

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL**

**FERNANDA MEDEIROS E RIBEIRO RODOR**

**ANTECIPAÇÃO DE PROVAS E AUTOCOMPOSIÇÃO**

**VITÓRIA - ES**

**2022**

**FERNANDA MEDEIROS E RIBEIRO RODOR**

**ANTECIPAÇÃO DE PROVAS E AUTOCOMPOSIÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual, na linha de pesquisa “Sistemas de Justiça, Constitucionalidade e Tutelas de Direitos Individuais e Coletivos”.

Professor Orientador: Claudio Penedo  
Madureira.

**VITÓRIA - ES**

**2022**

Ficha catalográfica disponibilizada pelo Sistema Integrado de  
Bibliotecas - SIBI/UFES e elaborada pelo autor

---

R695a Rodor, Fernanda Medeiros e Ribeiro, 1992-  
Antecipação de provas e autocomposição. / Fernanda Medeiros  
e Ribeiro Rodor. - 2022.  
147 f.

Orientador: Claudio Penedo Madureira.  
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Universidade  
Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e  
Econômicas.

1. Processo civil. 2. Método Autocompositivo. 3.  
Autocomposição. 4. Técnica discovery norte-americana. 5.  
Produção antecipada de provas. I. Madureira, Claudio Penedo. II.  
Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências  
Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340

---

FERNANDA MEDEIROS E RIBEIRO RODOR

## **ANTECIPAÇÃO DE PROVAS E AUTOCOMPOSIÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil.

Orientador: Prof. Dr. Claudio Penedo Madureira.

Aprovada em 11 de abril de 2022.

### **COMISSÃO EXAMINADORA**

---

**Prof. Dr. Claudio Penedo Madureira**  
**Orientador**

---

**Prof. Dra. Trícia Navarro Xavier Cabral**  
**Universidade Federal do Espírito Santo**

---

**Prof. Dra. Flávia Pereira Hill**  
**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

**VITÓRIA - ES**

**2022**



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL**

**ATA DA SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE DISSERTAÇÃO DA**  
**MESTRANDA FERNANDA MEDEIROS E RIBEIRO RODOR**

Às 10 horas do dia 11 do mês de abril do ano de 2022, via webconferência, reuniu-se a banca examinadora composta da seguinte forma: Prof. Dr. Claudio Penedo Madureira (Orientador); Profa. Dra. Trícia Navarro Xavier Cabral (Membro interno – PPGDIR/UFES); Profa. Dra. Flávia Pereira Hill (Membro externo – UERJ), para a sessão pública de Defesa de Dissertação da mestranda **Fernanda Medeiros e Ribeiro Rodor**, com o tema: "ANTECIPAÇÃO DE PROVAS E AUTOCOMPOSIÇÃO: SOBRE A POSSIBILIDADE TEÓRICA DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS INCIDENTAL NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO". Presentes os membros da banca e a examinanda, o presidente deu início a sessão, passando a palavra a aluna; após exposição de 20 minutos por parte da examinanda, os membros da banca formularam as suas arguições, as quais foram respondidas pela aluna; em seguida, o presidente da sessão solicitou que os presentes deixassem a sala para que a banca pudesse deliberar; ao final das deliberações, o presidente da sessão convocou a mestranda e os interessados para ingressarem na sala; com a palavra, o presidente da banca leu a decisão da banca que resultou a:

**APROVAÇÃO** da examinanda, por fim, o presidente da sessão alertou que a aprovada somente terá direito ao título de Mestre após entrega da versão final de sua dissertação, em papel e meio digital, a Secretaria do Programa e da homologação do resultado da defesa pelo Colegiado Acadêmico do PPGDIR/UFES.

Nada mais havendo a tratar, foi encerrada a sessão da qual se lavra a presente ata, que vai assinada eletronicamente de acordo com a Portaria Normativa 08/2021 PRPPG/UFES.



Programa de Pós-Graduação em Direito Processual PPGDIR / UFES  
NPJ CCJE UFES Campus de Goiabeiras, Vitória, ES  
Site: <http://www.direito.ufes.br/>  
E-mail: [pos.direito@ufes.br](mailto:pos.direito@ufes.br)



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO

**PROTOCOLO DE ASSINATURA**



O documento acima foi assinado digitalmente com senha eletrônica através do Protocolo Web, conforme Portaria UFES nº 1.269 de 30/08/2018, por  
CLAUDIO PENEDO MADUREIRA - SIAPE 2057930  
Departamento de Direito - DD/CCJE  
Em 13/04/2022 às 06:44

Para verificar as assinaturas e visualizar o documento original acesse o link:  
<https://api.lepisma.ufes.br/arquivos-assinados/446983?tipoArquivo=O>



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO

**PROTOCOLO DE ASSINATURA**



O documento acima foi assinado digitalmente com senha eletrônica através do Protocolo Web, conforme Portaria UFES nº 1.269 de 30/08/2018, por  
TRICIA NAVARRO XAVIER CABRAL - MATRÍCULA 3147819  
Membro - Colegiado do Programa de Pós-graduação em Direito Processual Civil  
Em 29/04/2022 às 08:37

Para verificar as assinaturas e visualizar o documento original acesse o link:  
<https://api.lepisma.ufes.br/arquivos-assinados/459202?tipoArquivo=O>

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, ao meu marido, Fáuzi Ferrari Rodor, pelo apoio incondicional, pelo incentivo diário e por compreender todas as abdições durante essa jornada do mestrado.

Ao meu orientador, Dr. Claudio Madureira, por todo aprendizado e pelas valiosas revisões nesse trabalho. Às professoras membros da minha banca de qualificação, Dra. Flávil Pereira Hill e Dra. Trícia Navarro Xavier, pelas importantes sugestões de aprimoramento dessa pesquisa.

Aos meus pais, Fernando Cícero Ribeiro e Denise M. Ribeiro, e ao meu irmão, Hugo Ribeiro, pelas palavras de afeto, pelo suporte e por toda a torcida.

À minha avó, mestre e professora, Izabel Maria S. Ribeiro, pela inspiração. Aos meus avós, Heitor Ribeiro, Enery S. Medeiros e Zenon A. Medeiros, pelo amor incondicional.

À minha amiga, Brunella Bortolini, pela ajuda na busca dos textos no processo seletivo de aluno especial do PPGDIR que posso afirmar que, de certa forma, mudou o rumo da minha vida e me tornou “capixaba”.

Aos meus colegas de trabalho, Ricardo Vaze, Gabriela Chieppe, Thiago Santos e Tatianna Vieira, por toda parceria nas compensações das horas para possibilitar a concretização desse sonho.

À secretaria do PPGDIR e aos meus tantos colegas, professores e amigos do mestrado, que não arriscarei em citar nomes, agradeço por toda ajuda e por todo suporte durante essa trajetória.

A todos amigos e familiares que, de certa forma, contribuíram para eu chegar até aqui.



“Nada lhe pertence mais que seus sonhos”.

(NIETZSCHE, Friedrich).

## RESUMO

Pretende-se, com esse trabalho, investigar se (com aporte em metodologia dedutiva, que comporta análise da legislação, da doutrina e da jurisprudência) o instituto da produção antecipada de provas pode ser empregado para orientar a autocomposição das contendas, com a finalidade de evitar a propositura de ação judicial (por meio da produção antecipada de provas de forma autônoma) ou de conferir maior eficiência e celeridade à resolução da controvérsia (por meio da produção antecipada de provas de forma incidental). Em específico, deseja-se apurar se, assim como a técnica do *discovery* no direito norte-americano, que permite o esclarecimento da matéria fática e, conseqüentemente, o convencimento das partes sobre quem tem razão na controvérsia, estimulando a resolução dos conflitos norte-americanos pelo método autocompositivo, a produção antecipada de provas (autônoma ou incidental), prevista no nosso ordenamento, poderia possibilitar que as partes, elucidados os fatos envolvidos no conflito, conseguissem, mais facilmente, celebrar um acordo, capaz de ensejar a contenção da litigiosidade no processo.

Palavras-chave: Processo civil; Método Autocompositivo; Autocomposição; Técnica *discovery* norte-americana; Produção antecipada de provas.

## **ABSTRACT**

The objective of this work is to investigate (with the contribution of deductive methodology, which includes analysis of legislation, doctrine and jurisprudence) that the institute of anticipated production of evidence can be used to guide the settlement of disputes, with the purpose of avoiding the filing of a lawsuit on the merits (through the autonomous production of evidence), or the contribute to greater efficiency and speed in their resolution (through the advance production of evidence in an incidental way). Specifically, we wish to examine if, as well as the discovery in American law, which allows the clarification of factual matters and, consequently, the conviction of the parties about who is right in the dispute, stimulating the resolution of the conflict by the alternative dispute resolutions, the anticipated production of evidence (autonomous or incidental), provided in our legal system, could enable the parties, having elucidated the facts involved in the conflict, to be able, more easily, to conclude an agreement, capable of giving rise to the contention of litigation in the process.

Keywords: Civil procedure; Alternative dispute resolutions; Settlement; Discovery; Anticipated production of evidence.

## LISTA DE ABREVIATURAS

ADR – *Alternative Dispute Resolution*

AED – Análise Econômica do Direito

Cf. – Conforme

CEJUSCs – Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania

CJRA – *Civil Justice Reform Act*

CPC – Código de Processo Civil

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

Ed. – Edição

EUA – Estados Unidos da América

FGV – Fundação Getúlio Vargas

FRCP – *Federal Rules of Civil Procedure*

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

p. – Página(s)

RE – Recurso Extraordinário

Rel. – Relator

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

v. – Volume

vs. – *versus*

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	10
1. TRIBUNAL MULTIPORTAS .....	14
1.1. Tribunal multiportas ou <i>interportas</i> .....	16
1.2. O método heterocompositivo e suas principais manifestações .....	21
1.3. O método autocompositivo e suas principais manifestações .....	24
1.4. O emprego do método autocompositivo para a resolução de conflitos submetivos à heterocomposição estatal e suas premissas constitucionais .....	27
2. A REVELAÇÃO DAS PROVAS DE QUE DISPÕEM AS PARTES COMO ELEMENTO INDUTOR DA AUTOCOMPOSIÇÃO NO DIREITO NORTE-AMERICANO.....	31
2.1. Índice de acordos no direito processual norte-americano .....	32
2.2. Fatores que contribuem para obtenção de acordos.....	39
2.2.1. <i>Onerosidade processual</i> .....	40
2.2.2. <i>Pragmatismo jurídico dos interessados e a análise econômica do direito</i> .....	44
2.2.3. <i>Convencimento das partes</i> .....	49
2.3. Breve contextualização sobre a técnica de revelação de provas ( <i>discovery</i> ) no processo civil norte-americano .....	52
2.3.1. <i>O pretrial e a técnica do discovery</i> .....	60
2.3.2. <i>A influência do “discovery” na prevenção da realização do “trial”</i> .....	62
3. <i>DISCOVERY VERSUS ANTECIPAÇÃO DE PROVAS</i> .....	64
3.1. A antecipação do esclarecimento quanto a aspectos da matéria fática como ponto de aproximação entre os institutos .....	64
3.2. Aspectos procedimentais que diferenciam os institutos .....	65
3.3. Esforço teórico para induzir a obtenção de resultados semelhantes aos que decorrem da utilização da técnica do <i>discovery</i> no processo civil brasileiro .....	69
3.3.1. <i>Elementos que distinguem os processos civis norte-americano e brasileiro</i> .....	70
3.3.1.1. <i>Onerosidade processual</i> .....	70
3.3.1.2. <i>Pragmatismo jurídico dos interessados e a análise econômica do direito</i> .....	74

<i>3.3.2. Elementos que favorecem a utilização da técnica da produção antecipada de provas no direito processual brasileiro com mesma função da técnica do “discovery”</i> .....	77
<b>4. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS COMO TÉCNICA PROCESSUAL VOLTADA À RESOLUÇÃO DE CONFLITOS PELO MÉTODO AUTOCOMPOSITIVO</b> .....	80
<b>4.1. AÇÃO PROBATÓRIA AUTÔNOMA E DESTINATÁRIO DA PROVA</b> .....	80
<i>4.1.1. Aspectos procedimentais da ação probatória autônoma</i> .....	85
<i>4.1.2. A inteligência do artigo 381, inciso II, do CPC de 2015</i> .....	90
<i>4.1.3. Os custos da prova pré-processual</i> .....	92
<i>4.1.4. A eficácia interruptiva da ação probatória</i> .....	95
<i>4.1.5. O contraditório limitado</i> .....	98
<i>4.1.6. A força vinculante da prova</i> .....	101
<b>4.2. A produção probatória antecipada de forma incidental</b> .....	103
<i>4.2.1. Fundamentos jurídico-normativos da produção antecipada de provas de forma “incidental” e da sua decretação de ofício pelo juiz</i> .....	106
<i>4.2.2. Ação antecipada de provas “incidental” e recusa imotivada das partes</i> .....	113
<b>4.3. “Pré-trial” e trial no processo civil brasileiro</b> .....	118
<b>4.4. Produção de provas antecipada, autônoma ou incidental, como fator indutor da autocomposição</b> .....	120
<b>CONCLUSÃO</b> .....	126
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	130

## INTRODUÇÃO

Dados do Portal “Justiça em Números”, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), relativos ao ano de 2021<sup>1</sup>, demonstram que 10% (dez por cento) dos processos, na fase de conhecimento, que tramitam na Justiça Federal são resolvidos por acordo. Esse percentual aumenta gradualmente na Justiça Estadual, onde o índice de conciliação, na fase de conhecimento, atinge aproximadamente 14,3% (quatorze inteiros e três décimos por cento) de sentenças homologatórias de acordo<sup>2</sup>.

Esses números são muito pouco expressivos quando comparados com os resultados apresentados pela Justiça Federal norte-americana, onde cerca de 98% (noventa e oito por cento) das controvérsias são resolvidas por meio de acordo, o que significa dizer que apenas 2% (dois por cento) dos processos federais vão a julgamento<sup>3</sup>. Na Justiça Estadual dos Estados Unidos da América (EUA), esse índice é reduzido para 96% (noventa e seis por cento) dos casos solucionados através de um acordo, contexto em que somente vão a julgamento 4% (quatro por cento) dos processos estaduais<sup>4</sup>. Mas, mesmo nesse âmbito, os resultados obtidos pelo Poder Judiciário norte-americano no que concerne à resolução dos conflitos pelo método autocompositivo superam em muito aqueles encontrados pelo CNJ no processo civil brasileiro.

Essa constatação parece explicar porque o tempo médio de tramitação dos processos nos EUA, apurado entre a propositura da ação e seu julgamento de primeiro grau, é de cerca de 9

---

<sup>1</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2021*. Brasília: CNJ, 2021, p. 194. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>>. Acesso em: 3 fev. 2022.

<sup>2</sup> Frise-se que este trabalho visa comparar o número de processos que se resolvem por acordo no direito pátrio e no direito norte-americano, por isso limita-se a análise na justiça federal e justiça estadual de ambos os países.

<sup>3</sup> Wolkart faz reflexão sobre essa questão a partir de trabalho de Shavell (2004) (WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do Processo Civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 344). Beneduzi também analisa o tema a partir das estatísticas levantadas por Hazard Júnior, Leubsdorf e Lyn, que sustentam que, em 2009, apenas 2% das claims federais iam a julgamento (BENEDUZI, Renato Resende. *Substantiierung, notice-pleading e fact-pleading - a relação entre escopo das postulações e função da prova nos processos alemão, americano e inglês*. Revista de Processo, São Paulo, n. 245, p. 445-472, jul. 2015, p. 461. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.245.17.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.245.17.PDF)>. Acesso em: 3 jun. 2021).

