativas de conciliação já foram exaustivamente propostas, os protocolos genéricos são vistos mais como obstáculos do que como auxílio na resolução de litígios.

⁴⁶¹ Esta Associação é formada por advogados (*solicitors* e *barristers*), financiadores externos e seguradoras. Ver Review of Civil Litigation Costs: Final Report, 2010, p. 346

As cortes de *chancery*, devido à natureza demasiado específica de seus procedimentos, não reage bem à utilização dos PAP's. As cortes de *chancery* sempre foram conhecidas pela amplitude de acesso, sua natureza prática e objetiva de resolução de conflitos, evitando obstáculos de natureza processual.

A Associação de advogados atuantes nestas cortes (*Chancery Bar Association*) manifestou-se no sentido de, ante o aumento de custos gerado pelos protocolos, a melhor solução seria incentivar a correspondência e diálogo prévio entre as partes, promovendo uma cultura de conciliação (JACKSON, 2010, p. 345).

Um fator de suma importância quando se analisa as críticas dos usuários do sistema inglês, e quando se visualiza a aplicação destes métodos na justiça brasileira, é a lógica de manutenção da justiça na Inglaterra e no Brasil.

A justiça inglesa repassa parte significativa de suas despesas para os usuários. Conforme já observado neste trabalho (capítulo 3.2.5), houve momentos no decorrer da história em que os custos gerados pela manutenção da estrutura e utilização de recursos da justiça inglesa eram quase integralmente repassados aos seus usuários. Esta situação gerou grande ineficiência no decorrer dos anos até que finalmente e nos anos 1990 culminou com a efetivação de reformas legislativas profundas para corrigir os exageros.

No Brasil, além de parte considerável das despesas geradas pelo sistema de justiça ser bancada pelo Estado, existem estruturas prontas, atuantes e organizadas que permitiriam a implantação dos métodos estudados neste trabalho sem alterar sobremaneira a estrutura já existente.⁴⁶²

Até 2010, a opinião dos juízes que atuavam em litígios no ramo da construção civil nas cortes inglesas era de que os protocolos eram geradores de despesas e duplicadores de atos processuais. As partes apresentavam seus relatórios iniciais (*letter of claim* e *letter of response*) com detalhes excessivos que, quando não se chegava a um acordo, eram repetidos na fase de *pleadings* (JACKSON, 2010, p. 347-348).

A opinião dos advogados neste mesmo período era oposta à dos juízes, pois consideravam o protocolo altamente benéfico quando seguido com cautela, reconhecendo, no entanto, que a regulamentação poderia ser mais clara para resolver questões decorrentes de descumprimento de diretrizes do protocolo (JACKSON, 2010, p. 349).

⁴⁶² É o caso dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) e os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs)

O ano de 2009 foi profícuo em debates a respeito de algumas questões fundamentais sobre o protocolo da construção civil.⁴⁶³ A mais representativa delas era se deveria ou não haver uma participação maior do juízo na condução desta fase pré-processual.

A tendência era no sentido de apoiar uma reforma que permitisse que o juízo fosse acionado para fornecer orientações apenas quando ocorresse alguma irregularidade no cumprimento do protocolo, ou seja, quando surgisse algum problema (JACKSON, 2010, p. 349).

Esta abordagem se aproxima muito do que já vinha ocorrendo com o procedimento de *disclosure*⁴⁶⁴, em que as partes são obrigadas a revelar informações previamente a respeito de situações contratuais, e se uma delas se nega a cumprir, o juízo é acionado.

Há vários protocolos que chamam atenção pelo alto índice de eficiência, tais como, e.g., o *PAP for judicial review*⁴⁶⁵, *PAP for personal negligence*, *PAP for Personal injury and clinical negligence*, entre outros (JACKSON, 2010, p. 352).

4.6.3 PAP's para Casos de Hipoteca em Imóveis Residenciais

Um protocolo que merece ser analisado é o que se aplica aos casos de hipoteca imobiliária de imóveis residenciais (*PAP for Possession Claims based on Mortgage or Home Purchase Plan Arrears in respect of Residential Property*), de 2008. Os casos de hipoteca de bens residenciais merecem um tratamento cauteloso, pois envolvem questões sensíveis, como a moradia⁴⁶⁶.

Por esta razão, é interessante explorar a abordagem que o protocolo propõe e a maneira como ele lida com esta questão. Considere-se que os autores desse tipo de ação, potencialmente, buscam a imissão na posse e retirada daqueles que deixaram de cumprir com as obrigações contratuais da hipoteca.

⁴⁶³ Em 9 de julho de 2009, ocorreu uma conferência na *Kings College of London*, com a participação de especialistas na área de construção civil e advogados atuantes no ramo, e foram debatidos, entre outros temas, a necessidade de reformas no protocolo. Ver *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, 2010, p. 349

⁴⁶⁴ *Civil Procedure Rules Part 31 - Disclosure and Inspection of Documents*.

⁴⁶⁵ Uma pesquisa mostra que para este tipo de casos, a utilização de protocolos faz com que o índice de acordo antes de iniciar a fase processual chegue a 60%. Ver o relatório feito por Varda Bondy e Maurice Sunkin, *Dynamics of Judicial Review Litigation*” p. 31. Disponível em <https://publiclawproject.org.uk/resources/the-dynamics-of-judicial-review-litigation/>, aceso em abril 2019

⁴⁶⁶ Vale lembrar que em virtude dos avanços da comunidade europeia, a Inglaterra teve que adaptar sua legislação e a estrutura do sistema de justiça aos ditames da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Dessa forma, é natural que tenham desenvolvido instrumentos para evitar a violação desses direitos em larga escala.

A instauração do protocolo não foi obra do acaso, pelo contrário, teve uma justificativa bastante plausível. No ano de 2008, a economia inglesa passava por uma crise evidenciada pelo número significativo de pedidos de reintegração de posse (*repossession*).⁴⁶⁷

Pois bem, este protocolo encoraja os eventuais autores da ação a utilizarem a reintegração da posse (*repossession*) apenas como um último recurso, visando trazer estabilidade ao litígio. O protocolo, pela sua natureza, não os obriga a agir dessa ou daquela maneira, apenas encoraja este comportamento.

O protocolo incentiva a intensificação e ampliação da comunicação entre as partes contratantes da hipoteca⁴⁶⁸ ao mesmo tempo em que assegura que ajam reciprocamente de forma justa e razoável nos assuntos relacionados ao litígio contratual.⁴⁶⁹

Esta comunicação que o protocolo propõe entre credores e devedores hipotecários visa justamente evitar que a situação de conflito se torne um litígio judicial. Logo, o protocolo sugere que os credores promovam assistência aos devedores no sentido de evitar a reintegração, certificando-se de que compreendem as informações de forma plena⁴⁷⁰ (WHITEHOUSE, 2009, p. 793).

Observe que o protocolo não estabelece regras para a fase pré-processual de forma aleatória, ele o faz considerando a natureza do litígio e o reequilíbrio da relação antes dela ser levada ao juízo. Trata-se de um protocolo de natureza processual que institui regras específicas de tratamento do litígio.

O parágrafo 6.1 do protocolo, por exemplo, prevê que o credor hipotecário deve adiar o ajuizamento da uma ação possessória quando o devedor demonstrar que submeteu uma reivindicação relacionada ao contrato de hipoteca perante determinados órgãos administrativos.⁴⁷¹

⁴⁶⁷ Em 2008 o número de reintegrações chegou a 45 mil casos, e na época havia uma previsão de que em 2009 este número chegaria a 75 mil casos, o que significaria um risco de colapso do sistema. Ver Patrick McAuslan *Whose mortgage is it anyway? Producers, consumers and the law in the UK mortgage market* W G Hart Workshop on Law Reform and Financial Markets, 23-25 June, 2009, p. 42. Disponível em https://sas-space.sas.ac.uk/3422/1/McAuslan,_Patrick_-The_Reform_of_Mortgage_Law3.pdf. Acesso em 20 maio 2019.

⁴⁶⁸ Pre-Action Protocol for Possession Claims based on Mortgage or Home Purchase Plan Arrears in Respect of Residential Property, paragraph 3.1(b): “encourage greater pre-action contact between the lender and the borrower in order to seek agreement between the parties”

⁴⁶⁹ Pre-Action Protocol for Possession Claims based on Mortgage or Home Purchase Plan Arrears in Respect of Residential Property, paragraph 3.1(a): “the aims of this Protocol are to– (a) ensure that a lender or home purchase plan provider [...] and a borrower or home purchase plan customer [...] act fairly and reasonably with each other in resolving any matter concerning mortgage or home purchase plan arrears”.

⁴⁷⁰ Pre-Action Protocol for Possession Claims based on Mortgage or Home Purchase Plan Arrears in Respect of Residential Property, paragraph 3.2

⁴⁷¹ Tais como *Department for Works and Pensions (DWP) Support for Mortgage Interest (SMI)*, uma seguradora ou um projeto público regional ou local que atue na proteção contra a falta de moradia. Ver Parágrafo 6.1 (a) (i) (ii) e (iii) *Pre-Action Protocol for Possession Claims based on Mortgage or Home Purchase Plan Arrears in*

O mesmo ocorre no parágrafo 8.1, que prevê a possibilidade do credor hipotecário adiar o ingresso em juízo se o devedor tiver ingressado com uma reivindicação perante o *Financial Ombudsman Service* (FOS).

O objetivo dessas previsões do protocolo, notadamente, é priorizar a solução do potencial litúgio entre credor e devedor hipotecário em nível administrativo extra judicial, evitando assim que se sobrecarregue o órgão judiciário antes de esgotadas todas as alternativas em instâncias prévias.

A intenção original do projeto do protocolo⁴⁷² era incentivar a utilização de métodos alternativos de solução de litígios (ADR) e se certificar de que os princípios aplicados colaborassem na solução ou, não sendo possível, no melhor encaminhamento do litúgio.

Os parágrafos que tratam dos objetivos⁴⁷³ e do âmbito de aplicação do protocolo⁴⁷⁴ trazem as regras que traduzem bem estes princípios. Antes de se iniciar os procedimentos, devem ser tomadas medidas que evitem o litúgio judicial e que possibilitem e incentivem a troca preliminar e plena de informações sobre a futura medida judicial.

O protocolo prevê ainda que sejam tomadas medidas preliminares que possibilitem a realização de acordo e evitem o processo judicial mediante conciliação. Não sendo possível o encerramento mediante conciliação, devem ser aplicadas medidas que facilitem a gestão do tempo e dos recursos processuais em juízo.

Outra característica interessante do protocolo é a forma como ele se desenvolve, ou seja, seu processo de deliberação. O projeto do PAP *for Mortgage Arrears* (abreviado) circulou para consulta pública geral por quase 3 meses, de 29 de fevereiro até 23 de maio de 2008, e foi implementado em 19 de novembro de 2008 pelo Conselho de Justiça Cível.⁴⁷⁵

A respeito do procedimento de deliberação que leva à implementação do protocolo, algumas questões merecem ser trazidas, e.g., a legitimidade do órgão responsável pela

Respect of Residential Property

⁴⁷² Em específico dos órgãos da justiça, tais como o Ministério da justiça (<https://www.justice.gov.uk/>) e Comissão Jurídica para reforma legislativa, o Law Commission (<https://www.lawcom.gov.uk/project/housing-proportionate-dispute-resolution/>)

⁴⁷³ Pre-Action Protocol for Possession Claims based on Mortgage or Home Purchase Plan Arrears in Respect of Residential Property, paragraph 3.1 e 3.2

⁴⁷⁴ Pre-Action Protocol for Possession Claims based on Mortgage or Home Purchase Plan Arrears in Respect of Residential Property, paragraph 4.1, 4.2 e 4.3

⁴⁷⁵ Civil Justice Council (CJC). Trata-se de um Non Departmental Public Body (NDPB), ou seja, um órgão público não departamental, integrante do Ministério da Justiça (Ministry of Justice -MOJ) e encarregado da revisão do sistema de justiça cível. Foi criado pelo Civil Procedure Act em 1997 (section 6) e seus 24 membros incluem várias carreiras jurídicas, entre juízes, advogados e funcionários da justiça. Ver Lisa Whitehouse, op.cit., p. 798-799; Norman Lewis entende que os Non Departmental Public Body (NDPB) exercem funções mistas, que não se encaixam perfeitamente na definição legal.. Ver, 'Regulating Non-Government Bodies: Privatization, Accountability, and the Public- Private Divide' in J. Jowell and D. Oliver (eds), *The Changing Constitution* (Oxford: Clarendon Press, 1989) p. 222.

elaboração do projeto de protocolo e o contexto de interferências que determinam a sua redação final.⁴⁷⁶

Em relação à primeira questão, o Conselho de Credores Hipotecários⁴⁷⁷, que é o órgão representante dos credores -e que conseqüentemente goza de grande poder de influência nesse contexto- questionou enfaticamente a prerrogativa e legitimidade do CJC para criar o projeto do protocolo, alegando que estaria agindo como um *quasi legislator*.⁴⁷⁸ (WHITEHOUSE, 2009, p. 798).

Não existe uma resposta definitiva para esta questão, mas ao que parece, sendo um órgão ligado ao governo, criado por lei e responsável pela revisão/fiscalização do sistema de justiça civil, o CJC agiu legitimamente ao criar um projeto de protocolo e sujeitá-lo ao debate que levou inclusive a realização de alterações.

Em relação à segunda questão, a interferência dos interessados na conseqüências da aplicação do protocolo foi bastante significativa, alterando substancialmente sua redação final, praticamente desconfigurando o que propunha o projeto inicial da CJC.

Whitehouse (2009, p. 795) acredita que no processo de revisão do protocolo, perdeu-se uma excelente oportunidade para modernizar a legislação sobre hipoteca, oferecendo maior proteção contra o procedimento de reintegração.

Foi justamente contra esta possível proteção que o conselho dos credores se insurgiu de forma tão veemente, pois uma maior proteção dos devedores hipotecários significa uma dificuldade maior para os credores obterem sucesso nos processos de reintegração.

Ao final do processo de deliberações e revisão do protocolo, muito se perdeu de seu espírito inicial. A visão de que a questão deveria ser tratada sob o ponto de vista social da relação hipotecária de imóveis residenciais perdeu espaço para a visão objetiva da racionalidade econômica (WHITEHOUSE, 2009, p. 804-805).

Embora a análise do processo deliberativo do protocolo -em seu conteúdo e formação traga as melhores notícias relacionadas ao direito substancial dos proprietários, o texto final, que sofreu emendas e está em plena vigência nas cortes especializadas em casos de posse/propriedade/expropriação, continua servindo ao propósito deste capítulo, que é o estudo de meios de resolução de casos na fase pré-processual.

⁴⁷⁶ Não existe um processo de elaboração e deliberação padronizado dos protocolos, como se verá mais a frente no estudo dos Protocolos da Construção Civil. As regras Gerais que autorizam e orientam sobre seus requisitos estão nos Practice Directions- Pre Action Conduct (PDPAC), disponível em https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/pd_pre-action_conduct

⁴⁷⁷ Council of Mortgage Lenders (CML). Ver <https://www.cml.org.uk/home/>

⁴⁷⁸ No sentido de não ter a função de legislador, mas atuar como tal

4.6.4 A Satisfação dos Usuários com o PAP da Construção Civil

Seria absolutamente válido que, para efeito de avaliar a satisfação dos usuários com a aplicação prática dos protocolos na Inglaterra, fossem analisados todos os protocolos até hoje implantados.

Infelizmente nem todas as áreas especializadas em atuação em litígios específicos – que, por sua vez, contam com cortes igualmente especializadas- costumam realizar procedimentos de auditoria ou mesmo pesquisa de desempenho e de satisfação entre os usuários do sistema.

No entanto, pelo menos um representante de usuários de uma dessas áreas especializadas se preocupou em averiguar a satisfação de seus representados, e este material será utilizado para formar ao menos uma noção dos resultados da aplicação dos protocolos no sistema de justiça da Inglaterra.

Em 2016, a Associação de Advogados do ramo da construção civil (TeCSA) publicou o resultado de uma pesquisa que encomendou a uma empresa especializada em análise de índices de satisfação de usuários, que tinha como intuito conhecer a opinião dos usuários dos protocolos.⁴⁷⁹

Ao mostrar os números de satisfação dos usuários, é possível realizar um balanço e comprovar o diagnóstico e as alterações propostas por Lord Justice Jackson. Mais do que isso, é possível demonstrar e capacidade de um protocolo se reinventar e servir de solução onde antes não se mostrava adequado.

A pesquisa revelou diversos números, entre eles, os mais significativos são os seguintes:

- 95% dos participantes **consideram o protocolo um mecanismo valioso para a fase pré-processual.** (LANG, 2016, p. 4)

Quando perguntados sobre as razões para a resposta, os escritórios de advocacia responderam assim:

- Para 31% os protocolos fazem com que as partes reflitam sobre seus casos, para 24% os protocolos promovem a conciliação/resolução prévia, para 14% o protocolo limita a questão litigiosa, para 14% o

⁴⁷⁹ A pesquisa se chama “*A Report Evaluating the Perceived Value of The Construction And Engineering Pre-Action Protocol*” e foi encomendada pela TeCSA à empresa Acuigen e desenvolvida por Chris Lang, Cranfield, 2016. Disponível em <http://www.tecsa.org.uk/sites/default/files/TeCSA%20PAP%20Research%20Project%20-%20Final%20Report%20160113.pdf>

protocolo promove a comunicação e troca de informações entre as partes, para 12% economiza despesas, para 5% cria estrutura (LANG, 2016, p. 15)

Quando perguntados sobre as **razões para a resposta**, as empresas construtoras responderam assim: para 28% os protocolos fazem com que **as partes reflitam antecipadamente** sobre o caso litigioso, para 24% os protocolos o protocolo **evita o processo judicial e promove a mediação**, para 16% o **protocolo promove a comunicação**, para 12% o protocolo **economiza tempo**, para 12% o protocolo cria estrutura, para 4% economiza despesas, para 4% fornece opções (LANG, 2016, p. 16).

- Para 87% o protocolo **cria maior acesso à justiça**, para 13% cria obstáculos à justiça (LANG, 2016, p. 19).

A respeito do funcionamento do protocolo na prática, as afirmativas e reações a elas foram as seguintes:

- O protocolo **fornece efetiva oportunidade para resolver disputas no ramo da construção**. 81% concordam com a afirmativa em algum grau, 13% discordam da afirmativa em algum grau, 5% não concordam nem discordam.

- **O tempo despendido com a utilização do protocolo é válido no processo de litígio judicial**. 85% concordam com a afirmativa em algum grau, 5% discordam da afirmativa em algum grau, 10% não concordam nem discordam.

- **O protocolo fornece às partes uma oportunidade apropriada para limitar ou expor as questões do litígio permitindo que as diferenças sejam esclarecidas antes do processo judicial**. 86% concordam com a afirmativa em algum grau, 6% discordam da afirmativa em algum grau, 8% não concordam nem discordam.

- **O protocolo fornece às partes uma oportunidade importante de encerrar o caso e evitar as despesas de um processo judicial**. 80% concordam com a afirmativa em algum grau, 10% discordam da afirmativa em algum grau, 10% não concordam nem discordam.

- Os protocolos **geram custos desnecessários**. 36% concordam com a afirmativa em algum grau, 54% discordam da afirmativa em algum grau, 10% não concordam nem discordam.

- **Os protocolos tornam o processo de acordo mais demorado**. 21% concordam com a afirmativa em algum grau, 59% discordam da afirmativa em algum grau, 21% não concordam nem discordam.

- Os protocolos **promovem um gerenciamento adequado do procedimento quando o processo judicial não pode ser evitado**. 56% concordam com a afirmativa em algum grau, 21% discordam da afirmativa em algum grau, 24% não concordam nem discordam (LANG, 2016, p. 19).

A pesquisa de satisfação entrevistou membros de escritórios de advocacia e clientes do ramo da construção civil a respeito da seguinte questão: **o cumprimento dos termos do PAP levou a um acordo pior do que poderia ser realizado sem o cumprimento do protocolo?** Para 95% dos entrevistados dos escritórios de advocacia a resposta foi Não, para 5% a resposta foi Sim. Entre os clientes da construção civil usuários do sistema entrevistados, o resultado foi quase idêntico, para 94% dos entrevistados dos escritórios de advocacia a resposta foi Não, para 6% a resposta foi Sim (LANG, 2016, p. 29).

A respeito da participação dos juízes nesta fase, a pergunta foi a seguinte: **O acesso dos usuários do protocolo aos juízes das cortes especializadas seria benéfico?** Para 76% dos entrevistados dos escritórios de advocacia a resposta foi Sim, para 24% a resposta foi Não. Entre os clientes da construção civil usuários do sistema entrevistados, o resultado foi bastante parecido, para 72% dos entrevistados dos escritórios de advocacia a resposta foi Sim, para 28% a resposta foi Não (LANG, 2016, p. 30).

A respeito das alterações que os usuários esperam da regulamentação do protocolo, o resultado é o seguinte:

- **O protocolo deve ser voluntário ou obrigatório?** Para 87% deve ser obrigatório, para 13% deve ser voluntário.

- **O protocolo deve ser voluntário com sanções para caso de não cumprimento?** Para 82% não, para 18% sim.

- **O protocolo deve prever recuperação de despesas pelas partes?** Para 56% sim, para 44% não.

- **O protocolo deve fazer parte do procedimento da corte?** Para 51% sim, para 49% não.

- **O protocolo deve alterado de alguma maneira?** Para 85% não, para 15% sim (LANG, 2016, p. 31).

Os escritórios de advocacia e empresas do ramo da construção participantes da pesquisa afirmaram que estiveram envolvidos em 677 disputas litigiosas que utilizaram o protocolo, dos quais aproximadamente 40% chegaram a um acordo na fase pré-processual (*pre-suit*), e apenas 8% chegaram a fase de julgamento (*trial*) (LANG, 2016, p. 38).

Quando a pesquisa considera apenas os escritórios de advocacia, ou seja, quando o cliente já teve contato com o advogado, os índices mostram que, dos 216 casos em que estiveram envolvidos em que houve aplicação do protocolo, 35% se encerrou antes de se iniciar o procedimento perante a corte (*pre-suit*), e 56% se encerrou antes da fase de julgamento (*trial*) (LANG, 2016, p. 38).

A partir da análise dos índices aqui expostos é possível identificar que eles refletem um alto índice de satisfação dos usuários, tanto pelas partes como pelos advogados. É possível identificar uma quantidade bastante considerável de casos encerrados na fase de aplicação do protocolo (*pre-suit*).

Observa-se ainda uma tendência clara dos usuários no sentido de compreenderem que o protocolo deve ser uma fase obrigatória do procedimento, bem como para que haja aplicação de sanções para aqueles que falharem em cumprir os ditames estabelecidos pelo regulamento.

Uma questão que chama a atenção é a absoluta falta de consenso entre os usuários a respeito de que fase o protocolo deveria ocupar, se pré-processual ou processual. Existe, no entanto, uma tendência em se considerar necessária participação dos juízes no procedimento.

Entre as características fundamentais que a utilização dos protocolos demonstra - e que podem ser muito bem aproveitadas em qualquer ordenamento- estão: a) a capacidade de limitar as questões litigiosas; b) a capacidade de obrigar as partes a dialogarem em busca de uma solução, c) a capacidade de solucionar casos antes da fase judicial, ou seja, na fase *pre-suit*.

A limitação de questões litigiosas possui diversas funções, entre elas, o entendimento das partes a respeito da exata medida de seu desentendimento e, principalmente, facilitar ao juízo o estabelecimento das questões a serem apreciadas oportunamente.

O diálogo entre as partes promove um profundo esclarecimento mútuo a respeito de seus pedidos e insatisfações, bem como expõe a real natureza do litígio, que em muitos casos é apresentado de maneira obscura ou incompleta em juízo.

A terceira e mais significativa característica, sob a perspectiva da efetividade, é a demonstração quantitativa de casos encerrados nas fases iniciais. Uma regulamentação adequada da fase pré-processual promove a baixa de uma grande quantidade de litígios que, sem o protocolo, certamente inflariam as cortes em volume de trabalho.

A partir do conhecimento dos procedimentos pré-processuais do sistema inglês, resta claro que ao menos duas características podem e devem ser consideradas para implantação no sistema de justiça brasileiro: I) a revelação mútua de informações sobre o caso entre as partes antes do ingresso com o pedido inicial; II) estabelecimento de uma fase pré-processual obrigatória em que as partes se reunam e, cientes dos pedidos e alegações da parte contrária, iniciem diálogo tendente a conciliação prévia.

A princípio, o ordenamento jurídico brasileiro não parece contar com nenhuma regra proibitiva da implantação de métodos pré-processuais. Pelo contrário, o que parece ocorrer é que a fase de conciliação esta mal localizada, impactando desnecessariamente nos dados quantitativos do sistema de justiça.

Dito de outro modo, a estrutura dos tribunais que já é destinada à aplicação de métodos de conciliação⁴⁸⁰ poderia simplesmente ser deslocada para a fase pré-processual, e passaria a ser regulamentada, com a autorização expressa da lei processual (CPC) por um conjunto de dispositivos semelhantes às orientações gerais do sistema inglês (PDPAC).⁴⁸¹

A partir daí, o desenvolvimento e introdução de protocolos específicos para aplicação nas diferentes categorias de litígios funcionaria como uma conseqüência prática decorrente das especificidades de cada área.

⁴⁸⁰ Como por exemplo, os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) e os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs)

⁴⁸¹ *Practice Directions- Pre Action Conduct*

4.7 DISCOVERY COMO ALTERNATIVA DE MELHORA DA EFICIÊNCIA DO SISTEMA

Além do desenvolvimento de práticas pré-processuais (*presuit*), outros métodos oriundos de sistemas estrangeiros podem ser aplicados no sistema de justiça brasileiro visando a resolução de alguns de seus problemas mais graves, como a já referida questão quantitativa. A *discovery*, está entre esses métodos.

Apresentada no capítulo 3.1.1 deste trabalho, a *discovery* desenvolveu-se para tornar-se um dos principais instrumentos do direito processual do *common law*, em especial a *discovery* desenvolvida nos EUA.

A evolução do sistema norte-americano, tanto em âmbito estadual como no federal, permitiu que a *discovery* atingisse um nível de sofisticação muito grande, desenvolvendo um conjunto de meios de prova bastante peculiar, com resultados bastante significativos nos índices de resolução de conflitos no sistema processual civil dos EUA.

A visão que os usuários do sistema de justiça dos EUA têm sobre as provas é considerada diferente da visão que a maioria dos usuários dos sistemas de justiça de outros países tem sobre as provas. Os americanos não conhecem um sistema probatório sem a *discovery*.

O professor Mirjan Damaška, notável jurista especializado em direito comparado, apresenta uma posição bastante contundente a respeito dos métodos de produção de provas nas diferentes tradições jurídicas, com severas críticas à concentração do modo europeu continental

Damaška (1997, p. 844) afirma que, no procedimento anglo-americano, os advogados costumeiramente se empenham na investigação e coleta de informações para serem utilizadas no caso. Parte dessas atividades de investigação é subvencionada pelos poderes coercitivos do juízo.

No direito continental, em contrapartida, além de ter ínfimo contato com as potenciais testemunhas, o advogado praticamente não conduz investigações sobre o caso de seu cliente. Desta forma, na preparação para comprovação de sua tese em julgamento, ele utiliza somente as informações trazidas pelo seu cliente (DAMAŠKA, 1997, p. 844).

Essa situação faz com que, no momento da produção de provas perante a corte, o advogado não sinta confiança em fazer determinadas perguntas, pois o fator surpresa,

preponderante nessas situações, tende a restringi-lo. Talvez por isso no *civil law* esses atos processuais se concentrem de forma tão inflexível na figura do juiz.⁴⁸²

Nesta fase processual, tanto na tradição anglo-americana como na continental, os protagonistas são os mesmos, os advogados e os juízes. O problema do *civil law* nesta fase, segundo Damaška, é que o sistema não permite que os advogados possam exercer seu protagonismo na busca de fatos que auxiliem o juízo no ato decisório.

O juízo, por sua vez, exerce um protagonismo monopolista em relação à busca dos fatos probatórios. Esse quase monopólio na busca de provas é brando e pouco resoluto, transparecendo um sistema preguiçoso (DAMAŠKA, 1997, p. 844).

A crítica acima certamente é assaz incômoda, mas serve como exercício de reflexão, afinal, se é a comprovação dos fatos que determina o andamento e o destino do processo, o correto seria utilizar de todos os instrumentos disponíveis para descobrir os fatos, dentro de um critério de razoabilidade.