<sup>4</sup> Wolkart faz reflexão sobre essa questão a partir de trabalho de Shavell (2004) (WOLKART. *Análise econômica do Processo Civil*. 2019, p. 344). Subrin e Woo destacam que há autores (como Subrin e Main) que apresentam uma estatística menor dos casos que são resolvidos consensualmente, defendendo que cerca de dois terços a 70% (setenta por cento) dos casos civis são resolvidos por acordos (SUBRIN, Stephen N.; WOO, Margaret Y. K. *Litigating in America: Civil Procedure in context*. New York: Aspen Publishers, 2006, p. 220). Nesse mesmo sentido, Wolkart destaca ainda Robert Borne, que aduz que 70% (setenta por cento) dos processos americanos são solucionados por acordo (WOLKART. *Análise econômica do Processo Civil*. 2019, p. 344). Mesmo que o percentual correto fosse de 70% (setenta por cento), ainda assim, os EUA apresentaria uma excelência no índice de demandas resolvidas por meio de acordos.

meses<sup>5</sup>, enquanto que, no Brasil, esse interregno é de aproximadamente 3 anos e 4 meses<sup>6</sup>, o que indicia que a utilização, no processo civil brasileiro, de técnicas empregadas no processo civil norte-americano para induzir a contenção da litigiosidade das partes (de modo a que se possa obter, nos casos concretos, a resolução de conflitos pelo método autocompositivo), pode ser operativa para aumentar os nossos índices de acordos nos processos, possibilitando, assim, a fruição do direito fundamental dos contendores ao acesso adequado à justiça (artigo 5º, inciso XXXV da CRFB/1988), que também, pressupõe que se imprima um processo de duração razoável (artigo 5º, inciso LXXVIII da CRFB/1988).

Entre essas técnicas, merece especial atenção a técnica do *discovery*, consistente na realização de uma etapa de investigação processual antes da fase de julgamento (*trial*), que possibilita as partes conhecerem todos os elementos probatórios relacionados ao seu caso, esclarecendo-as acerca dos fatos ocorridos, de modo a que elas tenham melhores condições de mensurar as suas chances em juízo, e com isso orientar as suas tomadas de posição sobre ser aconselhável (ou não) procurar resolver a controvérsia por meio de um acordo.

No nosso ordenamento, a técnica do *discovery* guarda semelhança com o instituto da antecipação de provas, previsto no artigo 381, inciso II, do Código de Processo Civil (CPC) de 2015, que disciplina a viabilidade do ajuizamento de ação antecipada de provas desvinculada do requisito de urgência. Porque esse afastamento do caráter cautelar pelo CPC de 2015 (que caracterizava o instituto ao regime normativo do Código Civil Processual de 1973), também tem a potencialidade de conduzir os litigantes a uma avaliação prévia das suas chances e riscos na disputa judicial<sup>7</sup>, orientando a celebração de acordos. Essa afirmação parte da premissa teórica, de que os destinatários da prova, atualmente, são as partes<sup>8</sup>, e de que conforme expressado anteriormente pela doutrina jurídica<sup>9</sup>, quanto maior o nível de esclarecimento das

---

<sup>5</sup> FEDERAL Judicial Caseload Statistics. Disponível em: <[www.uscourts.gov/statistics-reports/analysis-reports/federal-judicial-caseload-statistics](http://www.uscourts.gov/statistics-reports/analysis-reports/federal-judicial-caseload-statistics)>. Acesso em: 3 jun. 2021.

<sup>6</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2021*. 2021, p. 209.

<sup>7</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. Artigo 381. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.) *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1026-1044.

<sup>8</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 68-69; DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v.2, p. 61.

<sup>9</sup> Nessa senda, ressalte-se os ensinamentos de Claudio Madureira quanto ao fato de “o discurso científico não se ocupar das patologias. Com efeito, o objeto de análise da Ciência Jurídica são normas que compõem o ordenamento (Direito), que em geral são editadas pelo Parlamento. Quando as analisam, os juristas (professores e autores jurídicos) procuram descrever o Direito, criando um sistema. Este é um trabalho científico; ao menos minha intenção, ao concebê-lo, foi desenvolvê-lo numa perspectiva teórico-científica”. Sendo assim, o presente trabalho, por imperativo lógico, visará tão somente descrever o Direito como está positivado no ordenamento, não adentrando às patologias (MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo Processo Civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 75-76).



partes acerca dos fatos, maior será a probabilidade de elas chegarem a uma solução autocompositiva, visto que a indefinição fática pode impedir “a realização de uma conciliação porque leva uma das partes a crer que tenha direitos que na realidade não tem”<sup>10</sup>. Nessa perspectiva, a ação antecipada de provas pode se revelar como ferramenta importante na contenção da litigiosidade. Outrossim foi a orientação do legislador, que no texto do artigo 381, inciso II, do CPC de 2015, busca incentivar a produção autônoma de prova como meio de “estimular e viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito”.

Em rigor, toda e qualquer antecipação da atividade probatória teria a potencialidade de induzir esse efeito. Por isso, ingressa-se, neste trabalho, na discussão sobre se é viável implementá-la de forma incidental ao processo de conhecimento já existente (produção antecipada de forma endoprocessual), e inclusive por iniciativa do próprio Poder Judiciário, (quando o magistrado perceber que com o simples esclarecimento da matéria fática, a controvérsia potencialmente teria a capacidade de se resolver de forma eficiente por meio do método autocompositivo), conformação em que o instituto talvez se aproxime ainda mais da técnica do *discovery* (endoprocessual), tal como concebida e executada no direito processual norte-americano.

Com aporte da metodologia dedutiva, que comporta análise da legislação, da doutrina e da jurisprudência, busca-se os fundamentos jurídicos-normativos que permitiriam essa produção antecipada de provas de forma incidental, tudo com intuito de tentar contribuir para que o litígio, já levado ao Judiciário, fosse resolvido por meio de um acordo, proporcionando de forma célere e eficiente a pacificação entre as partes. Nesse ponto, importante esclarecer que, a partir do corte metodológico que foi traçado, não se estudará a prova antecipada produzida de forma extrajudicial (fora de um processo judicial), porque o objetivo aqui é dar o tratamento repressivo ao problema já existente, relacionado ao esgotamento do nosso Poder Judiciário. Ainda que se mostre pertinente a análise de técnicas preventivas para se evitar o encaminhamento do conflito ao Judiciário, nesse momento, dete ao propósito de buscar melhorar o desempenho do Poder Judiciário e contribuir com a qualidade da entrega da nossa justiça, nos processos já em curso.

Assim, o objetivo desta pesquisa é investigar se o instituto processual da antecipação de provas (autônoma ou incidental) pode ser empregado para orientar a composição dos conflitos

---

<sup>10</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, item 22.1.14.1 (e-book).

e induzir a contenção da litigiosidade, libertando o Poder Judiciário do processamento e julgamento de ações que seriam solucionadas pelo método autocompositivo. Para além de ter a potencialidade de melhorar os índices de resolução consensual de conflitos apresentados pela justiça brasileira – que, pelas razões antes expostas, encontram-se enormemente defasados em relação aos resultados apresentados pela justiça norte-americana – a confirmação dessa hipótese ainda teria o condão de possibilitar aos juízes maior disponibilidade de tempo para atuarem em contendas que não podem ser resolvidas sem a adjudicação estatal por meio da sentença<sup>11</sup>, porque conduziria a eles uma quantidade menor de processos, o que lhes permitiria dedicar com maior profundidade ao exame de causas mais complexas e relevantes ao bem-estar da sociedade.

---

<sup>11</sup> CRESPO, Mariana Hernandez. Perspectiva sistêmica dos métodos alternativos de resolução de conflitos na América Latina: aprimorando a sombra da lei através da participação do cidadão. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2012, p. 81. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

## 1. TRIBUNAL MULTIPORTAS<sup>12</sup>

O Poder Judiciário brasileiro suporta, atualmente, mais de 75.400.000 (setenta e cinco milhões e quatrocentos mil) processos judiciais em tramitação<sup>13</sup>. Esse quantitativo alarmante de processos em andamento indica que a heterocompositivo estatal (jurisdição) encontra-se em processo de exaustão. Isso não resulta, em rigor, de um baixo índice de produtividade dos magistrados que, no geral, é alto<sup>14</sup>, mas da conjugação entre o grande número de demandas novas distribuídas (no Brasil não há limitação ao acesso à justiça, que com base no enunciado do artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB/1988, o princípio da inafastabilidade de jurisdição<sup>15</sup>, impõe, inclusive, ao Poder Público que disponibilize assistência judiciária aos menos favorecidos, conforme sobressai do texto do inciso LXXIV do mesmo dispositivo), e da escassez de recursos públicos (uma das soluções possíveis para o problema seria a contratação de mais juízes, mas a sociedade brasileira não consegue financiar esse gasto via recolhimento de tributos)<sup>16</sup>.

Há todavia, um outro elemento que explica essa realidade, e que em geral escapa a percepção da comunidade jurídica: a cultura da litigiosidade, que levando a uma *superjuridificação* dos conflitos com a submissão de controvérsias de toda sorte à adjudicação

---

<sup>12</sup> Nesse trabalho utiliza-se a nomenclatura “Tribunal Multiportas” em decorrência da tradução do termo “Multi-Door Courthouse” conferido pela ABA (American Bar Association). (CRESPO, Mariana Hernandez. A dialogue between professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo: exploring the evolution of the Multi-Door Courthouse. University of St. Thomas Law Journal, Minnesota, ano 3, v. 5, p. 665-674, 2008, p. 671. Disponível em: <[https://cejamericas.org/wpcontent/uploads/2020/09/151\\_Resumendeundialogo.pdf](https://cejamericas.org/wpcontent/uploads/2020/09/151_Resumendeundialogo.pdf)>. Acesso em: 3 jun. 2021).

<sup>13</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2021*. 2021, p. 102.

<sup>14</sup> “Considerando o conjunto do Poder Judiciário, constatou-se que o 1º grau possui um indicador de produtividade, IPC-Jus, de 81% (oitenta e um por cento), enquanto o 2º grau apresenta um indicador de 75% (setenta e cinco por cento) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2021*. 2021, p. 245). Além disso, a alta produtividade pode ser observada na estatística de 2016, que demonstrava que para cada magistrado havia um total aproximado de 5.883 (cinco mil oitocentos e oitenta e três) processos (WOLKART. *Análise econômica do Processo Civil*. 2019, p. 45).

<sup>15</sup> Lembrando-se que atualmente o simples fato de possibilitar o acesso ao Judiciário não significa o atendimento desse princípio constitucional previsto no artigo 5º, inciso XXXV da CRFB/1988. Esse princípio deve ser lido como um dever de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa (WATANABE, Kazuo. O acesso à justiça e a sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128).

<sup>16</sup> A sustentação que o problema do acesso à justiça, na verdade, se daria pela falta de crescimento físico do Judiciário é falaciosa, pois o aumento do Poder Judiciário, do número de varas, juízes e auxiliares da justiça só promove ainda mais a cultura da litigiosidade. Isto é, o “crescimento físico do judiciário só faz retroalimentar a demanda, a par de exacerbar a cultura contenciosa e desestimular as outras formas, auto e heterocompositivas, de resolução de controvérsias”, as quais seriam capazes de resolver de forma justa e, possivelmente, mais célere alguns conflitos (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 12, v. 60, p. 66-67, 2010).

estatal por meio de sentença judicial<sup>17</sup>, interfere fortemente sobre a eficiência do nosso Poder Judiciário, e que pode ser enfrentada, nos planos da ciência e no campo da aplicação do direito, sem que se opere a desnaturação da inafastabilidade da jurisdição estatal (conferida pelo artigo 5º, inciso XXXV da CRFB/1988) e sem que se imponha ao cidadão o ônus financeiro que ele não pode (ou, melhor, não está disposto a) suportar.

Essa constatação, amplamente difundida em sede doutrinária<sup>18</sup>, remete à compreensão segundo a qual uma forma exitosa de contribuir para a redução da litigiosidade é organizando um sistema de justiça multifacetária, comumente chamada Tribunal Multiportas<sup>19</sup>, que privilegia a adequação da controvérsia ao melhor método para sua solução<sup>20</sup>, viabilizando a obtenção de uma solução justa, tempestiva<sup>21</sup> e que melhor resolva certos conflitos de interesses. Nessa senda, destaca-se a redação dada pela Resolução nº 326, de 26 de junho de 2020 que modificou a redação do artigo 2º da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do CNJ, prevendo que a implementação da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, visa à *boa qualidade dos serviços* e à *disseminação da cultura de pacificação social*.

<sup>17</sup> “Numa demonstração de suposta esperança que a Jurisdição seja capaz de oferecer respostas justas, rápidas e adequadas para” todos e quaisquer “dissensos que lhe são apresentados” no Judiciário (LUCENA FILHO, Humberto Lima de. *A cultura da litigância e o Poder Judiciário*: noções sobre as práticas demandistas a partir da justiça brasileira. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=84117275be999ff5>>. Acesso em: 3 jun. de 2021).

<sup>18</sup> MADUREIRA. *Fundamentos do novo Processo Civil brasileiro*: o processo civil do formalismo-valorativo. 2017, p. 107-109; WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). *Tribunal Multiportas*: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2012, p. 87. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 3 jun. 2021; GUERRA, Sérgio. A palavra da FGV Direito Rio: centro de justiça e sociedade. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). *Tribunal Multiportas*: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2012, p. 7. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

<sup>19</sup> ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas*: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário. 2014. 193f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <[https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27012015-163101/publico/DissertacaoMariaCecilia\\_de\\_AraujoAsperti.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27012015-163101/publico/DissertacaoMariaCecilia_de_AraujoAsperti.pdf)>. Acesso em: 3 jun. 2021.

<sup>20</sup> GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. *Tribunais multiportas*: em busca de novos caminhos para a efetivação dos direitos fundamentais de acesso à justiça e à razoável duração dos processos. 2011. 223f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2011, p. 157-158. Disponível em: <<https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/1912-vinicius-jose-correa-goncalves/file>>. Acesso em: 3 jun. de 2021.

<sup>21</sup> Vide nota de rodapé 14, não se pode mais inferir que o simples acesso ao Judiciário seria capaz de efetivar o princípio do acesso à justiça, o acesso à justiça só é de fato consagrado quando se “viabiliza o acesso à ordem jurídica justa” e tempestiva, pois um processo extremamente demorado desrespeita o princípio da duração razoável do processo (WATANABE. *Participação e processo*. 1988, p. 128).

Nada obstante, a resolução pacífica das contendas não deve ser confundida como uma simples solução para a crise ao acesso à ordem jurídica justa ou como forma de diminuir o número de processos em tramitação no Judiciário, devendo ser aventada como “método para dar tratamento mais adequado aos conflitos de interesses que ocorrem na sociedade. A redução dos processos será uma resultante necessária do êxito de sua adoção, mas não seu escopo primordial”<sup>22</sup>.

### 1.1. Tribunal Multiportas<sup>23</sup> ou *Interportas*

A ideia do Tribunal Multiportas não é nova. Ela surgiu em meados da década de 70 do século passado, em Washington, EUA, na palestra sobre as *Perspectivas sobre a Justiça no Futuro*<sup>24</sup> na *Pound Conference*, conferência organizada pela Ordem dos Advogados dos Estados Unidos<sup>25</sup>, por órgãos estatais e pelos presidentes dos Tribunais norte-americanos<sup>26</sup>. Nesse evento, Frank Sander, professor de direito de Havard, palestrou sobre o tema *Varietades de Processamento de Disputas*<sup>27</sup>, cujo conteúdo posteriormente foi publicado<sup>28</sup>, detalhando os pontos basilares para o desenvolvimento da ideia de um *centro abrangente de justiça*<sup>29</sup>.

Sander propôs que fossem instalados “mecanismos de triagem que buscassem o encaminhamento do conflito para o meio mais adequado, de acordo com as suas características e das partes envolvidas”<sup>30</sup>, privilegiando a adequação da controvérsia ao melhor método para

<sup>22</sup> WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e solução pacífica dos conflitos de interesses. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 839.

<sup>23</sup> Cumpre ressaltar que o presente trabalho não tem como objeto precípuo a análise do Tribunal Multiportas, de modo que será limitado a apresentação das razões quanto aos métodos autocompositivo e heterocompositivo e suas respectivas técnicas que se entende relevante para o desenvolvimento dessa pesquisa. Não se despreza os conceitos pertinentes ao Tribunal Multiportas, mas apenas efetua-se um corte metodológico para tratar dos pontos que possuem relação mais próxima com o objetivo deste trabalho.

<sup>24</sup> Tradução livre do título original (*Perspectives on Justice in the Future*).

<sup>25</sup> Tradução livre do título original (*American Bar Association – ABA*).

<sup>26</sup> GONÇALVES. *Tribunais multiportas: em busca de novos caminhos para a efetivação dos direitos fundamentais de acesso à justiça e à razoável duração dos processos*. 2011, p. 157-158.

<sup>27</sup> Tradução livre do título original (*Varieties of Dispute Processing*).

<sup>28</sup> SANDER, 1979, p. 65-87, *apud* SUBRIN; WOO. *Litigating in America: Civil Procedure in context*. 2006, p. 213-214.

<sup>29</sup> ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2012, p. 32. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

<sup>30</sup> “Assim, uma preocupação a que devemos nos dirigir aqui é como podemos escapar do espectro projetado pelo professor Barton. Isso pode ser feito de várias maneiras. Em primeiro lugar, podemos tentar evitar que as disputas surjam por meio de mudanças apropriadas no direito [...]. Uma segunda forma de reduzir o número de processos judiciais é explorar formas alternativas de resolução de litígios fora dos tribunais, e é a este tópico que desejo

sua resolução, e com isso rechaçando o protagonismo das vias judiciais ordinárias<sup>31</sup>. Partindo de um prognóstico do colapso do Poder Judiciário norte-americano, que resultava, à época, do aumento constante do número de processos<sup>32</sup> em tramitação, Sander sugeriu que todos os conflitos que chegassem ao Judiciário fossem analisados, devendo ser encaminhados, para outras modalidades de resolução de controvérsias<sup>33</sup>, ou seja, os conflitos que os julgadores verificassem que seriam resolvidos de forma mais adequada por outras modalidades que não a via ordinária da heterocomposição estatal.

Sander não empregou, nesse contexto, a expressão portas, que resulta de metáfora construída pela Associação dos Advogados dos Estados Unidos, empregada na capa da publicação que encartou o artigo científico que resultou a palestra do professor Sander na *Pound Conference* de 1976<sup>34</sup>.

Marco Antônio Lorencini aduz que a “metáfora das portas remete a que todos os meios alternativos estejam disponíveis em um só lugar”<sup>35</sup>, de modo que a partir dos elementos informados pelas partes e da análise da própria controvérsia, seja possível escolher entre as

---

dedicar a minha atenção principal” (texto original: “Thus one concern to which we ought to address ourselves here is how we might escape from the specter projected by Professor Barton. This might be accomplished in various ways. First, we can try to prevent disputes from arising in the first place through appropriate changes in the substantive law [...]. A second way of reducing the judicial caseload is to explore alternative ways of resolving disputes outside the courts, and it is to this topic that I wish to devote my primary attention”) (SANDER, 1979, p. 65-87, *apud* ASPERTI. *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário*. 2014, p. 62).

<sup>31</sup> GONÇALVES. *Tribunais multiportas: em busca de novos caminhos para a efetivação dos direitos fundamentais de acesso à justiça e à razoável duração dos processos*. 2011, p. 157-158.

<sup>32</sup> BARTON. 1975, *apud* ASPERTI. *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário*. 2014, p. 62.

<sup>33</sup> SANDER, 1979, p. 65-87, *apud* ASPERTI. *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário*. 2014, p. 62.

<sup>34</sup> O termo simplificado “Tribunal Multiportas” foi conferido pela ABA, o que segundo Sander contribuiu para a maior assimilação e divulgação da sua ideia. Cf. trecho: “Depois dessa Palestra, no verão de 1976, uma das publicações da ABA [American Bar Association] foi um artigo sobre essa palestra. Na capa, eles tinham um monte de portas, e eles chamavam de tribunal multiportas. Eu tinha dado um nome muito mais acadêmico, o ‘centro de justiça integral’, mas muitas vezes o rótulo que você dá a uma ideia depende muito da disseminação e popularidade da ideia. Então, estou em dívida com a ABA por ter esse nome cativante - tribunal multiportas” (texto original: “After this Pound talk in the summer of 1976, one of the ABA [American Bar Association] publications had an article about this talk. On the cover, they had a whole bunch of doors, and they called it the multi-door courthouse. I had given it a much more academic name, the ‘comprehensive justice center’, but so often the label you give an idea depends a lot on the dissemination and the popularity of the idea. So, I am indebted to the ABA for having this catchy name - multi-door courthouse”) (CRÉSPO, Mariana Hernandez. *A dialogue between professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo: exploring the evolution of the Multi-Door Courthouse*. *University of St. Thomas Law Journal*, Minnesota, ano 3, v. 5, p. 665-674, 2008, p. 671. Disponível em: <[https://cejamericas.org/wpcontent/uploads/2020/09/151\\_Resumendeundialogo.pdf](https://cejamericas.org/wpcontent/uploads/2020/09/151_Resumendeundialogo.pdf)>. Acesso em: 3 jun. 2021).

<sup>35</sup> LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. *Prestação jurisdicional pelo Estado e meios alternativos de solução de controvérsias: convivência e formas de pacificação social*. 2006. 262f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 117. Disponível em: <<https://repositorio.usp.br/item/001631085>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

técnicas dos métodos heterocompositivo e autocompositivo disponíveis para resolver a contenda de forma mais adequada. Sander dialoga com as publicações de Lorencini quando defende que o Tribunal Multiportas pode ou não pertencer às Cortes Federais e Estaduais, de modo que o próprio Judiciário pode se revelar uma das portas possíveis ao tratamento do conflito<sup>36</sup>.

Nesse sentido, Vinícius José Corrêa Gonçalves define Tribunal Multiportas como sendo um “centro de resolução de conflitos multifacetário, que se baseia na noção que o sistema judicial moderno não deveria possuir apenas uma porta que levasse todos os litígios ao processo judicial”<sup>37</sup>, mas diferentes *portas* capazes de resolverem de forma adequada a controvérsia.

Pode-se, por exemplo, traçar um paralelo entre a atividade processual e a atuação médica, porque, assim como o médico, que examina os sintomas da doença primeiro, para só após tratar o paciente, deveria ser o procedimento para escolher o método mais adequado para solucionar um conflito. Ou seja, metaforicamente, antes de dar o *remédio* para *controvérsia*, deve-se olhar para o *problema*, a fim de dar o *tratamento* mais adequado ao caso concreto<sup>38</sup>. Em sentido similar, Ada Pellegrini Grinover leciona que primeiro deve-se examinar o conflito específico para depois determinar a solução processual adequada àquela problemática<sup>39</sup>.

Vale ressaltar que, posteriormente, no programa organizado pela professora Mariana Hernandez Crespo, em parceria conjunta da FGV com a Universidade *Saint Thomas*, o professor Sander expôs no Brasil sua pesquisa realizada na *International ADR Research Network*, relatando que o Tribunal Multiportas poderia ser um “instrumento capaz de contribuir para a ampliação do acesso à justiça, o aprimoramento do sistema de resolução de conflitos no Brasil e a conseqüente redução de processos judiciais”<sup>40</sup>.

---

<sup>36</sup> “O tribunal é onde estão os casos, então é natural ter o tribunal como uma porta do tribunal multiportas – essa é a ideia. Mas, pode ser que o tribunal esteja aqui e os outros modelos de resolução de conflitos [arbitragem, mediação, etc.] estejam lá; não há nada inerente [no esquema] que impeça isso” (texto original: “The court is where the cases are, so it is natural to have the court as one door of the multi-door courthouse – that is the idea. But, it could be that the court could be over here and the other processes [arbitration, mediation, etc.] could be over there; there is nothing inherent [in the scheme] that prevents this”) (CRESCO. A dialogue between professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo: exploring the evolution of the Multi-Door Courthouse. 2008, p. 671).

<sup>37</sup> GONÇALVES. *Tribunais multiportas*: em busca de novos caminhos para a efetivação dos direitos fundamentais de acesso à justiça e à razoável duração dos processos. 2011, p. 160.

<sup>38</sup> MAZZEI, Rodrigo Reis. *Gestão de conflitos*. Curso ministrado pelo professor Rodrigo Reis Mazzei, organizado pelo Núcleo de Estudos em Processo e Tratamento de Conflito (NEAPI), realizado no segundo semestre de 2019.

<sup>39</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 14.

<sup>40</sup> GUERRA. *Tribunal Multiportas*: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. 2012, p. 7.

Essa construção teórica parece ter influenciado a edição do CPC de 2015, que reconheceu a necessidade de conferir tratamento adequado a cada tipo de litígio<sup>41</sup>, deixando claro que a prolação de decisão judicial não é a única e nem a melhor opção para resolução de todas as contendas. Tal se infere, a título de exemplo, do artigo 3º, parágrafo primeiro desse Código que enuncia que “é permitida a arbitragem, na forma da lei”, ou do que preceitua o seu parágrafo segundo, que impõe ao Estado o dever de promover “sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”, ou ainda do seu parágrafo terceiro, que determina que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos sejam estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”. Tendo em vista essas previsões legais, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero defendem que atualmente a solução jurisdicional estatal para os conflitos passou a ser a “*ultima ratio* ou *extrema ratio*”, perdendo seu posto de técnica prioritária na resolução dos conflitos<sup>42</sup>.

O que com isso quer dizer é que a lei processual, em diversas oportunidades, concebeu “alternativas (ou múltiplas portas) para o acesso à justiça”<sup>43</sup>, e que há, pois, uma crescente valorização dos meios não jurisdicionais de resolução de conflitos, em especial, as técnicas do método autocompositivo.

Portanto, a abordagem do método autocompositivo como sendo um método “*alternativo*” de solução de conflito não se mostra mais apropriada. A nomenclatura acertada é “método *adequado* de resolução de conflitos”<sup>44</sup>, pois a jurisdição estatal não é mais o meio prioritário de solução das controvérsias, atualmente, todos os meios, jurisdicionais ou não, estatais ou não, são relevantes para tratar os conflitos.

---

<sup>41</sup> CAMPOS, Adriana Pereira; FRANCO, João Vítor Sias. A conciliação no Brasil e a sua importância como tratamento adequado de conflitos. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, n. 18, p. 263-281, 2017.

<sup>42</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 173.

<sup>43</sup> MADUREIRA. *Fundamentos do novo Processo Civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. 2017, p. 86.

<sup>44</sup> Cf. ARAÚJO, Carlos André Luís; MADUREIRA, Claudio; RODOR, Fernanda Medeiros e Ribeiro. Autocomposição e ferramentas jurídicas. In: ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, 2., 2020. Florianópolis: CONPEDI, 2020. Sobre o tema ver: MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 69; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, n. 195, p. 185-208, 2011, p. 185.



Disso resulta que, ao lado do processo estatal tradicional, há o método autocompositivo, que emprega, como técnicas, a conciliação e a mediação, bem como há a heterocomposição arbitral, que permite a resolução de conflitos de forma igualmente eficiente e, em alguns casos, até mais adequada que a heterocomposição estatal. Ou seja, tem-se um sistema *pluriprocessual* que possibilita aos interessados a solução dos seus conflitos de forma menos onerosa e mais célere<sup>45</sup>.

Vale ressaltar, ainda, que as técnicas do método autocompositivo e heterocompositivo não são estanques. A parte interessada pode, inicialmente, optar por uma *porta* (exemplo, jurisdição estatal) que entende pertinente para solucionar o seu problema e, perceber, posteriormente, inclusive com o esclarecimento de profissionais especializados, que seu conflito seria mais bem resolvido em outra *porta* (técnicas do método autocompositivo). Ou podem perceber que dentro de um mesmo método (autocompositivo ou heterocompositivo) há uma técnica mais adequada que outra para julgar o conflito. Fato é que as técnicas de resolução das controvérsias não se contrapõem, na verdade, elas se complementam. Isso porque o conflito além de ser um fenômeno dinâmico, por vezes, possui “uma zona cinzenta, e extensa, entre as situações que se recomenda um ou outro método de solução”<sup>46</sup>, de modo que nem sempre é possível de antemão detectar o melhor método para resolver um conflito. Às vezes, a técnica mais adequada só é percebida com o avanço nas tratativas para resolver o problema.

Com isso, mesmo o termo Tribunal *Multiportas* sendo assertivo ao apontar para uma diversidade de formas para resolver uma contenda, deixa desemparrada a ideia de que os métodos adequados de solução dos conflitos estão interligados. Daí a defesa pela denominação Tribunal *Interportas*, com o prefixo “inter”, que etimologicamente vem do latim que significa “entre”<sup>47</sup>, como uma forma de demonstrar que as *portas* estariam entrelaçadas e se completando na resolução e pacificação dos conflitos, uma vez ineficiente a tratativa por uma técnica, é possível que o conflito seja encaminhado para outra que se mostre mais adequada.

---

<sup>45</sup> GONÇALVES. *Tribunais multiportas*: em busca de novos caminhos para a efetivação dos direitos fundamentais de acesso à justiça e à razoável duração dos processos. 2011, p. 157-165. Sob este ponto, insta salientar que um dos gargalos da justiça brasileira está na fase de execução das decisões judiciais, a qual demora, no geral, três vezes mais que a fase de conhecimento. Cf.: MONTEIRO, Isaías. *Execução judicial demora três vezes mais do que o julgamento*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85351-a-demora-para-executar-decisao-e-maior-do-que-o-de-julgamento-na-justica>>. Acesso em: 3 jun. de 2021. Sobre o tema ver: HILL, Flávia Pereira. A produção antecipada da prova para a busca de bens no patrimônio do devedor: rumo a uma execução mais efetiva e racional. *Revista eletrônica de direito processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 15, v. 22, n. 2, p. 302-322, 2021.

<sup>46</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 48-49.

<sup>47</sup> INTER. In: Dicio Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2022. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/inter/>>. Acesso em: 3 fev. 2022.

## 1.2. O método heterocompositivo e suas principais manifestações

O método heterocompositivo de resolução de conflitos pressupõe a existência de uma terceira pessoa, estranha à lide e desinteressada no conflito, que possa decidir de modo imparcial a melhor solução para o caso concreto, substituindo a vontade das partes interessadas<sup>48</sup>.

As principais modalidades do método heterocompositivo são a jurisdição estatal<sup>49</sup> e a arbitragem<sup>50</sup>. Ambas formas de solução heterocompositiva do conflito empregam o caráter da substitutividade<sup>51</sup> de que haverá um terceiro que dirigirá o conflito, aplicando o direito ao caso concreto, sendo que na primeira modalidade se tem um membro do Poder Judiciário exercendo esta função e na segunda um árbitro escolhido pelas partes.

A partir da evolução do Estado de Direito e, sobretudo, com o advento do Estado Democrático de Direito e da real separação dos poderes pode-se divisar a noção de jurisdição

---

<sup>48</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao Direito Processual Civil – parte geral e processo de conhecimento. 20. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. v. I, p. 188-189.

<sup>49</sup> Nesse trabalho, adotar-se a nomenclatura *jurisdição estatal*, a fim de diferenciar quando se trata da modalidade do método heterocompositivo promovida pela atividade estatal e quando se aborda a modalidade da arbitragem, isso para deixar claro o objetivo dessa pesquisa aos leitores adeptos da corrente publicista que defendem que a arbitragem tem natureza jurídica de jurisdição. Nesse sentido, leia-se: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 101; GIUSTI, Gilberto. O árbitro e o juiz: da função jurisdicional do árbitro e do juiz. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, ano 2, n. 5, p. 7-14, jan./mar. 2005; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 39; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Jurisdição e arbitragem no novo Código de Processo Civil. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDEZI, Renato Resende (Coord.). *A reforma da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 233-265. Assim como, Ada Pellegrini Grinover quando sustenta que “até mesmo os meios extrajudiciais (incluindo-se, além da arbitragem, conciliação e mediação) são consideradas jurisdicionais, mesmo sem a característica de substitutividade das partes. Se, conforme nosso pensamento, a jurisdição compreende a justiça estatal, a justiça arbitral e a justiça consensual, é evidente que fica superado o conceito clássico de jurisdição” (GRINOVER. *Ensaio sobre a processualidade*: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. 2016, p. 18-19).