A visão atual da *discovery*, ou seja, da produção de provas nos EUA, ainda se assemelha à abordagem de seu desenvolvedor principal, Edson Sunderland⁴⁸³, para quem não havia como se considerar a *discovery* ruim, pois quanto mais seus mecanismos eram explorados, de mais benefícios o sistema processual gozava (SUBRIN, 2002, p. 300).

O presidente do comitê consultivo das *Federal Rules* convocou, em 1998, uma conferência com a participação dos usuários do sistema – associações de juízes e advogados, representantes de empresas e escritórios de advocacia- para tratar da *discovery* (SUBRIN, 2002, p. 300).

A repercussão e as conclusões da conferência refletem tanto a opinião dos usuários como o resultado de estudos empíricos. O Juiz Paul Niemeyer (1998, p. 523) tomou nota das principais, são elas:

I. O desejo por informação relacionado à resolução de disputas judiciais cíveis é praticamente uma unanimidade. Nenhum participante da conferência defendeu a eliminação dos requerimentos para a revelação preliminar de informações relevantes

II. A *discovery* funciona de maneira eficiente e efetiva na maioria dos casos considerados rotineiros.

III. Nos casos em que a *discovery* foi acionada com bastante frequência ela demonstrou produzir despesas desnecessárias e onerosidade excessiva. Os advogados dos

⁴⁸² Apesar do artigo 459 do CPC/2015 permitir que as partes façam perguntas diretamente aos depoentes, a previsão do §1º de que o juiz pode realizar suas próprias perguntas antes e depois das partes, aliado a uma forte tradição de concentração dos atos processuais na figura do juiz, dificulta a descentralização da condução dos atos processuais.

⁴⁸³ Já referido neste trabalho no capítulo 3.1

autores se preocupam mais com a morosidade, despesas e quantidade de depoimentos, e os advogados dos réus se preocupam mais com a quantidade de documentos que o procedimento exige e as despesas que a organização dos mesmos produzirá.

IV. Nos distritos onde a revelação inicial é obrigatória ela é vista como uma forma de poupar gastos com o litúgio, bem como preenche a lacuna de informações causada pela utilização do *notice pleading*.⁴⁸⁴

V. houve uma adesão enfática e extraordinária à idéia de uniformizar as regras da *discovery* em todo o território, sem, no entanto, haver consenso a respeito de quais regras deveriam ser adotadas.⁴⁸⁵

VI. Existe uma forte ideia de que os custos da *discovery* poderiam ser reduzidos com uma maior participação dos juízes, se possível já na fase inicial.

VII. muitos observaram que uma flexibilização da proteção de informações oriundas da relação de privilégio entre cliente-advogado seria benéfica para diminuir as despesas com a *discovery*.

VIII. A maioria dos usuários acha que é possível reduzir as despesas com a *discovery* mantendo todos os seus mecanismos. A solução seria limitar a quantidade e longevidade dos depoimentos e assim impactar na apresentação da documentação pertinente.

IX. A estipulação de um prazo para utilização da *discovery* e agendamento rígido de julgamentos foram considerados ferramentas importantes utilizadas pela corte para reduzir as despesas com a *discovery*.

Vale enfatizar que esta conferência se deu no fim dos anos 1990, e algumas dessas medidas acabaram transformadas em reforma. Desde então, o sistema voltou a sofrer alterações substanciais somente em 2007 e 2009 com os julgamentos em casos que se tornaram precedentes e modificaram a relação *pleading/discovery*.⁴⁸⁶

As reclamações dos usuários se concentram em poucos e importantes temas, entre eles, a geração de despesas exageradas, a potencial morosidade e a necessidade de desenvolvimento do *case management* com maior participação das cortes.

A adoção da *discovery* pelo ordenamento brasileiro deve necessariamente partir da premissa de que a conjuntura do sistema brasileiro em muitos aspectos é bastante distinta. No

⁴⁸⁴ O *notice pleading*, largamente explorado no capítulo 3.1.4 sobre o sistema de *pleadings*, permitia que as partes fornecessem informações muito básicas sobre os fatos e fundamentação do seu caso, e perdeu força depois das decisões da suprema corte estabelecendo o *plausibility pleading*, reduzindo em alguns casos a importância da *discovery* para a descoberta de fatos.

⁴⁸⁵ A regra federal nº 26 permite que subsistam regras locais de utilização da *Discovery*.

⁴⁸⁶ Trata-se dos já *multicitados Bell Atlantic Corp. v. Twombly* (550 U.S. 544 (2007)) e *Ashcroft v. Iqbal* (556 U.S. 662 (2009)), respectivamente.

contexto brasileiro, o *case management*, por exemplo, já se encontra integralmente nas mãos do juiz.

A morosidade, em contrapartida, não é causada pela demora na utilização dos mecanismos de produção de prova, mas sim pela própria incapacidade da estrutura em lidar com a demanda, causada por inúmeros fatores.

O objetivo deste tópico e dos demais relacionados à *discovery* é, uma vez que o surgimento e evolução já foram devidamente explanados no capítulo 3 (3.1.1, 3.1.2, e 3.1.3), apresentar as principais características e figuras da *discovery* como se apresenta atualmente e visualizar uma possível adequação de alguns de seus instrumentos no sistema brasileiro.

Para tanto, é necessário que se conheça o terreno de destino, i.e., se o ordenamento brasileiro estaria adequadamente preparado para receber tais instrumentos a partir do que se pode encontrar atualmente em termos de regulamentação.

Identificando-se que não há regulamentação necessária, será apresentada proposta de reforma no sentido de permitir a introdução dos instrumentos. Constatando-se a incompatibilidade absoluta entre os instrumentos e o ordenamento brasileiro, a hipótese será falseada e a proposta será descartada.

4.7.1 Considerações Descritivas Sobre o Funcionamento da *Discovery* no Sistema *Common Law* Atualmente

Enquanto técnica de produção de provas, a *discovery* é o maior aliado das partes para formar um conjunto de evidências suficiente para embasar o pedido realizado por ocasião do *pleading*.

Além disso, a *discovery* funciona também como técnica de persuasão, uma vez que, tendo seu conjunto de provas revelados mutuamente, aumentam consideravelmente as chances de as partes, identificando suas reais chances de vitória quando o caso alcançar a fase de julgamento (*trial*), chegarem a um acordo ou mesmo extinção via desistência.

É nesta fase que as informações mais importantes do caso chegam ao conhecimento da parte contrária. É nesta fase também que as partes se reúnem algumas vezes sem a presença de um oficial do juízo, havendo ampla liberdade para tratativas de acordo e pressão recíproca para desistência antes de iniciar a fase de julgamento

Iniciado o ato do julgamento, as partes e advogados deixam de ter controle sobre a maioria dos atos processuais, concentrando seu esforço argumentativo e direcionando-o na pessoa do julgador (juiz) ou no corpo de julgadores (júri).

A *discovery* formal atende a dois propósitos: a obtenção de informações que a parte necessita porém não tem acesso, e encurralar a parte contrária e outras testemunhas a respeito de fatos que ela já dispõe.[...] A parte tentará encurralar o oponente para descobrir quais são e onde estão os principais fatos em disputa e assim encontrar o limite do ônus probatório caso o litígio vá a julgamento ⁴⁸⁷ (MAUET; MARCUS, 2019, p. 10)

Apesar dos instrumentos da *discovery* estarem dispostos de maneira sobreposta, cada um deles é destinado a facilitar a obtenção de determinadas informações específicas. Nos EUA, as *Federal Rules of Civil Procedure*, que funcionam como um código de processo civil para os casos federais no âmbito de litígios na área cível, estabelecem seis métodos principais de regulamentação. São eles:

1- *Initial Disclosures*: regulamentado pela regra nº 26 (*rule 26*). De acordo com esta regra, as partes são obrigadas a revelar, sem a necessidade de requerimento específico pela parte contrária, 4 categorias de informação, quais sejam: a) a identidade de pessoas que possam deter informações a respeito do pedido inicial ou da defesa; b) cópias ou descrição de documentos, compilação de dados e outros elementos palpáveis que as partes possam utilizar para fundamentar seus casos; c) uma estimativa de cálculo de danos requeridos, d) acordos de seguro que tenham feito (*insurance agreements*), que estabeleçam responsabilidade arcada por terceiros (MAUET; MARCUS, 2019, p. 10).

2- *Interrogatories*: regulamentado pela regra nº 33 (*rule 33*). São perguntas escritas dirigidas a diversas pessoas da relação litigiosa que procuram obter dados fáticos básicos da parte contrária, tais como, identidade das partes, agentes, empregados testemunhas, bem como a identidade, descrição e localização de documentos, gravações e outras evidências palpáveis. São meios interessantes para descobrir a atitude das partes a respeito dos fatos alegados, porém, não funcionam bem para descobrir impressões detalhadas ou versões sobre os fatos (MAUET; MARCUS, 2019, p. 10).

3- *Request to produce documents, electronically stored information, and tangible things*: regulamentado pela regra nº 34 (*rule 34*). São requerimentos para produção de provas e revelação de informações armazenadas. Mediante este requerimento, uma parte pode obter de outra cópias de registros, documentos, dados, e outros elementos palpáveis para inspeção,

⁴⁸⁷ No original: “Formal *Discovery* serves two purposes,: to obtain information you need to get but dont have , and to pin down your opponent and other witnesses on facts you already have [...] you will want to pin down your opponent to learn where the key factual disputes in the case Will be and to meet your burden of proof more easily if the case goes to Trial” (tradução livre)

cópia e averiguação. Este requerimento pode permitir o ingresso de uma parte em território ou propriedade pertencente a alguém para inspeção, registros fotográficos e análise de objetos e coisas (MAUET; MARCUS, 2019, p. 10).

4- *Depositions*: regulamentado pela regra nº 30 (*rule 30*). São depoimentos prestados por partes e não partes, destinados a obter destes, detalhes a respeito de seus depoimentos e descobrir tudo que possam saber a respeito do caso. Este é o único método da *discovery* que permite prever como a pessoa do depoente se portará na ocasião do julgamento (*trial*), podendo ainda assegurar uma confissão. Além disso, o testemunho prestado pode ser utilizado em julgamento caso a testemunha por alguma razão não esteja disponível por ocasião do ato (MAUET; MARCUS, 2019, p. 10-11).

5- *Physical and mental examinations*: regulamentado pela regra nº 35 (*rule 35*). O exame físico ou mental de uma parte pode ser obtido mediante requerimento à corte, desde que a integridade física/mental da parte seja objeto de controvérsia judicial. É comum em casos de danos físicos. Enquanto os demais instrumentos da *discovery* permitem o acesso à exames passados, este instrumento permite o exame atual da parte. O objetivo é avaliar a existência, extensão e perenidade/provisoriedade de danos, com prognósticos médicos (MAUET; MARCUS, 2019, p. 11).

6- *Request to admit facts and genuineness documents*: regulamentado pela regra nº 36 (*rule 36*). Este requerimento obriga uma parte a admitir ou negar a existência de fatos ou legitimidade de documentos. O objetivo é encurralar uma parte para que admita ou negue um fato, e assim poder utilizar esta admissão na ocasião do julgamento final (*trial*). Uma vez admitido ou negado, torna-se conclusivo. A admissão ou negativa limita-se a fatos e dados precisos, não para questões opinativas ou de análise subjetiva (MAUET; MARCUS, 2019, p. 11).

A utilização de cada um dos métodos probatórios da *discovery* pode ter maior ou menor importância ou utilidade de acordo com a natureza do caso. Nos casos em que o litígio diz respeito a um dano pessoal físico ou mental, o exame físico/mental deve estar na ordem do dia.

Em um caso de cobrança indevida, pagamento não registrado por uma empresa ou cobrança de tarifas abusivas, o requerimento para admissão de fatos pode ser de grande utilidade, posto que estabelece pressupostos que não podem ser alterados por ocasião do julgamento final.

A utilização da *discovery*, de fato, permite que grande parte da atividade probatória prevista para ocorrer durante o julgamento, venha à tona de forma antecipada, esclarecendo os fatos precocemente, restando pouco conteúdo litigioso para ser levado a julgamento.

Haverá julgamento (*trial*) somente se, após os requerimentos iniciais das partes (*pleadings*), *depositions*, respostas aos *interrogatories*, *affidavits*⁴⁸⁸ e apresentação de documentos, restar comprovado faticamente que existe uma questão de direito a ser decidida pelo juiz ou pelo júri (MOSKOVITZ, 2002, p. 637).

Na prática, os índices demonstram que a imensa maioria dos casos que passa pela aplicação de instrumentos da *discovery* na fase *pretrial* não alcança a fase de julgamento, terminando em acordos, pedidos de extinção preliminar e desistências.

Um fator a se considerar em qualquer litúgio são as despesas processuais, especialmente as despesas com honorários advocatícios, que nos EUA costumam ser tradicionalmente cobradas por hora trabalhada⁴⁸⁹. Por conseguinte, é importante, visando analisar a viabilidade da utilização deste instrumento processual, especificar a porcentagem destas despesas consumidas pela fase *discovery*.

As despesas com honorários advocatícios, que são as mais significativas, variam de acordo com a natureza do caso. No entanto, a estimativa de despesas com honorários para um caso simples de danos pessoais (*personal injury*) na área cível seria a seguinte:

<i>Fact and legal investigation</i> ⁴⁹⁰	30h
<i>Pleadings</i> ⁴⁹¹	15h
<i>discovery</i> ⁴⁹²	60h
<i>Motions</i> ⁴⁹³	40h

⁴⁸⁸ Palavra oriunda do latim utilizada para nomear as declarações voluntárias feitas sob juramento, de forma escrita e com prerrogativa de serem verdadeiras, sob pena de perjúrio.

⁴⁸⁹ *Billing by the hour* ou *Hourly Billing*. Nos EUA, o costume dos escritórios é a cobrança pelo tempo que o advogado dedica ao caso. Apesar de não ser comum em outros sistemas, como a tradição brasileira e a grande maioria dos demais países, existem critérios bem definidos e formas de comprovar o tempo gasto com cada processo de forma mais objetiva possível.

⁴⁹⁰ Investigação prévia sobre fatos e direito. Os advogados americanos são orientados pelas respectivas associações e por compromissos éticos a proceder a uma investigação prévia sobre o caso para informar ao cliente sobre suas reais chances e justificar as despesas. Existe uma preocupação do sistema de justiça americano em relação aos chamados frivolous claims, que seriam causas desprovidas de fundamentação. Por esta razão, existem diplomas éticos que proíbem advogados de se aventurarem neste tipo de casos. Ver MODEL RULES OF PROFESSIONAL CONDUCT R. 3.1 (2009).

⁴⁹¹ Pedidos iniciais. Os *pleadings*, exhaustivamente estudados neste trabalho no capítulo 3.1.4, funcionam como o gatilho inicial de um litúgio efetivamente levado a juízo. Nele, o autor descreve os fatos e o remédio jurídico buscado, e o réu determina sua linha de defesa. Ver [Federal Rules of Civil Procedure, TITLE III. PLEADINGS AND MOTIONS](#), Rule 7-15

⁴⁹² [Federal Rules of Civil Procedure, TITLE V. DISCLOSURES AND DISCOVERY](#), Rule 26-37

⁴⁹³ Pedidos ocasionais no decorrer do tramite processual. Durante o tramite processual, os advogados podem requerer uma série de medidas previstas no ordenamento no intuito de direcionar o processo e estabelecer questões importantes para o julgamento. Ver [Federal Rules of Civil Procedure, TITLE III. PLEADINGS AND MOTIONS](#), Rule 11-13.

<i>Pretrial Memorandum and Settlement</i> ⁴⁹⁴	40h
<i>Trial preparation and trial</i> ⁴⁹⁵	70h

(fonte: MAUET; MARCUS, 2019, p. 15).

Com base nos dados acima, e considerando-se que uma pequena porcentagem de casos alcança a fase de julgamento público (*trial*), um procedimento exige, em média, 185 horas de trabalho de um advogado (havendo julgamento perante o júri/juiz, acrescente-se 70 horas). Neste contexto, a *discovery*, utilizando 60 horas, concentra 32,4% dos gastos processuais (23,5% se houver julgamento).⁴⁹⁶

Além de ser um método sofisticado de produção de elementos probatórios e um mecanismo engenhoso de redução de controvérsia no campo dos fatos e do direito, a *discovery* convive bem com outros mecanismos processuais, como é o caso do *summary judgment*.

O *summary judgment*⁴⁹⁷ é o julgamento antecipado da causa, que pode ser requerido pelas partes através de um *motion* demonstrando que não existem elementos fáticos que garantam uma controvérsia jurídica sólida para ser levada a julgamento. O momento para este requerimento (*motion*) deve ser dentro de 30 dias após o fim da fase *discovery*.

A razão da lei prever este momento específico para o requerimento de julgamento sumário é justamente pela idéia de que não se poderia conceber um julgamento de extinção do feito antes de oportunizar para as partes a produção de provas a se verificar a ausência de elementos suficientes para prosseguir (MOSKOVITZ, 2002, p. 637).

Assim, a relação entre o *summary judgment* e a *discovery* é direta tanto na perspectiva da linha processual temporal como na lógica de que é o resultado da *discovery* que permite a moção (*motion*) pelo julgamento sumário.

A Suprema Corte enfatizou esta relação entre estes dois instrumentos processuais no julgamento do caso *Celotex Corp. v. Cattrett*.⁴⁹⁸ demonstrando que existe uma ligação lógica

⁴⁹⁴ Alegações na fase pretrail e tratativas com a parte contrária visando o acordo. A fase pretrail é fortuita para que as partes estabeleçam contato visando limitar as questões controvertidas e alcançar a conciliação. Nesta fase podem ser produzidos memorandos, contatos e reuniões entre as partes que ocupam o tempo dos advogados. Ver [Federal Rules of Civil Procedure, TITLE III. PLEADINGS AND MOTIONS](#), Rule 12 e 16.

⁴⁹⁵ Preparação para o dia do julgamento público perante a corte (júri ou juiz) e atuação do advogados nos dias de julgamento. O julgamento de alguns casos pode demorar alguns dias, e exige intensa preparação dos advogados e assistentes, pois são eles que promovem a produção e apresentação de provas perante a corte, conduzindo depoimentos e realizando intervenções. Ver [Federal Rules of Civil Procedure, TITLE VI. TRIALS](#), Rule 38-53

⁴⁹⁶ Em valores, considerando-se que um advogado costuma cobrar, em um procedimento simples no caso de um dano pessoal (*personal injury*), 100 dólares por hora, um litúgio judicial custaria ao cliente 18.500 dólares (\$18.500,00) em honorários, e se o caso chegar a julgamento, 7 mil dólares extras (\$7.000,00). Ver Thomas A. Mauet e David Marcus, op cit, p. 15).

⁴⁹⁷ [Federal Rules of Civil Procedure, TITLE VII. JUDGMENT](#), Rule 56.

⁴⁹⁸ 477 U.S. 317 (1986).

entre a *discovery* e as moções na fase *pretrial*. No referido julgamento, a Suprema Corte entendeu que:

Eventuais problemas com os *motions* prematuros podem ser resolvidos com a aplicação da regra 56(f), que permite o indeferimento da moção por julgamento sumário ou a continuidade da análise da moção, desde que a parte requerida da moção não tenha tido oportunidade de realizar a *discovery* (MOSKOVITZ, 2002, p. 637).⁴⁹⁹

Em outra decisão, no caso *Anderson v. Liberty Lobby, Inc*⁵⁰⁰, a Suprema Corte confirmou a impossibilidade de se acatar a moção por julgamento sumário de forma prematura, ou seja, sem que se garanta às partes a oportunidade de acesso às provas.

A *discovery*, na visão exposta pela Suprema Corte no referido julgamento, passaria a ser um direito das partes, que deve ser assegurado como condição de prosseguimento do caso para a fase de julgamento, em especial o julgamento sumário.

Na verdade, a questão protegida pela lei (*rule 56*) e assegurada pela interpretação da Suprema Corte nos referidos precedentes não é o direito à *discovery* propriamente dito, mas a oportunidade da parte ter acesso às informações e provas essenciais ao seu caso. Na prática, a *discovery* deve ser oportunizada às partes, sob pena de violação do dispositivo legal em consonância com a interpretação da suprema corte.

Esta interpretação da Suprema Corte -a respeito do cuidado que as cortes inferiores devem ter ao acatar o requerimento por julgamento sumário- se contrasta com a regulamentação brasileira para um instituto similar, que é o julgamento antecipado da causa.⁵⁰¹

Nesse quesito, a regra do sistema processual americano parece fornecer garantias maiores de acesso às provas pelos usuários, antes que lhes seja imposto um julgamento sumário.

Ao posicionar cronologicamente o julgamento sumário após a *discovery*, o sistema americano promoveu uma importante proteção à garantia de acesso às provas pelas partes. Esta constatação auxilia no exercício aqui proposto de adequação do instrumento estrangeiro no sistema brasileiro.

⁴⁹⁹ No original: [a]ny potential problem with such premature motions can adequately be dealt with under Rule 56(f), which allows a summary judgment motion to be denied, or the hearing on the motion to be continued, if the non-moving party has not had an opportunity to make full *discovery*. (tradução livre) Ver 477 U.S. 317 (1986), p. 326.

⁵⁰⁰ 477 U.S. 242, 251 (1986)

⁵⁰¹ Apesar da evolução representada pela retirada do requisito da urgência na regulamentação do instituto da produção antecipada de provas pelo CPC/2015, a utilização desta ferramenta poderia ser muito mais ampla e trazer benefícios ao procedimento.

Ao vislumbrar uma fase de revelação de provas no sistema processual brasileiro, é importante que sua função seja permitir que as partes tenham acesso às provas antes da fase de análise sobre eventual julgamento antecipado.

No sistema americano, a *discovery* funciona como uma garantia que aproveita muito aos autores, enquanto o *summary judgment* aproveita aos réus. É dizer, ao garantir o acesso às provas aos autores, reduz-se a quantidade de casos extintos por inconsistência a pedido dos réus mediante requerimento de *summary judgment*.

Na prática, estes dois instrumentos processuais atuam como contrapesos mútuos, pois o *summary judgment* funciona como uma ‘carta na manga’ do réu sempre que a *discovery* não favorecer o caso do autor. A parte que busca acesso às provas para seu caso sempre se sentirá pressionada a efetivar a *discovery*, pois sem isso o caso estará sob constante risco.

Esta dinâmica entre os dois instrumentos evita que a *discovery* seja vista como um mero gerador de despesas e um potencial fator de morosidade processual na fase *pretrial*, pois alegações de uma das partes neste sentido podem levar o juízo a encerrar a fase e extinguir o feito.

A fase *discovery* é uma área em que as decisões sobre seus próprios objetivos, juntamente com o procedimento de sua aplicação, criam vantagens e desvantagens previsíveis para litigantes previsíveis.⁵⁰² (THORNBURG, 1998, p. 230)

Significa dizer que, se as partes aplicarem os instrumentos da *discovery*, é melhor que o resultado sirva para fortalecer o caso apresentado por ambas, caso contrário, um requerimento por julgamento sumário por uma delas invariavelmente causará a extinção do feito, pois o juízo tende a acatar o pedido de encerramento.

O *civil litigation*, que é o modo como operam as regras aplicadas às ações cíveis nos EUA, funciona de forma a pressionar constantemente as partes a demonstrarem que seu caso tem fundamento, que é sólido e que tem boas chances de sucesso caso ele alcance o estágio de julgamento.

A ideia, não obstante, é que o *adversarial system*, por si só, ao colocar em conflito direto as teses e argumentos das partes, provoque a desistência de uma delas, ou faça com que o desgaste provocado pela desconstrução das teses as obrigue a enxergar na conciliação a melhor opção.

⁵⁰² No original: “*discovery* in particular is an area in which decisions about the scope of *discovery* and the process for undertaking it create predictable advantages and disadvantages for predictable types of litigants.” (tradução livre)

A evolução do nível de eficiência da *discovery* no sistema processual norte-americano não se deu por acaso, ele foi obra de importantes reformas que alteraram radicalmente a estrutura e funcionamento de seus instrumentos.

Nenhuma modificação foi mais significativa do que a realizada pela introdução das *Federal Rules* (FRCP) em 1938, que possibilitou que as partes pudessem tomar o depoimento oral de testemunhas e outras partes.

Mais do que isso, esses depoimentos eram tomados sem a necessidade da presença de um oficial do juízo para decidir a respeito das objeções argüidas e decidindo a respeito do âmbito das perguntas (SUBRIN, 1998, p. 703).⁵⁰³

A liberdade que a regulamentação federal estabeleceu nos anos 1930 foi um marco para o desenvolvimento da *discovery* e para o próprio sistema processual de justiça americano, uma vez que a introdução de uma filosofia mais liberal alterou as características e a forma de tratamento da *civil litigation*.

Esta mentalidade mais liberal foi importante para estabelecer uma grande autonomia e consagrar o princípio liberal da *discovery* e da fase *pretrial*. Não obstante, em muitos casos, o excesso de liberdade trouxe conseqüências que passaram a ser mal vistas pelos usuários.

Em determinado momento, verificou-se certo desequilíbrio em relação às funções desempenhadas pelos advogados e pelos juízes, e este desequilíbrio não colaborava com a efetividade do procedimento, pelo contrário, trazia certa morosidade e influenciava negativamente as despesas processuais.

A partir da segunda metade da década de 1970, a *discovery* passa por uma nova mudança de filosofia que, considerando a cultura jurídica estabelecida nos EUA, reorganizou e redistribuiu a função dos juízes e advogados na condução dos atos processuais (DONDI, ANSANELLI; COMOGLIO, 2017, p. 142).

Isso significou, na prática, que os juízes assumiram maior controle sobre o *case management*, porém, isso não significou uma inversão radical nos princípios do *adversary system* (BURBANK; FARHANG, 2014, p. 1583).

A partir de então, parece ter se estabelecido um equilíbrio na divisão de atividades entre juízes e advogados na condução de atos processuais⁵⁰⁴, de maneira que a condução dos atos probatórios da fase *discovery* permanece como um ato das partes com regulamentação limitadora.

⁵⁰³ No original: Moreover, such depositions would not be taken in the presence of a judicial officer ruling on objections or deciding at the time on the scope of the questioning. (tradução livre)

⁵⁰⁴ Chamada por Barbosa Moreira de relação de divisão de trabalho. Ver O Processo Civil Contemporâneo: um enfoque comparativo, Revista da EMERJ, v. 6, n. 24, 2003, p. 57.

Em face da característica jurisprudencial do direito anglo-americano, a interpretação sobre a regulamentação da *discovery* sofreu diversas interferências dos tribunais, algumas no sentido de restringir sua utilização e outras no sentido de ampliar, vide decisão da suprema corte no caso *Hickman v. Taylor*.⁵⁰⁵

Além disso, os estados possuem autonomia para realizar sua própria regulamentação a respeito do processo civil de forma geral, gerando como resultado microssistemas processuais bastante peculiares, em especial na fase *pretrial*.

Desde sua origem na jurisdição *equity*, a *discovery* sempre teve maior importância para o autor do que para o réu, não sendo muito comum que o réu buscasse revelação de provas em posse do autor. A tendência da *discovery*, no entanto, é que tanto autor como réu utilizem de forma equilibrada dos seus instrumentos (RAGLAND, 1932, p. 32).

No período anterior à promulgação das *Federal Rules* (FRCP), era comum que as regras estaduais proibissem a utilização de *discovery* para o réu na mesma intensidade que permitiam para o autor, causando um desequilíbrio processual.⁵⁰⁶

O desequilíbrio causado por uma regulamentação precária costumeiramente encontra uma solução controversa vinda dos usuários do sistema. Vide, por exemplo, o caso dos advogados que, diante da limitação legal de utilização da *discovery* apenas para defesas afirmativas, não encontravam outra solução senão criar defesas afirmativas fictícias para tentar obter os benefícios da *discovery* para seus clientes, e assim poder examinar as provas relacionadas à parte contrária (SUBRIN, 1998, p. 705).

Diante das falhas da regulamentação, como visto, o sistema eventualmente encontra uma saída, ainda que precária e controversa. Sem embargo, é dever dos desenvolvedores das regras evitar esse tipo de solução, e isso ocorreu ao longo do histórico de regulamentação da *discovery* nos EUA.