<sup>50</sup> Embora a discussão sobre a natureza jurídica da arbitragem seja importante, seu desfecho ultrapassa as finalidades dessa pesquisa, de modo que não se adentrará na discussão se arbitragem é método paraestatal (por exemplo: BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*: teoria geral do Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 13), se não se enquadra em nenhuma categoria (por exemplo: BASILIO, Ana Tereza Palhares; FONTES, André Ricardo Cruz. A teoria autonomista da arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 5, n. 17, p. 49-53, 2008), se seria equivalente jurisdicional (por exemplo: MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 147; MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 88) ou se seria a própria jurisdição (por exemplo: DIDIER JÚNIOR. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao Direito Processual Civil – parte geral e processo de conhecimento. 2018, p. 209; CARMONA. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei 9.307/96. 2009, p. 101).

<sup>51</sup> Guimarães ressalta posicionamento de Chiovenda sobre o assunto, que defende que, com a característica da substitutividade, não cabe a nenhuma das “partes interessadas dizer definitivamente se a razão está com ela própria ou com a outra; nem pode, senão excepcionalmente, quem tem uma pretensão invadir a esfera jurídica alheia para satisfazer-se” (GUIMARÃES, Filipe. A função tutelar da jurisdição. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. VIII, p. 352-366, 2011).

estatal como uma das funções exercidas, sobretudo, pelo Poder Judiciário<sup>52</sup>, com “intuito reconstruir e aplicar o Direito a situações concretas que são submetidas ao órgão jurisdicional”<sup>53</sup>, atuando com o objetivo de solucionar o conflito.

Nos moldes do artigo 16 do CPC de 2015, a jurisdição estatal civil é exercida por juízes e Tribunais do território nacional, a fim de aplicar e/ou realizar o direito material<sup>54</sup>. Dessa forma, a jurisdição estatal é a atividade pela qual o Estado-juiz substitui, para si, a atividade dos envolvidos no conflito, realizando, por meio de uma atividade criativa<sup>55</sup>, o direito de modo imperativo, substitutivo e com ânimo de definitividade<sup>56</sup>.

A jurisdição estatal tem como finalidade regular a vida em sociedade, definir o direito objetivo (escopo jurídico), apaziguar os conflitos sociais com justiça e educar a sociedade (escopo social), impor limites e determinar os fins a serem perseguidos pelo Estado (escopo político)<sup>57</sup>.

No método heterocompositivo, ao lado da resolução de controvérsias por meio da decisão judicial (jurisdição estatal), o tratamento de conflito que mais se destaca é o da arbitragem. Essa

---

<sup>52</sup>Rememora-se que a função jurisdicional é típica do Poder Judiciário, mas não é exclusiva. Os Poderes Executivo e Legislativo também podem desempenhar atividades jurisdicionais atipicamente. Por exemplo, quando o Senado Federal julga o Presidente por crimes de responsabilidade, artigo 52, inciso I, da CRFB de 1988.

<sup>53</sup> DIDIER JÚNIOR. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil – parte geral e processo de conhecimento*. 2018, p. 190-191.

<sup>54</sup> A jurisdição estatal abrange tanto a atividade cognitiva como a executiva. Vide: ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 99.

<sup>55</sup> DIDIER JÚNIOR. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil – parte geral e processo de conhecimento*. 2018, p. 191. Além disso, esta ideia compatibiliza-se com a nova fase metodológica do processo civil brasileiro, qual seja do formalismo-valorativo, pois, ao aplicar o direito, os magistrados adaptam os textos normativos, levando em consideração os valores, princípios jurídicos e direitos fundamentais às especificidades do caso concreto. Vide: MADUREIRA. *Fundamentos do novo Processo Civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. 2017, p. 35.

<sup>56</sup> BUENO. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do Direito Processual Civil*. 2007, p. 238.

<sup>57</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 1-413. Além dos esclarecimentos das notas de rodapé 48 e 49, cumpre esclarecer que, a partir dos escopos da jurisdição e pela necessidade de a jurisdição resolver o conflito da forma mais eficiente possível, Antônio Carlos Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover suscitam a dúvida se o conceito tradicional de jurisdição deveria passar a contemplar os demais métodos adequados de resolução de conflitos, como as modalidades da mediação, da conciliação e também da arbitragem, uma vez que essas modalidades poderiam por fim a contenda de forma mais eficiente. Ou seja, seria uma propositura da jurisdição compreender “a justiça estatal, a justiça arbitral e a justiça consensual” (CINTRA, Antônio Carlos A; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 18). Nessa senda, Arthur Arsuffi ressalta que a “linha mestra para incluir determinada atividade dentro do conceito ampliado de jurisdição civil é exigir que ele (i) seja praticado perante autoridade judicial e (ii) que sua finalidade esteja relacionada [...] com a resolução de conflitos” (ARSUFFI, Arthur Ferrari. *A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 39). Todavia, conforme pontuado anteriormente, essa discussão sobre possível evolução da natureza dos métodos adequados como jurisdição, ultrapassam o escopo dessa pesquisa que, por isso, se limitará a adotar a vertente tradicional da jurisdição.

modalidade já era regulada expressamente pelos artigos 1.072 a 1.102 do CPC de 1973 e pela Lei nº 9.307 de 1996. Atualmente, também está prevista no CPC de 2015, o qual assevera no artigo 3º, parágrafo primeiro que “é permitida a arbitragem, na forma da lei”, assim como “contém regras que possibilitam a interação não conflituosa entre juízes e árbitros no accertamento e satisfação dos direitos subjetivos”<sup>58</sup>, bem como nos artigos 42, 189, inciso V, 337, inciso X, 337, parágrafo sexto, 485, VII, todos do CPC de 2015<sup>59</sup>.

Os interessados decidem solucionar os seus conflitos por meio dessa modalidade através da convenção de arbitragem, assim entendida cláusula compromissória e o compromisso arbitral, nos moldes do artigo 3º da Lei nº 9.307/1996. Determinada a arbitragem, escolhem, de comum acordo, um ou mais árbitros (desde que sejam pessoas naturais e capazes) que definirão o direito aplicável ao caso concreto<sup>60</sup>.

Nesse contexto, não há que se falar que a arbitragem seria contrária ao princípio da inafastabilidade da jurisdição estatal (artigo 5º, inciso XXXV da CRFB/1988), uma vez que a arbitragem é opcional e não obrigatória<sup>61</sup>. Os litigantes (capazes) podem renunciar, por livre e espontânea vontade, à jurisdição estatal para “dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, conforme delimita o artigo 1º da Lei da Arbitragem (Lei de nº 9.307/1996). Seguindo essa lógica, o pleno do Supremo Tribunal Federal (STF) manifestou-se pela constitucionalidade da arbitragem<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> MADUREIRA, Claudio; MOREIRA, Aline Simonelli; MOREIRA, Aline de Magalhães Grafanassi. Autocomposição, conciliação e mediação do regime do CPC-2015: esforço teórico de sistematização dos conceitos. In: SICA, Heitor et al. (Org.). *Temas de Direito Processual contemporâneo: III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual*. Serra: Milfontes, 2019. v. II, p. 68.

<sup>59</sup> MADUREIRA; MOREIRA; MOREIRA. *Temas de Direito Processual contemporâneo: III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual*. 2019, p. 68.

<sup>60</sup> Com base no artigo 2º, parágrafos primeiro e segundo da Lei da Arbitragem, as partes podem escolher qual a norma de direito material aplicável ao caso concreto, podendo, inclusive, decidir que o julgamento “se realize com base em princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio”. (DIDIER JÚNIOR. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil – parte geral e processo de conhecimento*. 2018, p. 207).

<sup>61</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo Método, 2009, p. 453. Por isso, a previsão do artigo 51, inciso VII do Código de Defesa do Consumidor que prevê que são “nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] VII – determinem a utilização compulsória de arbitragem”. Nada obstante, cumpre ressaltar que, para Ricardo de Carvalho Aprigliano, por força do artigo 42 do CPC (“as causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei”), instituído o juízo arbitral, por meio de convenção de arbitragem, surge um pacto de eficácia plena e vinculante entre as partes e não uma mera faculdade (APRIGLIANO. *A reforma da lei de arbitragem*. 2016, p. 253-254).

<sup>62</sup> Neste julgamento do pleno do Supremo Tribunal Federal ficou decidido pela constitucionalidade da lei de arbitragem (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg em Sentença Estrangeira nº 5.206*. Rel.: Min. Marco Aurélio. DJe 12/12/2001).

Por fim, ressalte-se que essa modalidade é utilizada, principalmente, para resolução de controvérsias complexas e de natureza empresarial que envolvem valores altos e dependem de um árbitro com conhecimentos técnicos e especializados para solucionar a problemática<sup>63</sup>.

### 1.3. O método autocompositivo e suas principais manifestações

O método autocompositivo, diferentemente do heterocompositivo, não pressupõe a imposição da solução da contenda por meio de um terceiro imparcial. Nele, a resolução da controvérsia é buscada pelas próprias partes envolvidas de maneira consensual<sup>64</sup>, que podem (ou não) ser coadjuvadas por um terceiro, mas que funciona, nesse contexto, como um intermediário ou facilitador da aproximação e comunicação entre as partes<sup>65</sup> e, por isso, tem a sua atuação circunscrita (e limitada) a orientar os contendores para que eles “voluntariamente, cheguem a um consenso ou reequilíbrio da relação”<sup>66</sup>.

Com base nesse conceito e na análise dos artigos do CPC de 2015 como, por exemplo, o artigo 1º, parágrafo terceiro, que prevê que a “conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”, assim como o artigo 165 que enuncia que os Tribunais “criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição”, e o artigo 334 quando dispôs que “se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação”, permite concluir que a “autocomposição é método para resolução de litígios por meio de acordos, enquanto que a conciliação e a mediação são técnicas empregadas para a consecução desse objetivo”<sup>67</sup>.

---

<sup>63</sup> WATANABE. *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. 2018, p. 833. Como exemplo, pode-se citar as “atividades econômicas submetidas à regulação estatal (telecomunicações, art. 93, inciso XV, da Lei nº 9.472/1997; exploração de petróleo e gás natural, art. 43, inciso X, da Lei nº 9.478/1997) e as parcerias público-privadas”. (DIDIER JÚNIOR. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil – parte geral e processo de conhecimento*. 2018, p. 208).

<sup>64</sup> CAHALI. *Curso de arbitragem*. 2015, p. 44-45.

<sup>65</sup> CAHALI. *Curso de arbitragem*. 2015, p. 45.

<sup>66</sup> CAHALI. *Curso de arbitragem*. 2015, p. 45.

<sup>67</sup> MADUREIRA; MOREIRA; MOREIRA. *Temas de Direito Processual contemporâneo: III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual*. 2019, p. 77.

Ressalte-se que, por mais que o CPC de 2015 tenha dado ênfase às técnicas da mediação e da conciliação, há outras modalidades capazes de alcançar a autocomposição<sup>68</sup>, entre os contendores, como, por exemplo, a negociação<sup>69</sup>, a renúncia, a desistência, a submissão/reconhecimento e a transação<sup>70</sup>. Contudo, os acordos advindos de tais modalidades decorrem de tratativas das próprias partes<sup>71</sup> e, mesmo que na modalidade da negociação possa ter um terceiro (negociador) auxiliando a obtenção do acordo, esse terceiro estará representando alguma das partes<sup>72</sup>. Por essa particularidade, as únicas técnicas que poderiam “ser empregadas pelo Poder Judiciário para induzir a autocomposição entre as partes”<sup>73</sup> seriam as técnicas da conciliação e da mediação. Com isso, nesse trabalho, limita-se a análise dessas técnicas (conciliação e mediação) que contam com terceiro auxiliador imparcial, que está à “disposição dos órgãos jurisdicionais para instrumentalizar a resolução dos litígios”<sup>74</sup>.

Tanto na técnica da conciliação, como na da mediação, os terceiros imparciais envolvidos buscam gerar um ambiente propício à composição, dirimindo as animosidades entre as partes<sup>75</sup>, de modo a fomentar o diálogo entre elas para que o conflito venha a ser pacificado<sup>76</sup>. Ambas as técnicas são regidas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade das partes (inclusive quanto à definição das regras procedimentais), da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada, conforme se depreende do artigo 166 do CPC de 2015, assim como pelos princípios da busca do consenso, da boa-fé e da isonomia entre as partes, nos moldes do artigo 3º da Lei nº 13.140 de 2015.

---

<sup>68</sup> “Enquanto no regime processual pretérito a expressão conciliação era empregada como sinônimos de acordo, agora, com a edição do novo código, a resolução de litígios por acordos passou a ser designada simplesmente como autocomposição” (MADUREIRA; MOREIRA; MOREIRA. *Temas de Direito Processual contemporâneo: III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual*. 2019, p. 68).

<sup>69</sup> Cahali assevera que a autocomposição pode advir da negociação, da conciliação e da mediação (CAHALI. *Curso de arbitragem*. 2015, p. 45).

<sup>70</sup> ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015; NEVES. *Manual de Direito Processual Civil*. 2016, p. 6-8; DIDIER JÚNIOR. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil – parte geral e processo de conhecimento*. 2018, p. 167.

<sup>71</sup> Por esse motivo, tais modalidades de autocomposição não compreendem o objeto desse trabalho, uma vez que se busca avaliar as ferramentas que o Poder Judiciário poderia se valer para induzir a autocomposição entre as partes.

<sup>72</sup> MADUREIRA; MOREIRA; MOREIRA. *Temas de Direito Processual contemporâneo: III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual*. 2019, p. 71.

<sup>73</sup> MADUREIRA; MOREIRA; MOREIRA. *Temas de Direito Processual contemporâneo: III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual*. 2019, p. 71.

<sup>74</sup> MADUREIRA; MOREIRA; MOREIRA. *Temas de Direito Processual contemporâneo: III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual*. 2019, p. 71.

<sup>75</sup> CAHALI. *Curso de arbitragem*. 2015, p. 45 e 85.

<sup>76</sup> DIDIER JÚNIOR. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil – parte geral e processo de conhecimento*. 2018, p. 322.

A principal diferença entre a conciliação e a mediação está na finalidade de cada uma. Enquanto na conciliação a atuação do facilitador é voltada à própria celebração do acordo<sup>77</sup>, o foco na mediação, é o tratamento do conflito, seu objetivo é reaproximar as partes envolvidas e, não propriamente, obter a celebração do acordo<sup>78</sup>, que se apresenta, na mediação, como simples consequência advinda da sua execução.

O legislador processual também distinguiu as técnicas quando definiu o papel do profissional que atuará na conciliação e na mediação. O conciliador “atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes”, podendo sugerir soluções para compor o litígio<sup>79</sup> (embora seja “vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem”, conforme artigo 165, parágrafo segundo do CPC de 2015). Já o mediador “atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes”, auxiliando os envolvidos “a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos” (artigo 165, parágrafo terceiro do CPC de 2015).

Para tratar essas diferenças entre as técnicas do método autocompositivo, Helio Antunes Carlos cita como, por exemplo, um conflito em que o trabalhador objetiva o recebimento de verbas trabalhistas não quitadas pelo empregador. Essa controvérsia poderia ser resolvida por meio da técnica da conciliação, uma vez que a relação entre os sujeitos processuais já teria se encerrado. No entanto, um conflito trabalhista em que o empregado almeja ser reintegrado (por exemplo, em decorrência de demissão arbitrária, em período de estabilidade), a técnica mais

<sup>77</sup> Cf: CINTRA, Antônio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pelegrini. *Teoria geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 34. CAHALI. *Curso de arbitragem*. 2015, p. 85.

<sup>78</sup> Cf: CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER. *Teoria geral do processo*. 2007, p. 34. CAHALI. *Curso de arbitragem*. 2015, p. 85.

<sup>79</sup> Cumpre ressaltar que o artigo 30, parágrafo primeiro, inciso III, da Lei nº 13.140 de 2015, prevê que o dever da confidencialidade alcança a “III -manifestação de aceitação de *proposta de acordo apresentada pelo mediador*”, pressupõe que o mediador, também, poderia sugerir propostas de acordo. Para Luiz Antônio Scavone Júnior, tal previsão trata-se de uma atecnia na formulação das leis que deve ser reparada pela doutrina, pois o objetivo do artigo em questão é estipular que a mediação e a conciliação não são técnicas estanques, que em algum momento, poderia o mediador sugerir uma solução, convertendo a mediação em conciliação (SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem: mediação e conciliação*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 277). Em sentido similar, Fernanda Tartuce defende que a expressão de que o mediador atuará “*preferencialmente*” nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, permite a interpretação de que os conflitos sobre relações continuadas também poderiam ser conduzidos por um conciliador. Como exemplo, ressalta a hipótese dos envolvidos não conseguirem sozinhos encontrar soluções, podendo então, “se valer da contribuição de um conciliador que elabore propostas” (TARTUCE, Fernanda. Artigo 165. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 524).

adequada possivelmente seria a mediação, tendo em vista que caso seja determinado a reintegração do funcionário, a relação entre o demandante e demandado continuaria<sup>80</sup>.

Enfim, a conciliação é técnica mais adequada para “solução de conflitos objetivos, nos quais as partes não tiveram convivência ou vínculo pessoal anterior”<sup>81</sup>, não importando a manutenção da relação entre as partes ou os fatores subjetivos que instigaram a controvérsia, ao passo que a mediação é técnica mais apropriada para tratar controvérsias envolvendo relações prévias e duradouras (como, por exemplo, “relações de vizinhança”<sup>82</sup>, “conflitos societários e familiares”<sup>83</sup>), em que o papel do mediador é basicamente facilitar a comunicação entre as partes para que elas mesmas possam identificar as suas próprias soluções consensuais, gerando benefícios mútuos, com uma perspectiva que a convivência futura seja harmônica<sup>84</sup>.

#### **1.4. O emprego do método autocompositivo para a resolução de conflitos submetidos à heterocomposição estatal e suas premissas constitucionais**

O CPC de 2015 quando disciplina no seu capítulo inicial as normas fundamentais do processo civil, reafirmando as garantias explicitadas na própria Constituição Federal<sup>85</sup>, promove a nova fase metodológica do *formalismo-valorativo* do Direito Processual Civil Brasileiro<sup>86</sup> e adequa a estrutura de um “processo justo como instrumento de realização da garantia de acesso à justiça, segundo os direitos fundamentais aplicáveis à tutela jurisdicional prestada pelo moderno Estado Democrático de Direito”<sup>87</sup>.

Nesse contexto, de Estado Democrático de Direito (artigo 1º da CRFB/1988), o processo (para ser democrático) precisa necessariamente observar o direito fundamental de acesso à justiça<sup>88</sup>. Mas não o direito de acesso à justiça que se resume ao simples direito de acessar o

<sup>80</sup> CARLOS, Helio Antunes. *O microsistema de autocomposição*: possibilidades de um sistema mais participativo. 2019. 348f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Universidade Federal do Espírito Santo Vitória, 2019, p. 146. Disponível em: <[https://repositorio.ufes.br/jspui/bitstream/10/11324/1/tese\\_13461\\_Dissertação\\_consolidada\\_revisada%20e%20formatada\\_pós%20banca\\_Helio%20Antunes%20Carlos.pdf](https://repositorio.ufes.br/jspui/bitstream/10/11324/1/tese_13461_Dissertação_consolidada_revisada%20e%20formatada_pós%20banca_Helio%20Antunes%20Carlos.pdf)>. Acesso em: 3 jun. 2021.

<sup>81</sup> CAHALI. *Curso de arbitragem*. 2015, p. 46.

<sup>82</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO. *Manual do processo de conhecimento*. 2001, p.181-182.

<sup>83</sup> DIDIER JÚNIOR. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao Direito Processual Civil – parte geral e processo de conhecimento. 2018, p. 322-323.

<sup>84</sup> CAHALI. *Curso de arbitragem*. 2015, p. 86.

<sup>85</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 58.

<sup>86</sup> MADUREIRA. *Fundamentos do novo Processo Civil brasileiro*: o processo civil do formalismo-valorativo. 2017, p. 58 e seguintes.

<sup>87</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*: teoria geral do Direito Processual Civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. I, p. 84.

<sup>88</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo Civil Ambiental*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 93.



Poder Judiciário (interpretação literal oriunda do princípio da inafastabilidade da jurisdição previsto no artigo 5º, XVVV da CRFB/1988), passa-se “do acesso à justiça dos tribunais” para o “acesso aos direitos pela via adequada de composição”<sup>89</sup>. Isso porque, atualmente, por acesso à justiça “se compreende o direito a uma *tutela efetiva e justa* para todos os interesses dos particulares”<sup>90</sup>, abarcados no ordenamento jurídico, de modo que o direito pode (e deve ser, em certos casos) efetivado pelo acesso a outros métodos adequados de resolução de conflitos que não a heterocomposição estatal, o que em determinados casos é, inclusive, o que viabiliza a justiça mais *adequada e efetiva*<sup>91</sup>.

Kazuo Watanabe defende, portanto, a atualização do conceito de acesso à justiça, destacando o artigo 1º da Resolução de nº 125/2010 do CNJ, que prevê que todos tenham o “direito à solução dos conflitos por meios *adequados* à sua natureza e peculiaridade”<sup>92</sup>.

Em sentido semelhante, Ricardo de Carvalho Aprigliano sustenta que o *caput* do artigo 3º do CPC ao refletir a premissa constitucional que “deve haver apreciação *jurisdicional* para toda e qualquer lesão ou ameaça de direito”, disciplina, justamente nos seus parágrafos, os demais métodos de como essa garantia do acesso à justiça poderia ser observada<sup>93</sup>. Ressaltando nos seus parágrafos, a arbitragem (artigo 3º, parágrafo primeiro do CPC/2015), como se viu, modalidade do método heterocompositivo. Após, as técnicas da conciliação e da mediação do método autocompositivo (artigo 3º, parágrafo terceiro do CPC/2015) e, determinando que *sempre que possível*, o Estado promoverá a solução consensual dos conflitos (artigo 3º, parágrafo segundo do CPC/2015).

Por esse motivo, o estudo sobre como incrementar o método autocompositivo nas resoluções dos conflitos, hoje, ultrapassa as questões puramente pragmáticas, que perpassam as conclusões de ser um meio eficaz e econômico de solução de conflitos, porque o estímulo à autocomposição está intrinsecamente ligado aos ditames constitucionais, revelando-se “um importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser

---

<sup>89</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Justiça Multiportas e tutela adequada em litígios complexos: a autocomposição e os direitos coletivos. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 38.

<sup>90</sup> THEODORO JÚNIOR. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do Direito Processual Civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 2017, p. 91.

<sup>91</sup> DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR. *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. 2018, p. 38.

<sup>92</sup> WATANABE. *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. 2018, p. 840.

<sup>93</sup> APRIGLIANO. *A reforma da lei de arbitragem*. 2016, p. 233-265.

protagonistas da construção da decisão jurídica que regula as suas relações”<sup>94</sup>. De modo que promover a solução consensual é uma forma de reforçar a democracia e a “participação popular no exercício do poder – no caso, o poder de solução dos conflitos”<sup>95</sup>.

Com isso, a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos de Interesses<sup>96</sup> determina que as ações de incentivo à autocomposição, devem contar com “a participação de rede constituída por todos os órgãos do Poder Judiciário e *por entidades públicas e privadas parceiras*, inclusive universidades e instituições de ensino”<sup>97</sup>, porque a “interação entre o público e privado é fundamental para solidificação de uma cultura não adversarial de solução de conflitos, além de contribuir para a efetiva aplicação da técnica compositiva às particularidades do caso concreto”<sup>98</sup>.

Com isso, para além, dos meios adequados de resolução de conflitos existentes no âmbito do Poder Judiciário, como mediações e conciliações *intraprocessuais* (que fazem parte do próprio processo judicial, como exemplo, as que podem acontecer na audiência de conciliação ou de mediação prevista no artigo 334 do CPC de 2015) ou *anexas* ao processo “(promovidas fora do *iter* processual, mas em função de processos ajuizados)”<sup>99</sup>, tem-se também modalidades *pré-processuais* (que podem ocorrer sem qualquer vinculação com o processo), como, por exemplo, as conciliações ou as mediações que ocorrem nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs)<sup>100</sup>. Todas essas três hipóteses ocorrem no âmbito do Poder Judiciário, o que as difere é a sua realização ser dentro ou fora (ou sem nenhum) processo judicial. Ao lado dessas técnicas judiciais, há também as conciliações e as mediações extrajudiciais<sup>101</sup>, que não contam com a participação e ingerência do Poder Judiciário. Pode-se citar como exemplos, as “câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos” envolvendo órgãos e entidades da Administração Pública (artigo 32 e 43 da Lei nº 13.140 de

<sup>94</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. Artigo 3º. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 9.

<sup>95</sup> DIDIER JÚNIOR. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 9.

<sup>96</sup> Redação dada pela Resolução nº 326 de 26/06/2020 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 326 de 26/06/2020*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3366>>. Acesso em: 3 jun. 2021).

<sup>97</sup> Artigo 5º da Resolução de nº 125/2010 do CNJ (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 125, de 29/11/2010*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>>. Acesso em: 3 jun. 2021).

<sup>98</sup> CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A evolução da conciliação e da mediação no Brasil. *Revista FONAMEC*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 368-383, mai. 2017.

<sup>99</sup> WATANABE. *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. 2018, p. 840.

<sup>100</sup> WATANABE. *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. 2018, p. 840.

<sup>101</sup> A mediação judicial está disciplinada no artigo 24 e seguintes da Lei nº 13.140 de 2015, enquanto a mediação extrajudicial está prevista no artigo 21 e seguintes da mesma Lei.

2015 c/c artigo 174 do CPC de 2015), bem como as serventias extrajudiciais são exemplos de situações em que são promovidas a mediação ou conciliação extrajudicial. Além desses casos, tem-se as associações de moradores, as escolas (artigo 42 da Lei nº 13.140 de 2015), a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)<sup>102</sup>, os núcleos de práticas jurídicas de universidades de direito (artigo 5º da Resolução do CNJ de nº 125/2010) e as câmaras privadas (artigo 12-C e seguintes da Resolução do CNJ de nº 125/2010).

Nada obstante, o objetivo desse trabalho é analisar elementos (ou técnicas empregadas no âmbito do *processo* civil norte-americano) capazes de serem utilizados no nosso ordenamento jurídico, para contribuir com o aumento de controvérsias que poderiam ser solucionadas pelo método autocompositivo no direito pátrio, em especial, para conflitos que já possuem *processos* em curso, endereçados ao próprio Poder Judiciário. Com isso, nessa pesquisa serão estudadas as técnicas de conciliações e mediações *judiciais*, capazes de contribuir para a fruição efetiva do direito fundamental ao acesso *adequado* à justiça (interpretação atualizada e sistemática do artigo 5º, inciso XXXV da CRFB/1988), que também, pressupõe que se imprima um processo de duração razoável (artigo 5º, inciso LXXVIII da CRFB/1988).

---

<sup>102</sup> DIDIER JÚNIOR. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil – parte geral e processo de conhecimento*. 2018, p. 323.

## 2. A REVELAÇÃO DAS PROVAS DE QUE DISPÕEM AS PARTES COMO ELEMENTO INDUTOR DA AUTOCOMPOSIÇÃO NO DIREITO NORTE-AMERICANO<sup>103</sup>

Definido, nesses termos, que a adesão, entre nós, do modelo de justiça civil fundada no que em doutrina se convencionou chamar, Tribunal Multiportas<sup>104</sup>, modelo de justiça que emprega também o método autocompositivo para resolução de conflitos, torna-se relevante investigar as razões pelas quais os juízes e Tribunais norte-americanos (*case* de sucesso capaz de orientar a atividade dos intérpretes/operadores do direito brasileiro) vêm obtendo maior êxito em resolver seus conflitos pelo método autocompositivo do que o Poder Judiciário brasileiro (como se observou na introdução deste trabalho, mais de 95% (noventa e cinco por cento) dos casos levados à Justiça, Federal e Estadual, norte-americana são solucionados por meio de acordos<sup>105</sup>, enquanto que no Brasil esse índice não ultrapassa o patamar de 14,3% (quatorze inteiros e três décimos por cento), no seu melhor cenário, que é na Justiça Estadual brasileira<sup>106</sup>.

Para tanto, passar-se a descrever, a partir de fontes doutrinárias norte-americanas, que procuram explicar os índices de acordo no processo civil daquele país, os principais fatores (onerosidade processual, pragmatismo jurídico dos interessados conjuntamente com a análise econômica do direito e convencimento das partes) que contribuem para esse seu resultado positivo, para adiante definir que, entre eles, apenas o convencimento das partes tem a potencialidade de orientar a celebração de acordos no processo civil brasileiro, contexto em que merece especial atenção a técnica de revelação de provas (*discovery*) adotado pelo Poder Judiciário norte-americano (dado a impossibilidade de a onerosidade processual e o pragmatismo jurídico serem empregados no Brasil, como ferramentas voltadas à ampliação da resolução de conflitos com base no método autocompositivo, pelas razões que serão explicitadas na sequência).

---

<sup>103</sup> Frise-se que, nos Estados Unidos, cada Estado possui a competência de legislar sobre o seu direito processual. Mas por questão de delimitação dessa pesquisa, todas as considerações sobre o direito norte-americano e sobre a técnica do *discovery* levarão como base as regras federais norte-americanas. Até mesmo porque as *Federal Rules of Civil Procedure* são seguidas ou serviram de base para maior parte das legislações estaduais (LESSA NETO, João Luiz. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. Londrina: Thoth, 2021, p. 148).

<sup>104</sup> SANDER, 1979, p. 65-87, *apud* SUBRIN; WOO. *Litigating in America: Civil Procedure in context*. 2006, p. 213-214.

<sup>105</sup> Vide nota de rodapé 4.

<sup>106</sup> Vide nota de rodapé 1.

A onerosidade processual, se aplicada entre nós, poderia resultar na contrariedade ao dispositivo constitucional que prevê, na sua literalidade, a inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988)<sup>107</sup>, que impõe, como mencionado anteriormente, ao Poder Público que disponibilize assistência judiciária aos menos favorecidos, conforme se depreende do texto do inciso LXXIV do mesmo dispositivo.

Também não se cogita, no Brasil, eventual influência do pragmatismo jurídico que se apresenta nos Estados Unidos da América, como traço da cultura dos seus litigantes<sup>108</sup>, que não pode ser transportado para o ambiente processual dos litigantes brasileiros, que operam sob legado cultural distinto daquele que influencia a atuação concreta dos litigantes norte-americanos<sup>109</sup>.

No que concerne ao fator do convencimento das partes (único desses elementos que nos parece ser passível de aproveitamento no direito brasileiro) tem especial relevância a orientar a elaboração de acordos, pois após a técnica do *discovery* (na fase *pretrial*, ou seja, pré-julgamento) e, conseqüente, com esclarecimento das partes sobre a matéria fática envolvida na controvérsia, as partes convencidas do que aconteceu, conseguem compor mais facilmente seu conflito, evitando, assim, a instauração do *trial* (fase do julgamento).

## 2.1. Índice de acordos no direito processual norte-americano

A busca por soluções consensuais de conflitos nos EUA não é uma construção recente, e sua excelência (quanto ao número de acordos obtidos) não conta, apenas, com o fator do convencimento das partes, promovido pela técnica do *discovery*, como se verá a seguir. De modo que é importante perpassar, ainda que sucintamente, pela evolução do direito processual norte-americano, a fim de verificar como o Poder Judiciário norte-americano (testando outros mecanismos de fomento à autocomposição) concluiu que o *discovery* seria uma técnica importante para o desenvolvimento de acordos naquele ordenamento.

Os “métodos informais de resolução de disputas civis, incluindo mediação e arbitragem, existem há muito tempo na sociedade americana, começando com as colônias no início do

<sup>107</sup> Lembrando que há uma atualização na interpretação desse dispositivo constitucional, conforme exposto capítulo anterior.

<sup>108</sup> Sobre o reconhecimento do caráter cultural do direito, vide: NEVES, Antônio Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 47. Sobre o processo como reconhecimento cultural, ver mais em: MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 29-50.