A regra original da *discovery* regulamentada pelas FRCP⁵⁰⁷ exigia, *e.g.*, que o requerente da medida demonstrasse as razões que fundamentassem o pedido.⁵⁰⁸

⁵⁰⁵ 329 U.S. 495 (1947). Neste caso, a Suprema Corte decidiu punir os réus por ato de desacato perante a justiça (*contempt of court*) ao se negarem a fornecer documentos que poderiam responder aos interrogatórios feitos pelos autores, alegando que se tratavam de materiais preparatórios de litígio produzidos pelos advogados. Em suma, a suprema corte entendeu que a proteção aos materiais preparatórios dos advogados não é absoluta

⁵⁰⁶ A lei processual do Estado de Nova Iorque, por exemplo, permitia que o réu utilizasse dos instrumentos da *Discovery* apenas para comprovar os atos afirmativos de sua defesa, e nunca os de negativa. Ver George Ragland Jr, *Discovery before trial*, 1932, p. 32.

⁵⁰⁷ *Federal Rules of Civil Procedure, Rule 34*, que posteriormente, em 1970, foi alterada e ganhou nova redação mais ampla e liberal.

⁵⁰⁸ O termo utilizado pela regra 34 era “good cause”, e funcionava como uma condicionante para que o requerente da medida demonstrasse razões para a concessão da medida. Esta exigência foi eliminada bem como foram ampliadas as possibilidades de utilização do instrumento.

Posteriormente as regras evoluíram e deixaram de exigir justificativas para que as partes fossem obrigadas a revelar provas.

Ragland (1932, p. 251), nos mesmos moldes da declaração de Roscoe Pound em 1906 citada nas primeiras linhas deste trabalho, dizia que o processo judicial não deveria mais ser considerado um jogo. Ao justificar seu entusiasmo pela *discovery*, ele utilizou uma interessante metáfora que bem retrata a importância deste instrumento, dizendo que “O advogado que não faz uso dos instrumentos da *discovery* equivale ao médico que, ao tratar um caso de doença grave, abre mão de realizar exames raio X”⁵⁰⁹

Oitenta anos depois da regulamentação mais completa e significativa que a *discovery* recebeu nos EUA, é possível observar que ela se tornou um mecanismo capaz de ser retraído ou ampliado de acordo com a necessidade e filosofia em curso no contexto do sistema de justiça (SUBRIN, 1998, p. 744).

Assim como ocorreu com o sistema de *pleadings*, a proporcionalidade se tornou um fator preponderante na utilização da *discovery*. Emendas realizadas em 1983 dispuseram a necessidade de demonstrar “relevância” e “possibilidade de se conduzir a uma prova admissível” para o desenvolvimento mais completo desta fase.⁵¹⁰

Observe-se que estes fatores não são condicionantes para a realização da *discovery* – que, como dito acima, não requer fundamentação-, mas somente para justificar a ampliação da utilização de meios mais complexos e que costumam encarecer o procedimento.

Em 1993, nova reforma adaptativa permitiu que o fator proporcionalidade desempenhasse um papel ainda mais relevante no desenvolvimento da *discovery*, permitindo ao juiz controlar os excessos que desfavoreciam o andamento do próprio procedimento, conforme se constatou no julgamento *Crawford-El v. Britton* de 1998.⁵¹¹

É realmente notável observar o equilíbrio que a regulamentação proporcionou ao permitir que os mecanismos estejam disponíveis de forma bastante ampla sem, no entanto, permitir que ele onere ou torne o procedimento longo de forma indefinida.

⁵⁰⁹ No original: The lawyer that does not use the *Discovery* procedure is in the position of a physician who treats a serious case without first using the X-ray. (tradução livre)

⁵¹⁰ Federal Rules of Civil Procedure, Rule 26(b)(2)(C)(iii). A emenda foi feita no sentido de adaptar à regra de proporcionalidade encartada na Rule 26(b)(1).

⁵¹¹ 118 S. Ct. 1584, 1597 (1998). Nesse julgamento, a Suprema Corte entendeu que a regra 26 era suficiente para regulamentar os ocasionais excessos da *Discovery* e que o juiz tinha margem de discricionariedade suficiente para controlar o procedimento. (If the plaintiff's action survives these initial hurdles and is otherwise viable, the plaintiff ordinarily will be entitled to some *discovery*. Rule 26 vests the trial judge with broad discretion to tailor *discovery* narrowly and to dictate the sequence of *Discovery*).

4.7.2 Peculiaridades da *Discovery* nos Estados e *Presuit Discovery*

Para o melhor entendimento das diferenças entre as fases processuais encontradas nas tradições *common law* e *civil law*, é oportuno que sejam realizadas algumas análises comparativas e que se identifique as similaridades entre as tais fases.⁵¹²

No *civil law*, regra geral, a partir do ingresso com a petição inicial, o procedimento é quase integralmente conduzido e controlado pelo juízo, desde o recebimento da petição inicial até a sentença.

No sistema brasileiro, especificamente, as fases procedimentais, a partir do ingresso com a ação sob as regras do processo de conhecimento, se desenvolvem dentro da seguinte lógica: I- alegações inaugurais do autor;⁵¹³ II- tentativa de conciliação;⁵¹⁴ III- apresentação de resposta pelo réu;⁵¹⁵ IV- julgamento antecipado ou organização da fase probatória;⁵¹⁶ V- produção de provas em juízo e alegações finais;⁵¹⁷ VI- sentença.⁵¹⁸

O sistema *common law* funciona de maneira um pouco mais abstrata no início do procedimento, existem diversas medidas que podem ser solicitadas ao juízo e notificações entre os litigantes antes que se instaure um processo judicial (*civil litigation*).⁵¹⁹ Há uma sondagem inicial, o interessado busca esclarecimentos, busca medidas específicas, e se não forem suficientes, opta pela formalização de uma ação judicial (*lawsuit*).

Mesmo com alguma dificuldade e de forma um tanto superficial, é possível estabelecer a seguinte lógica do processo civil no *common law*: I- *pleadings* do autor (*plaintiff*) e réu (*defendant*);⁵²⁰ II- *discovery stage*;⁵²¹ III- Decisão do juiz se o caso será levado a julgamento e agendamento;⁵²² IV- Julgamento (*trial*).⁵²³

A fase anterior ao início do processo, no Brasil chamada de pré-processual, no *common law* é conhecida como *presuit* (EUA) ou *pre-action* (Inglaterra). Os dois sistemas possuem dispositivos que prevêm a realização de atos processuais antes da tramitação regular de um caso “principal”. Ainda, os dois sistemas permitem a produção de provas nesta

⁵¹² Sobre a separação do procedimento do *common law* em *pretrial* e *trial*, ver capítulo 3.2.4, *civil litigation*.

⁵¹³ CPC/2015 art 319-321

⁵¹⁴ CPC/2015 art 334

⁵¹⁵ CPC/2015 art 335-342

⁵¹⁶ CPC/2015 art 354-357

⁵¹⁷ CPC/2015 art 358-368

⁵¹⁸ CPC/2015 art 485-488

⁵¹⁹ Boa parte delas está prevista no Título VIII das Federal Rules (FRCP, Title VIII, Rule 64-71)

⁵²⁰ Federal Rules of Civil Procedure, Title III, Rule 7-16

⁵²¹ Federal Rules of Civil Procedure, Title V, Rule 26-37

⁵²² Federal Rules of Civil Procedure, Title III, Rule 16(e) Final Pretrial Conference and Orders.

⁵²³ Federal Rules of Civil Procedure, Title VI, Rule 38-53

fase, no Brasil através da produção antecipada de provas, e no *common law* dos EUA através da *presuit discovery*.

Desde que os precedentes estabelecidos nos casos *Bell Atlantic Corp v. Twombly*⁵²⁴ e *Ashcroft v. Iqbal*⁵²⁵ alteraram os critérios de exigência dos *pleadings*,⁵²⁶ a *discovery*, via de conseqüência, também passou por um desequilíbrio.

É dizer, ao estabelecer um nível de exigência maior na descrição de fatos e provas logo nos pedidos iniciais, a Suprema Corte criou obstáculos para que as partes chegassem à fase *discovery* e tivessem maior acesso às provas em poder da parte contrária. Em suma, a decisão acarretou um prejuízo para o acesso à justiça.

Neste cenário, a possibilidade de produção antecipada de provas é de grande valia, pois ela permite muitas vezes que a prova produzida sirva de fundamentação ao caso a ser pleiteado, ou mesmo pode convencer a parte de desistir de ingressar com o pedido, o que é ainda mais impactante quando se leva em consideração os objetivos do sistema de justiça.

Um sistema que desenvolve instrumentos simples capazes de evitar a proliferação de processos judiciais demonstra ser altamente eficiente. Isso demonstra a importância do deslocamento da fase probatória, seja para os momentos iniciais visando acordos e desistências, seja em momentos anteriores ao ingresso em juízo, evitando a ação judicial propriamente dita.

A *presuit discovery* não é nenhuma novidade no *common law*, sendo bastante antiga a regulamentação processual inglesa no sentido de permitir a produção de provas em momento anterior à existência de um processo.

O desenvolvimento de métodos de preservação de testemunhos⁵²⁷ já era uma preocupação demonstrada pelo sistema inglês do século XIX, haja vista o contexto de morosidade processual, associado ao fluxo intenso das grandes cidades, que tornava inviável encontrar as potenciais testemunhas muito tempo depois (RAGLAND, 1932, p. 19).

A prática moderna do direito já evidenciava, naquele período, a necessidade de se combinar os métodos de revelação de provas entre as partes (*discovery*) com a obtenção e preservação de provas que não poderiam ser produzidas em outro momento.

⁵²⁴ 127 S. Ct. 1955 (2007).

⁵²⁵ 129 S. Ct. 1937 (2009).

⁵²⁶ Os referidos precedentes foram exaustivamente analisados no capítulo 3.1.4 sobre a sistemática dos *pleadings*

⁵²⁷ *Perpetuation testimony* é a forma como são chamados os métodos processuais que visam adiantar a produção da prova com o objetivo de impedir que uma prova testemunhal se perca por razões fora do contexto judicial.

Nos EUA, alguns estados desenvolveram mecanismos pré-processuais de *discovery*⁵²⁸ mais avançados do que os previstos nas Regras Federais (FRCP).⁵²⁹ Enquanto o sistema federal prevê a *discovery* pré-processual apenas como uma espécie de produção antecipada de provas, de forma parecida como esta prevista no ordenamento brasileiro⁵³⁰, alguns estados americanos promoveram significativo desenvolvimento do instituto.

O estado do Texas, por exemplo, em sua legislação processual, permite o uso da *discovery* pré-processual sempre que um ônus ou uma despesa processual for considerado um obstáculo para a consecução da justiça.⁵³¹

No referido estado dos EUA, a *discovery* processual é utilizada regularmente com o objetivo de auxiliar a parte autora (*plaintiff*) na estruturação de seu caso, e não meramente como uma fase de revelação e provas (DODSON, 2010, p. 57).

Entre os anos de 1999 e 2005, foram registrados no sistema de justiça texano aproximadamente 4000 oportunidades em que a *discovery* pré-processual foi utilizada pelas partes. De fato, mais de metade dos casos de *discovery* no Texas nesse período foram pré-processuais, revelando o intenso uso do instituto para fins mais amplos do que prevê o sistema federal (HOFFMAN, 2007, p. 253-254).

O estado do Alabama, da mesma forma, tem regulamentação avançada para *discovery* pré-processual, permitindo que os instrumentos processuais da *discovery* auxiliem as partes na estruturação dos casos.

A lei processual deste estado prevê que as partes recorram à *discovery* pré-processual para tomada de seus próprios depoimentos e de terceiros⁵³², bem como para produzir provas potencialmente utilizadas em qualquer corte do estado.⁵³³

Este escopo da legislação, no sentido de permitir a *discovery* pré-processual de forma mais ampla, já foi alvo de análise pela Suprema Corte do Estado do Alabama no julgamento dos casos *Ex parte Anderson*⁵³⁴ e *Driskill v. Culliver*.⁵³⁵

⁵²⁸ *Presuit Discovery Mechanisms*

⁵²⁹ As regras Federais prevêem a realização de depoimentos em estágio pré-processual desde que o requerimento justifique a necessidade de produção da referida prova, i.e., a razão de se registrar um depoimento antes da existência de um procedimento. Ver Federal Rules of Civil Procedure, Rule 27, Depositions to Perpetuate Testimony.

⁵³⁰ CPC/2015 art 381

⁵³¹ TEXAS RULES OF CIVIL PROCEDURE. Rule 202. Depositions Before Suit or to Investigate Claims, Rules 202.1 e 202.4.(a)(2).

⁵³² Visando a produção de provas no sentido de assegurar seu registro contra eventualidades que impeçam sua produção posterior, o chamado perpetuation of testimony.

⁵³³ ALABAMA RULES OF CIVIL PROCEDURE, Rule 27(a)

⁵³⁴ 644 So. 2d 961, 964 (Ala. 1994). A título explicativo, uma decisão em um caso *ex parte* é aquela em que, por razões definidas em lei, a parte contrária não participa da controvérsia. Assemelha-se às decisões em medidas liminares no ordenamento brasileiro.

⁵³⁵ 797 So. 2d 495, 497-98 (Ala. Civ. App. 2001)

Na decisão, ficou consignado que o autor poderia pleitear a utilização da *discovery* pré-processual independente da necessidade de registrar provas para utilização futura⁵³⁶, bastando que o requerente desejasse buscar elementos para decidir se possui ou não fundamentação suficiente para ingressar com uma ação judicial.

Outros estados possuem regulamentação mais restrita, mas ainda sim permitem a utilização da *discovery* pré-processual de forma relativamente ampla. É o caso dos estados de Nova Iorque⁵³⁷, Ohio⁵³⁸ e Pennsylvania.⁵³⁹

Nos três casos os diplomas processuais estaduais favorecem uma regulamentação garantidora do direito de utilizar os instrumentos da *discovery* pré-processual, especialmente quando sua ausência demonstrar um obstáculo em forma de ônus ou despesas excessivas para o alcance da justiça.

Quando se analisa o sistema de justiça dos EUA, é importante observar a interação entre as legislações estaduais e a federal. No caso da *discovery*, muitos estados já possuíam os chamados *equitable bills of discovery*, que era a regulamentação da *discovery* antes mesmo da edição das *Federal Rules of Civil Procedure* em 1938.

Como já exposto neste trabalho, no capítulo 3.1.1 sobre o surgimento e desenvolvimento da *discovery*, este instituto surgiu nas cortes de jurisdição *equity* na Inglaterra, e assim ela foi recebida nos EUA. Mesmo após a regulamentação federal mais ampla em 1938, alguns estados permanecem utilizando a legislação mais antiga- ou seja, os *equitable bills of discovery*- para regulamentar o procedimento da *discovery* (BARRON, 1996, p. 658).

Avaliar os impactos da aplicação da *discovery* na fase pré-processual nos estados americanos permite compreender o funcionamento de sistemas em que a liberdade de utilização dos seus meios probatórios é mais ampla e, assim, visualizar em que fase procedimental poderia ocorrer sua aplicação no sistema brasileiro.

A liberdade que o sistema foi atribuindo à *presuit discovery* ao longo do tempo nem sempre foi bem aceita pelas cortes dos EUA. Em um caso julgado em 1898⁵⁴⁰, a Suprema Corte de Kansas assim se manifestou:

⁵³⁶ Como é o caso da produção antecipada de provas

⁵³⁷ NEW YORK CIVIL PRACTICE LAW & RULES. § 3102(c) (McKinneys 2005).

⁵³⁸ OHIO RULES OF CIVIL PROCEDURE RULE 34(D)(1). “A person who claims to have a potential cause of action may file a petition to obtain *discovery* as provided in this rule”.

⁵³⁹ [PENNSYLVANIA RULES OF CIVIL PROCEDURE](#) . 4003.8(a). “[...]obtain pre-complaint *discovery* where the information sought is material and necessary to the filing of the complaint and the *discovery* will not cause unreasonable annoyance, embarrassment, oppression, burden or expense to any person or party”.

⁵⁴⁰ *In re Davis* (1898) 38 Kan. 408, 16 Pac. 790

A tomada de depoimento de uma parte em um caso pendente apenas para descobrir antecipadamente o conteúdo de seu testemunho, pressionando e aborrecendo sem o intuito de utilizar esta prova em juízo, configura um abuso da autoridade judicial e do sistema processual.⁵⁴¹

A reprovação ao instituto, que também era muito comum entre advogados, teve vida curta. O incômodo provocado pela revelação antecipada deste tipo de prova, aliado ao seu sucesso em promover um julgamento mais justo, foram as razões de seu sucesso (RAGLAND, 1932, p. 19).

As inovações no campo jurídico sempre causam certo mal estar, pois assim como em qualquer outra área do conhecimento, os usuários e teóricos mais conservadores costumam disputar com os inovadores, apontando cada um deles as vantagens de se manter ou alterar a regulamentação de um sistema.

A tarefa dos inovadores fica mais fácil quando contam com o fato dos sistemas estudados notoriamente se encontrarem na iminência do colapso, como ocorreu com o sistema inglês na década de 1990. A partir daí, contam com o apoio crítico daqueles com quem costumam debater teses contrárias.

Existem ainda as mudanças que, apesar de impostas por situações contextuais ou fatores alheios ao próprio estudo do sistema de justiça, provam-se benéficas com o passar do tempo, assim como existem aquelas que se provam medidas equivocadas. Assim se desenvolvem os sistemas de justiça tanto no *common law* como no *civil law*.

4.7.3 *Discovery* e *Fishing Expedition*: A Prova Como Direito Fundamental

Uma das principais preocupações dos usuários do sistema de justiça nos países de tradição *common law* é o chamado *fishing expedition*. As discussões em torno deste tema se alastram e contaminam diversos debates no campo do direito processual nos EUA e Inglaterra.

Antes de falar sobre o *fishing expedition* propriamente dito, é válido lembrar que a cultura do *civil litigation* no *common law*, assim como a regulamentação dos métodos e instrumentos que o permeiam, leva em consideração os valores de liberdade e clareza na apresentação de argumentos jurídicos e provas perante as cortes.

⁵⁴¹ No original: *the taking of the deposition of a party in a pending case merely to find out in advance what his testimony will be, and to annoy and oppress him, and not for the purpose of using the same as evidence, is an abuse of judicial authority and process.* (tradução livre)

Esta cultura de liberdade e clareza, tão caras aos ingleses e norte-americanos, mais difundida pelos últimos, faz com que qualquer debate sobre a utilização de meios de prova, análise probatória e regras de produção e apresentação de conteúdo, seja conduzido necessariamente sob essa perspectiva.

Dito isto, o termo *fishing expedition*⁵⁴² é utilizado para se referir a situações em que uma parte se utiliza dos instrumentos processuais probatórios disponíveis nas cortes para tentar encontrar informações que não seriam consideradas relevantes para um julgamento.

Esta expressão teria sido utilizada pela primeira vez por uma corte no estado do Kansas, ao reverter um entendimento anterior que possibilitava a utilização de depoimentos na fase *discovery*. Ao anular o próprio entendimento, a corte utilizou o termo *fishing expedition* para caracterizar a tentativa das partes em se aproveitar da antecipação da prova para fins diversos.⁵⁴³

A controvérsia em relação ao *fishing expedition* ocorre justamente porque as empresas que são partes potenciais em litígios judiciais se preocupam imensamente com informações importantes, e muitas vezes sigilosas, que podem ser expostas a pessoas indevidas no decorrer de um processo, sem que isso se reverta em benefício do próprio processo.

Existe, portanto, uma grande preocupação entre os administradores do sistema de justiça e os autores que pesquisam os meios utilizados durante a fase *pretrial* em não permitir que um eventual abuso na condução dos atos que envolvem exposição de provas possa servir de justificativa a ataques a suposta excessiva liberdade dos meios processuais.

O desafio dos desenvolvedores do sistema processual americano é, ao regulamentar a *discovery*, manter a possibilidade de algum nível de *fishing* sem que os resultados obtidos sejam superados por conseqüências negativas, tais como, morosidade, despesas excessivas e abuso no direito de privacidade (SUBRIN, 1998, p. 754).

O instituto da *discovery* passou por diversos momentos, como se pode observar da descrição de seu surgimento e evolução feita no cap. 3.1 deste trabalho. Após ser resgatada, modificada e atualizada no sistema inglês, ela passou por momentos de severa restrição e de intenso desenvolvimento nos EUA.

⁵⁴² Em tradução simples poderia ser utilizada como referência à pescaria, ato de sair em diligência de pesca. A conotação jurídica do termo, no entanto, é bastante conhecida, podendo ser encontrada em diversos dicionários jurídicos com este nome e também como *fishing trip*. Ver <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/fishing+expedition>.

⁵⁴³ O entendimento inicial foi no julgamento do caso *In re Abeles* (1874) 12 Kan. 451. O entendimento posterior, que teria inaugurado o termo, foi nos casos *In re Davis* (1888) 28 Kan. 408, 16 Pac. 790 e *In re Cubberly* (1889)

Atualmente é possível afirmar com segurança que a *discovery*, não apenas é mais importante para o sistema de justiça dos EUA do que para o inglês, como evoluiu de forma consideravelmente mais sólida perante as cortes americanas, tanto as federais como as estaduais.

Nem sempre foi assim, houve um tempo em que a *discovery* era muito pouco utilizada nas cortes dos EUA, pois era um instrumento absolutamente limitado que contava com tímida previsão legal de oportunidades de utilização na produção e exposição de provas.

Isso mudou nos anos 1930, com o estabelecimento de importantes reformas no sistema de regulamentação processual dos EUA, iniciado com o *Rules Enabling Act* de 1934 e que culminou com a promulgação das *Federal Rules of Civil Procedure* em 1938, diploma processual já bastante explorado neste trabalho.

A atitude das cortes perante a regulamentação das *discovery* mudou bastante entre os anos de 1932 e 1946. Esta mudança pode ser verificada ao se analisar o caso *Hickman v Taylor*⁵⁴⁴, em que a corte abordou a relação entre *discovery* e *fishing expedition* (SUBRIN, 1998, p. 691).

as regras para o depoimento na *discovery* devem receber um tratamento amplo e liberal. As famigeradas alegações de *fishing expedition* não podem mais servir para impedir as partes de investigarem a respeito das questões relacionadas ao caso do oponente. O conhecimento mútuo entre as partes de todos os fatos relevantes aos seus respectivos casos é essencial ao andamento adequado do litígio.⁵⁴⁵

Historicamente, tanto na Inglaterra como nos EUA, só recentemente a *discovery* passou a ter maior atenção do sistema jurídico.⁵⁴⁶ O desenvolvimento da *discovery* no sistema anglo-americano coincide com o fortalecimento da noção de litígio civil – e do direito em geral- como uma busca racional pela verdade (SUBRIN, 1998, p. 695).

A resistência pela utilização da *discovery* na Inglaterra durante muito tempo partiu dos próprios advogados, em virtude da dificuldade de deslocamento pelo país, haja vista que a maioria deles residia em Londres. Outro fator da resistência foi a decadência da noção de comunidade e fortalecimento da noção de cidadão individual, avessos à ideia de que uma

⁵⁴⁴ 329 U.S. 495 (1947)

⁵⁴⁵No original: *The deposition Discovery rules are to be accorded a broad and liberal treatment. No longer can the time-honored cry of “fishing expedition” serve to preclude a party from inquiring into the facts underlying the opponent’s case. Mutual knowledge of all the relevant facts gathered by both parties is essential in proper litigation* (tradução livre)

⁵⁴⁶ Recentemente, no contexto do direito anglo-americano, significa dizer que apenas a partir do século XIX a *discovery* passou a ter uma abrangência maior, com o desenvolvimento de seus mecanismos mais eficientes na busca de confirmação de fatos.

parte poderia contribuir na construção do caso do oponente em busca pela verdade (DREYFUSS, 1994, P. 19-21).⁵⁴⁷

A abordagem desta pesquisa a respeito das nuances pelas quais passou a *discovery* no sistema anglo-americano tem uma razão de ser, elas visam evitar que a adaptação de um sistema de revelação de provas no sistema brasileiro não seja apenas uma proposição precária que desconsidera o ambiente em que o instituto se desenvolveu.

Esta pesquisa escolheu realizar uma abordagem exaustiva sobre o histórico de alterações às quais a *discovery* se submeteu, bem como conhecer as principais críticas sofridas por ela no decorrer de sua existência, visando assim adiantar os problemas de adaptação que ela poderia sofrer em uma eventual adoção pelo ordenamento brasileiro.

Para auxiliar na compreensão das reformas que ao final serão propostas, vale a pena considerar a visão de David Dudley Field (já citado nesse trabalho no capítulo 3.1.4.2), um jurista do século XIX fascinado pela liberdade e defensor do liberalismo judicial, que acreditava que os indivíduos não precisavam da intervenção do Estado para desenvolver seus propósitos.

Pois foi justamente a liberdade concedida no manuseio dos instrumentos da *discovery* o grande motivo de suas críticas mais severas. Muitos consideravam a *discovery* um procedimento dotado de pouco controle, gerador de despesas e demasiadamente invasivo para as partes e terceiros.

Como David Field teria se sentido, indaga Subrin (1998, p. 696-697), ao tomar conhecimento da evolução da *discovery*? Teria ele se espantado mais com suas características invasivas sobre a privacidade do cidadão ou com o fato de o Estado ser agora um supervisor do procedimento?

A verdade é que a *discovery* sobreviveu por tanto tempo como um instituto tão importante para o *civil litigation* justamente porque se submeteu a um maior ou menor controle de acordo com as necessidades do sistema.

Um sistema que opera sob uma mentalidade e filosofia liberal requer uma *discovery* mais liberal, enquanto um sistema restritivo requer uma *discovery* limitada. Se comparados a outros sistemas, os EUA denotam uma filosofia mais liberal, entretanto, a dinâmica do sistema o obriga a promover restrições visando o próprio equilíbrio.

⁵⁴⁷ Sobre este tema, da resistência de advogados à aplicar os meios da *Discovery* e as razões para isso, ver Griffin B. Bell et al., *Automatic Disclosure and Discovery—The Rush To Reform*, 27 GA. L. REV. 1 (1993).

São dois os fatores de equilíbrio na utilização da *discovery*: o *case management* e a hostilidade. O primeiro tem a ver com a escolha de quem conduz os procedimentos, o segundo com a escolha de quão invasivo ele será para seus participantes e terceiros.

Considerando a possibilidade de adoção e adaptação de instrumentos processuais do *common law* no ordenamento jurídico brasileiro, vale a pena considerar a diferença de abordagem que existe entre os sistemas, pois o *civil law* costuma ser mais garantista e mais concentrado na atuação do juízo

Assim, a participação direta do Estado-juiz na condução do procedimento teria uma abordagem inversa, pois enquanto no *common law* a tendência é o maior controle dos atos processuais pelo juízo, no Brasil, assim como na maioria dos sistemas de base romano-germânica, este controle já é quase absoluto.

O fator hostilidade do procedimento, por sua vez, deve ser visto com maior cuidado ainda no ordenamento brasileiro, que não costuma abrir exceções tão explícitas para potenciais violações de direito à intimidade e privacidade.

Para se evitar os problemas que certamente decorreriam da introdução no ordenamento brasileiro de uma fase de revelação preliminar obrigatória de provas, é preciso que se reforce a noção da prova como um direito fundamental.

Nesta linha, Eduardo Cambi (2001, p. 165) destaca que a Constituição Brasileira de 1988 consagrou a fórmula dos direitos fundamentais implícitos oriunda da tradição Norte-Americana, que em sua constituição dispôs que a enumeração dos direitos fundamentais não pode ser obstáculo para o reconhecimento de outros direitos não escritos.⁵⁴⁸

Seguindo este entendimento da prova como um direito fundamental, ainda Cambi (2000, p. 148) aduz que a prova não é apenas um ônus, mas um direito, ela tem uma conotação democrática, é uma situação jurídica ativa que possibilita às partes influenciarem o juiz em seu convencimento.

A questão da privacidade, que é uma questão polêmica nos EUA e objeto de muitas críticas doutrinárias, deve ser largamente refletida, pois os ordenamentos dos sistemas que adotam o *civil law* costumam ser mais restritivos quanto às regras de intimidade e privacidade.

Não se pode compreender a natureza do *fishing expedition* nos EUA fazendo uma comparação simples ou grosseira com sistemas *civil law*, afinal, o sistema norte-americano de justiça parte de pressupostos bastante atípicos e uma sólida conjuntura governamental.