<sup>109</sup> Nesse ponto, ver: HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 6. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1971.

século XVII”<sup>110</sup>. Por exemplo, a obra de Jerold S. Auerbach, “*Justice Without law? Resolving Disputes Without Lawyers*”, retrata esse cenário, quando descreve meios de resolver as disputas nas colônias americanas sem advogados, sem Estado-julgador ou Tribunais Cíveis<sup>111</sup>.

Mas com as reformas do *welfare state*, quando há a passagem do Estado Liberal (séculos XVIII e XIX) para o Estado Social (século XX), em que o Estado passa a ter o dever de assegurar o direito de acesso à justiça<sup>112</sup>, é que as discussões sobre a acessibilidade da justiça por todos os cidadãos tornaram-se mais recorrentes.

No início do século XX, foram registrados debates sobre as causas da insatisfação com o Poder Judiciário norte-americano<sup>113</sup>, especialmente, em decorrência da morosidade na solução dos conflitos e no custo elevado para acionamento do Poder Judiciário (sem viabilizar opções para pessoas sem condições financeiras que não conseguissem arcar com advogados e altos custos do processo).

Essa preocupação da doutrina jurídica com a efetivação do direito de acesso à justiça, somada à pressão da *American Bar Association* (Ordem dos Advogados nos Estados Unidos)<sup>114</sup>,

---

<sup>110</sup> Texto original: “Informal methods of civil dispute resolution, including mediation and arbitration, have long existed in American society, starting with the colonies in the early seventeenth century” (SUBRIN; WOO. *Litigating in America: Civil Procedure in context*. 2006, p. 216).

<sup>111</sup> “Métodos informais de resolução de disputas civis, incluindo mediação e arbitragem, existem há muito tempo na sociedade americana, começando com as colônias no início do século XVII. Em seu livro, ‘Justiça sem lei? Resolvendo disputas sem advogados’, Jerold S. Auerbach traçou as maneiras pelas quais a sociedade [...] vem resolvendo suas disputas desde as colônias americanas até os dias de hoje, sem o uso de advogados, nem juízes fornecidos pelo governo nem tribunais civis” (texto original: “Informal methods of civil dispute resolution, including mediation and arbitration, have long existed in American society, starting with the colonies in the early seventeenth century. In his seminal book, *Justice Without Law? Resolving Disputes Without Lawyers*, Jerold S. Auerbach traced the many ways that members of defined communities [...] resolved their disputes in the American colonies and even to this day, without the use of lawyers, government-provided judges, or civil courts”) (AUERBACH, 1983, *apud* SUBRIN; WOO. *Litigating in America: Civil Procedure in context*. 2006, p. 216).

<sup>112</sup> “À medida que as sociedades do *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direito humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas “declarações de direitos” típicas dos séculos dezoito e dezenove. O movimento fez-se no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades e indivíduos. [...] a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos. Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 10-11).

<sup>113</sup> POUND, 1906, p. 409-413, *apud* SUBRIN; WOO. *Litigating in America: Civil Procedure in context*. 2006, p. 213.

<sup>114</sup> CLARK, 2001, p. 376, *apud* GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Processo civil dos EUA buscou excepcionalismo*. 2011. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2011-mar-16/tudo-eua-construcao-processo-civil-buscou-excepcionalismo?pagina=3#\\_ftn18\\_8360](https://www.conjur.com.br/2011-mar-16/tudo-eua-construcao-processo-civil-buscou-excepcionalismo?pagina=3#_ftn18_8360)>. Acesso em: 3 jun. 2021.

fez com que o Congresso norte-americano viesse a delegar à Suprema Corte<sup>115</sup> competência para aprovar de forma técnica as *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP), espécie de Código de Processo Civil Federal dos Estados Unidos, editado em 1938. Essas regras federais, conforme leciona David Clark<sup>116</sup>, são utilizadas por dois terços dos Estados norte-americanos, orientando, assim, o procedimento dos processos que tramitam nas suas respectivas Justiças Estaduais.

O primeiro dispositivo das FRCP, elenca os propósitos desse diploma legal, determinando que suas “regras devem ser interpretadas, administradas e empregadas pelo Tribunal e pelas partes para garantir *a determinação justa, célere e não onerosa de cada ação e procedimento*”<sup>117</sup>. Visando implementar as diretrizes desse regime normativo, as cortes federais norte-americanas, a partir de meados de 1970, passaram a conduzir os seus processos de forma individualizada, com intuito de atingir na sua excelência as finalidades da prestação jurisdicional. Elas se valiam, nesse contexto, do projeto *Judicial Case Management*<sup>118</sup>, em que os juízes assumem uma conduta gerencial do processo<sup>119</sup>, adequando o procedimento do processo às especificidades do direito em discussão, a fim de tornar o processo mais eficiente, rápido, justo e barato<sup>120</sup>.

Mesmo com tais previsões, Sander antevendo o descumprimento das premissas das FRCP e a insuficiência das Cortes americanas frente a grande quantidade de demandas ajuizadas, lançava na *Pound Conference* de 1976, conforme se verifica no capítulo I, o modelo

<sup>115</sup> Godoy cita para Clark esclarecer que a delegação do poder de legislar sobre processo à Suprema Corte nos EUA ocorre porque se entende que o processo é indispensável ao desempenho da atividade jurisdicional, de modo que seria possível e recomendável que o Judiciário regulasse as regras processuais (GODOY. *Processo civil dos EUA buscou excepcionalismo*. 2011).

<sup>116</sup> CLARK, 2011, p. 376, *apud* GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. Barueri: Manole, 2004, p. 16.

<sup>117</sup> Texto original – adaptado: “*Rule 1. Scope and Purpose*. These rules govern the procedure in all civil actions and proceedings in the United States district courts, except as stated in Rule 81. They should be construed, administered, and employed by the court and the parties to secure the just, speedy, and inexpensive determination of every action and proceeding” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal Rules of Civil Procedure for the United States*. Washington: U.S. Government Publishing Office, 2018. Disponível em: <[https://www.uscourts.gov/sites/default/files/cv\\_rules\\_eff\\_dec\\_1\\_2018\\_0.pdf](https://www.uscourts.gov/sites/default/files/cv_rules_eff_dec_1_2018_0.pdf)>. Acesso em: 3 jun. 2021).

<sup>118</sup> Cf.: RESNIK, Judith. Managerial judges. *Harvard Law Review*, Massachusetts, v. 96, n. 2, p. 374-448, dez. 1982. Disponível em: <<http://www.jstor.org/pss/1340797>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

<sup>119</sup> Ver mais: GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA*: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 135-144.

<sup>120</sup> RULE 1 of Federal Rules of Civil Procedure. Scope and Purpose. Disponível em: <[https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule\\_1](https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_1)>. Acesso em: 3 jun. 2021.

multifacetado de resolução de conflitos<sup>121</sup>, que previa a existência de outras soluções (adiante chamados metaforicamente de “portas”) voltadas à resolução de certos conflitos.

Essas considerações de Sander, apresentadas em prestigioso evento organizado pela Suprema Corte norte-americana, parecem haver conduzido, na década de 80<sup>122</sup>, às modificações das FRCP, editadas com intuito de incentivar a celebração de acordos e os métodos adequados de resolução de conflitos<sup>123</sup>, em especial a nova redação da *Rule 16*, que “define as linhas mestras sobre o gerenciamento das demandas”<sup>124</sup> e implementa a audiência realizada antes do julgamento (*pretrial conference*)”<sup>125</sup>, a qual passou a contemplar uma “lista de matérias que deveriam ser discutidas nessa audiência, incluindo-se expressamente a tentativa de acordo”<sup>126</sup>. Desse modo, as FRCP podem ser muito esclarecedoras para a depreensão das razões pelas quais o Poder Judiciário norte-americano, inclusive, no âmbito da sua Justiça Estadual, vem resolvendo seus conflitos pelo método autocompositivo e, obtendo bons resultados nas soluções consensuais das controvérsias.

<sup>121</sup> GONÇALVES. *Tribunais multiportas*: em busca de novos caminhos para a efetivação dos direitos fundamentais de acesso à justiça e à razoável duração dos processos. 2011, p. 157-158.

<sup>122</sup> GABBAY. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA*: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário. 2013, p. 131.

<sup>123</sup> “Um programa eficaz de gerenciamento de litígios, que visa redução de custos e morosidade, deve incorporar vários princípios inter-relacionados, incluindo [...] (D) utilização de programas alternativos de resolução de disputas em casos apropriados” (texto original: “(5) An effective litigation management and cost and delay reduction program should incorporate several interrelated principles, including [...] (D) utilization of alternative dispute resolution programs in appropriate cases”) (ASPERTI. *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas*: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário. 2014, p. 63-64).

<sup>124</sup> O gerenciamento do processo pelos juízes norte-americanos é chamado de *Case Management*, com sua instituição há uma maior participação do juiz na demanda, devendo o magistrado gerir o conflito, realizando uma verdadeira triagem do caso concreto para submetê-lo ao método mais adequado de solução de conflito, além de possibilitar a elaboração de planos e de cronogramas específicos para cada caso (*case management plan*, regras 16(b)(1)(a) e 26(f) das FRCP) (GABBAY. *Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA*: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário. 2013, p. 131 e 135-144).

<sup>125</sup> “Para Judith Resnik, a realização desta audiência e os acordos obtidos em sua decorrência têm sido alguns dos fatores mais relevantes na mudança de foco da litigância para fora da adjudicação judicial. De acordo com dados da Justiça Federal norte-americana, em 2000, de 100 casos que começavam menos de 3 findavam em julgamento. Em contraste, em 1938 (ano em que foram promulgadas as *Federal Rules of Civil Procedure*), de 100 casos propostos, aproximadamente 20 terminavam em julgamento” (GABBAY. *Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA*: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário. 2013, p. 141). Em que pese a importância da audiência preliminar ao julgamento para fins de promoção de acordos no direito norte-americano, sabe-se que desde a publicação das FRCP há outras mudanças (como exemplo, as discussões na *Pound Conference* sobre Tribunal Multiportas em 1976) que contribuiram para esse acréscimo no número de casos que são resolvidos sem ir a julgamento (*trial*). Contudo, nessa pesquisa, não será aprofundado o estudo da *pretrial conference*, pois nosso objetivo é testar a viabilidade da função da técnica do *discovery* ser implementada no nosso ordenamento.

<sup>126</sup> “De acordo com as discussões sobre a emenda de 1983 à Rule 16, o incentivo ao acordo na *pretrial conference*: seria uma forma de aliviar o excesso de processos no Judiciário e economizar recursos deste e das partes: *Classe (7) explicitly recognizes that it has become commonplace to discuss settlement at pretrial conferences. Since it obviously eases crowded court dockets and results in savings to the litigants and to the judicial system, settlement should be facilitated at as early a stage possible*”. (ASPERTI. *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas*: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário. 2014, p. 63).



Depois disso, no final da década de 80, “comitês de juízes, membros do congresso, da *American Bar Association* e de grupos de defesa de direitos do consumidor, do meio ambiente, da mulher”<sup>127</sup> (entre outros) passaram a se reunir para debater sobre uma Reforma Judicial capaz de aumentar a produtividade do Judiciário e reduzir o tempo de duração de suas demandas<sup>128</sup>. Então, em 1990, promulgam a *Civil Justice Reform Act* (CJRA)<sup>129</sup>, a qual definiu que todas as Cortes federais norte-americanas tivessem que desenvolver um plano específico de “melhorias no gerenciamento de casos; e promoção de meios justos, céleres e menos custosos de resolução de disputas cíveis”<sup>130</sup>. Assim como determinou que houvesse uma reestruturação dos órgãos da administração pública americana, de modo a dirimir o número de demandas em que o Estado era acionado no Poder Judiciário, bem como estabeleceu a criação do órgão *Federal Judicial Center*, a fim de que esse fomentasse e direcionasse as boas práticas de gestão de processos no âmbito da Justiça Federal estadunidense<sup>131</sup>.

Seguindo a inspiração do CJRA, foi promulgada em seguida, ainda em 1990, o *Administrative Dispute Resolution Act*. Esse ato normativo determinou às agências administrativas dos EUA que também passassem a utilizar os métodos adequados de resolução de conflitos<sup>132</sup> com o propósito de reduzir as controvérsias levadas ao Judiciário.

Posteriormente, no ano de 1998, Congresso norte-americano promulgou o *Alternative Dispute Resolution Act* que, nas palavras de Fernanda Bragança, determinou que todas as Cortes

---

<sup>127</sup> ASPERTI. *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário*. 2014, p. 63.

<sup>128</sup> KAKALIK, 1996, p. xiii, *apud* ASPERTI. *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário*. 2014, p. 63.

<sup>129</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Gestão de conflitos nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista de Processo Comparado*, Brasília, v. 4, p. 43-63, jul./dez. 2016.

<sup>130</sup> “Deverá ser implementado por cada Tribunal distrital dos Estados Unidos, de acordo com este capítulo, um plano de redução de despesas e atrasos da justiça civil. O plano pode ser desenvolvido por tal Tribunal distrital ou pela Conferência judicial dos Estados Unidos. Os objetivos de cada plano são facilitar a adjudicação deliberada de casos civis no mérito, monitorar a descoberta, melhorar a gestão de litígios e garantir soluções justas, rápidas e baratas de disputas civis” (Texto original: “There shall be implemented by each United States district court, in accordance with this chapter, a civil justice expense and delay reduction plan. The plan may be a plan developed by such district court or a model plan developed by the judicial Conference of the United States. The purposes of each plan are to facilitate deliberate adjudication of civil cases on the merits, monitor discovery, improve litigation management, and ensure just, speedy, and inexpensive resolutions of civil disputes”) (ASPERTI. *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário*. 2014, p. 63).

<sup>131</sup> GAJARDONI. Gestão de conflitos nos Estados Unidos e no Brasil. 2018, p. 276-295. Em que pese tais evoluções terem marcado o sistema judicial norte-americano, na presente pesquisa, somente serão elencadas, à título de informação, para se entender que além dos fatores que se estudará – onerosidade processual, pragmatismo dos interessados, convencimento das partes - que contribuem para obtenção de um número significativo de acordos no direito norte-americano, estes não são os únicos motivos.

<sup>132</sup> ADMINISTRATIVE Dispute Resolution Act. Disponível em: <<https://www.archives.gov/ogis/resources/the-ogis-library/administrative-dispute-resolution-act-adra-s1-p89>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

federais (*District Courts*) estabelecessem um programa de *Alternative Dispute Resolution* (ADR) para disponibilizar aos cidadãos os métodos que entendessem mais apropriados conforme o tipo e a complexidade do litígio”<sup>133</sup>. Esse diploma legislativo não apenas exigia que os Tribunais elaborassem e implementassem os métodos adequados de resolução de conflitos, mas também previa a formulação (pelos jurisdicionados) do requerimento da mediação obrigatória (para os julgadores), a viabilidade de avaliações neutras antecipadas (*early neutral evaluation*) e a necessidade de adequação dos programas de ADR já existentes aos requisitos estipulados no *Alternative Dispute Resolution Act* <sup>134</sup>.

Depois disso, no ano de 2001, operadores do direito reunidos na Conferência Nacional dos Comissários sobre Leis Estaduais Uniformes<sup>135</sup> e na Seção de Resolução de Disputas da Ordem dos Advogados nos Estados Unidos<sup>136</sup> desenvolveram o Ato Uniforme de Mediação (*Uniform Mediation Act*<sup>137</sup>). O objetivo da edição desse ato normativo foi disciplinar a mediação nos Estados norte-americanos, o que confere a ele a capacidade de servir de norma uniformizadora e disciplinadora da técnica da mediação também no âmbito da Justiça Estadual.

Com todos esses incentivos e atos normativos, os métodos adequados de resolução de conflitos propagaram-se nas Cortes norte-americanas, que passaram a estimular amplamente à autocomposição entre as partes; o que, de certa forma, acaba sendo confirmado pelos expressivos percentuais de acordos obtidos pela Justiça norte-americana.

Diferentemente do Brasil, os Estados Unidos não possuem um órgão que realiza de forma oficial as estatísticas unificadas da sua Justiça Federal e Estadual<sup>138</sup>, como o Portal da Justiça em Números elaborado pelo nosso CNJ. No âmbito da Justiça Federal (*Federal Courts*) americana, o site da *US COURTS* compendia, de forma organizada, confiável e eficiente, os

<sup>133</sup> BRAGANÇA, Fernanda. Da cultura do litígio para ADR: os verdadeiros bastidores dessa mudança. *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos* do CONPEDI, Florianópolis, v. 6, n. 1, p. 40-54, jan./jun. 2020.

<sup>134</sup> “O Ato normativo sobre os Métodos Adequados de Resolução de Conflitos (ADRA) não apenas exige que os tribunais ‘criem e implementem’ os Métodos Adequados de Resolução de Conflitos (ADR), mas também autoriza os Tribunais a ordenar a mediação obrigatória, ou avaliações neutras antecipadas, e a garantir que os programas de Métodos Adequados de Resolução de Conflitos (ADR) já existentes estejam em conformidade com os requisitos do ato normativo publicado (ADRA)” (texto original: “The ADRA not only requires courts ‘to devise and implement’ ADR programs, but also authorizes courts to order mandatory mediation or early neutral evaluations and to ensure that already existing ADR programs conforme to the ADRA's requirements”) (SUBRIN; WOO. *Litigating in America: Civil Procedure in context*. 2006, p. 218).

<sup>135</sup> Tradução livre do título original (*National Conference of the Commissioners on Uniform State Laws*).

<sup>136</sup> Tradução livre do título original (*American Bar Association's Section of Dispute Resolution*).

<sup>137</sup> ASPERTI. *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário*. 2014, p. 64.

<sup>138</sup> CASAGRANDE, Cassio. *Campeão de ações trabalhistas*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/brasil-campeao-de-acoes-trabalhistas-25062017>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

dados sobre processos que tramitam na Justiça Federal<sup>139</sup>. Porém, não existem estatísticas oficiais da Justiça Estadual (*State Courts*) dos EUA, seja porque suas jurisdições estaduais mantêm alto grau de autonomia federativa<sup>140</sup>, seja porque coexistem juntamente com o modelo federal, cinquenta modelos estaduais de justiça<sup>141</sup>, o que torna extremamente trabalhosa a análise conjunta das diferentes justiças dos estados americanos.

A despeito disso, a doutrina jurídica norte-americana relata altos índices de acordos, tanto na Justiça Federal, como nas Justiças dos Estados americanos. A título comparativo, cerca de 98% (noventa e oito por cento) das controvérsias federais norte-americanas são resolvidas por meio de acordo, ou seja, apenas 2% (dois por cento) dos processos federais vão a julgamento<sup>142</sup>. Enquanto que, na sua Justiça Estadual, aproximadamente, 96% (noventa e seis por cento) dos casos são solucionados por acordo, indo a julgamento apenas 4% (quatro por cento) dos processos estaduais<sup>143</sup>.

Autores como Steven Shavell<sup>144</sup>, Geoffrey Hazard Jr., John Leubsdorf e Debra Bassett<sup>145</sup> sustentam que, nos Estados Unidos, as controvérsias civis, federais ou estaduais, solucionadas por acordos ocorrem em mais de 95% (noventa e cinco por cento) dos casos controvertidos. De forma semelhante, Daniel John Meador<sup>146</sup> observa que no âmbito cível, apenas, 10% (dez por cento) dos casos são efetivamente apreciados pelos Tribunais, incidindo, na maioria das vezes (noventa por cento), o *settlement* (ou acordo) entre as partes. Também, Marc Galanter<sup>147</sup> defende que mais de 90% (noventa por cento) dos casos civis nos EUA são resolvidos por

<sup>139</sup> FEDERAL Judicial Caseload Statistics. Disponível em: <[www.uscourts.gov/statistics-reports/analysis-reports/federal-judicial-caseload-statistics](http://www.uscourts.gov/statistics-reports/analysis-reports/federal-judicial-caseload-statistics)>. Acesso em: 3 jun. 2021.

<sup>140</sup> Cf.: GODOY. *Direito nos Estados Unidos*. 2004, p. 8; SÉROUSSI, Roland. *Introdução ao Direito inglês e norte-americano*. Tradução de Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 95-98. Nada obstante, é possível encontrar alguns dados das justiças dos Estados no site <<https://www.ncsc.org/>>.

<sup>141</sup> MEADOR, 2000, p. 1, *apud* GODOY. *Direito nos Estados Unidos*. 2004, p. 1.

<sup>142</sup> Vide nota de rodapé 3.

<sup>143</sup> SHAVELL, 2004, p. 410, *apud* WOLKART. *Análise econômica do Processo Civil*. 2019, p. 344.

<sup>144</sup> SHAVELL, 2004, p. 410, *apud* WOLKART. *Análise econômica do Processo Civil*. 2019, p. 344.

<sup>145</sup> HAZARD JÚNIOR; LEUBSDORF; BASSETT, 2011, p. 429, *apud* BENEDUZI. Substantiierung, notice-pleading e fact-pleading - a relação entre escopo das postulações e função da prova nos processos alemão, americano e inglês. 2015, p. 461.

<sup>146</sup> MEADOR, 2000, p. 5, *apud* GODOY. *Direito nos Estados Unidos*. 2004, p. 2.

<sup>147</sup> “O acordo não é um aspecto marginal e periférico da disputa legal na América; é o núcleo central. Mais de 90% dos casos civis são resolvidos por acordo. Os advogados gastam mais tempo na discussão de acordos do que em pesquisas ou em julgamentos e apelações. Grande parte das outras atividades em que os advogados se envolvem (por exemplo, *discovery*) é articulada ao processo de acordo” (texto original: “The settlement process in not some marginal, peripheral aspect of legal disputing in America; it is the central core. Over 90 percent of civil cases are settled. Lawyers spend more time on settlement discussion than on research or on trials and appeals. Much of the other activity that lawyers engage in (e.g., discovery) is articulated to the settlement process”) (GALANTER, 1992, p. 255, *apud* ASPERTI. *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário*. 2014, p. 65).

acordos. Mesmo no direito penal norte-americano esse índice é alto, contexto em que a desistência da promotoria e a celebração de *plea bargaining* (ou delação premiada) acabam reduzindo em 90% (noventa por cento) dos casos criminais que são encaminhados a julgamento<sup>148</sup>.

Em sentido diverso, Stephen Subrin e Thomas O. Main<sup>149</sup> apresentam uma estatística menos expressiva sobre os casos que são resolvidos consensualmente, quando registram que algo entre dois terços e 70% (setenta por cento) dos casos civis são resolvidos por acordos. Em mesmo sentido, é o magistério de Robert Borne que afirma que 70% (setenta por cento) dos processos americanos são solucionados por acordo<sup>150</sup>. Contudo, ainda que Subrin, Main e Borne estejam certos, os 70% (setenta por cento) por eles mencionados superam em muito os percentuais encontrados no Brasil, onde esse índice mais alto, visto na Justiça Estadual, é em média de 14,3% (quatorze inteiros e três décimos por cento). Enfim, as estatísticas demonstram que os EUA são mais eficientes em resolver suas controvérsias pelo método autocompositivo do que no Brasil, onde os acordos são minoritários em relação as decisões que resultam da heterocomposição estatal.

Em razão disso, os EUA servem de modelo (ou *case* de sucesso) para a projeções de modificações legislativas e de postura (dos litigantes e dos operadores do direito) que poderiam ser adotadas no Brasil<sup>151</sup>. Para tanto, é preciso entender e, sobretudo, conhecer os fatores que orientam os acordos nos EUA.

## 2.2. Fatores que contribuem para obtenção de acordos

Como observado no tópico anterior, os percentuais de acordos dos Estados Unidos, demonstram que este país se destaca na implementação do método autocompositivo na

<sup>148</sup> CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea bargaining e justiça criminal consensual; entre os ideais de funcionalidade e garantismo. *Custos Legis – Revista eletrônica do Ministério Público Federal*, Curitiba, v. IV, 2012.

<sup>149</sup> “Surpreendentemente, não há a compilação de dados, com exatidão, sobre quantos casos são encerrados por meio de acordos, e os dados disponíveis provavelmente diferem dependendo do Tribunal e do tipo de caso. Até onde sabemos, aproximadamente dois terços a 70 por cento dos casos civis resolvem” (texto original: “Surprisingly there is sparse data on exactly how many cases are terminated through settlements, and available data probably differs depending on the court and the type of case. So far as we can tell, approximately two-thirds to 70 percent of civil cases settle”) (SUBRIN; MAIN, 1981, 2002, *apud* SUBRIN; WOO. *Litigating in America: Civil Procedure in context*. 2006, p. 220).

<sup>150</sup> BORNE, 2003, p. 69, *apud* WOLKART. *Análise econômica do Processo Civil*. 2019, p. 344.

<sup>151</sup> CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. A relevância do direito comparado e direito e desenvolvimento para a reforma do sistema judicial brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 41, n. 163, p. 51-68, 2004, p. 52. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/977/R163-03.pdf?sequence=4&isAllowed=y>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

resolução de seus conflitos. Com isso, visando atingir um número mais expressivo de acordos no direito brasileiro, investiga-se os principais fatores que contribuem para resolução consensual das controvérsias no direito norte-americano, sendo eles organizados nessa pesquisa em três principais fatores, chamando-os de onerosidade processual, de pragmatismo jurídico dos interessados conjuntamente com a análise econômica do direito e de convencimento das partes, conforme se examinará a seguir.

### **2.2.1. Onerosidade processual**

O primeiro fator a ser analisado é o da onerosidade processual. Segundo leciona João Luiz Lessa Neto, o modelo de custos do processo norte-americano é um fator determinante para o sucesso dos EUA na obtenção de acordos<sup>152</sup>. Porque a alta onerosidade processual desse ordenamento apresenta-se como um indutor positivo para solução consensual de conflitos<sup>153</sup>, pois nas ações, com baixa perspectiva de êxito, a opção consensual revela-se uma estratégia menos dispendiosa às partes (resolver a controvérsia por meio de acordo significaria menos despesas com custos processuais e com honorários advocatícios).

Nesse mesmo sentido, Eduardo Cambi e Rafael Gomiero Pitta asseveram que pelo fato de o processo no direito norte-americano ser altamente dispendioso para as partes<sup>154</sup>, os interessados quando têm dúvidas sobre o seu sucesso no deslinde da ação, tendem a optar por resolver a controvérsia por meio de um acordo, inclusive como forma de prevenir a realização de gastos elevados com a continuidade e o deslinde de um processo judicial com baixa perspectiva de êxito.

Sobre o modelo de custos processuais nos EUA, é importante ressaltar que não há pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, ou seja, o vencido ao final da ação não tem de ressarcir o vencedor. Nesse sentido, Mauro Cappelletti e Bryant Garth chamam de *sistema americano*, também conhecido por *American Rule*<sup>155</sup>, em que uma parte não deve ser responsável pelas despesas legais de seu oponente. John Leubsdorf afirma que um dos motivos para que nos EUA não haja essa cobrança de honorários sucumbenciais, diz respeito ao anseio

<sup>152</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 382.

<sup>153</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 382.

<sup>154</sup> CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 245, p. 425-444, jul. 2015.

<sup>155</sup> CAPPELLETTI; GARTH. *Acesso à justiça*. 1998, p. 6.

dos advogados de não submeterem seus honorários aos limites legislativos que definem o valor dos honorários devidos<sup>156</sup>, condizente com a liberdade individual, princípio tão propagado no país. José Wellington Bezerra Costa Neto sustenta haver outro motivo para não ter cobrança de honorários sucumbenciais nos EUA. Segundo esse autor, os contendores do *sistema americano*<sup>157</sup> preferem o “dispêndio certo ao risco do maior custo (que pode às vezes ser inestimável), isto é, a parte que intenta procurar o sistema judicial”<sup>158</sup> prefere saber de antemão quanto gastará de honorários do que ser surpreendido ao final da demanda com valores, não previsíveis, relativos aos honorários sucumbenciais.

Contudo Max Paskin Neto e Fernanda Maria Poltronieri defendem que a *Rule 54* das FRCP traz a possibilidade do pagamento dos honorários sucumbenciais ser efetuado pelo vencido nos EUA<sup>159</sup>. Independentemente da questão dos honorários sucumbenciais, Cappelletti e Garth atestam que a onerosidade do *sistema americano*<sup>160</sup> está relacionada, principalmente, com os honorários advocatícios (contratuais) cobrados<sup>161</sup> e que esse alto custo influencia na análise dos custos e dos benefícios em ajuizar ou continuar uma ação.

Sobre esse ponto, cumpre salientar que não há limites legislativos fixando os honorários advocatícios (contratuais). Porém, a diretriz do *American Model Rules of Professional Conduct*, espécie de Código de Ética dos advogados americanos, estabelece que a cobrança de honorários deve guardar razoabilidade nos seus valores<sup>162</sup>. Nesse sentido, em 1990, a Suprema Corte americana, no *leading case* *Venegas vs. Mitchell*, invalidou o contrato advocatício, que previa

<sup>156</sup> LEUBSDORF, 1984, p. 14-17, *apud* MARQUES, Camila Salgueiro da Purificação; BONIFÁCIO, Artur Cortez; ARAUJO, Sylvia Maria Cortês Bonifácio. Acesso à justiça nos Estados Unidos e no Brasil: uma análise econômica comparativa entre a American rule e os honorários sucumbenciais. *Revista do Mestrado em Direito UCB*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 117-141, jan./jun. 2018. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/8657>>. Acesso em: 23 jun. 2021.

<sup>157</sup> Nomenclatura concedida por Mauro Cappelletti e Bryant Garth para o modelo de custos processuais norte-americano (CAPPELLETTI; GARTH. *Acesso à justiça*. 1998, p. 6).

<sup>158</sup> COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. *Acesso à justiça e carência econômica*. 2011. 357f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 54. Disponível em: <[https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-22042013-141734/publico/DISSERTACAO\\_COMPLETA\\_Jose\\_Wellington\\_Bezerra\\_da\\_Costa\\_Neto.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-22042013-141734/publico/DISSERTACAO_COMPLETA_Jose_Wellington_Bezerra_da_Costa_Neto.pdf)>. Acesso em: 3 jun. 2021.

<sup>159</sup> PASKIN NETO, Max; POLTRONIERI, Fernanda Maria. *Honorários advocatícios sucumbenciais à luz do Direito Comparado e seu papel como um dos fatores da Jurisdicionalização excessiva dos conflitos no Brasil*. 2014. Disponível em: <<https://maxpaskin.jusbrasil.com.br/artigos/118679456/honorarios-advocaticios-sucumbenciais-a-luz-do-direito-comparado-e-seu-papel-como-um-dos-fatores-da-jurisdicionalizacao-excessiva-dos-conflitos-no-brasil>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

<sup>160</sup> Vide nota de rodapé 158.

<sup>161</sup> CAPPELLETTI; GARTH. *Acesso à justiça*. 1998, p. 6.

<sup>162</sup> RULE 1.5 Fees. *Model Rules of Professional Conduct*. Disponível: <[https://www.americanbar.org/groups/professional\\_responsibility/publications/model\\_rules\\_of\\_professional\\_conduct/rule\\_1\\_5\\_fees/](https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/rule_1_5_fees/)>. Acesso em: 3 jun. 2021.

a cobrança de honorários em montante superior ao próprio ressarcimento envolvido no caso concreto (que a parte vencedora ganharia ao final da ação)<sup>163</sup>. No caso, a cobrança de honorários advocatícios foi considerada inválida pela Suprema Corte por não estar em conformidade com o princípio da razoabilidade<sup>164</sup>.

Com base no dispêndio econômico, as partes, em conjunto com seus advogados, tendem a calcular a probabilidade de sucesso ou derrota judicial, de modo que os custos acabam se revelando uma forma inibidora ou incentivadora da decisão do requerente em litigar ou não. A parte só entrará com uma ação se a demanda apresentar boa perspectiva de êxito. Caso o prognóstico de sucesso seja baixo, os interessados tendem a optar por um acordo (*settlement*) para resolver o seu conflito<sup>165</sup>. Vale ressaltar que o gasto com honorários contratuais de advogados pode ser observado já na fase do *pretrial*, durante o *discovery*, o que poderia levar a parte a firmar um acordo, não tão vantajoso, por não ter mais como arcar com advogados para a fase do julgamento (*trial*)<sup>166</sup>.