⁵⁴⁸ No original: *The enumeration on the constitution of certain Rights shall not be construed to deny or disparage other retained by the people (US Constitution, IX Amendment)*

Para compreender a natureza e a cultura do *fishing expedition*, devem ser considerados esses elementos característicos, tais quais, garantia constitucional de julgamento pelo júri em casos cíveis, composição das carreiras da advocacia e magistratura, fórmula de pagamento dos honorários advocatícios, regulação governamental, posicionamento global da *discovery* perante o sistema, grau de segurança promovido pelo *welfare state*, e outros (SUBRIN, 2002, p. 309)

A utilização de *fishing expeditions* é um efeito colateral dos benefícios da utilização da *discovery*, e assim deve ser encarada, sob pena de se mitigar a utilização e contaminar a imagem de um importante instrumento que colabora na busca da verdade dos fatos e no encerramento de casos.

É perfeitamente possível equilibrar os direitos fundamentais em discussão, quais sejam, os direitos de intimidade e o direito à prova. A prova, afinal, não pode ser considerada somente um meio processual de encontrar a verdade em juízo, ela é um direito das partes.

O direito à prova deve ser efetivo, reconhecendo-se aos instrumentos probatórios a máxima potencialidade possível e criando oportunidades para que as partes demonstrem aquilo que alegam da forma mais ampla (CAMBI, 2001, p. 170).

Neste sentido, considerar a prova um direito fundamental significa permitir que as partes acessem de forma plena todos os meios aptos a comprovar suas teses. A obstacularização aos meios de prova só se justifica pela constatação de violação de outros direitos fundamentais, nunca pela quebra de uma determinada lógica processual.

Taruffo (2014, p. 23-24), ao dissertar sobre as diferenças entre verdade ordinária e verdade judicial estabelecidas em alguns sistemas⁵⁴⁹, afirma que a existência de regras limitadoras da utilização de provas em processos judiciais não tem o condão de impedir a busca da verdade.

De fato, os princípios relacionados ao direito à prova e de sua livre apreciação tem ganhado importância em diversos sistemas processuais modernos, reduzindo a aplicação das normas restritivas da utilização dos meios de prova a um patamar mínimo (TARUFFO, 2014, p. 24).

Significa dizer que, apesar de continuarem existindo e cumprindo sua função de regulamentação da atividade probatória, tais como admissão de determinados meios e limitação de utilização para fins específicos, a regulamentação deve ser apenas suficiente para evitar o uso indevido e prejudicial aos fins processuais.

⁵⁴⁹ Para o processualista italiano, a diferenciação entre verdade judicial e verdade ordinária carece de fundamento racional. Para ele, toda verdade está carregada de algum contexto, mas isso não impede que, dentro desse contexto, essa verdade possa ser alcançada. Ver Michele Taruffo, op cit, 2014, p. 23-24.

Uma vez considerada como um direito das partes acima de tudo, a regulamentação da utilização das provas se torna uma tarefa muito mais simples, pois ela deixa de ter um propósito meramente processual e passa a servir de ponto de partida para várias formas de utilização.

Conceber a prova como um direito fundamental significa conceder a ela um *status* ultra processual, *i.e.*, deixar de limitar sua utilização no âmbito processual, admitindo inclusive a possibilidade que ela seja utilizada sem um fim específico. No contexto deste trabalho, esta concepção de prova, já bastante difundida na maioria dos sistemas processuais, reforça a ampliação das possibilidades de produção e utilização da prova.

4.8 DISCLOSURE COMO POSSIBILIDADE DE PROPOSTA DE REFORMA

Até aqui, o estudo mostrou que o prévio conhecimento do conjunto probatório das partes, o esclarecimento aprofundado dos fatos, a revelação de informações em poder das partes, o diálogo estabelecido entre elas e outras medidas que permitem às partes terem acesso às peculiaridades do litígio, são elementos de suma importância para auxiliá-las no desenvolvimento de um processo judicial mais justo e equilibrado.

Sob a perspectiva de efetividade do sistema de justiça, o exame destes mesmos elementos demonstra que, se a regulamentação permitir que as partes se utilizem deste contexto para solucionarem os litígios nos quais se envolveram, quem se beneficia do resultado, além das partes envolvidas, é o próprio sistema.

A investigação do sistema processual anglo-americano realizada até aqui evidenciou que, embora o sistema dos EUA tenha se originado do *common law* desenvolvido na Inglaterra, ele adotou mecanismos próprios que divergem consideravelmente da matriz, especialmente em relação à obtenção e produção de provas na fase *pretrial*.

De fato, enquanto o sistema inglês se manteve mais conservador em relação à obtenção e produção de provas pelas partes, o ordenamento dos EUA foi, a partir do fim do século XIX⁵⁵⁰ e com alterações significativas nos anos 1930⁵⁵¹, tornando-se paulatinamente bastante liberal em relação ao tratamento das regras de procedimento probatório.

Isto se demonstrou com o surgimento do conceito de *liberal discovery*, que é a utilização dos mecanismos de obtenção de provas entre as partes de maneira extensiva,

⁵⁵⁰ Com a introdução do *New York Field Code* em 1848.

⁵⁵¹ Reformas que culminaram com o advento das *Federal Rules of Civil Procedure* em 1938.

permitindo que uma variedade de provas, incluindo provas orais e mesmo periciais, fossem conduzidas pelas partes através de seus advogados.

Considerando este contexto, surge como idéia de adaptação ao sistema brasileiro uma opção mais amena e despretensiosa do que a *discovery*, que é a *disclosure*. A *discovery* norte-americana, como conjunto de mecanismos probatórios já devidamente explanado, permanece como uma hipótese a ser adotada, entretanto, ela serve a este trabalho como um paradigma conceitual a ser alcançado, representante da ousadia de um sistema que se lançou na aventura sem volta de permitir a produção de provas quase que integralmente fora do âmbito judicial.

É notório que o ordenamento processual brasileiro, assim como a maioria dos sistemas oriundos do *civil law*, tanto estruturalmente como no plano legislativo, não está preparado para adotar, pelo menos a curto e médio prazo, um sistema tão díspar e tão complexo de forma abrupta, ou talvez de forma alguma.

Vale a pena, no entanto, refletir desde já sobre as proposições tendentes a alcançar maior liberdade na produção de provas, na ampliação do acesso prévio, utilização e destinação das provas obtidas e em uma regulamentação que oriente as partes a um diálogo mais esclarecedor conducente a soluções conciliatórias.

Antes de propor a *disclosure* como alternativa de instituto para ser adaptado ao ordenamento brasileiro, é necessário que se façam as devidas distinções relacionadas ao termo, que possui conotação diversa dentro da própria lógica do direito anglo-americano.

No direito inglês, a *disclosure* equivale a um procedimento de revelação de provas aplicado aos casos cíveis de forma genérica, conforme já explicado no capítulo 3.1.1 deste trabalho, que retrata o período de surgimento da *discovery* na Inglaterra e sua recente adaptação nos anos 1990, quando passou a ser chamada de *disclosure*.⁵⁵²

Por ocasião do referido capítulo 3.1.1 deste trabalho, aliás, foi exposto o posicionamento mais atualizado da jurisprudência inglesa, no sentido de reafirmar o *duty of full and frank disclosure, i.e.*, o dever das partes da revelação absoluta dos documentos e informações atinentes ao caso não apenas no sentido genérico, mas destacando os fatos e provas mais relevantes para melhor orientar o juízo.⁵⁵³

Já na sistemática processual dos EUA, a *disclosure* se encontra no âmbito da fase *pretrial*, anterior à utilização dos mecanismos da *discovery*, e pressupõe a obrigatoriedade das

⁵⁵² Civil Procedure Rules Part 31, Disclosure And Inspection Of Documents

⁵⁵³ Os casos em destaque que servem como novo paradigma deste posicionamento são *Fundo Soberano v. dos Santos* (2018 EWHC 2199 (COMM). Case nº: CL-2018-000269) e *Galagaev v. Ananyev* (2018) QBD (COMM). ver cap 3.1.1 deste trabalho, o surgimento e desenvolvimento da *discovery* na Inglaterra

partes revelarem mutuamente alguns dados e informações atinentes ao caso antes mesmo do início do procedimento.⁵⁵⁴

É esta modalidade de *disclosure*, otimizada pelo procedimento pré-processual desenvolvido nos EUA e regulamentado tanto pela lei processual federal (FRCP) e pela lei federal regulamentadora de provas (FRE)⁵⁵⁵ como pelas legislações dos estados, que será utilizada como parâmetro de adoção e adaptação neste capítulo.

Não obstante a escolha pelo procedimento dos EUA, nada impede que a *disclosure* inglesa, detalhada no capítulo 3.1.1, seja considerada para efeito da proposta aqui realizada, uma vez que são institutos bastante similares. A *disclosure* inglesa desenvolveu seu funcionamento em conjunto com a prática dos *Pre Action Protocols*, enquanto nos EUA ela funciona como uma fase inicial imediatamente anterior à aplicação da *discovery*.

A *disclosure* do sistema estadunidense esta regulamentada na mesma seção que dispõe sobre as regras de provisão geral de aplicação da *discovery* nas *Federal rules* (FRCP Rule 26) e, na prática, faz parte dos procedimentos iniciais da *discovery* na fase *pretrial*.

A proposta de adaptação da *disclosure* no sistema brasileiro não requer manobras tão expressivas na estrutura legislativa processual, bastando que se passe a exigir que as partes revelem, a partir do primeiro movimento judicial, documentos e informações além das que elas próprias consideraram interessantes para o sucesso de seu caso.

O conceito da *disclosure* nos EUA, bem como no sistema anglo-americano em geral⁵⁵⁶, é firme no sentido de que as partes devem, independente de requerimento, apresentar todas as informações e documentos que estejam sob sua posse ou cuja obtenção esteja no âmbito de sua influência.⁵⁵⁷

De acordo com Pitta e Cambi (2015, p.07), chama atenção o critério adotado pela Suprema Corte para determinar a exigibilidade da apresentação de documentos pelas partes de acordo com a posição de domínio e influência que elas ocupem em relação aos documentos, chamado *control over the document*.

O exame deste critério permite afirmar que, mesmo que não possua acesso físico ou legal diretamente sobre determinado documento, a parte pode ser compelida a apresentá-lo,

⁵⁵⁴ [Federal Rules of Civil Procedure](#) Rule 26. Duty to Disclose; General Provisions Governing *Discovery*

⁵⁵⁵ Federal Rules of Evidence

⁵⁵⁶ Importante lembrar que as cortes inglesas têm interpretado de forma bastante rígida a necessidade de revelação de provas pelas partes prevista na legislação processual (CPR Part 31). Ver **FUNDO SOBERANO V. DOS SANTOS** ([2018] EWHC 2199 (COMM). Case nº CL-2018-000269) e **GALAGAEV V. ANANYEV** (2018) QBD (COMM)

⁵⁵⁷ No ordenamento inglês a previsão se encontra em Civil Procedure Rules Part 31 e no ordenamento dos EUA, de forma bem mais específica, nas Federal Rules of Civil Procedure Rule 26(a)(1)(A).

desde que se acredite que tenha controle sobre o documento ou influência sobre quem o detém de fato (PITTA;CAMBI, 2015, p.7).

A cultura jurídica anglo-americana não admite transferir ao júízo, privativa ou exclusivamente, o ônus da obtenção ou da produção probatória. Ao contrário, o ordenamento transfere, no limite do possível, este ônus para as partes e, concomitantemente, desenvolve uma regulamentação incisiva no sentido de impor que as partes revelem todas as possíveis provas.

O sistema inglês e o estadunidense tratam esta questão de forma ligeiramente diversa, o primeiro espera que as partes, logo nas fases preliminares, forneçam ao júízo tudo que possa ser utilizado como indicativo de prova sobre os fatos, o segundo permite e incentiva que as partes e advogados se debrucem reciprocamente sobre as provas durante a primeira fase processual (*pretrial*) e somente na fase de julgamento (*trial*) apresentem estas provas em júízo.

Dito isto, é válido expor, seguindo os critérios da regra nº26 das FRCP, as principais obrigações das partes em relação ao cumprimento da *disclosure* no sistema dos EUA. As partes devem, independente de requerimento ou ordem judicial, providenciar para a parte oponente⁵⁵⁸: a) o nome, endereço e telefone de cada pessoa que tenha probabilidade de possuir informações relevantes que possam ser utilizadas por ela para sustentar seu pedido ou defesa, bem como o assunto relacionado à prova; b) cópia ou relação categorizada indicando o local de todos os documentos, arquivos digitais e objetos que a parte tenha sob seu domínio; c) cálculo de todos os danos alegados pela parte, tornando disponível para cópia ou inspeção os documentos em que se basearam os cálculos, especificando a natureza e extensão dos danos; d) acordos/contratos de seguro que possam atribuir à seguradora a responsabilidade por arcar parcial ou totalmente com a conseqüências do julgamento.

A revelação de informações e documentos acima descrita deve se realizar dentro de 14 dias após a conferência inicial da regra 26(f), ou em outro prazo estipulado pela corte.⁵⁵⁹ As partes podem impugnar a necessidade do *disclosure*, ocasião em que a corte decidirá estabelecendo quais meios da *disclosure* serão utilizados e quando.

A regra federal nº26 prevê, ainda, que as partes revelem os nomes de pessoas que possam ser utilizadas como *Expert Testimony*, i.e., uma pessoa qualificada como especialista

⁵⁵⁸ [Federal Rules of Civil Procedure](#) Rule 26(a)(1)(A)(i)(ii)(iii) e (iv)

⁵⁵⁹ Pela leitura da regra 26(f), a conferência ali prevista não tem prazo definido para ocorrer, desde que seja com pelo menos 21 dias de antecedência da conferência para estabelecimento do cronograma de atividades da regra 16(b)

devido ao seu conhecimento, habilidade, experiência, treinamento ou titulação, e que potencialmente esteja apta a prestar declarações que contribuam com a resolução do litígio.⁵⁶⁰

Como o procedimento anglo-americano é fracionado em duas fases (*pretrial* e *trial*), a regra federal (FRCP) prevê que, além da apresentação obrigatória de informações e documentos que fundamentem os pedidos do autor e da defesa (*pleadings*), acima detalhada, sejam apresentados, posteriormente e seguindo a mesma lógica, documentos e informações que potencialmente serão utilizados na fase de julgamento (*trial*), com antecedência de 30 (trinta) dias do próprio julgamento.⁵⁶¹

Havendo intervenção de terceiros na relação processual em momento posterior à conferência inicial entre as partes originais (Rule 26(f)), elas devem proceder à *disclosure* dentro de 30 dias após seu ingresso voluntário ou desde sua notificação para compor o âmbito processual.

A obrigatoriedade de revelação de documentos e informações pelas partes não será amenizada ou excluída sob o argumento de que não procedeu às investigações de forma suficiente ou de que a outra parte não realizou a revelação de provas que deveria. O critério para revelação é a própria disponibilidade das informações e documentos, significa dizer que, se estiverem disponíveis e não forem revelados, haverá descumprimento da obrigação.⁵⁶²

Esta regra reforça a diferença de concepção entre os sistemas em relação à prerrogativa na produção de provas e principalmente a respeito do acesso às provas. A regulamentação do sistema anglo-americano, encontrada tanto no *disclosure* estadunidense como no ordenamento inglês, atribui às partes o dever de revelar todas as provas, e não apenas aquelas que processualmente lhes convém.

O que ocorre no sistema brasileiro -e é comum ao sistema *civil law* em geral- é que as partes possuem a liberdade de apresentar as provas que julgarem convenientes para fundamentar os fatos que alegam, e a única consequência que a ausência de apresentação de provas e informações gera é o eventual indeferimento de uma medida ou a improcedência do pedido com base em ausência de provas.

Isso não significa que o sistema que utiliza essa lógica seja ineficiente, entretanto, coaduna com a concepção de um processo que busca verdades meramente formais ou processuais. Permanece existindo, no âmbito do procedimento *civil law*, a possibilidade de uma busca mais intensa pela verdade dos fatos, porém, ela depende de um esforço do juiz,

⁵⁶⁰ Federal Rules of Evidence, Article VII. Opinions and Expert Testimony. Os critérios para qualificação do expert/perito estão presentes nesta lei, nos dispositivos da Rule 702-706.

⁵⁶¹ [Federal Rules of Civil Procedure](#) Rule 26(a)(3)(A) e (B)

⁵⁶² [Federal Rules of Civil Procedure](#) Rule 26(a)(1)(E)

concentrando o ônus e responsabilidade pela obtenção de provas nas cortes e não na atuação das partes.

A adoção pelo sistema brasileiro de mecanismos da *disclosure* estadunidense, acima descritos⁵⁶³, ou a criação de mecanismos semelhantes -o que se revela mais oportuno-, deve levar em consideração o formato do procedimento atual do sistema de destino, de estrutura monofásica.

Deve considerar, ainda, a aparente vedação do ordenamento brasileiro, ao menos principiologicamente, à compulsoriedade de revelação de provas que possam contrariar o interesse das próprias partes. Esse fator pode significar a atenuação dos efeitos práticos do instituto, não obstante, não faz cessar o interesse como método de aperfeiçoamento do sistema.

O princípio que rege a proibição de sujeição da parte em produzir prova contra si mesma⁵⁶⁴ deve ser abordado com cautela, sob o risco de prejudicar a proposta aqui apresentada, bem como a proposta de adoção dos demais instrumentos e mecanismos processuais apresentados neste trabalho.

Este princípio é reconhecido nos sistemas do mundo todo e previsto em diversos tratados sobre direitos humanos⁵⁶⁵, porém, com aplicação no âmbito do direito processual penal. O CPC/2015, de forma aparentemente contraditória, previu, em seu artigo 379, o direito da parte de não produzir prova contra si própria.⁵⁶⁶

Para a aplicação da *disclosure* nos moldes detalhados acima, seria necessário que a interpretação deste dispositivo fosse feita de forma a mitigá-lo, sob pena de permitir que ele atue contra a própria busca pela justiça. De fato, seria oportuno que a aplicação deste dispositivo fosse feita com cautela em qualquer situação, não apenas na situação de adoção da *disclosure* aqui proposta.

Quanto à alocação do instituto da *disclosure* na estrutura do ordenamento brasileiro, parece razoável que os atos de revelação de documentos e informações se iniciem no período

⁵⁶³ Ou mesmo da *disclosure* inglesa, descrita no capítulo 3.1.1

⁵⁶⁴ *Nemo tenetur se detegere*, discutida neste trabalho no cap 4.7 Esboço de implantação de uma fase de revelação de provas na sistemática processual brasileira

⁵⁶⁵ art. XI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948; art. 6º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais; Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU, de 16.12.1966, no artigo 14, n. 3, alínea 'g'; Pacto de São José da Costa Rica em 1969, artigo 8, parágrafo 2, alínea 'g'; Estatuto de Roma de 1998 art 55, entre outros. A 5ª emenda da Constituição Norte-Americana prevê o direito do réu não depor contra si mesmo em processo criminal.

⁵⁶⁶ Contraditória porque o mesmo CPC/2015 prevê no artigo anterior (art. 378) o dever das partes colaborarem com a justiça. Difícil imaginar que a colaboração com a justiça em busca da verdade dos fatos não passe pela necessidade de que as partes produzam provas que possam eventualmente lhes prejudicar em benefício da busca da confirmação de suas alegações.

após a apresentação das alegações iniciais do autor e do réu⁵⁶⁷. O encerramento dos atos deve ocorrer em um prazo razoável anterior à realização de audiência de conciliação.⁵⁶⁸

Na prática, tendo em conta que na sistemática atual do CPC/2015 a apresentação de documentos pelas partes perante o juízo já é realizada na primeira ocasião que falam nos autos, resta apenas estabelecer que este seja também o momento em que apresentarão a lista de documentos e informações que não tem acesso imediato.

Esta lista, seguindo o modelo da regra 26(a)(1)(A) das FRCP, aqui utilizado como paradigma, conterá informações, destinadas à parte oponente, sobre pessoas e documentos que permita que ambas as partes, reciprocamente, realizem suas buscas e investigações probatórias tendentes a confirmar as alegações que fizeram por ocasião de suas manifestações iniciais.

É importante observar que a adoção da *disclosure* no procedimento preliminar estabelecido pelo CPC/2015 suscitaria uma mudança muito mais relacionada ao conteúdo do que ao procedimento. Dito de outro modo, não haveria mudança acentuada no procedimento de apresentação de provas, mas apenas a instauração da obrigatoriedade das partes apontarem reciprocamente onde se encontram as provas que podem ser utilizadas no processo.

Analisando criticamente o que pode sair errado na aplicação da *disclosure*, e considerando o que a pesquisa demonstrou, o resultado desta fase muitas vezes é a disponibilização por uma parte de volumosa documentação para forçar a parte oponente a desperdiçar recursos na busca das provas.

O sistema inglês vem buscando corrigir esta brecha, ao aplicar sanções para as partes que não apontarem com o devido destaque onde precisamente se encontram as evidências mais relevantes dentro do conjunto probatório apresentado. Este dever de especificar o conteúdo mais relevante da prova já foi tratado neste trabalho no capítulo 4.7 sobre *disclosure*, e é chamado de *duty of full and frank disclosure*.⁵⁶⁹

A alteração legislativa aqui proposta pressupõe que, assim como ocorre em relação à proposta de possibilidade de transformação na produção antecipada de provas em uma fase obrigatória de revelação de provas (apresentada no próximo capítulo), a audiência de conciliação ocorra apenas após a apresentação da defesa e da revelação dos documentos (*disclosure*).

⁵⁶⁷ Que no direito brasileiro correspondem à petição inicial (CPC/2015 art. 319) e contestação/reconvenção (CPC/2015 art. 335 e 343)

⁵⁶⁸ Um prazo entre 5 e 10 dias parece plausível, permitindo que as partes façam requerimentos diversos no sentido de esclarecer dúvidas e requerer o que lhes convir em relação ao que se passou e a audiência que virá.

⁵⁶⁹ Ver nota 178 e 553 acima. *Fundo Soberano v. dos Santos* (2018 EWHC 2199 (Comm)). Case n°: CL-2018-000269) e *Galagaev v. Ananyev* (2018) QBD (Comm).

A reconfiguração da ordem dos referidos atos processuais na fase preliminar esta presente em todas as propostas defendidas nesta pesquisa, pois um dos principais argumentos aqui defendidos é o de que a audiência de conciliação é pouco efetiva quando não permite que as partes tenham realizado diálogos baseados na permuta de informações e documentos na fase preliminar.

4.9 UMA NOVA REGULAMENTAÇÃO DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS COMO PROPOSTA DE REFORMA

É esperado que propostas de reforma tendentes a descaracterizar formatos tradicionais ou que visem a quebra de paradigmas processuais sejam recebidas com desconfiança - quando não imediatamente rechaçadas- pela comunidade jurídica.

Considerando esta possibilidade, uma alternativa para implantar, ao menos em parte, uma lógica de compartilhamento preliminar de provas entre as partes, seria ampliar a regulamentação da produção antecipada de provas.⁵⁷⁰

Isso levando em conta a noção de que o direito à prova engloba não somente o direito de produzir a prova, mas sobretudo a potencialização dos instrumentos probatórios que permitam que as partes tenham oportunidade de demonstrar os fatos que alegaram (CAMBI, 2001, p. 167)

Atualmente, a regulamentação do sistema processual civil brasileiro prevê, no artigo 381 CPC/2015, apenas 3 (três) possibilidades que autorizam que provas sejam produzidas na fase anterior ao início do processo. São elas: I- mostrar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos;⁵⁷¹ II- a prova produzida viabilize a autocomposição;⁵⁷² III – a produção da prova evite o ajuizamento de ação.⁵⁷³

O CPC/2015 permitiu algo que já era imaginado por processualistas quando ainda estava em trâmite seu projeto original⁵⁷⁴, a respeito da produção antecipada de provas, que é a hipótese de concessão da medida mesmo quando ausente o requisito da urgência.

A alteração trazida pelo novo diploma processual é bastante significativa e representa o rompimento de um paradigma legislativo que há tempos vinha sendo severamente

⁵⁷⁰ CPC/2015 art 381-382

⁵⁷¹ CPC/2015 art. 381, inciso I (“haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação”)

⁵⁷² CPC/2015 art. 381, inciso II (“a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito”)

⁵⁷³ CPC/2015 art. 381, inciso III (“o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação”)

⁵⁷⁴ Inicialmente projeto de lei nº 166/2010 no Senado, quando foi para a Câmara dos Deputados passou a ser Projeto de Lei nº 8.046/2010, vindo a se tornar Lei Ordinária 13105/2015 (Código de Processo Civil)

questionado por parte importante da doutrina. O avanço legislativo veio consagrar a existência de um direito autônomo à prova.

Quando o CPC/73 tratava a produção antecipada de provas como uma medida cautelar, trazia requisitos que condicionavam a concessão da medida à higidez probatória de um futuro e eventual processo “principal”.⁵⁷⁵

A leitura do instituto trazida pela promulgação do CPC/2015 deu nova perspectiva ao instituto, aumentando o rol dos meios de prova que podem ser produzidos e dispensando a necessidade da propositura de ação principal como condição da manutenção da eficácia da medida. Em suma, ampliou consideravelmente o grau de aplicação e perdeu a predominância do *status* de cautelar.⁵⁷⁶

Antes mesmo da existência de um anteprojeto de novo Código Processual, alguns autores, como Flávio Luis Yarshell, já difundiam a idéia de ampliar os limites de utilização deste instrumento.⁵⁷⁷ Outros autores, como Fredie Didier Jr.(*et al*, 2014, p.248), defendiam a tutela da prova como um direito, ou seja, a garantia autônoma de se constituir prova em juízo.

O direito à prova, portanto, passa a ser visto, como defendia Cambi (2001, p. 166), sob a perspectiva constitucional, como um desdobramento da garantia do devido processo legal, de defesa, do contraditório, devendo o legislador criar os meios para o exercício desta garantia.

Apesar de não haver o requisito condicionante de ajuizamento de uma ação principal, a lei exigia que se demonstrasse a possibilidade de utilização da prova em uma ação futura.⁵⁷⁸ A medida, portanto, visava a preservação de uma prova que poderia ser utilizada em um processo judicial principal, mas dentro da esfera das cautelares.

Na época, a produção antecipada cautelar era vista por alguns autores (MARINONI; MITIDIERO, 2011, p. 806-808) como mera medida assecuratória da prova, que por sua vez seria produzida durante o trâmite regular do processo autônomo principal.

⁵⁷⁵ O tratamento da produção antecipada de provas como medida/ação cautelar não é uma exclusividade do ordenamento brasileiro. O sistema processual italiano há muito já tratava o instituto sob a mesma perspectiva. Ver BUENO, Cassio Scarpinela. Curso sistematizado de direito processual civil, 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 308; Entre os juristas italianos, ver Piero Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova: Cedam, 1936.

⁵⁷⁶ Atualmente apenas o inciso I do artigo 381 traz previsão de produção antecipada nos moldes do CPC/1973, que somente previa a utilização do instituto com natureza cautelar.

⁵⁷⁷ Ver Antecipação da Prova sem o requisito da Urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁵⁷⁸ CPC/1973 Art. 846-851 (revogado)

Outras questões foram levantadas à época, como, *e.g.*, se a ausência/negativa de resposta do depoente na produção antecipada de prova (depoimento pessoal) seria suficiente para que lhe fosse aplicada a pena de confissão ficta⁵⁷⁹ (SILVA, 2006, p. 389).

Daniel Assumpção Neves (2008, intro), anos antes da publicação do CPC/2015, apontava para a necessidade da adoção de uma “cautelar probatória autônoma genérica”. O objetivo do autor, à época, era tratar de ações autônomas que tivessem como objeto a produção probatória.

Para Talamini (2016, p. 66), o surgimento da noção das ações probatórias se deve a uma noção de que, apesar da prova ser, em regra, um meio para a obtenção do objetivo processual, existem algumas situações em que ela se torna o próprio objeto do processo jurisdicional. O estabelecimento e a resolução do conflito, neste caso, se dariam em torno da própria prova.

A natureza cautelar da produção antecipada de provas já era bastante discutida na vigência do CPC/1973. Apesar de alguns autores defenderem até recentemente, em momento anterior ao CPC/2015, a manutenção da natureza cautelar da produção antecipada, havia uma crescente corrente no sentido de considerar o instrumento uma medida satisfativa.⁵⁸⁰

A doutrina caminhava no sentido de estabelecer diferenciações entre as cautelares probatórias e as demais, sendo necessário redimensionar o conceito de *periculum in mora* no sentido de aplicá-lo de forma diferenciada para a concessão de uma e outra medida.

Assim, para as cautelares comuns, o *periculum in mora* consideraria a salvaguarda do resultado útil do processo em face do tempo, e as probatórias o perigo de impossibilidade de produção de prova em momento futuro (NEVES, 2008, p.495).

As cautelares probatórias seriam medidas satisfativas do direito autônomo da prova. Este direito, por sua vez, se realizaria através de coleta de prova em procedimento típico de jurisdição voluntária (DIDIER JR.; SARNO, 2013, p. 7-8).

A ausência do requisito da urgência para a concessão, corretamente adotada pelo CPC/2015, abriu uma grande variedade de possibilidades para a utilização deste instituto,

⁵⁷⁹ Sobre a possibilidade de aplicação da pena de confissão ficta, ver Frank Gonçalves Nery, A Produção Antecipada de Provas no Novo Código de Processo Civil, Publicações da Escola da AGU, [V. 9, n. 2 \(2017\)](#), p. 171-172.

⁵⁸⁰ Luiz Fux e Nelson Nery Jr. se mostravam favoráveis à posição mais conservadora do instituto, seguindo a tendência jurisprudencial que apontava nesse mesmo sentido. Ver Curso de Direito Processual Civil. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 1633-1634 e Código de Processo Civil Comentado. 3.ed. São Paulo: RT, 2006, p. 960, respectivamente. Essa era também a posição de Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Arenhardt, para quem a concessão das referidas cautelares visava atender exclusivamente questões processuais, que por sua vez resguardariam o direito material discutido na ação principal. Ver Processo Cautelar. São Paulo: RT, 2008, p. 258-259.

deixando de ser um mero instrumento acessório de uma eventual ação judicial futura e ganhando em autonomia como instrumento principal de produção de provas.

Ao estabelecer este posicionamento, o CPC/2015, embora não tenha se aproximado tanto da tradição probatória do *common law*, colocou o ordenamento processual brasileiro em linha com o que vinha sendo adotado por outros países, como a Alemanha e a França (YARSHELL, 2016, p. 117).

O Código de Processo Civil Alemão (*Zivilprozessordnung*), no que diz respeito à produção autônoma da prova, tem regras quase idênticas às que foram adotadas pelo CPC/2015, com exceção do prazo para o ingresso com a demanda principal, exigência que deixou de ser contemplada pelo ordenamento brasileiro.⁵⁸¹

No ordenamento processual alemão, a lei não especifica um prazo fixo para o ingresso com a demanda principal após a conclusão da produção probatória requerida, cabendo esta decisão ao juiz.⁵⁸² Nota-se que a prova autônoma continua funcionando como uma medida cautelar propriamente dita, diferente do que ocorre com a atual regra do CPC/2015.

Nesse sentido, comparando estes dois sistemas de tradição *civil law*, é possível dizer que as regras do CPC/2015 para a produção autônoma da provas são mais avançadas – ou mais liberais- do que as atuais regras do *Zivilprozessordnung*.

Os sistemas jurídicos desenvolvidos na Europa continental, de forma geral, não são boas referências para estudo de mecanismos de produção antecipada de prova, pois a utilização é bastante tímida se comparada aos sistemas *common law* (RODRIGUES; LAUX, 2018, p. 139).

A reconfiguração da produção antecipada de provas promovida pelo CPC/2015, ao possibilitar a utilização do instituto para permitir a resolução de conflitos ou mesmo evitar seu ajuizamento, aproximou a sistemática processual brasileira ao padrão estabelecido pelo *common law* (NERY, 2017, p. 165).

Com esta alteração, foi rompida a tradição acautelatória do instituto de antecipação de provas, a natureza de instrumento processual apta a servir somente a um eventual processo principal em que as provas seriam de fato discutidas e valoradas (ALVES, 2016, p. 563). Com

⁵⁸¹ *Zivilprozessordnung* §484, 1º. O Código de Processo Civil Alemão prevê a possibilidade de produção antecipada de provas (autônoma) antes e durante o processo principal, exigindo a comprovação de que o meio probatório possa se perder ou tornar-se difícil.

⁵⁸² *Zivilprozessordnung* §494^a. Em caso de descumprimento, o código não fala em cancelamento dos efeitos da medida, mas apenas que os prejuízos e custas sofridos pela outra parte serão suportados pelo requerente que descumprir com a exigência do ingresso com a ação principal.

isso, confere-se autonomia ao procedimento ao mesmo tempo em que se ampliam as possibilidades da utilização de seu produto.

A extração do requisito da urgência reposicionou a produção autônoma da prova fora do âmbito das medidas cautelares e reforçou sua natureza probatória. A utilização deste instrumento, no entanto, pode ser potencializada mediante o ajuste de algumas regras processuais simples, como se proporá mais à frente.

Apesar de parecerem bastante singelas em uma primeira análise, as alterações trazidas pelo CPC/2015 têm o potencial de fomentar alterações muito mais significativas, pois elas potencializaram a visão da prova como um direito autônomo, o que há muito era defendido por parte da doutrina.

Nessa nova definição de direito à prova há uma mudança na concepção no que toca à relevância da prova que deixa de ter vinculação lógica direta com a seleção de fatos que necessitam ser provados em um determinado processo, passando a ter relação com o esclarecimento e investigação de fatos que possam vir a elucidar situações que permitam melhor e mais acurada visão das partes sobre sua posição jurídica (se de vantagem ou desvantagem) em relação a alguém. (ALVES, 2016, p. 563)

Ao deixar de ter um vínculo obrigatório com um eventual processo principal, a produção autônoma de provas deixa de ser um ativo exclusivo do juiz e da apreciação do mérito processual e passa a compor a esfera de autonomia da vontade das partes, que representa um universo praticamente inexplorado pelo direito processual na tradição *civil law*.

A ampliação que o CPC/2015 promoveu nas possibilidades de utilização do instituto de produção antecipada da prova abre margem para que ele alcance situações que antes não seriam possíveis, passando a compor a esfera de pelo menos dois núcleos de abordagem, o do juízo e o das partes.

As partes têm direito à produção ou à aferição da veracidade da prova, antes e independentemente do processo, por uma série de razões: avaliar suas chances efetivas numa futura e eventual disputa litigiosa, estimar os custos de tal disputa, verificar as possibilidades e termos de um possível acordo com o adversário – e assim por diante (TALAMINI, 2016, p. 76).

É possível notar que o CPC/2015 atribuiu ao instituto de produção autônoma de provas a natureza de ação, e não de uma medida ou um procedimento especial. Mesmo sendo concebido como uma ação simplificada, não há que se falar em atribuição de juízo de valor pelo magistrado sobre as provas produzidas (NERY, 2017, p. 166).

Medina (2016, p. 640-641), ao tratar sobre os limites da cognição judicial sobre a prova, destaca que a ação probatória não discute o direito material que eventualmente será objeto da prova. Esta atividade será realizada por juiz de outra ação. O autor aduz que, por esta razão, a prova é “realmente” produzida apenas quando admitida em outro processo.

Essa opinião também é compartilhada por Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 274), para quem a prova produzida em procedimento autônomo não vincula sequer a admissão da prova pelo juiz do processo em que ela será discutida, quanto mais a valoração. Para os quatro autores acima referidos, o que ocorre na produção antecipada de provas é a mera obtenção da prova, e não sua produção de fato, pois esta se dará -ou não- na constância do processo “principal” em que será eventualmente admitida e valorada.

Importante observar que existe desacordo na doutrina a respeito da natureza jurisdicional do instituto, havendo quem defenda se tratar de mera atividade administrativa, pois não há lide, partes ou formação de coisa julgada.⁵⁸³ De outro lado, há quem entenda que se trata de atividade tipicamente jurisdicional, considerando que a admissibilidade e o modo de produção da prova constituem resoluções de fato e de direito.⁵⁸⁴

Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 275), a modalidade de produção antecipada de provas não contenciosa, prevista no artigo 382, §1º do CPC/2015, exige dos interessados a mera demonstração de que existe um interesse justificável para sua obtenção, não havendo necessidade de aludir a qualquer litígio ou pretensão eventual futura.⁵⁸⁵

Sob a perspectiva deste trabalho, a natureza da produção autônoma de provas não possui grande relevância, desde que ela seja reconhecida como um procedimento autônomo que pode ocorrer a qualquer momento, independente da existência atual ou futura de uma ação principal. Importa, ainda, garantir que o procedimento seja conduzido de acordo com o interesse das partes, sem que haja um alto grau de discricionariedade do juízo em relação aos critérios para sua admissão.

Considerando a regulamentação atual do CPC/2015, a reforma da sistemática da produção antecipada da prova que parece mais adequada deveria concentrar esforços na ampliação do rol do artigo 381, ou mesmo uma reconfiguração de sua estrutura.

Resta claro que o acesso das partes ao conjunto probatório próprio e da parte oponente, em momento anterior ao eventual início de um procedimento judicial litigioso, representa uma ampliação bastante considerável na perspectiva de utilização do material para fins de encerramento da controvérsia antes mesmo de seu início na esfera judicial.

⁵⁸³ É a posição defendida por Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Santos de Oliveira em Curso de Direito Processual Civil. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 138.

⁵⁸⁴ Flávio Luiz Yarshell aponta para os fatores que denotam a natureza jurisdicional da produção antecipada de provas, entre eles: o caráter substitutivo, posto que um terceiro imparcial colabora para preservar a validade, eficácia e credibilidade da prova, e ainda; b) por visar a solução consensual de conflitos, que é um dos escopos da jurisdição. Ver Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 1028.

⁵⁸⁵ Esta interpretação dos referidos autores ao instituto da produção antecipada de provas introduzida pelo CPC/2015, pressupõe, ao que parece, a existência de uma modalidade independente de produção antecipada não contenciosa, independente das possibilidades encartadas nos incisos do art.381.

Com isso em mente, é pertinente percorrer algumas possibilidades de se aplicar esta perspectiva no âmbito da regulamentação processual vigente, de maneira a aprofundar a utilização dos meios mais eficientes de utilização da prova sem deixar de considerar a estrutura processual e a regulamentação já existentes.

Existem duas maneiras de ampliar o alcance do instituto sem provocar muitas alterações na estrutura da legislação, ambas mantendo seu espírito, que é a produção de provas tendentes a evitar que um potencial litígio se torne um futuro processo judicial, sendo esta a compreensão mais atualizada da lei.

A primeira opção seria manter o instituto de produção antecipada de provas onde se encontra (Seção II, art 381 e 382), ampliando e especificando as hipóteses dos incisos II e III, tornando-o um procedimento facultativo para as partes e anterior ao ingresso do pedido judicial principal.

Observe-se que, apesar de se encontrar no âmbito pré-processual, a opção das partes pela realização ou não da fase de produção antecipada de provas geraria efeitos no eventual processo principal, pois a prova produzida antecipadamente somente poderia ser repetida na fase instrutória regular em caso de decretação de sua nulidade.

Outra consequência importante da sistemática proposta é que, uma vez que um dos interessados ingressar com pedido visando a produção antecipada de provas, inicia-se uma fase processual que não deve ficar pendente ou indefinida no tempo. Isso significa que, na medida em que um interessado propõe a produção de provas de forma antecipada, os outros possíveis interessados imediatamente são vinculados pelo procedimento e devem optar pela realização de provas antecipadas.

Ao optar pela não realização da prova antecipada, ou diante do silêncio sobre essa possibilidade, as partes ficariam à mercê dos critérios do juízo por ocasião da fase instrutória regular, os quais devem ser mais restritivos. A proposta aqui defendida é de maior autonomia e liberdade no caso da produção antecipada, haja vista que ela não necessariamente se destina ao juiz.

Apesar de não poder ser obrigada a produzir ou obter antecipadamente as provas tendentes a confirmar os fundamentos de seu caso, a parte interessada, em face de quem o pedido se direcionou, pode apenas deixar de produzir as suas provas, devendo colaborar com a produção e obtenção das provas requeridas pela parte requerente.

Instaura-se assim, efetivamente, uma fase obrigatória de revelação de provas que, apesar de não obrigar a parte requerida a obter ou produzir suas próprias provas, a obriga a participar da obtenção das provas tendentes a formar o conjunto probatório da parte

requerente. A intenção e a tendência é que, havendo um potencial litígio entre elas, a parte requerida opte por obter provas em seu proveito no mesmo procedimento.

A segunda opção seria deslocá-lo⁵⁸⁶, já no âmbito do processo judicial, para a fase imediatamente posterior à apresentação da petição inicial⁵⁸⁷ e da defesa/reconvenção⁵⁸⁸. Levando em conta, como já dito acima, que a audiência de conciliação prévia perderia o sentido neste contexto, a fase de produção (antecipada) de provas poderia ocupar esse lugar, ou seja, o íterim que atualmente é destinado à fase conciliatória prévia.

Esta segunda opção apresentada reconfigura substancialmente o instituto e principalmente a fase processual inicial, pois o retira da fase pré-processual e desloca o procedimento para o interior da fase processual, desconfigurando, a princípio, sua natureza autônoma e permitindo que funcione como uma fase *pretrial*.

A produção de provas deixa de ser concebida como um mero procedimento entre interessados, de natureza administrativa ou de jurisdição voluntária, e passa a ser concebida como uma fase em que os participantes são partes de um litígio judicial já em andamento.

A alocação da produção antecipada de provas na fase intra-processual é uma alteração mais crítica e delicada, pois demandaria a inclusão de uma nova possibilidade além dos incisos II e III, desta vez prevendo uma hipótese visando medidas probatórias tendentes a evitar a continuidade do litígio, bem como estabelecer um diálogo baseado em informações mais precisas e compreensíveis sobre o caso.

Esta proposta de reforma, um pouco mais acentuada, reforça a compreensão da prova no sentido de romper o paradigma presente na tradição romano-germânica de que toda prova produzida tem como único objetivo o juízo de valor pelo magistrado, desconsiderando que se trata de um direito autônomo. Significa romper também o paradigma de que somente serão produzidas as provas de interesse do juízo.

A ideia é limitar a produção antecipada de provas intraprocessual a um conjunto de provas cuja produção seja menos complexa, tais como a obtenção e acesso a documentos, revelação de informações e questionamentos escritos, deixando as provas orais e periciais para a fase instrutória sob a condução do juiz.

Munidas de informações documentais que não teriam acesso seguindo o procedimento atual, bem como de respostas a questionamentos que adiantam o posicionamento das partes e testemunhas em uma eventual produção de prova oral perante a

⁵⁸⁶ O deslocamento poderia se dar apenas em relação aos incisos II e III, já que o inciso I prevê uma situação em que a produção antecipada de provas contempla uma circunstância diferente da estudada nesta proposta de pesquisa.

⁵⁸⁷ CPC/2015 art 321

⁵⁸⁸ CPC/2015 art 335 e 343, respectivamente

instrução processual ordinária, tende a aumentar significativamente o nível de esclarecimento das partes sobre os fatos e a maneira como eles podem ser interpretados em juízo.

Considerando a preocupação com as despesas que o procedimento pode gerar, e visando evitar que uma parte seja obrigada a despendar valores com provas que não tem interesse em produzir, convém que as partes sejam instadas a optar pela produção antecipada de provas e, diante da negativa ou do silêncio, seja entendido como dispensa da prerrogativa da produção antecipada aplicável exclusivamente à parte que assim optou.

A elucidação dos fatos controvertidos em momento anterior ao início da instrução processual permite que as partes dialoguem com mais liberdade, não se sentindo pressionadas a seguir com o procedimento até a decisão adjudicada, haja vista que se encontra em fase incipiente, onde o incentivo ao acordo não significa uma derrota processual.

Uma solução alcançada exclusivamente pelos próprios titulares do conflito, baseada no prévio conhecimento de informações e fatos, além de deter maior possibilidade de extinguir efetivamente o conflito entre elas, colabora do mesmo modo com uma eventual solução adjudicada (RODRIGUES; LAUX, 2018, p. 144)

Não se propõe, obviamente, que as partes exclusivamente decidam quais provas serão ou não produzidas, mas sim que o critério para deferimento de produção antecipada de provas seja mais amplo do que os critérios regulares utilizados no momento da instrução probatória.

A primeira solução aqui apresentada, em que a produção antecipada de provas se mantém no estágio extraprocessual, parece ser a opção mais adequada, uma vez que sua aplicação harmoniza melhor com a regulamentação já existente e não envolve a criação de novas regras que tornam o procedimento extenso dentro do âmbito processual.

Não se pretende, ainda, propor uma desvinculação absoluta do ato de produção da prova com sua pertinente utilização no âmbito processual. O propósito das alterações propostas é ampliar a noção da prova como meio tendente a resolução de conflito para além da decisão adjudicada, alcançando outras formas de resolução.

Essa formulação deve ser concebida com o intuito de auxiliar a função jurisdicional do magistrado, permitindo que os casos alcancem a fase probatória ou de julgamento já devidamente examinados e avaliados pelas partes interessadas, de maneira que restem apenas os casos cuja controvérsia ultrapasse a capacidade das partes em resolverem conjuntamente o litígio sem o auxílio do Estado.

Se, por outro lado, a revelação de dados, o acesso às informações sobre o caso, o intercâmbio de provas e a troca de impressões, não for suficiente para que as partes alcancem

uma solução conciliatória por si mesmas, os fatos já terão sido exaustivamente explorados e a controvérsia suficientemente estabelecida, facilitando o trabalho do juiz no ato de julgar.

O juiz permanece sendo o destinatário final das provas no âmbito processual, no entanto, a natureza de autonomia se refere ao direito das partes de produzir a prova, e decidir, de forma também autônoma, pela sua utilização ou não no âmbito processual, afinal, isso esta na esfera do direito de ação.

Nesse contexto, é pertinente apontar, apenas a título de estabelecimento de parâmetros comparativos, a grande liberdade de acesso às provas que a legislação processual dos EUA concede às partes por ocasião da produção e provas na fase *pretrial*. A regra nº26 das *Federal rules* (FRCP) prescrevem o seguinte⁵⁸⁹:

Ressalvadas as hipóteses de limitação pelo juízo, o âmbito da *discovery* é o seguinte: as partes podem produzir provas relacionadas a qualquer questão que não seja objeto de privilégio/sigilo, que sejam relevantes para as partes proporcionalmente às particularidades do caso, considerando a importância do tema discutido na ação, a medida de controvérsia, o acesso às partes a informações relevantes, os recursos que as partes dispõem, a relevância da produção da prova para resolver as questões, e se o ônus ou as despesas do procedimento ultrapassam os benefícios que ela promove. As informações obtidas dentro destas perspectivas e critérios não necessariamente precisam ser admissíveis como provas em julgamento para serem produzidas.⁵⁹⁰

Nenhuma proposta séria de reforma dos mecanismos de produção de provas do sistema brasileiro- e da maioria dos sistemas de países oriundos da tradição *civil law*- poderia sugerir critérios tão avançados e flexíveis como os acima transcritos. Não obstante, alguma flexibilização é desejável se a intenção é a exposição e o intercâmbio de informações entre as partes visando a máxima compreensão do litígio.

A intenção da proposta aqui discutida é, sim, estabelecer uma fase preliminar em que o juiz não seja, pelo menos por um momento, o único destinatário final e absoluto da produção de provas. Para isso, não seria necessário que ele abrisse mão de seus poderes de condução na produção de provas, mas apenas que essa condução se desse sob regras procedimentais mais flexíveis em relação ao objeto das provas.

Já existe um posicionamento sólido na doutrina brasileira de que a visão tradicional do juiz como destinatário único da prova deu lugar a uma visão moderna das partes como

⁵⁸⁹ Federal Rules of Civil Procedure, Title V Rule 26(b)(1) *Discovery Scope and Limits; Scope in General*

⁵⁹⁰ No original: *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.* (tradução livre)

destinatários das provas, juntamente com o juiz, conseqüência do entendimento de que as partes tem direito à prova (MEDINA, 2016, p.638).

Não se pretende, sob uma perspectiva de reforma mais radical, simplesmente propor uma divisão do procedimento em duas fases *pretrial* e *trial*, ao modo da tradição anglo-americana, pois isso provavelmente descaracterizaria a fase inicial do sistema processual civil brasileiro, causando mais danos e insegurança do que benefícios.

A idéia da proposta é ampliar as possibilidades de produção antecipada de provas, com o estabelecimento de regras mais flexíveis para admissão da produção da prova, sem o enfoque no juiz como destinatário único e absoluto da prova e, quando possível, permitindo e incentivando que as partes tenham maior liberdade para investigar os fatos na esfera privada.

A realocação ou mesmo reconfiguração de uma fase processual certamente deve interferir nos -já tão debatidos- fatores morosidade e despesas processuais. Não obstante, a tendência da implantação desta fase é que uma quantidade muito menor de casos ultrapasse esta fase.

Os processualistas brasileiros parecem estar bastante atentos à necessidade de se incorporar no ordenamento brasileiro alguns conceitos mais modernos em relação ao acesso, critérios de concessão, momento de produção, utilização e destinação da prova.

O Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC)⁵⁹¹, estabeleceu uma série de enunciados para tentar harmonizar a prática processual no país e manter um entendimento alinhado com as mudanças mais importantes no âmbito do direito processual e que impactem na eficiência do sistema de justiça brasileiro.

O enunciado nº19 do FPPC, ao tratar do tema negócios jurídicos processuais, regulamentado no artigo 190 do CPC/2015, prevê que são admissíveis, entre outros, os negócios processuais relacionados a:

[...] pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de *disclosure*), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogoratórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova[...]⁵⁹²

Da leitura deste enunciado, é de se notar que já existe uma tendência de uma parte dos processualistas em defender a ampliação do controle dos advogados e partes sobre os atos processuais, bem como de estabelecer instrumentos que possibilitem uma maior comunicação entre as partes.

⁵⁹¹ Sob a coordenação geral do Professor Fredie Didier Jr, o Fórum Permanente de Processualistas se reúne periodicamente para discutir assuntos de natureza processual civil e estabelecer enunciados aplicados ao tema.

⁵⁹² Fórum Permanente de Processualistas Civis, Enunciado nº19.

Este trecho do enunciado é nitidamente inspirado na *discovery* anglo-americana, pois além de prever a possibilidade da revelação de documentos de forma mútua entre as partes - que na fase *pretrial* é chamada de *disclosure*-, prevê, ainda que de forma genérica, o acordo entre as partes sobre a produção antecipada de provas.

Apesar de este enunciado mostrar que os processualistas brasileiros estão bem orientados em relação ao rumo que o tratamento da prova deve seguir a partir do CPC/2015, é muito provável que esta possibilidade de utilização do negócio jurídico processual, assim como as demais, seja muito pouco utilizada.

A idéia é que o ordenamento não apenas preveja mecanismos sofisticados de solução de conflitos utilizando a melhora na comunicação entre as partes e otimize a utilização dos meios de prova, como também que esses mecanismos sejam utilizados em larga escala e que gerem impacto nos índices quantitativos da justiça.

Para atingir este objetivo, o ordenamento processual deve ser reconfigurado de forma que a regulamentação do procedimento inicial relacionado à produção e intercâmbio de provas e comunicação de qualidade entre as partes atinja um volume massivo de casos.⁵⁹³

Outro aspecto essencial para a proposta de reforma é que se considere a já estudada relação da *discovery* com o *summary judgment* no direito norte-americano.⁵⁹⁴ O requerimento por julgamento sumário, naquele contexto, é um importante instrumento do réu para, conhecido o conjunto probatório do autor, tentar encerrar a ação precocemente.

No ordenamento brasileiro, a aplicação desta lógica não requer nenhuma alteração substancial no ordenamento processual, bastando que o procedimento descrito no capítulo sobre o julgamento conforme o estado do processo do CPC/2015⁵⁹⁵ passe a conter uma previsão de julgamento antecipado de acordo com as provas produzidas, de ofício ou a pedido das partes.

Uma sugestão de redação deverá conter algo nesse sentido: “o juiz, convencido de que as provas produzidas pela partes são insuficientes para sustentar suas alegações, e considerando desnecessária a realização da fase instrutória, deve julgar o caso de forma antecipada”

Uma questão relevante, e que merece debate, diz respeito ao local de produção de determinadas provas entre as partes, bem como os responsáveis pela supervisão e condução dos atos processuais.

⁵⁹³ Comunicação de qualidade, neste contexto, significa que as partes devem ter acesso à documentação e conjunto probatório da parte adversa para poder estabelecer um diálogo que conduza a uma decisão consciente e esclarecida, e não um acordo obscuro e sem base em fatos e em suas chances de vitória processual.

⁵⁹⁴ Federal Rules of Civil Procedure, Title V Rule 26 Title VII Rule 56, respectivamente.

⁵⁹⁵ CPC/2015, Parte Especial, Livro I, Título I, Capítulo X

É possível visualizar quatro proposições sobre estas questões, podendo o ato ser conduzido: a) pelo magistrado nas dependências do fórum; b) pelos advogados acompanhados de um oficial de justiça especializado, nas dependências do fórum; c) pelos advogados, em seus escritórios, acompanhados de um oficial de justiça especializado; d) pelos advogados, em seus escritórios, sem supervisão direta de oficiais ou do magistrado.

Neste quesito, se a reforma se espelhar nos ditames das regras federais do sistema americano, a opção escolhida seria 'c' ou 'd', pois a previsão daquele estatuto é de que, e.g, os depoimentos (*depositions*), que são meios de prova que, pela sua natureza contundente, exigem uma certa formalidade, regra geral, devem ser tomados perante um oficial autorizado a tomar o juramento do depoente ou uma pessoa indicada pela corte.⁵⁹⁶

A regra processual americana permite que, caso não haja uma estipulação da corte em um determinado sentido, as partes podem estipular regras entre si⁵⁹⁷, estabelecendo que os depoimentos (*depositions*) possam ser tomados perante qualquer pessoa⁵⁹⁸, a qualquer hora, em qualquer lugar.⁵⁹⁹

Apesar da grande liberdade concedida pela legislação americana às partes e advogados na fase de produção de provas durante o *pretrial*, é preciso ter em conta que a tradição *civil law*, mais especificamente o sistema brasileiro, é de que a condução dos principais atos processuais seja realizada pelo juiz no ambiente das cortes.

Autorizar os advogados a conduzir determinados atos processuais não necessariamente significa quebra de paradigmas processuais. O CPC/2015 estabeleceu que as testemunhas pudessem ser questionadas diretamente pelas partes, ao mesmo tempo em que manteve a prerrogativa do juiz elaborar e direcionar perguntas às testemunhas antes ou depois das realizadas pelas partes⁶⁰⁰ (YARSHELL, 2016, p. 120).

É de se imaginar que, mesmo que se considerasse a condução de produção de provas, - e.g., de depoimentos- por advogados em seus escritórios sob a supervisão de oficiais de justiça especializados, as despesas com o deslocamento e diárias com esses funcionários impactaria negativamente nas custas judiciais arcadas pelas partes.

À vista disso, é prudente que a proposta leve este fator em consideração, bem como mantenha a linha cautelosa desta pesquisa em propor reformas moderadas e ponderadas, que

⁵⁹⁶ Federal Rules of Civil Procedure, Title V Rule 28(a)(1)(A)(B)

⁵⁹⁷ Fazendo uso de um instituto que recentemente foi implantado no ordenamento brasileiro pelo CPC/2015 chamado negócios jurídicos processuais, previsto nos art. 190-191

⁵⁹⁸ Com exceção de parentes, empregados, o próprio advogado, ou pessoas que possam ter interesse na causa. Ver Federal Rules of Civil Procedure, Title V Rule 28(c)

⁵⁹⁹ Federal Rules of Civil Procedure, Title V Rule 29(a)

⁶⁰⁰ CPC/2015 Art 459 e §1º

considerem os aspectos culturais dos sistemas e que não gerem uma ruptura de paradigma de impacto negativo no sistema brasileiro.

A proposta aqui apresentada não é inédita nem contraria as práticas que se desenvolvem em outros países que adotaram o sistema romano-germânico. Ao contrário, a visão de que a produção antecipada de provas deve servir como instrumento de auxílio na fundamentação de conjuntos probatórios em momento anterior a um eventual processo judicial já foi debatida em outros ordenamentos.

Na Itália esta abordagem tem a adesão de importantes nomes do direito processual, em movimento semelhante ao ocorrido no Brasil, no sentido de admitir a utilização da produção antecipada de prova para outras finalidades, de forma a ampliar a eficiência sistêmica do instituto.

Ainda em 2002, uma comissão judiciária (*Commissione Ministeriale*)⁶⁰¹ já vislumbrava reformas processuais no sentido de permitir que o *procedimenti di instruzione preventiva* pudesse contemplar os casos e que estivessem ausentes requisitos de *periculum in mora* (COMOGLIO, 2004, p. 142).

Diante da conjuntura estrutural do sistema de justiça brasileiro, que oferece - tanto no âmbito da jurisdição dos estados como no âmbito federal- um razoável aparato de estrutura física e de recursos humanos,⁶⁰² seria plausível dispor dos espaços atualmente utilizados para a realização de audiências de conciliação para que sejam realizados os atos conduzidos pelos advogados e supervisionados por oficiais da justiça ou pessoal treinado e orientado que já atue na função de conciliador/mediador.

Já existe regulamentação processual para a produção de provas antecipada na legislação pátria no CPC/2015⁶⁰³, não como uma fase processual, mas como uma medida judicial isolada, que não esta condicionada à existência de um processo atual ou futuro.

Observe-se que este ato processual, apesar de aparentemente isolado, realiza-se no âmbito do poder judiciário, e conta com a participação e condução de um juiz. Ainda, não existe nenhuma garantia, condição ou previsão de que a prova produzida será utilizada em um processo atual ou futuro, bem como não existe previsão alguma para que o magistrado que

⁶⁰¹ Esta comissão, presidida por Vacarella em 2002, conhecida como *Commissione Vaccarella*, em sua proposição nº 52 previa a possibilidade de utilização dos meios processuais para permitir a concessão de medidas preventivas sem a necessidade de cumprimento do requisito urgência (*periculum in mora*), inclusive para utilização em momento anterior ao processo e como intuito de adequar uma eventual estratégia defensiva

⁶⁰² As despesas com recursos humanos superam 90% das despesas totais do Poder Judiciário no Brasil. Ver relatório Justiça em Números 2018, CNJ, p. 61.

⁶⁰³ CPC/2015 art 381

preside o ato realize qualquer juízo de valor sobre o mesmo, nem qualquer liberdade discricionária para que limite ou amplie a utilização da prova ali produzida.

Diante destas constatações, depreende-se que já existe no ordenamento brasileiro a previsão de produção de provas realizadas em âmbito extra-processual, e sobre as quais, o juízo de valor é realizado, a princípio, apenas pelas partes interessadas.

Significa dizer que existem caminhos que indicam soluções para a utilização de algo semelhante à *discovery* no ordenamento brasileiro, bastando que, para tanto, seja ampliada a regulamentação da fase de produção antecipada de provas de maneira a tornar esse instituto uma condição ao ingresso do litígio no âmbito judicial.

4.10 ESBOÇO DE IMPLANTAÇÃO DE UMA FASE DE REVELAÇÃO DE PROVAS NA SISTEMÁTICA PROCESSUAL BRASILEIRA: APRENDENDO COM OUTRAS EXPERIÊNCIAS

O sistema brasileiro não é propriamente adversarial,⁶⁰⁴ no entanto, a implantação de uma fase de revelação de provas pode servir para que esta lógica processual permita maior aproximação entre as partes, e assim, seja colhido o resultado do conflito de argumentos entre elas, qual seja, aumento de casos de encerramento sem necessidade de julgamento (*adjudication*).⁶⁰⁵

A análise da proposta deve prever e considerar o surgimento de alguns fatores negativos importantes, tais como: a) o potencial aumento de despesas oriundo da implantação de uma nova fase processual; b) a potencial morosidade que uma fase de revelação de provas pode causar no trâmite processual.

O primeiro fator se refere tanto às despesas com honorários advocatícios como custas judiciais, mais aquela do que esta, pois a idéia é que, assim como a versão original, a fase de revelação seja conduzida pelos advogados e apenas supervisionada pelo juízo.

Não se pode esquecer, afinal, que o estudo do processo civil inglês e norte-americano aqui realizado revelou que, entre os descontentamentos mais freqüentes dos usuários, estão as despesas e tempo despendidos com a aplicação dos recursos mais elaborados da *discovery*.⁶⁰⁶

⁶⁰⁴ Não existem ordenamentos verdadeiramente puros. Apesar disso, são comuns as denominações ‘inquisitorial’ para se referir aos ordenamentos de tradição *civil law* e ‘adversarial’ para se referir aos ordenamentos de tradição *common law*. Ver José Carlos Barbosa Moreira, O Processo Civil Contemporâneo: um enfoque comparativo, Revista da EMERJ, v. 6, n. 24, 2003, p 57.

⁶⁰⁵ A palavra julgamento aqui é utilizada no sentido de *adjudication*, ou seja, uma decisão de um terceiro na relação litigiosa (juiz) que envolva a análise dos argumentos e posicionamento em (des)favor de uma das partes, não apenas uma decisão de encerramento sumário ou homologação de acordo.

⁶⁰⁶ A grande maioria dos artigos utilizados para embasar a pesquisa nos tópicos que descrevem o surgimento e desenvolvimento dos instrumentos processuais do *common law* (ver capítulo 3.1) coloca as despesas e o tempo gasto na aplicação dos instrumentos como fatores de primeira importância.

Nos referidos sistemas, as despesas processuais funcionam como um fator preponderante para que as partes optem pela desistência ou pelo acordo. Este fator só não é mais preponderante do que o receio de um julgamento contrário (BUNDY; ELHAUGE, 1991, p. 363).

Não se pode esquecer, contudo, que aumentar a qualidade e eficiência do sistema não é barato.⁶⁰⁷ Considerando a realidade do sistema brasileiro, é preciso ter em conta que as medidas implantadas na última década pelas políticas judiciárias dos órgãos dos tribunais e especialmente pelo Conselho Nacional de Justiça, até então, consumiram muitos recursos com resultados questionáveis.⁶⁰⁸

A implantação de uma fase de revelação obrigatória de provas no sistema brasileiro, a princípio, não exigiria grandes alterações na legislação vigente. Sem embargo, pequenas reformas pontuais alterariam significativamente a prática das ações cíveis no Brasil.⁶⁰⁹

A proposta de instauração de um procedimento investigatório preliminar no ordenamento brasileiro não é novidade, tendo sido esboçada pelo professor Leonardo Greco (2010, p. 114-115) já há alguns anos⁶¹⁰:

Um lançar de olhos para o sistema da *common law* pode-nos esclarecer que essa limitação cognitiva, se relevante, poderia ser remediada por vários meios, entre os quais um procedimento investigatório preliminar, como a *discovery* ou *disclosure*, respectivamente do direito americano e do direito inglês.

Infelizmente as ideias propostas pelo grupo de pesquisa coordenado pelo professor Greco não foram adotadas pelo então projeto de lei que culminou na promulgação do atual CPC. Por esta razão, persiste a necessidade de reflexão sobre o assunto e o aperfeiçoamento destes ideais.

Partindo da conjuntura atual, considerando as alterações que o ordenamento processual sofreu com a introdução da nova lei processual, é preciso propor uma nova

⁶⁰⁷ Sobre os custos de um sistema dotado de rigor e precisão, ver Louis Kaplow, *The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis*, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 23, No. 1, *Economic Analysis of Civil Procedure* (Jan., 1994), p.333-334 (“além disso, a utilização de métodos alternativos pode até não refletir uma opinião diferente em relação ao valor da precisão, mas aumenta a crença de que procedimentos diferentes podem produzir resultados melhores a um custo menor”); ver também Gustavo Ribeiro, *Evidentiary Policies Through Other Means*, p. 33 (“melhorar o nível de precisão do sistema é importante, porém não é grátis nem barato”) (Tradução do autor)

⁶⁰⁸ Ver neste trabalho capítulo 4.4.3 Considerações sobre os Índices de conciliação no Brasil, análise dos relatórios do CNJ em relação aos índices de acordos e tratamento dos dados referentes à conciliação.

⁶⁰⁹ O que seria equivalente à noção de *civil litigation* nos EUA

⁶¹⁰ O professor Leonardo Greco coordenou um projeto de pesquisa na faculdade de direito da UERJ chamado Observatório das Reformas Processuais, e os participantes criaram um anteprojeto de CPC. Neste anteprojeto, havia a previsão de criação de um procedimento probatório extrajudicial, inspirado nos benefícios da *discovery* oriunda da tradição anglo-americana. Ver A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro-anteprojeto do grupo de pesquisa “observatório das reformas processuais” da Faculdade de Direito da UERJ, Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 13, 2014.

regulamentação reformadora que considere a atual disposição do ordenamento em relação ao direito probatório.

Assim, da mesma forma como o CPC/2015 regulamentou a obrigatoriedade de audiência de conciliação prévia⁶¹¹, a simples previsão de uma fase de revelação poderia dar ensejo à mesma lógica de regulamentação.

O que impedirá que esta fase seja morosa e inefetiva não é o bom senso dos advogados nem a eficiente supervisão do juiz, mas a adequada regulamentação⁶¹². O estudo aqui realizado demonstrou que o *case management*, tanto aquele realizado por advogados fora do ambiente da corte como aquele realizado por juízes e oficiais no ambiente da corte, podem ser eficientes ou ineficientes.⁶¹³

É a regulamentação adequada e impositiva que permite ao juízo que funcione como um supervisor, que pode estar mais ou menos próximo do procedimento à medida que as regras são respeitadas pelas partes e advogados.

O estudo mostrou também que a possibilidade de aplicação de sanções às partes que descumprirem as regras mais importantes do procedimento, previstas na regulamentação dos instrumentos do *common law*, é uma maneira efetiva de controlar eventuais abusos praticados.⁶¹⁴

O trâmite processual previsto pelo CPC/2015 em relação à fase inicial (postulatória) segue a seguinte lógica: i) Petição inicial do autor indicando sua opção pela realização de audiência de conciliação⁶¹⁵; ii) o juiz recebe a petição inicial e designa audiência de conciliação⁶¹⁶; iii) o réu pode protocolar petição requerendo cancelamento da audiência, quando o desinteresse pela mesma tiver sido expresso pelo autor.⁶¹⁷

Ocorrendo a audiência de conciliação, algo muito peculiar sucede: as partes se reúnem perante um conciliador/mediador, e são instadas a dialogar somente sobre eventuais

⁶¹¹ CPC/2015 art 334

⁶¹² No capítulo 3.1.2 que fala da “*Discovery* nos EUA”, o trabalho expôs a visão de que um dos pontos negativos da *discovery* conduzida pelos advogados seria prejudicial, pois eles, pensando em sim mesmos, resistiriam em revelar provas contrárias a seus clientes para evitar o fracasso perante o juízo.

⁶¹³ Ver capítulo 3.2.4.3 do trabalho que fala sobre o *case management*

⁶¹⁴ A título exemplificativo, o sistema processual dos EUA possui regulamentação no sentido de permitir que o juiz convoque as partes compareçam em juízo para justificar medidas que contribuam para a morosidade e desencorajar a utilização de instrumentos que não conduzam a resultados efetivos. Ver Federal Rules of Civil Procedure, Title III, Rule 16(a)(3).

⁶¹⁵ CPC/2015 artigo 319, VII

⁶¹⁶ CPC/2015 artigo 334

⁶¹⁷ CPC/2015 artigo 335, II c/c 334, § 4º, I. Aqui, percebe-se que os dispositivos legais notadamente criaram uma situação dúbia, pois leva a entender que o desinteresse do autor pela conciliação não será levado em consideração se houver interesse pelo réu. O código encontrou uma maneira pouco ortodoxa para sugerir que a conciliação é a regra, apesar de não obrigatória.

propostas de acordo tendentes a encerrar o caso. Nesse ato não ocorre, em tese, nenhuma discussão sobre questões fáticas, jurídicas ou probatórias.⁶¹⁸

Às partes e advogados é solicitado e/ou esperado que encerrem o procedimento ali mesmo durante o ato, sem que detenham maiores conhecimentos sobre o conjunto probatório da parte oponente. A propositura de acordo deve ser realizada pelo réu, em regra, levando em consideração apenas o seu desejo de evitar a continuidade do procedimento judicial.⁶¹⁹

Um roteiro de orientações fornecido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul aos conciliadores atuantes nos Juizados Especiais Cíveis demonstra o quadro geral do que ocorre no restante dos estados. Aos conciliadores, as orientações para a audiência de conciliação são as seguintes:

6.1 [...] Não basta apenas propor, formalmente, o acordo, mas haver empenho e técnica adequada de conciliação, na condução da audiência. As partes podem expor, sinteticamente, suas razões.

6.2 Relativamente às propostas o conciliador deve ir sugerindo alternativas de aproximação, como um valor intermediário, pagamento em prestações, datas de pagamentos, etc.

O conciliador pode orientar as partes a respeito de como o Juiz Presidente ou as Turmas Recursais vem-se posicionando e julgando a matéria em discussão.⁶²⁰

De fato, não há nada de errado com as orientações acima transcritas, afinal, é recomendável, obrigatório pela legislação brasileira, que os conciliadores passem por períodos de treinamento e que recebam orientações de como melhor conduzir as tratativas conciliatórias.⁶²¹

Não obstante, as orientações demonstram o absurdo de um sistema que, na prática, impõe aos seus funcionários e colaboradores a penosa missão de convencer as partes e advogados a ignorar tudo que as levou até ali para discutir números sem conhecer o mínimo sobre o conjunto probatório do oponente.

Parece ainda pior a situação do advogado do autor que, apesar de já haver exposto na petição inicial a base de sua argumentação, não sabe se o réu detém boa base argumentativa ou probatória, e se vê na iminência de ter que convencer seu cliente a acatar uma proposta de acordo às cegas, sob o risco de transparecer intransigência.

Nesta fase, tudo o que se sabe a respeito do caso são alegações do autor apresentadas por ocasião da petição inicial, juntamente com documentos anexados, em sua maioria

⁶¹⁸ CPC/2015 artigo 165 § 2º e 3º, 166, § 3º e 4º.

⁶¹⁹ CPC/2015 artigo 334 § 11º

⁶²⁰ O roteiro, organizado por Gladis de Fátima Canelles Piccini e Micheline Pinto Bonatto, está Disponível em https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/comarcas/juizados_especiais/doc/Roteiro_para_Conciliadores.pdf

⁶²¹ CPC/2015 artigo 167 § 1º

produzidos unilateralmente por ele e seu advogado, e sobre os quais existe apenas uma presunção precária de veracidade/genuinidade.⁶²²

A implantação de uma fase de descoberta e acesso mútuo às provas entre as partes não necessariamente extinguiria a audiência de conciliação prévia. Não obstante, a possibilidade de acessar as provas de maneira recíproca certamente tornaria esta audiência desinteressante para as partes.

Por conseguinte, para efeito da proposição de reforma aqui discutida, a audiência de conciliação prévia poderia permanecer como uma mera opção, que é como tem funcionado na prática.⁶²³ Apesar da previsão de que a ausência em audiência configura ato atentatório à dignidade da justiça, com previsão de sanção⁶²⁴, a interpretação que os juízes têm conferido ao dispositivo é de que a não realização da própria audiência não gera maiores conseqüências.⁶²⁵

O objetivo da proposição aqui realizada não é que a conciliação deixe de ser uma opção para as partes, pelo contrário, a intenção é que ela se torne a melhor opção. Para isso, no entanto, é preciso sepultar a ideia de que a cultura de conciliação se constrói com a difusão de atos conciliatórios, ou com campanhas de conciliação.

A maioria dos países que adotam o sistema *civil law* não conta com mecanismos de revelação de provas na fase inicial conduzido por advogados, seja para promover oitiva de testemunhas seja para promover produção de documentos.

Apesar da possibilidade de se requerer que a parte adversa produza documentos, a maioria dos ordenamentos *civil law* apresenta severas restrições à obrigatoriedade de produção de prova contra a própria causa.⁶²⁶

⁶²² CPC/2015 artigo 320

⁶²³ Vide exemplos práticos: 40ª Vara Cível do Rio de Janeiro, autos nº 0168163-76.2016.8.19.0001, assim decidiu o magistrado: “[...] Considerando que houve manifestação do autor pela não realização da audiência prévia, com base no princípio da utilidade e da duração razoável do processo, deixo de designar a audiência prevista no art. 334 do NCPC [...]”; 8ª Vara Cível do Rio de Janeiro, Autos nº 0015993-13.2016.8.19.0004: “[...] Considerando tratar-se de direitos indisponíveis, revelando-se inviável a autocomposição, deixo de designar audiência de conciliação, na forma do art. 334, §4º, II do NCPC [...]”; Autos nº 0028129-51.2016.8.19.0001: “[...] Impor às partes uma audiência de conciliação que possui exclusivamente esse objetivo, sendo que a prática ensina que o percentual de acordos é pequeno, senão irrisório (...) inviável alongar por meses o tempo de resposta do réu, simplesmente para a realização de audiência de conciliação[...]”. As citações são oriundas de decisões de juízes do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRS), mas se repetem indefinidamente em todos os estados da federação.

⁶²⁴ CPC/2015 artigo 334 § 8º

⁶²⁵ Ver nota 623

⁶²⁶ *Nemo tenetur se detegere*. No Brasil, este princípio costuma ser relacionado ao direito processual penal e é conhecido como direito de não produzir prova contra si mesmo. Entretanto, ele tem sido reconhecido como um princípio geral do direito, sendo também utilizado nas demais áreas. O CPC/2015, por exemplo, em seu artigo 379, adotou o direito da parte de “não produzir prova contra si própria”, que deve ser visto com bastante cautela, haja vista que a natureza da garantia é nitidamente voltada ao direito processual penal, onde se discutem direitos de liberdade e interferência grave do Estado na vida dos particulares.

Em alguns casos, a legislação aplicada ao caso proíbe que as partes sejam obrigadas a produzir provas que criem sujeições de responsabilidade para si mesmas, e em outros casos permitem apenas sob a condição de que a prova seja a única forma de se comprovar o alegado (SUBRIN, 2002, p. 302).

O contraste entre os sistemas se revela bastante expressivo neste tema, pois o sistema *common law* apresenta poucas restrições na fase de produção de provas, *rectius*, apresenta restrições pontuais e de ordem liberal, mais voltadas a evitar o prolongamento e onerosidade da produção de provas, e não o controle judicial.

A *discovery* nos EUA permite que os documentos sejam revelados entre as partes sem intervenção prévia do juiz, e sem que a parte necessite demonstrar a relevância específica da prova, bastando que demonstre que a revelação pode levar à descoberta outras provas admissíveis⁶²⁷ (HAZARD JR, 1998, p. 1675).

O Japão, apesar de ter um sistema considerado híbrido, possui maior proximidade com as tradições jurídicas do *civil law*.⁶²⁸ Este país promoveu reformas em seu sistema processual cuja análise pode servir como parâmetro para se idealizar alterações em outros sistemas *civil law*, uma vez que envolve a utilização de instrumentos processuais comuns ao *common law*.

As reformas mais recentes, promovidas nos anos 1990 e que culminaram com a promulgação de um novo diploma procesual⁶²⁹, estabeleceram uma lógica conhecida no *civil law*, que é o detalhamento dos fatos e a especificação de que fato cada meio de provas pretende confirmar logo no requerimento inicial. A regulamentação japonesa estabelece também as *plenary hearings*⁶³⁰ (SUBRIN, 2002, p. 302).

⁶²⁷ Este critério, de que a investigação de fatos na *discovery* deveria ao menos levar a uma prova admissível no julgamento (*appears reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence*) foi extraído das regras federais e substituído por um texto ainda mais liberal. A parte final da regra federal n°26(b)(1) deixa claro que não há necessidade do critério “utilização em juízo” para que a *discovery* seja permitida (*Information within this scope of discovery need not be admissible in evidence to be discoverable*).

⁶²⁸ O Código de Processo Civil japonês de 1890 baseou-se na legislação processual alemã da época, que era bastante sofisticada. Posteriormente, visando fortalecer o controle da corte e diminuir a característica adversarial do sistema, adotou a base da legislação austríaca, que era por sua vez da mesma família germânica. Em 1926, o Japão adotou medidas visando dar mais efetividade ao litígio civil que incluíam alguns mecanismos criados pelos japoneses nativos (indígenas). No período pós-guerra, mesmo com a influencia do direito norte americano em outras áreas, a sistemática processual básica se manteve a mesma, com base germano-austríaca. Ver Takeshi Kojima, *Japanese Civil Procedure in Comparative Law Perspective*, v. 46 University of Kansas. *Law Review*. p. 687 (1998), p. 693-694

⁶²⁹ Lei n° 109 de 26 de Junho de 1996, emendada em 2006.

⁶³⁰ As *plenary hearings* já existiam antes da promulgação do novo Código de Processo Civil japonês, porém, com um alcance bem menor do que foi previsto pelo novo diploma processual.

Estas audiências preliminares passaram a ter uma função mais relevante com a promulgação do Código de Processo Civil em 1998⁶³¹, concedendo mais poderes ao juiz para ordenar que as partes apresentem comprovação em matéria de fato e de direito (KOJIMA, 1998, p. 698).

Nesta audiência o juiz procura esclarecer pontos fundamentais das questões trazidas pelas partes, podendo determinar a produção de prova documental, exame de testemunhas por um perito a inspeção de provas (SUBRIN, 2002, p. 302).

O mais recente código de processo civil japonês estabeleceu previsões visando uma apresentação mais ajustada e oportuna das provas e alegações⁶³², as partes foram autorizadas a realizar questionamentos escritos para a parte oponente com o objetivo de preparação de sua própria linha argumentativa e probatória.⁶³³

Podem ser realizadas várias audiências plenárias, que não necessariamente serão conduzidas pelo juiz, podendo ser presididas por um funcionário oficial da justiça.⁶³⁴ Quando as alegações do autor e da defesa estiverem claras e a controvérsia bem estabelecida, o juízo realizará audiências plenárias concentradas na produção de provas. Caso exista obscuridade, será designada uma audiência plenária específica para esclarecimento dos pontos controvertidos (KOJIMA, 1998, p. 699).

A reforma da legislação processual japonesa resolveu um problema que também se encontra presente no ordenamento brasileiro e que foi apontado e intensamente combatido neste trabalho, que é o tratamento formalista que se atribui às audiências iniciais, não servindo como uma etapa que contribui com o desenvolvimento processual.

Ao tratar as reuniões iniciais entre as partes como mera formalidade, perde-se uma oportunidade de estabelecer estas audiências como um marco de eficiência processual e aumentar os índices de acordo e encerramento ao possibilitar que as partes conheçam os detalhes fáticos e probatórios de seu próprio caso.

No contexto brasileiro em particular, as partes são instadas a comparecer em audiência de conciliação prévia para negociarem um possível acordo sem que lhes tenha sido concedida a oportunidade de conhecer o conjunto probatório do oponente nem fixar os pontos controvertidos do litígio. É uma tentativa de acordo feita praticamente às escuras, exigindo

⁶³¹ Minji-soshō-hō ou Minsohō (民事訴訟法)

⁶³² Minsohō, artigo 156.

⁶³³ Minsohō, artigo 163. Esta previsão se assemelha ao interrogatory da *discovery* norte-americana, previsto na regra nº 33 das *Federal Rules of Civil Procedure*.

⁶³⁴ *Court Rules* 61(2).

grande habilidade dos advogados e conciliadores para convencer as partes sem poder lhes munir das informações mais relevantes sobre o caso.

Esta reconfiguração pela qual passou a fase de audiências plenárias no sistema japonês, conferindo novo significado a um instituto já existente, porém, subutilizado no código anterior, foi importante para solucionar um problema da mesma natureza do encontrado no contexto brasileiro:

Esta foi uma reforma muito significativa, uma vez que as audiências plenárias tradicionalmente iniciavam sem que as questões tivessem sido identificadas, resultando em audiências fragmentadas e desfocadas, que se arrastavam indefinidamente sem ter um rumo determinado à vista⁶³⁵ (KOJIMA, 1998, p. 699).

A reforma processual japonesa pode ser considerada um caso de aproximação com a *discovery* anglo-americana, pois prevê a revelação de provas e desenvolvimento de uma fase adversarial no decorrer das audiências plenárias. A diferença está na condução e no lugar dos atos, que permanecem diretamente atrelados à corte.

Após o estudo de reformas ocorridas em outros sistemas, uma das conclusões que essa pesquisa permitiu alcançar é a de que a audiência de conciliação prévia está posicionada de forma bastante equivocada no ordenamento processual civil brasileiro.

A efetividade da audiência de conciliação prévia no sistema brasileiro se equipara à efetividade que a audiência plenária tinha no ordenamento japonês pré-reforma, conforme descrito na citação acima. Em outras palavras, trata-se de um ato meramente formalista que obtém algum índice de sucesso pelo simples fato das partes não suportarem a idéia de prosseguirem com um processo judicial oneroso em tantos aspectos.

Não se propõe neste trabalho a adoção, no Brasil, da lógica da *discovery* norte-americana ou mesmo da inglesa, mesmo porque, considerando as diferenças de concepção entre os sistemas, isso seria uma tarefa bastante penosa, senão, impossível. O que se propõe é uma adaptação de alguns mecanismos utilizados durante a fase *pretrial* naqueles sistemas.

A utilização da *discovery* em outros sistemas dificilmente poderá se comparar ao grau de sofisticação da aplicação da *discovery* nos EUA, conforme aponta Subrin (2002, p. 306-307):

A quantidade de mecanismos de revelação de provas disponíveis para o advogado americano como uma garantia jurídica, o nível de controle pelas partes na utilização dos instrumentos da *discovery*, o fato da liberal *discovery* ser considerado praticamente um direito constitucional e a utilização da *discovery* em larga escala em vários tipos de casos, tudo isso torna os EUA um caso excepcional.⁶³⁶

⁶³⁵ No original: *This is a major reform, since the traditional plenary hearing used to be started without the issues being identified resulting in an unfocused piecemeal hearing, which often dragged on and drifted without a clear destination in sight.* (tradução livre)

⁶³⁶ No original: *The number of discovery mechanisms available to the american lawyer as a matter of right, the degree of party control over Discovery, the extend to which liberal discovery in the United States has become*

Deve-se levar em conta que a liberal *discovery*⁶³⁷ tem sido utilizada no sistema de justiça civil dos EUA por mais de 80 anos, desde a promulgação das *Federal Rules* (FRCP/1938). Antes disso, como já exposto neste trabalho, a *discovery* tinha utilização mais restrita, seguindo a tradição inglesa.

Não obstante, a tarefa de adaptar a utilização de mecanismos processuais oriundos de outro sistema já se mostrou possível em outros países. O maior ou menor grau de aplicação dos instrumentos vai depender justamente da adaptação e da eficiência com que ele se desenvolva, já que a necessidade já se mostrou amplamente comprovada.

O sistema processual holandês, apesar de não possuir uma regulamentação para a *discovery* nos padrões de obrigatoriedade e de forma automática como ocorre no sistema anglo-americano, detém alguns instrumentos legais de produção de provas em fase pré-processual.

A lei holandesa sobre direito probatório no âmbito cível permite que um potencial litigante, antes de ingressar em juízo, consiga obter documentos em poder da outra parte mediante requerimento, ou ainda a inspeção de um elemento probatório se comprovado que existe fundamento para tal (HEBLY, 1992, p. 16-18 *apud* SUBRIN, 2002, p.306).

Nitidamente, a possibilidade de produção de provas concedida pela legislação processual holandesa no âmbito probatório, assim como as previamente estudadas, não se compara à liberdade de acesso concedida pela sistemática da *discovery* nos EUA. No entanto, é possível observar claramente uma tendência em regulamentar a produção de provas em momento anterior ao início do processo judicial.

Este trabalho demonstrou que os sistemas com os maiores índices quantitativos de realização de acordos nas fases iniciais são aqueles que contam com instrumentos que permitem que os advogados e as partes tenham acesso às informações necessárias para convencerem e serem genuinamente convencidos de que a conciliação é apenas uma opção senão a melhor opção.

Nesse contexto, a *discovery* contém meios eficientes de acesso pleno às provas, pois as partes são forçadas a revelar informações mais relevantes relativas aos seus casos e permitir acesso da parte contrária ao seu próprio conjunto probatório. Este compartilhamento

what almost looks like a constitutional right, and the massive use of discovery of all kinds in a substantial number of cases surely sets us apart. (tradução livre)

⁶³⁷ Chama-se *liberal discovery* a utilização dos instrumentos da *discovery* de forma massiva, possibilitando um amplo acesso aos meios de prova pelas partes na fase pretrial, o que não era permitido antes da vigência das *Federal Rules of Civil Procedure* em 1938

gera a comunicação que freqüentemente encerra os casos em acordo, desistência ou julgamento sumário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os sistemas de justiça dos países, independente da tradição proveniente ou da origem cultural, são, em maior ou menor grau, solucionadores de litígios entre os diferentes participantes da sociedade. Alguns sistemas são mais inclinados ao estatismo outros ao privatismo, alguns preconizam o acesso da população outros a eficiência quantitativa, alguns concentram os atos na figura dos juízes e cortes, outros priorizam a descentralização dos atos.

Atualmente é possível constatar que muitos desses sistemas estão desenvolvendo políticas mais preocupadas em resolver a questão quantitativa do que questões ligadas à qualidade da jurisdição. Isso porque passaram a enxergar o procedimento sob o ponto de vista sistêmico, e não apenas um modelo de soluções aplicadas aos casos complexos.

No dizer de Uzelac (2014, p.22), a maioria dos países está mais inclinada em concentrar seus esforços na resolução de grande quantidade de casos do que lidar com casos individuais socialmente mais significativos. O objetivo do sistema é primeiramente encontrar formas de sobreviver ao fluxo para depois produzir justiça de alta qualidade.

Sob esta perspectiva, a pesquisa observou e analisou o funcionamento dos sistemas de justiça de diversos países, com ênfase no ordenamento, nos procedimentos e nos mecanismos processuais desenvolvidos na Inglaterra e nos EUA a partir do século XIX, o que se convencionou chamar no decorrer deste estudo de direito anglo-americano.⁶³⁸

A partir da análise do funcionamento dos principais mecanismos dos referidos sistemas, bem como da lógica que permeou a evolução de seus ordenamentos, criou-se uma base de informações que possibilitou apontar algumas possíveis soluções para problemas que são enfrentados pelo sistema brasileiro.

⁶³⁸ A pesquisa demonstrou que existem outras tradições *common law* e também que o *common law* surgido na Inglaterra a partir do sistema anglo-saxão se difundiu de forma bastante diversa em outros países além da Inglaterra e EUA. Nesse contexto, a utilização da expressão “direito anglo-americano” denota o realce da pesquisa no estudo dos sistemas desses dois países.

Um dos temas estudados que permitiu compreender o funcionamento do sistema anglo-americano e o tratamento que ele proporciona aos casos é o *case management*, que é o conjunto de práticas de abordagem de um litígio de forma a potencializar e otimizar o trâmite de um caso judicial de maneira mais efetiva possível.

Ao assimilar o conceito de *case management*, passou-se a considerá-lo como um fator importante para a compreensão das diferenças no tratamento dos litígios entre os sistemas. Foi possível ainda estabelecer a relação dos índices quantitativos da justiça com o tratamento que os litígios recebiam do sistema a partir de seu ingresso, mormente nas fases preliminares.

A análise da evolução recente do sistema de justiça inglês colaborou para reforçar a ideia do projeto original da pesquisa no sentido da necessidade de mudança no tratamento dos litígios quando de sua apresentação perante o juízo.

A abordagem do ordenamento brasileiro e as políticas de incentivo à resolução alternativa de conflitos não parecem considerar o conceito de *case management*. Esta é uma lição importante extraída da pesquisa e com vasto campo para desenvolvimento.

A crise do sistema brasileiro parece claramente relacionada a um desequilíbrio causado pela incapacidade desse sistema em lidar com o volume de casos oriundo da grande abrangência de acesso que o ordenamento privilegiou através de garantias legais constitucionais.

Nesse sentido, a lógica reformista do sistema inglês, introduzida nos anos 1990 por Lord Woolf, entende que não há que se preocupar com um provável aumento na quantidade de casos causada pela diminuição das barreiras de acesso, quando essa quantidade de demanda será absorvida pelo *case management*, isto é, pela atuação do juízo.

A solução inglesa - pelo menos no período de reformas das últimas décadas- não retirou das partes e advogados a responsabilidade pelo tratamento dos conflitos nas fases iniciais, mas inseriu o juiz e a corte como responsáveis pelo *case management* nesta fase, haja vista que a condução pelos advogados parecia insuficiente para equalizar a demanda.

Após reconfigurar a lógica do *case management*, o sistema desenvolveu mecanismos específicos para as fases iniciais, coordenado por oficiais e pelo próprio juízo, que deveriam seguir protocolos voltados ao estabelecimento de diálogo entre as partes e soluções conciliatórias, tais como métodos alternativos de solução de conflitos (ADR).

Compreender a complexidade de um litígio e tratá-lo da forma correta parece ser o caminho para a solução da maior parte dos problemas de um sistema judicial. As soluções mais drásticas ou inflexíveis não costumam ter boa aceitação ou resultado prático como, e.g.,

atribuir o controle dos atos processuais exclusivamente ou prioritariamente aos advogados ou ao juiz.

O estudo mostrou que, salvo sistemas excepcionalistas⁶³⁹, o controle dos atos exclusivamente pelas cortes ou pelos advogados pode ser prejudicial ao quesito celeridade de tramitação. Pela perspectiva do judiciário, a morosidade no tramite processual prejudica a imagem da justiça. Para os advogados, o fator morosidade deve considerar outros fatores, tais como, forma de remuneração.

Nas tradições que desenvolveram o costume de pagamento de honorários advocatícios por hora trabalhada no caso (*billable hours*), os advogados tendem a não precipitar o encerramento do caso ainda na fase *pretrial*, promovendo investigação avançada sobre os fatos e provas. Nas tradições que desenvolveram o costume de pagamento de honorários advocatícios contratuais ou fundados em porcentagem do valor recuperado na ação, o advogado, em tese, tem pressa em encerrar o caso. No entanto, nem sempre a regulamentação incentiva a resolução rápida do litígio.⁶⁴⁰

Em razão dos detalhes e das complexidades inerentes ao tema, o estudo dos variados mecanismos utilizados nos países revelou que, para atribuir solidez ao sistema, é indiferente atribuir o controle dos atos processuais aos advogados e partes ou aos juízes, desde que se faça dentro de um ambiente altamente regulamentado.

Considerando o método aplicado a esta pesquisa, o hipotético-dedutivo, é possível concluir que a transferência do controle do *case management* do juízo para as partes e advogado é uma das hipóteses que foi falsificada em decorrência da análise de sua aplicabilidade.

Apesar dessa transferência de controle do *case management* ter ocorrido com sucesso no sistema dos EUA, a Inglaterra fez o caminho inverso. Neste ponto, a pesquisa concluiu que a excepcionalidade do sistema estadunidense é o que permite que mantenha essa ordem e estrutura, não encontrando uma solução para adaptação no sistema brasileiro que não passasse pela completa -e inviável- reestruturação de seu sistema de justiça e das leis processuais vigentes.

⁶³⁹ Como é o caso dos EUA, que desenvolveram um sistema de controle judicial bastante flexível na fase *pretrial*, conduzido pelas partes sob o conceito liberal de obtenção e produção de provas e relacionamento entre partes e advogados.

⁶⁴⁰ Os EUA são o país que tem mais presente a tradição de honorários cobrados por horas trabalhadas (*billable hours*), sendo que na Inglaterra nas últimas décadas tornou-se mais comum o critério *no win no fee (conditional fee arrangement)*, que pactua o pagamento de honorários apenas em caso de sucesso. Ambos os países utilizam estes dois critérios em alguma medida, bem como os honorários contratuais pré-estabelecidos.

O melhor exemplo aqui pesquisado de um contexto de condução do litígio pelas partes e advogados sob o controle de regulamentação específica e sofisticada é a abordagem *pre suit* desenvolvida pelo sistema inglês.

Nele, as partes são obrigadas a passar por um filtro preliminar antes de ingressarem com a demanda, assegurando que elas busquem soluções baseadas no consenso e no diálogo fundamentado em revelação de provas. A regulamentação não apenas prevê o cumprimento quase obrigatório dos PAP's como também oferece alternativas de mediação efetiva.

A título de comparação, o sistema brasileiro também dispõe de legislação que, apesar de não obrigar, incentiva as partes a passar por uma fase conciliatória. Trata-se, no entanto, de um filtro meramente formal, em que a legislação prevê o estágio de conciliação sem, no entanto, fornecer uma regulamentação subsidiária que contenha medidas pormenorizadas para que as partes e advogados efetivamente tenham condições de decidir de forma livre e autônoma pelo acordo.

Para agravar este estado de coisas, a legislação brasileira não prevê mecanismos para um diálogo mais esclarecedor baseado no conhecimento sobre o caso e, portanto, o sistema não oferece os meios capazes de convencer as partes de que o acordo não é apenas uma opção, mas sim a melhor opção.

Um aspecto que denota a importância da fase de conciliação presente nos dois sistemas é que, no sistema brasileiro, esta etapa ocorre após o ingresso com a ação e sem revelação de provas⁶⁴¹, e no sistema inglês ocorre como condição ou decorrência do protocolo do pedido inicial e sob um ambiente de revelação absoluta de informações e documentos potencialmente relevantes para o caso⁶⁴².

Apesar de ter algumas características de prestação de serviço privado no *common law*, a prestação jurisdicional é um serviço público e deve ser encarada sob esta perspectiva quando se propõe alterações em seu funcionamento. A visão da sociedade em relação à prestação de jurisdição pelo sistema de justiça não pode permitir que se faça uma grande diferenciação entre este e os demais serviços públicos, como educação ou saúde, pois em última instância, quem garante estas últimas é justamente a prestação jurisdicional.

As propostas de alteração devem ser consideradas com parcimônia. Assim, é importante pensar em soluções que captem uma fração do pragmatismo anglo-americano para introduzir no sistema brasileiro visando seu aperfeiçoamento e efetividade. Não se pode

⁶⁴¹ Além das provas documentais juntadas pela parte autora sob seu próprio critério de importância e com exigência legal apenas de documentos essenciais. Ver CPC/2015 artigo 320

⁶⁴² A revelação absoluta de informações e documentos na fase preliminar decorre da instauração da fase em que ocorre o *disclosure*, nos moldes do *Civil Procedure Rules Part 31*

deixar de observar, entretanto, que o sistema *civil law*, apesar dos problemas, produz uma ampliação significativa na acessibilidade do sistema de justiça.

Em verdade, alguns elementos da cultura jurídica do *common law* deveriam ser simplesmente abandonados, como é o caso da visão distorcida vigente por um determinado período na Inglaterra ao permitir que as custas do processo cível sejam quase integralmente transferidas às partes, tornando a justiça um serviço privado dotado de uma dispendiosa estrutura pública.⁶⁴³

As reformas conduzidas nos anos 1990, capitaneadas por Lord Woolf, conferiram bastante atenção a esta incomoda peculiaridade do sistema inglês, ao estabelecer condições para que as regras processuais não privilegiassem as partes com maiores condições econômicas nem excluíssem do sistema pessoas com base neste mesmo fator.

Antes de se iniciar a pesquisa, os dados prévios obtidos⁶⁴⁴ permitiam afirmar que tanto o sistema de justiça inglês como o estadunidense detinham altíssimos índices de resolução de casos nas fases preliminares. Uma quantidade irrisória de casos alcança a fase de julgamento nos referidos sistemas.

Diante destes dados, surgia uma questão instigante a investigar, que era, ante a similaridade de funcionamento dos sistemas de justiça nos países ocidentais, descobrir a razão de tão notável desproporção entre os sistemas quanto ao número de encerramentos antes do julgamento.

Em investigações preliminares nos sistemas mais proeminentes do *common law*, quais sejam, o inglês e sua adequação que levou ao peculiar surgimento do sistema dos EUA, foram analisados, de forma incipiente, o funcionamento de diversos desses instrumentos, concentrando-se na fase anterior ao julgamento.

Na pesquisa aqui desenvolvida, o foco principal da investigação no aspecto procedimental foi a análise de dois momentos distintos, um imediatamente anterior ao ingresso com a demanda (*presuit*), e outro temporalmente localizado no ínterim entre o

⁶⁴³ Este padrão de custeamento não se encontra em outros países de *common law*. Instaurado em meados dos anos 1980, inicialmente previa que as custas com a estrutura das cortes e com recursos humanos de apoio (*support staff*) seriam custeados pelas partes. Posteriormente, em 1992, as despesas com os salários dos funcionários da justiça passaram a ser igualmente custeadas pelas partes. Após as reformas, algumas alterações atenuaram o absurdo da situação, os casos de família recebiam subsídio de até 30% das custas. A partir de 2006, instaurou-se uma política menos desproporcional que permite análise de casos individualmente para subsídio e isenção de custas. Ver Dingwall e Coatre, *Vanishing Trials: An English Perspective*, v.1, 2006, p. 67 e nota de rodapé nº 52

⁶⁴⁴ Por ocasião da pesquisa de mestrado sobre a *discovery* nos EUA “*Discovery e a Efetividade da Justiça: A Contribuição de Institutos do Direito Processual Civil Norte-Americano na Qualidade da Jurisdição Brasileira*”, 2015. Disponível na biblioteca da Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, Paraná.

ingresso da demanda e o julgamento (*pretrial*), quando o processo encontra duas possibilidades: se extinguir ou ser alçado à fase de julgamento (*trial*).

No decorrer da pesquisa foram analisados desde instrumentos que foram engendrados pelos reformistas ingleses dos anos 1990, com grande impacto no então obsoleto sistema britânico, até o método reformista americano, com base na aplicação de precedentes jurisprudenciais, a partir de reinterpretações do diploma processual dos anos 1930 (FRCP).

A partir do estudo desses dois fenômenos, os mais importantes ocorridos entre o fim do século passado e início deste século, foi possível prever algumas reações que a implantação de determinados mecanismos e instrumentos poderiam causar caso fossem adotados e adaptados ao sistema brasileiro.

Mais importante do que isso, foi possível vislumbrar as soluções específicas capazes de atacar diferentes classes de litígios: os mais numerosos de baixo valor e os menos numerosos de maior valor e complexidade. A primeira modalidade de litígios poderia ser manejada com a aplicação dos PAP's e ADR, e a segundo com o desenvolvimento da fase de revelação de provas em momento anterior ao julgamento, mormente com a revelação obrigatória e preliminar de provas.

Em termos de efetividade quantitativa, a implantação dos instrumentos da fase *presuit*, como é o caso da *disclosure* e dos PAP's, parece ter maior potencial de diminuir a quantidade ações em tramite na justiça brasileira do que os instrumentos probatórios da *discovery*, que inicialmente a pesquisa se propôs a estudar.

A implantação da *discovery* certamente traria um aumento significativo na quantidade de casos encerrados antes do julgamento, no entanto, ela exigiria uma alteração substancial na legislação e no paradigma de obtenção e produção de provas. Por esta razão, a pesquisa optou por direcionar a adaptação da *discovery* como uma ampliação da possibilidade de produção antecipada de provas, situação que tem potencial de causar menor impacto legislativo.

Se o procedimento for bem adaptado, a probabilidade de se colher benefícios é grande, pois a *discovery* tem o condão de impactar a qualidade da prestação jurisdicional, uma vez que ela permite que a delimitação dos fatos controversos seja realizada entre as próprias partes, restando para o juiz uma análise de direito e menos acúmulo de funções ligadas à investigação e confirmação dos fatos.

A pesquisa, ao aprofundar o enfoque no funcionamento dos instrumentos processuais do *common law*, revelou que os impactos nos índices quantitativos em seus sistemas são consequência lógica da maneira sofisticada com que operam seus mecanismos,

permitindo que as partes tenham acesso às informações necessárias para decidirem pela conciliação ou desistência tão logo constatarem a solidez ou fragilidade de seus casos.

Neste cenário, tanto a *discovery* como os PAP's se revelam instrumentos muito efetivos na redução de casos perante o judiciário, pois ambos obrigam as partes a compartilhar informações, dialogar de forma dinâmica, e revelar os pontos mais fortes e fracos de sua argumentação.

Uma diferença importante que a utilização de instrumentos pré-processuais -e outros que permitem o compartilhamento de provas entre as partes- revela entre os sistemas *common law* e *civil law*, é a relação das partes com as provas, e conseqüentemente a função do juiz no processo.

Dito de outra forma, no *common law*, é esperado que as partes fundamentem seu caso não apenas com as suas próprias provas, mas também com as provas obtidas a partir das informações em poder ou de conhecimento da parte contrária.

Da parte demandada, por sua vez, é esperado que, além de produzir provas que sustentem suas alegações de contrariedade ou aptas a desconstruir a tese do autor, revele também todas as provas em seu domínio que possam potencialmente colaborar para a confirmação da tese do autor.

A lógica de acesso absoluto – ou pelo menos o acesso mais amplo possível- às provas pelas partes promove um alto nível de esclarecimento sobre os fatos alegados, permitindo que, na fase seguinte, uma das teses esteja suficientemente robustecida ou enfraquecida, tornando mais simples a atuação do juiz no ato de julgar.

A lógica de organização estatal pela qual se desenvolveu o sistema anglo-americano contribui para a forma como é abordado. Tanto a Inglaterra como os EUA possuem, cada um a seu modo, um Estado assentado no fracionamento do poder, na subdivisão de tarefas entre diversos órgãos e na prerrogativa do sistema de contrapesos entre os poderes.

Tanto a Inglaterra como os EUA passaram por acontecimentos históricos relevantes que os levaram a ser profundamente desconfiados de toda forma de concentração de poder. Essa mentalidade os levou a adotarem, em algum momento de sua história, o julgamento pelo júri nos casos cíveis, atribuindo a representantes diretos do povo a prerrogativa de julgar questões de fato, restringindo a função do juiz à aplicação de regras e descentralizando a função jurisdicional.

Nos EUA, onde o desenvolvimento da *discovery* se deu de forma bastante acentuada, existe uma tradição de rechaçar a centralização excessiva de poderes em uma pessoa ou pequenos grupos de pessoas. Os americanos não confiam no empenho de um juiz

para encontrar os fatos que favoreçam seu caso e desfavoreçam o da parte contrária (SUBRIN, 2002, p. 309).

O sistema, por seu turno, não recompensa aquele que não se aproveita da liberdade de acesso às provas. Um caso não é levado a julgamento perante a corte sem que tenha passado pelo crivo natural do sistema adversarial, que é o confronto de argumentos oriundo da exposição recíproca das provas entre as partes.

Nas jurisdições *civil law*, o acesso de uma parte ao conjunto probatório da parte oponente é absolutamente restrito quando comparado ao que permitem os mecanismos do *pretrial*. O mesmo ocorre com a possibilidade de interferência de uma parte na produção de provas do oponente. No *civil law*, as partes decidem, mediante critérios próprios, quais as provas serão apresentadas em juízo, e caso o juiz entenda necessários outros meios, deve ordenar a produção de forma específica.

Isso ficou muito claro no capítulo 4.1 (interação entre *civil law* e *common law*) que estudou as diferenças de atuação dos advogados e dos juízes nas audiências de instrução nos dois sistemas. No *civil law*, a atuação do advogado nos questionamentos é absolutamente limitada, pois é o juiz quem aborda a quase totalidade das questões mais relevantes.⁶⁴⁵

No *common law*, em razão das provas já terem sido compartilhadas e exaustivamente analisadas pelas partes, o juiz é apresentado ao caso com um volume de controvérsias muito pequeno, pois uma porcentagem delas já foi objeto de desistência ou devidamente conciliadas.

No caso da justiça inglesa, nas cortes especializadas com alta incidência de utilização dos PAP's, isso se revela de forma ainda mais acentuada, pois os debates, em regra, se iniciam antes mesmo do início do ingresso com o pedido judicial, e são incentivados até o momento que as partes não encontram mais saída consensual.

A pesquisa cotejou relatos de usuários do sistema inglês que alegaram a desnecessidade, em determinados tipos de casos, da utilização dos protocolos antes do ingresso em juízo, pois para chegar até ali, o sistema já proporcionou exaustivas formas de discussão da questão litigiosa.

No contexto judicial inglês, há situações em que as partes já confrontaram seus argumentos em diversas ocasiões, de modo que agora necessitam urgentemente da intervenção do poder de resolução de uma força externa, o Estado.

⁶⁴⁵ A previsão do CPC/2015 artigo 459 de que as partes podem realizar perguntas diretamente às testemunhas pouco altera a concentração dos atos na figura do juiz, que continua tendo a prerrogativa de fazer perguntas quando bem entender (art. 459, §1º)

Esta situação, apresentada na pesquisa transparece uma situação ideal para a intervenção estatal, que não seja prematura ou tardia, bem como revela o quão longe o sistema brasileiro se encontra de possibilitar tantas oportunidades de diálogos tendentes ao acordo de forma esclarecida com fundamento em fatos comprovados.

Nas últimas décadas, reduziram as diferenças entre o direito inglês (e do país de Gales) e o direito da tradição *civil law* especificamente em relação à função do juiz, que assumiu o predomínio no controle do *case management* e na produção de provas.

O que torna o procedimento inglês bastante peculiar em relação ao brasileiro, é a atenção que o sistema outorga à fase pré-processual, com uma regulamentação bastante característica que promove em diálogo aparentemente mais proveitoso entre as partes, possibilitado pela *disclosure* e aplicação dos PAP's.

A análise da cultura jurídica anglo-americana realizada na pesquisa permite aferir, entre outros aspectos, que ela não admite transferir ao juízo, privativa ou exclusivamente, o ônus da obtenção e produção probatória. Existem diferenças marcantes também na forma como o sistema inglês e o estadunidense tratam a questão de obtenção e acesso às provas.

O sistema inglês espera que as partes, logo nas fases preliminares, revelem reciprocamente -e assim forneçam ao juízo- tudo que possa ser utilizado como indicativo de prova sobre os fatos, orientado à aplicação dos protocolos e do esclarecimento dos fatos nas fases iniciais. O sistema dos EUA faz algo parecido a respeito da revelação de informações e documentos, mas vai além, permitindo que as partes e advogados se debrucem sobre as provas reciprocamente reveladas durante a primeira fase processual (*pretrial*).

Estas provas obtidas durante a fase *pretrial* são objeto de constante exame e crivo. Não bastasse isso, o emprego da *discovery* autoriza a obtenção de provas escritas e orais pelas partes, permitindo a confirmação ou desconstituição das alegações das partes. Caso a revelação do conjunto probatório não seja suficiente para que as partes alcancem uma solução negociada ou por desistência, o caso segue para fase de julgamento (*trial*), onde as provas podem ser reexaminadas perante o juízo.

Esta pesquisa buscou propor, como uma possibilidade de aplicação pelo sistema brasileiro, alternativas que se compatibilizem com esta visão das partes e advogados como participantes ativos na condução do caso, ao menos em suas fases iniciais, promovendo soluções baseadas em consenso e na autonomia da vontade.

Em relação às possibilidade de reformas no sistema brasileiro no sentido de acolher e adaptar os meios processuais da tradição *common law*, a conclusão da pesquisa é de que apenas alguns dos instrumentos podem ser recebidos, em especial os PAP's e a *discovery*.

Os PAP's podem ser aplicados sem grandes preocupações em relação a um possível impacto indevido no ordenamento, ou mesmo em relação a necessidade de uma alteração drástica na legislação processual com potencial de gerar uma instabilidade na regulamentação prática.

A *discovery*, por sua vez, requer uma adaptação bastante cuidadosa, haja vista que pelas suas características genuínas e peculiares estudadas no sistema estadunidense, não parece possível manter no sistema de destino as características liberais de funcionamento que possui no sistema de origem. A forma menos impactante e com menos riscos de conferir instabilidade na adoção deste singular instrumento é sua acomodação na estrutura já existente de produção antecipada de provas, que foi positiva e substancialmente alterada pelo CPC/2015.

Para tanto, projetou-se um formato mais amplo deste instituto, com novas possibilidades e que acomodasse alguns mecanismos largamente utilizados pela *discovery* nos EUA. Esta pesquisa apresenta um projeto e um esboço bastante incipiente sobre uma reforma legislativa tendente a adaptar os referidos instrumentos. Somente a submissão à crítica especializada pode aprimorar esta idéia, e é isso que se espera do exame da tese ora apresentada.

REFERÊNCIAS

ABEL-SMITH, B. Zander, M; CASS, R. *Legal problems and the citizen*, Londres, Heinemann, 1973.

ALVES, André Bruni Vieira. *Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autônomas) no novo CPC*. In: DIDIER JR, Fredie et. al. (coords). *Direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 558.

ANDREWS, Neil. *English Civil Procedure*, Oxford, 2003

_____. *Inglaterra Dejó De Ser Una Isla: Influencia Europea Sobre El Proceso Civil Inglés*, Revista Ius et Praxis, Año 17, N° 2, pp. 371 – 390, 2011

ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, 4º Ed, Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornhein (da versão inglesa de W.D. Ross), Nova Cultural, São Paulo, 1991.

BAKER, J.H. *An introduction to english legal history*, Butterworths, London, 1997.

BAM, Dmitry. *Restoring the Civil Jury in a World Without Trials*, Vol. 94, NEBRASKA LAW REVIEW p.862, 2016

BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira; NETO, Francisco Vieira Lima. *Anotações acerca do contempt of court no direito norte-americano*. Revista de Processo, ano 36, nº192, fev. 2011.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A importação e modelos jurídicos, in temas de direito processual: 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O processo Civil Brasileiro entre dois mundos*, 2001, Revista da EMERJ, v. 4, n. 16, 2001.

_____. *O Processo Civil Contemporâneo: um enfoque comparativo*, Revista da EMERJ, v. 6, n. 24, 2003.

BARRON, Rupert F., Annotation, Existence and Nature of Cause of Action for Equitable Bill of *discovery*, 37 American Law Reports, 5th, p. 645, 1996.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Novas tendências em matéria de fase preliminar. Relatório síntese*, in GRINOVER, Ada Pellegrini, CALMON FILHO, Petrónio (Orgs.). *Direito Processual Comparado. Congresso Mundial de Direito Processual*, 13. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BELL, Griffin B. et al., *Automatic Disclosure and discovery—The Rush To Reform*, 27 GA. L. REv. 1 (1993).

BERNSTEIN, Herbert L., *Whose Advantage After All?: A Comment on the Comparison of Civil Justice Systems*, 21 U. CAL. DAVIS 587 (1988).

BOHLANDER, Michael, *The German Advantage Revisited: An Inside View of German Civil Procedure in The Nineties*, v.13 *Tulane European & Civil Law Forum*. p. 25-46 (1998).

BONE, Robert G. *Modeling Frivolous Suits*, V. 145 *University of Pennsylvania Law Review*, 519 (1997).

BRADLEY, Keith. *Pleading Standards Should Not Change After Bell Atlantic v. Twombly*, V. 102 *Northwestern University Law Review COLLOQUY* (2007)

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2018: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justicaemnumeros/2016-10-21-13-13-04/pj-justica-em-numeros>*

BRONSTEEN, John. *Against Summary Judgment*, v.75 *George Washington Law Review*. 522 (2007)

BUENO, Cassio Scarpinela. *Curso sistematizado de direito processual civil, 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUNDY, Stephen McG; ELHAUGE, Einer Richard. *Do Lawyers Improve the Adversary System--A General Theory of Litigation Advice and Its Regulation*, 79 *California Law Review*, p. 313, 1991.

BURBANK, Stephen B. *The Rules Enabling Act of 1934*, 130 *University of Pennsylvania Law Review*. 1015 1982.

BURBANK, Stephen B.; FARHANG, Sean. *Litigation Reform: An Institutional Approach*, Faculty Scholarship. Paper 505, p. 1544-1615, 2014.

CAFFREY, Susan; MUNDY, Gary, *Informal Systems of Justice: The Formation of Law Within Gypsy Communities* *American Journal of Comparative Law*. pp. 251, 1997.

CALAMANDREI, Piero. *Il processo come gioco. Opere Giuridiche*. vol. I. Napoli: Morano, 1983.

_____. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova: Cedam, 1936.

CAMBI, Eduardo A. S.. *O Direito à Prova no Processo Civil*, *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v.34, 2000, p. 143-159.

_____. *Direito constitucional à prova no processo civil. Coleção temas atuais de processo civil*, vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____, *Protagonismo judiciário responsável*, in *Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica - UENP*. n. 16 (janeiro/julho) – Jacarezinho, 2012.

CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. Sistema de Precedentes Brasileiro: compreensão crítica a partir da tradição inglesa e norte-americana, *Prisma Jur.*, São Paulo, v. 17, n. 1, p. 83-116, 2018.

_____. *discovery* no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira, *Revista de Processo*, v.245, p. 425-444, Jul/2015

CAPONI, Remo. Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Vol. 3. Milano, 2008.

CAPPELLETTI Mauro. *El proceso civil en el derecho comparado*, Peru: ARA Editores, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

CARBASSE, Jean Marie. *Introduction historique au droit* , [Presses universitaires](#), Paris, 2001.

CARDOZO, Benjamin N. *The nature of judicial process*. New Haven: Yale University press, 1991.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Trad. Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2001.

CEJA-JSCA, *La Reforma a La Justicia Civil en Inglaterra y Gales*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Información recopilado por Carolina Villadiego y Carolina Piñeiro, Chile, 2005.

CHASE, Oscar G.; WALKER, Janet (et all), *Common law, civil law and the future of categories / general editors, Janet Walker, Oscar G. Chase*. Markham, Ont: LexisNexis, 2010.

CHASE, Oscar G. and HERSHKOFF, Helen and SILBERMAN, Linda and TANIGUCHI, Yasuhei and VARANO, Vincenzo and ZUCKERMAN, Adrian A. S., *Civil Litigation in Comparative Context*, Oscar G. Chase and Helen Hershkoff, eds., ThomsonWest, 2007.

CHASE, Oscar G. and HERSHKOFF, Helen and SILBERMAN, Linda and SORABJI, John and STÜRNER, Rolf and TANIGUCHI, Yasahei and VARANO, Vincenzo *CIVIL LITIGATION IN COMPARATIVE CONTEXT*, ed. Oscar G. Chase and Helen Hershkoff, West Academic, 2017.

CHEN, Z. W. Julius. Following the Leader: Twombly, *Pleading* Standards, and Procedural Uniformity, *Columbia Law Review* Vol. 108, No. 6 (Oct., 2008), pp. 1431-1470. Disponível em https://www.jstor.org/stable/40041789?seq=1#page_scan_tab_contents.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I, 2. ed., S. Paulo, 1965.

CLARK, Charles E., *History, Systems and Functions of Pleading*, v. 11 *Virginia Law REVIEW*. 517 (1925)

CLERMONT, [Kevin M.](#) Integrating Transnational Perspectives into Civil Procedure: What Not to Teach, [Journal of legal education](#) 56(4) · December 2006

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. 2.ed. Torino: UTET, 2004.

COOPER, Benjamin P., Iqbal's Retro Revolution, *Wake Forest Law Review*, Vol. 46, p. 937, 2011. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1675120>

DAMASKA, Mirjan. The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments, v.45, *the American Journal of Comparative Law*, 1997

DAVID, René. *Droit commun et common law*, in *Studi in memória di Túlio Ascarelli*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1969

DENNIS, Ian H. *The law of evidence*, London, Sweet & Maxwell Limited, 1999.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Jose Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. [Curso de Direito Processual Civil, v.2 9 ed, Salvador: Juspodivm, 2014.](#)

[DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno.](#) Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação, *Revista de Processo: RePro*, v. 38, n. 218, p. 13-45, abr. 2013.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINGWALL, Robert; CLOATRE, Emilie. Vanishing Trials: An English Perspective, v.1-2006 *Journal of Dispute Resolution* 51-70, 2006.

DINGWALL, Robert; DURKIN, Tom. *Time management* and procedural reform: some organizational questions for Lord Woolf. In: A.A.S. Zuckerman and R. Cranston, eds., *Reform of civil procedure: essays on 'Access to Justice'*. Oxford: Oxford University Press, pp. 372-392, 1995.

DODSON, Scott. Comparative Convergences In *Pleading Standards*, *University of Pennsylvania Law Review* [Vol. 158: p. 441-472] 2009

_____. *Federal Pleading and State Presuit discovery*, William & Mary Law School Scholarship Repository, LEWIS & CLARK LAW REVIEW Vol. 14:1 (2010).

_____. *New Pleading, New discovery*, V. 109, Issue I, *Michigan Law. Review*. 53 (2010).

_____. The Challenge of Comparative Civil Procedure, essay On "Civil Litigation In Comparative Context" by Oscar G. Chase, Helen Hershkoff, Linda Silberman, Yasuhei Taniguchi, Vincenzo Varano & Adrian Zuckerman. 2007, in *Alabama Law Review*, Vol. 60, 2008.

DONDI, Ângelo; ANSANELLI, Vincenzo; COMOGLIO, Paolo. *Procesos civiles em evolução: uma perspectiva comparada*, trad Jose María Salgado, Madrid: Marcial Pons, 2017.

DREYFUSS, Rochelle C., *The What and Why of the New discovery Rules*, 46 Fla. L. Rev. 9 (1994)

EISENBERG, Theodore; MILLER, Geoffrey P. *The English Versus the American Rule on Attorney Fees: An Empirical Study of Public Company Contracts*, v. 98 Cornell Law. Rev. 327 (2013). Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol98/iss2/2>

ENGLAND and WALES. *Judicial Statistics Annual Report 2004* Secretary of State for Constitutional Affairs and Lord *Chancellor*, Department for Constitutional Affairs, Norwich, 2005.

_____. *Civil Justice Statistics Quarterly, England and Wales, January to March 2018 (provisional)*, Ministry of Justice (Andrew Hamilton), June, 2018.

_____. *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, Review of Civil Litigation Costs, Lord Justice Rupert Jackson's Final Report Published by TSO Norwich, December 2009.

_____. *The courts: small claims, First Report of Session 2005–06* House of Commons Constitutional Affairs Committee London: The Stationery Office Limited, London, 2005

EZEQUIEL, Caroline dal Poz. *Os circuits do direito processual francês e a possibilidade de sua adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro*, RePro v. 255, maio, 2016

FRIEDMAN, Lawrence M. *A History of American Law* 22, New York Simon & Schuster, 1973.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005,

GIDI, Antonio. *Teaching Comparative Civil Procedure*. *Journal of Legal Education*, Vol. 56, No. 4, December 2006; U of Houston *Law Center* No. 2007-A-47. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1016897>

GLEEN, H. Patrick. *On common laws*, Oxford university press, New York, 2005.

_____. *Persuasive Authority*, *Mcgill Law Journal* *Revue de Droit de Mcgill Montreal*, n°2, v. 32, p. 261-298, 1987.

GOODMAN, Carl F., *Justice and Civil Procedure In Japan*, Oceana Publications Dobbs Ferry, NY 2004

GOTTWALD, Peter. *Civil Procedure Reform in Germany*, v.45, *The American Journal Of Comparative Law*, p. 753, 1997.

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 UERJ*, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 13, p. 301-551, 2014.

GREEN, Alice Stoddard. The centralization of Norman Justice under Henry II. in *Select essays in Anglo-American legal history*, Little Brown and Company, v. 1, book I, Boston, 1907

HALE, (Sir) Matthew. *History of the Common Law (of/in England)*, 1971

HAZARD JR, Geoffrey C., From Whom No Secrets are Hid, *Texas Law Review* Vol. 76:p. 1665, 1998.

HAZARD JR, Geoffrey C.; TARUFFO, Michele; STURNER, Rolf; GIDI, Anthony, *Introduction to the Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*, v. 33, *INTERNATIONAL LAW AND POLITICS*, p. 769, 2001.

HEBLY, Jan M. *The Netherlands Civil Evidence Act 1988*, Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992.

HEPBURN, Charles M., *The Historical development of Code Pleading in America and England*, 1897.

HOLDSWORTH, Sir William A *History of English Law*, 3rd ed. 1944 Versão online disponível em <https://archive.org/details/historyofenglish13hold/page/n4>. Acesso em 3 fev 2019.

HOFFMAN, Lonny. Using Pre-suit *discovery* to Overcome Barriers to the Courthouse, *LITIG.*, Summer 2008.

HOFFMAN, Lonny Sheinkopf, Access to Information, Access to Justice: The Role of Pre-suit Investigatory *discovery*, 40 *U. MICH. J.L. REFORM*, p. 217, 2007.

HUBBARD, William H.J., *Two Models of Pleadings*, (unpublished working paper) 2013 (inédito).

HUBBARD, William H.J, ***A Theory of Pleading, Litigation, and Settlement*** (Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 663, Chicago, 2013).

HYLTON, Keith N., *When Should a Case Be Dismissed? The Economics of Pleading and Summary Judgment Standards*, 16 *SUP. CT. ECON. REV.* 39 (2008)

INGMAN, Terence. *The English Legal Process*, Blackstone Press, 8^oed, London, 2001.

ISSACHAROFF, Samuel; LOEWENSTEIN, George, Second Thoughts About Summary Judgment, Vol. 100, n^o1, *YALE Law Journal*, p.73-126 (1990)

JACKSON, Lord Justice Rupert, *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, The Stationary Office, Norwich, 2010.

JAMES, [Fleming](#); HAZARD, [Geoffrey C.](#); LEUBSDORF, [John](#), *Civil Procedure*, 5^o ed Foundation Press, 2001.

JENKS, Edward. The development of teutonic law. in *Select essays in anglo american legal History*, Little Brown and Company, v. 1, book I, Boston, 1907.

KAKALIK, James S., HENSLER, Deborah R., MCCAFFREY, Daniel, *discovery Management: Further Analysis of the Civil Justice Reform Act Evaluation Data*, v. 39 *Boston College Law Review*, 613, 1998. Disponível em <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol39/iss3/4>

KAPLAN, Benjamin *Michigan Law Review*, An American Lawyer in the Queen's Courts: Impressions of English Civil Procedure, v.69, No. 5, pp. 821-846., Apr.1971

KAPLOW, Louis, The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 23, No. 1, Economic Analysis of Civil Procedure, pp. 307-401, Jan., 1994.

KESSLER, Amalia D., *Inventing America Excepcionalism: the origins of American Adversarial Legal Culture, 1800-1877*, Yale University Press, New Haven, 2017.

KINDER-GEST, Patricia. *Droit Anglais: institutions politiques et judiciaires*, 3^{ed}, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ), Paris, 1997.

KOJIMA, Takeshi, *Japanese Civil Procedure in Comparative Law Perspective*, v. 46 *University of KANSas. Law REVIEW*. 687, 697 (1998)

KOTZ, Hein, *Civil Justice Systems in Europe and the United States*. *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 13, No. 3, Summer 2003.

LANG, Chris, *A Report Evaluating the Perceived Value of The Construction And Engineering Pre-Action Protocol: Research into perceptions of the construction and engineering pre-action protocol*, Acuigen ltd, Cranfield, 2016. Disponível em <http://www.tecsa.org.uk/sites/default/files/TeCSA%20PAP%20Research%20Project%20-%20Final%20Report%20160113.pdf>

LANGBEIN, John. The German Advantage In Civil Procedure, v.52 *University of Chicago Law Review*. p. 823-866, 1985.

_____. Cultural Chauvinism in Comparative Law, v.5 *CARDOZO J. INT'L & COMP. L.* p. 41-49, 1997.

LARIVIÈRE, Daniel Soulez, Overview of the Problems of French Civil Procedure, v.45, *The American Journal Of Comparative Law*, p.737, 1997.

LUNDMARK, Thomas, *Charting the divide between common and civil law*, Oxford University Press, NY, 2012.

MARCUS, Richard L., Modes of Procedural Reform, 31 *HASTINGS INT'L & COMP. L.REV.* 157, 2008

_____. *The Puzzling Persistence of Pleading Practice*, 76 *Texas Law Review*. p. 1749, 1749, 1998.

_____. The Revival of Fact *Pleading* Under the *Federal Rules of Civil Procedure*, 86 Colum. L. Rev. 433, 433, 1986.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel, O Novo Processo Civil, 2 Ed., São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*. São Paulo: RT, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo, 3 Ed, São Paulo Ed Revista dos Tribunais, 2011.

MAUET, Thomas A; MARCUS, David, *Pretrial*, 10^a Ed, Aspen Coursebook Series, Wolters Kluwer:New York, 2019.

MAY, (Sir) Thomas Erskine, Constitutional History, Vol II. Longmans Green and Co, London, 1911. Versão eletrônica disponível em <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=coo.31924092681646;view=1up;seq=11>.

MCAUSLAN, Patrick, Whose mortgage is it anyway? Producers, consumers and the law in the UK mortgage market W G Hart Workshop on Law Reform and Financial Markets, 23–25 June, 2009

MCCLURG, Andrew J.; KOYUNCU, Adem; SPROVIERI, Luiz Eduadro, Practical Global Tort Litigation: United States, Germany and Argentina , Carolina Academic Press, Durham, 2007

MEDINA, Jose Miguel Garcia, Direito Processual Civil Moderno, 2 ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2016

MENKEL-MEADOW, Carrie, The Trouble With the Adversary System in a postmodern, Multicultural World, v.38:5, Wm. & Mary Law Review, p. 5-44, 1996.

MESSITE, Peter J., A Administração Da Justiça Federal Nos Estados Unidos da América, R. CEJ, Brasília, n. 24, p. 5-8, jan./mar. 2004.

MILLAR, Robert Wyness. CIVIL PROCEDURE IN THE TRIAL COURT IN HISTORICAL PERSPECTIVE, Published by the Law Center of New York University for the National Conference of Judicial Councils. xvi and 584 pp. 1952.

MILLER, Arthur R., The Pretrial Rush to Judgment: Are the “Litigation Explosion,” “Liability Crisis,” and Efficiency Clichés Eroding Our Day in Court and Jury Trial Commitments?, 78 N.Y.U. L. REV. 982, 1133, 2003

_____. Simplified *pleading*, meaningful Days in court, and trials on the Merits: reflections on the Deformation of federal Procedure, NEW YORK UNIVERSITY LAW REVIEW [Vol. 88:p. 286-371, 2013.

MNOOKIN, Robert H.; KOMHAUSER, Lewis, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 Yale Law Journal, p. 950, 1979.

MORENO, Miguel Duro, *Introducción al derecho inglés*, Edisofer, Madrid, 2005.

MOSKOVITZ, Seymour, *Rediscovering discovery: State Procedural Rules and the Level Playing Field*, v. 54 Rutgers Law Review, p. 595, 2002.

MULLENIX, Linda S., *Lessons From Abroad –Complexity and Convergence*, v.46, Villanova Law Review, 2001.

MÜLLER, Julio Guilherme *Convenções Processuais*, Revista de Direito, Santa Cruz do Sul, n. 5, out. 2014.

MURRAY, Peter L; STÜRNER, Rolf, *GERMAN CIVIL JUSTICE* , Carolina Academic Press, Durham 2004.

NAKANO, Tejishiro; MINJISOSHO-HO, Kaisei Shin, *Concise commentary of new civil procedure*, Yuhikako, 1997.

NELSON, William E., *Americanization of the Common Law: The Impact of Legal Change on Massachusetts Society, 1760-1830* Cambridge, Mass. Harvard University Press 1975.

NERY, Frank Gonçalves, *A Produção Antecipada de Provas no Novo Código de Processo Civil*, Publicações da Escola da AGU, [V. 9, n. 2, 2017](#).

NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade, *Código de Processo Civil Comentado*. 3.ed. São Paulo: RT, 2006.

NEUBORNE, Burt. *The Myth of Parity*, 90 HARVARD. LAW REVIEW, 1105. 1977.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações Probatórias Autônomas*. São Paulo. Saraiva, 2008.

NG, [Kwai Hang](#), JACOBSON, Brynna. *How Global is the Common Law? A Comparative Study of Asian Common Law Systems – Hong Kong, Malaysia, and Singapore*. Asian Journal of Comparative Law, 12(2), 209-232. (2017). doi:10.1017/asjcl.2017.17

NIEMEYER, Paul V., *Here we go again: Are the Federal rules really in need of Ammendment?*, 39 Boston College Law Review, p. 517, 1998.

PASSOW, Samuel; LAWRENCE, Katy. *The CEDR Civil Justice Audit*, Centre for Dispute Resolution, London, 2000.

PLUCKNETT, Theodore Frank Thomas, *A Concise History of the Common Law*, 5th ed. Boston: Little, Brown and Company, 1956.

_____. *A Concise History of the Common Law*, Indianapolis: Liberty Fund, 2010.

POLLOCK, Frederick (Sir), English Law before the norman conquest. in Select essays in anglo american legal History, Little Brown and Company, v. 1, book I, Boston, 1907.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. 3. ed. São Paulo: Cultrix, 1975.

POSNER, Richard. A., Law and legal Theory in England and America, Claredon Press, Oxford, 1996.

POUND, R. (1964). The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice. *Crime & Delinquency*, 10(4), 355–371. Disponível em <https://doi.org/10.1177/001112876401000403>. Acesso em 20 maio 2019

RABASA, Oscar, El Derecho Angloamericano, 2ed, Editorial Porrúa, México, 1982.

RAGLAND, George, Jr. *discovery before Trial*. Chicago: Callaghan and Company, 1932.

RAGONE, Álvaro J. Perez; PRADILLO, Juzn Carlos Ortiz, Código Procesal Civil Alemán (ZPO), traducción com um estúdio introductorio al proceso civil alemán contemporâneo, Konrad, Adenauer, Stiftung: Berlin, 2006.

RAGONE, Álvaro J. Perez. Tutela sumaria de derechos en el proceso civil: Misión y visión en Latinoamérica, *Revista Chilena de Derecho Privado*, nº28, pp .137 -182, Julio 2017.

REINSCH, Paul Samuel. The English Commonlaw in The Early American Colonies. in Select essays in anglo american legal History, Little Brown and Company, v. 1, book I, Boston, 1907.

[REITZ, John C.](#) Why We Probably Cannot Adopt the German Advantage in Civil Procedure, *Essays, Iowa Law Review*, p.986, 1990.

RESNIK, Judith, *Managerial Judges* (1982). *Faculty Scholarship Series*. Paper 951. Disponível em http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/951

RIBEIRO, Gustavo, *Evidentiary Policies Through Other Means*. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3030100> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3030100> . Acesso em 15 maio 2019.

RODELL, Fred. For Charles E. Clark: A Brief and Belated but Fond Farewell, 65 COLUM. L. REV. 1323, 1323 (1965)

RODRIGUES, Daniel Colnago; LAUX, Francisco de Mesquita, in *Produção antecipada da Prova sem o requisito da Urgência: a experiência estrangeira e o CPC/2015*, in *Produção antecipada da Prova: questões relevantes e aspectos polêmicos*, Bruno A. S. Fuga, Daniel C. Rodrigues, Thiago.C Antunes (Orgs), Londrina: Troth, p.137-147, 2018.

ROSENBAUM, Samuel, *Studies in English Civil Procedure*. II. The Rule-Making Authority, *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, Vol. 63, No. 3(Jan., 1915), pp. 151-182.

RUBENSTEIN, William B., The Myth of Superiority, 16 CONST. COMMENT. 599 (1999)

SALE, Hillary A., Heightened *Pleading* and *discovery* Stays: An Analysis of the Effect of the Pslra's Internal-Information Standard on '33 and '34 Act Claims. *Washington University Law Quarterly*, Vol. 76, n°.1, 1999.

SCHLOSSER, Peter F., *Lectures on Civil-Law Litigation Systems and American Cooperation with Those Systems*, U. KAN. L. REV. 9, 12 (1996)

SCHNEIDER, Elizabeth M., The Changing Shape of Federal Civil Pretrial Practice: the Disparate Impact on Civil Rights and Employment Discrimination Cases, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 158: 517-570, 2010.

SCHNEIDER, Rory K. Comment, Illiberal Construction of Pro Se *Pleadings*, *University of Pennsylvania Law Review* [Vol. 159: 585 (2011)]

SELMI, Michael, *Why are Employment Discrimination Cases So Hard to Win?*, Volume 61 | Number 3, *Louisiana Law Review*, (2001)

SHAPIRO, David, Federal Rule 16: A Look at the Theory and Practice of Rulemaking, v.137 *University of Pennsylvania Law Review*, p. 1969-1998, 1989.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SIME, Stuart, *A practical approach to Civil Procedure*, 5 Ed., Oxford Univ. Press, Oxford, 2002.

SLAPPER, Gary; KELLY, David, *The English Legal System*, 6th ed., Cavendish Publishing Ltd, London, 2003.

SMITH, Michael E., Judge Charles E. Clark and The *Federal Rules of Civil Procedure*, V. 85 *Yale Law Journal*, issue 7 (1976). Article 2 Available at: <http://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol85/iss7/2>

SPENCER, A. Benjamin, *Plausibility Pleading*, *Boston College Law Review* Volume 49 Issue 2 Number 2 Article 33-1-2008.

SUBRIN Stephen N, *discovery* in Global Perspective: Are We Nuts? v.52 *De Paul Law Review*. p.2990318, (2002).

_____. *How Equity Conquered Common law THE FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE IN HISTORICAL PERSPECTIVE*, Vol. 135 *University of Pennsylvania Law Review*. 909, 933-74 (1987)

_____. David Dudley Field and the Field Code: A Historical Analysis of an earlier procedural vision, vol. 6, n°2 *Law and History review*. p.311-373 (1988).

_____. Fishing Expedition allowed: the historical background of the 1938 federal *discovery* Rules, *Boston College Law Review*, v.39:69, 1998.

SWARD, Ellen E. Values, Ideology, and the Evolution of the Adversary System, *Indiana Law Journal*: Vol. 64 : Iss. 2 , Article 4, 1989.

TALAMINI, Eduardo, Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015 *Revista de Processo* | vol. 260, p. 75 – 101, Out / 2016.

TARUFFO, Michele. *A Prova*, tradução João Gabriel Couto, 1º Ed, São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. El proceso civil de "civil law": Aspectos fundamentales, vol.12, *Ius et Praxis* no.1 Talca 2006. Disponível em <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122006000100004>. Acesso em 15 maio 2019.

TEPLY, Larry L.; WHITTEN, Ralph U., *Civil Procedure*, Foundation Press, New York, 2000.

TEPLY, Larry L., WHITTEN, Ralph U., ***Civil Procedure***, 2.ed., North Carolina: Carolina Academic Press, 2012.

THOMAS MAIN, *GLOBAL ISSUES IN CIVIL PROCEDURE* (Thomson/West, St. Paul, 2006)

THORNBURG, Elizabeth G. Giving the "Haves" a Little More: Considering the 1998 *discovery* Proposals, 52 *Southern Methodist University Law Review*, p. 229, 1998.

TROCKER, Nicolò; VARANO, Vincenzo. (Edts). *The reforms of civil procedure in comparative perspective: An international conference dedicated to Mauro Cappelletti*, Florence, 12-13 December, 2003. Torino: G. Giappichelli, 2005

TWINNING, Willian. *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, 2.ed. Cambridge University press: Cambridge, 2006.

USA, *Federal Rules of Civil Procedure* 1938, US government Publishing Office Washington: 2016

_____, *State Court Caseload Digest 2016 Data*, Court Statistics Project (CSP), National Center for State Courts, 2018.

UZELAC, Alan, *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary World*, in *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, A. Uzelac (ed.), *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice* 34, Springer International Publishing Switzerland 2014

VARANO, Vincenzo, Civil Procedure Reform in Italy, v.45, *The American Journal Of Comparative Law*, p. 657, 1997.

WALD, Patricia M., *Summary Judgment at Sixty*, v. 76 *TEXAS LAW. REVIEW*, P. 1897,1998

WATANABE, Kazuo; *et. al.* **Juizado especial de pequenas causas**: Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985

WHITEHOUSE, Lisa, The Mortgage Arrears Pre-Action Protocol: Na Opportunity Lost, *The Modern Law Review Limited*. v.72 n° 5, p 783-814, 2009

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito. Editora Alfa Omega, 3ª edição. São Paulo, 2001.

WOOLF, Harry. The Woolf Report, *International Journal of Law and Information Technology*, Volume 3, Issue 2, summer 1995, pp. 144–155, 1995
<https://doi.org/10.1093/ijlit/3.2.144>

YARSHELL, Flávio Luis. Antecipação da Prova sem o requisito da Urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Il sistema probatorio nel CPC del 2015. *Publicações da Escola AGU*, Brasília, v. 8, n. ja/mar. 2016, p. 113-120, 2016.

ZUCKERMAN, Adrian A. S. *Privilege and public interest*. In: **Crime proof and punishment**. Ed. C. Tapper, London, 1981.

APÊNDICES

APÊNDICE A- PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA TENDENTE A INSTAURAR UMA FASE DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS INTRAPROCESSUAL

Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;

II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;

III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação, **ou encerrar procedimento em andamento.**

381-A As partes poderão, nas hipóteses dos incisos II e III do artigo anterior, requerer produção antecipada da prova na modalidade preliminar, no âmbito do processo judicial

I- A produção antecipada de provas em caráter preliminar abrange a produção de documentos em poder da parte contrária e a resposta a questionamentos escritos sob compromisso de dizer a verdade, devendo ser conduzida pelos advogados das partes com supervisão indireta do juiz.

II-As partes devem apresentar, em até 48h após o prazo para apresentação de defesa pelo réu, formulário perante o juízo indicando, na forma do art. 382, as provas que pretendem produzir ou obter da parte adversa.

III- O prazo para a produção das provas preliminares deve ser estabelecido em negociação processual entre as partes. Em caso de omissão, o prazo será de 90 dias corridos, prorrogável por 30 dias corridos mediante anuência das partes. (esta previsão não está contida na opção 2 porque o fator morosidade não interfere tanto nos procedimentos extraprocessuais)

IV- Encerrada a fase de produção antecipada de provas na modalidade preliminar, as partes se reunirão em audiência de conciliação, perante o juiz. Não havendo acordo entre elas, o Juiz verificará a hipótese de julgamento sumário, com base nos art. 355 e 356.

V- não optando pelo julgamento sumário, o magistrado determinará o início da fase instrutória, nos termos do art. 357 IV e V.

**APÊNDICE B- PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA TENDENTE A
INSTAURAR UMA FASE PRELIMINAR OBRIGATÓRIA DE REVELAÇÃO DE
PROVAS**

Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;

II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;

III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação

381- Nas hipóteses dos incisos II e III do artigo anterior, o requerimento de produção antecipada da prova por uma das partes interessadas instaurará uma fase preliminar obrigatória de revelação de provas que vincula a participação das demais partes interessadas no procedimento.

I - A parte interessada requerente deverá indicar o nome e endereço das pessoas que possam ser atingidas pelas conseqüências da produção eventual da prova, sob pena de, em não o fazendo, arcar com as despesas da produção da prova em momento posterior.

II - A parte interessada requerida será intimada sobre o requerimento apresentado pela parte interessada requerente, e poderá optar por produzir provas de seu próprio interesse desde que relacionadas ao caso/litígio em potencial.

III - Caso a parte interessada requerida opte não produzir provas, deverá colaborar para que sejam obtidas todas as provas requeridas pela parte interessada, sob pena de aplicação de multa por ato atentatório à dignidade da justiça.

**APÊNDICE C- PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA TENDENTE A
INSTAURAR UMA FASE PRELIMINAR OBRIGATÓRIA DE REVELAÇÃO DE
INFORMAÇÕES E DOCUMENTOS (*DISCLOSURE*)**

Art. 335. O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data:

~~I-- da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição; da~~
~~juntada aos autos do comprovante de citação~~

~~II-- do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu, quando ocorrer a hipótese do [art. 334, § 4º, inciso I](#);~~

~~Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, Após o encerramento da fase de revelação obrigatória de informações e documentos do art ___ (*disclosure*) as partes se reunirão em o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação no prazo de 10 dias com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.~~

(alocação do artigo a ser definida)

~~Art. XXX. No ato de apresentação de suas respectivas alegações iniciais (petição inicial e contestação/reconvenção), as partes devem, independente de requerimento ou ordem judicial, providenciar para a parte oponente, um relatório/lista contendo:~~

~~I- o nome, endereço e telefone de cada pessoa que tenha probabilidade de possuir informações relevantes que possam ser utilizadas por ela para sustentar as alegações de seu próprio pedido ou da parte contrária, bem como de quaisquer assuntos relacionado à provas;~~

~~II- cópia ou relação categorizada indicando a localização de todos os documentos, arquivos digitais e objetos que a parte tenha sob seu domínio;~~

~~§1º O acesso, conferência e reprodução de documentos e informações constantes no relatório/lista está automática e previamente autorizada, devendo as partes informarem o juízo em caso de negativa de acesso por pessoa que esteja sob a posse dos documentos ou informações para aplicação de eventuais sanções legais.~~

~~§2º a omissão de informações e/ou documentos na lista/relatório inicial por qualquer das partes envolvidas no litígio poderá ser punida com multa e demais sanções relacionadas à desobediência e ato atentatório à dignidade da justiça~~

~~§3º a omissão de documentos considerados essenciais para o deslinde do litígio terá como consequência a inversão do ônus probatório em favor daquele que deixou de se beneficiar com a revelação prévia da prova.~~