Embora o modelo de custos processuais norte-americano contribua para a excelência na obtenção de acordos, esse sistema recebe críticas, em especial, pela problemática do *acesso* à justiça por pessoas que não possuem condições de custear um processo<sup>167</sup> e, sobretudo, os honorários de um advogado. Isso porque nos EUA não há justiça gratuita<sup>168</sup> nem havia a positivação da obrigação do Poder Público garantir a assistência jurídica gratuita para as

<sup>163</sup> MARCUS, Richard L.; REDISH, Martin H.; SHERMAN, Edward F.; PFANDER, James E. *Civil Procedure: a modern approach*. 6. ed. Minnesota: West Academic Publishing, 2013, p. 99.

<sup>164</sup> “Sob 42 U.S.C. 1988 (1982 ed.), um tribunal pode conceder honorários advocatícios razoáveis para a parte vencedora em casos de direitos civis” (texto original: “Under 42 U.S.C. 1988 (1982 ed.), a court may award a reasonable attorney's fee to the prevailing party in civil rights cases”) (VENEGAS vs. Mitchell (1990). Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/495/82.html>>. Acesso em: 3 jun. 2021).

<sup>165</sup> Cf. Maxeiner, *Failures of American Civil Justice in International Perspective* (2011), p. 125. Em 2009, apenas 2% das *claims* perante cortes federais chegaram ao *trial* (cf. HAZARD, Jr., Geoffrey; LEUBSDORF, John; BASSETT, Debra Lyn. *Civil Procedure*. 6. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2011. p. 429)” (BENEDUZI. Substantiierung, notice-pleading e fact-pleading - a relação entre escopo das postulações e função da prova nos processos alemão, americano e inglês. 2015, p. 445-472).

<sup>166</sup> Texto original: “Discovery can be so expensive as to dissuade the economically poor from suing or to force them into disadvantageous settlement” (SUBRIN; WOO. *Litigating in America: Civil Procedure in context*. 2006, p. 24).

<sup>167</sup> RHODE. 2004, p. 3, *apud* ALVES, Cleber Francisco. *A estruturação dos serviços de assistência jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no acesso à justiça*. 2005. 606f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005, p. 73. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp067747.pdf>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

<sup>168</sup> STERMAN, Maria Silvia Gomes. O duplo grau de jurisdição – uma reflexão. In: ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi; FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. *Brasil e EUA: temas de direito*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017, p. 84-85. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/i%207.pdf?d=636680440128651243>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

peças sem condições financeiras de arcar com os custos de um advogado<sup>169</sup>. Nada obstante, a Suprema Corte, em 1963, no caso de um crime de furto (*Gideon vs. Wainright*) “declarou o direito constitucional de patrocínio gratuito por advogado em favor dos que não podem pagar por esse serviço”<sup>170</sup>. Com isso, a assistência jurídica gratuita para as demandas criminais passou a ser prevista no dispositivo da sexta e na décima quarta Emenda à Constituição norte-americana de 1787<sup>171</sup>. Para o patrocínio de casos criminais, em especial no âmbito federal, os EUA contam com o *Public Defender Office*, espécie de Defensoria Pública, financiado por recursos públicos. Na esfera cível, ainda não há previsão legal expressa para a assistência jurídica gratuita, de modo que ela opera de forma mais diversificada, podendo ser patrocinada por organismos da iniciativa privada (colaboradores da sociedade civil ou escritórios que realizam *pro bono*) ou por recursos públicos<sup>172</sup>.

No direito norte-americano, na tentativa de atenuar o problema do acesso à justiça para pessoas com piores condições financeiras, em regra, o autor e réu podem “*litigar pro se*”<sup>173</sup>, ou seja, não há uma restrição quanto à capacidade postulatória dos cidadãos, como há no Brasil. Além disso, nos EUA é comum o advogado, verificando que a demanda tem grandes possibilidades de êxito, investir e patrocinar a causa, recebendo os honorários e se ressarcindo das despesas despendidas na tramitação da ação, ao final da demanda. Essa prática consiste na “*contingent fee system*”, cláusula de honorários de resultado<sup>174</sup>.

Fato é que o modelo de custos processuais dos EUA acaba sendo um pensamento inserido em um sistema prático baseado na apreciação do “custo-benefício” do direito envolvido, em que, via de regra, o demandante só ingressará no Judiciário quando sua causa tiver um bom prognóstico de êxito.

---

<sup>169</sup> ALVES. *A estruturação dos serviços de Assistência Jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no acesso à justiça*. 2005, p. 75.

<sup>170</sup> ALVES. *A estruturação dos serviços de Assistência Jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no acesso à justiça*. 2005, p. 75 e 86.

<sup>171</sup> ALVES. *A estruturação dos serviços de Assistência Jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no acesso à justiça*. 2005, p. 89-90.

<sup>172</sup> ALVES. *A estruturação dos serviços de Assistência Jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no acesso à justiça*. 2005, p. 77-78.

<sup>173</sup> ALVES. *A estruturação dos serviços de Assistência Jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no acesso à justiça*. 2005, p. 78.

<sup>174</sup> ALVES. *A estruturação dos serviços de Assistência Jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no acesso à justiça*. 2005, p. 79.



### 2.2.2. Pragmatismo jurídico dos interessados e a análise econômica do direito

O pragmatismo do século XIX, que possui como principais “expoentes John Dewey, Charles Sanders Peirce e William James”<sup>175</sup>, pode ser definido como a “escola da filosofia que pretende verificar afirmações apenas através de suas consequências práticas e sobre os interesses da humanidade”<sup>176</sup>. O pragmatismo *jurídico*, teoria que desponta na segunda metade do século XX, em especial, a partir das obras de Richard Rorty, Richard Posner e Stanley Fish<sup>177</sup> trata-se da teoria que “pretende explicar e apreender o elemento jurídico a partir da práxis em sua fenomenologia no meio social”<sup>178</sup>.

Conforme Posner, professor da Universidade de Direito de Chicago, o pragmatismo jurídico leva em consideração as consequências e aplicações práticas em eventual tomada de decisão, e não apenas debates abstratos. Assim, o olhar pragmático viabiliza a investigação dos problemas jurídicos para “além da realidade abstrata da norma”<sup>179</sup>, o que proporciona maior efetividade às decisões jurídicas. Na verdade, o pragmatismo jurídico estabelece “um método pelo qual o direito pode ser produzido. Diz como fazer. Limpa o discurso jurídico do abstracionismo inconsequente”<sup>180</sup>. Ou seja, o pragmatismo jurídico é visto como um método para o direito<sup>181</sup>. Nesse sentido, Subrin e Margaret Y. K. Woo pontuam ser fundamental para evolução do contencioso civil norte-americano o pragmatismo<sup>182</sup>, isso porque sustentam que ao

<sup>175</sup> NUNES, Rafael Alves. O pragmatismo jurídico: sua influência na formação de juristas tecnicistas e os riscos para o Estado Democrático de Direito. In: FREITAS, Lorena de Melo; CATÃO, Adrualdo de Lima; SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da (Org.). *O pragmatismo jurídico: sua influência na formação de juristas tecnicistas e os riscos para o Estado Democrático de Direito*. Florianópolis: CONPEDI, 2014. v. 1.

<sup>176</sup> GUERRA, Gustavo Rabay; ALMEIDA NETO, Luiz Mesquita de; MARCOS, Henrique Jerônimo Bezerra. Processo Civil Pragmático e o Constitucionalismo dialógico: pressupostos para uma discussão sobre ativismo judicial. *Revista Estudos Institucionais – REI*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 655-656, jul./2017. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/126/144>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

<sup>177</sup> D’MACÊDO, Juliana Maria. Pragmatismo jurídico no Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito e Humanidades*, São Caetano do Sul, n. 25, 2013. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/07.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/07.pdf)>. Acesso em: 3 jun. 2021. Flávio Galdino cita também, como um dos marcos da análise econômica do Direito nos EUA, a publicação *Journal of Law and Economics* em 1958 pela Universidade de Chicago. GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 240.

<sup>178</sup> GUERRA; ALMEIDA NETO; MARCOS. Processo Civil Pragmático e o Constitucionalismo dialógico: pressupostos para uma discussão sobre ativismo judicial. 2017, p. 656.

<sup>179</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

<sup>180</sup> ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. *Processo Civil pragmático*. 2013. 278f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013, p. 75-76. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31921/R%20-%20T%20-%20VICENTE%20DE%20PAULA%20ATAIDE%20JUNIOR.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

<sup>181</sup> ATAIDE JUNIOR. *Processo Civil pragmático*. 2013, p. 75-76.

<sup>182</sup> “Também é fundamental para o nosso contencioso civil e sua evolução é a autonomia, o pragmatismo e o espírito empreendedor da cultura americana, que resultou em contínua experimentação e mudança do Sistema” (texto original: “Also critical to our civil litigation and its evolution is the autonomy, pragmatism, and

“contrário dos advogados de outros países que podem se ver como funcionários e burocratas do Estado, os advogados americanos se orgulham do pensamento pragmático e da solução criativa de problemas e se veem como atores que trazem oportunidades sociais”<sup>183</sup>.

O pragmatismo jurídico reúne algumas características que o diferencia de outros métodos de aplicação do direito, em geral, individualiza-se por tentar abdicar do formalismo abstrato, buscando a maior efetividade dos conceitos jurídicos, com objetivo de dar máxima concretude aos direitos fundamentais, sem deixar de considerar as consequências e o contexto dessas escolhas jurídicas<sup>184</sup>. Nesse sentido, ainda que existam diferentes formas de pragmatismos, todas possuem três características similares: o *antifundacionalismo*, o *contextualismo* e o *consequencialismo*<sup>185</sup>. Por *antifundacionalismo* entende-se que o pragmatismo “rejeita a existência de entidades metafísicas ou conceitos abstratos, estáticos e definitivos no direito, imunes às transformações sociais”<sup>186</sup>. Já por *contextualismo*, conclui-se que a interpretação jurídica seria guiada por questões práticas, sendo o direito analisado como prática social<sup>187</sup>. A terceira característica – do *consequencialismo* – depreende-se que as “decisões devem ser tomadas a partir de suas consequências práticas (olhar para o futuro e não para o passado)”<sup>188</sup>.

Com base nas principais características do pragmatismo jurídico, concluiu-se que as teorias morais e discussões abstratas não deveriam ater a atividade judicial de tomada de decisão<sup>189</sup>, que deveria ser orientada por investigações empíricas, baseadas especialmente na economia e na lógica<sup>190</sup>. Apesar disso, Posner aduz haver uma correlação complexa entre a

---

entrepreneurial spirit of American culture, which has resulted in continual experimentation and change of the system”) (SUBRIN; WOO. *Litigating in America: Civil Procedure in context*. 2006, p. 8).

<sup>183</sup> “Ao contrário dos advogados de outros países que podem se ver como funcionários e burocratas do Estado, os advogados americanos se orgulham do pensamento pragmático e da solução criativa de problemas e se veem como atores que trazem oportunidades sociais. Essa atitude não é um fenômeno novo. Para traçar a origem dessa cultura de pragmatismo e desconfiança do poder, é preciso olhar historicamente para as raízes do direito americano”. (texto original: “Unlike lawyers in other countries who might see themselves as officials and bureaucrats of the state, American lawyers pride themselves in pragmatic thinking and creative problem-solving and view themselves as actors in bringing social change. This attitude is not a new phenomenon. To trace the origin of this culture of pragmatism and distrust of power, one needs to look historically at the roots of American law”) (SUBRIN; WOO. *Litigating in America: Civil Procedure in context*. 2006, p. 8).

<sup>184</sup> ATAÍDE JUNIOR. *Processo Civil pragmático*. 2013, p. 119.

<sup>185</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 256, p. 129-163, jan./abr. 2011, p. 131-132. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8496/7245>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

<sup>186</sup> OLIVEIRA. A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico. 2011, p. 131-132.

<sup>187</sup> OLIVEIRA. A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico. 2011, p. 131-132.

<sup>188</sup> OLIVEIRA. A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico. 2011, p. 131-132.

<sup>189</sup> Enquanto Dworkin sustentava que teorias morais devem estar presente no momento decisório do juiz (DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 32 e seguintes).

<sup>190</sup> POSNER, Richard Allen. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 07-09 e 47. Bem como: POSNER, Richard Allen. *Problemas de filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 472.

juridicidade e moralidade (no que a sua doutrina guardaria convergência com o magistério de Ronald Dworkin)<sup>191</sup>, destacando que seria possível “ainda que ligeiramente, o desenvolvimento do 'direito moral', enquanto, por sua vez, as críticas moralistas das decisões judiciais podem levar os juízes a alterar a doutrina jurídica”<sup>192</sup>, havendo, assim, “um complexo entrelaçamento de direito positivo e natural ou, se assim se preferir, de direito e moralidade”<sup>193</sup>. A decisão jurídica, para Posner, seria como uma reconstrução imaginativa, norteadas por uma análise de parâmetros econômicos, buscando maximizar as riquezas (*wealth maximization*), focando nas consequências práticas para alcançar um resultado razoável (*reasonableness*)<sup>194</sup>. Com isso, passou-se a defender que o pragmatismo jurídico contaria com instrumentos interdisciplinares, como Direito e Economia (*Law and Economics*)<sup>195</sup>.

A partir das escolhas racionais, Posner sustentava que o tomador de decisão seguiria suas prioridades, considerando, a probabilidade de alcançar proveitos com as suas decisões. Nesta perspectiva, o pragmatismo jurídico se apoiaria na análise econômica do direito<sup>196</sup>, mas não se reduziria a este método. Dessa união, Posner sistematizou o elo entre Direito e Economia, publicando em 1973 sua grande obra “A análise econômica do direito” (*The Economic Analysis of Law*)<sup>197</sup>. É que tanto o pragmatismo jurídico como a análise econômica do direito (AED) são métodos consequencialistas complementares, uma vez que o pragmatismo está no nível mais filosófico, enquanto que a AED no patamar econômico. Mas, o “pragmatismo jurídico não se serve apenas da AED para atingir seus escopos fundamentais, também absorvendo os conhecimentos de outras áreas, como a administração e a sociologia”<sup>198</sup>.

Quando se examina a análise econômica do direito, observa-se que essa teoria já vem sendo estudada nos Estados Unidos desde muito tempo<sup>199</sup>. A propósito, Erik Navarro Wolkart

<sup>191</sup> POSNER. *Problemas de filosofia do direito*. 2007, p. 320; DWORKIN. *A justiça de toga*. 2010, p. 32 e seguintes.

<sup>192</sup> POSNER. *Problemas de filosofia do direito*. 2007, p. 312.

<sup>193</sup> POSNER. *Problemas de filosofia do direito*. 2007, p. 312.

<sup>194</sup> ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. Pós-positivismo 4: a versão pragmática de Posner. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 15, n. 3, p. 96-119, set./dez. 2013.

<sup>195</sup> ATAÍDE JUNIOR. *Processo Civil pragmático*. 2013, p. 75-76.

<sup>196</sup> POSNER, Richard Allen. *Para além do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 19.

<sup>197</sup> POSNER, 1977, *apud* VENTURIN, Eduardo Luiz. *Análise econômica do Direito Regulatório: a (des)regulação como defesa dos interesses do consumidor*. 2017. 187f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017, p. 28. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/179918/348337.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

<sup>198</sup> ATAÍDE JUNIOR. *Processo Civil pragmático*. 2013, p. 87. Bem como: POSNER. *Problemas de filosofia do direito*. 2007, p. 587.

<sup>199</sup> TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth; MACHADO, Rafael Bicca. O problema da morosidade e do congestionamento judicial no âmbito do processo civil brasileiro: uma abordagem de Law and Economics. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 290, p. 441-469, abr. 2019.

leciona que a pedra fundamental da AED foi a obra “O problema dos custos sociais” (*The problem of social costs*), publicada em 1960 por Ronald Coase. Nesse seu Teorema, Coase desenvolveu em apertada síntese, a ideia segundo a qual a “alocação inicial de recursos e direitos sempre pode ser modificada pelas transações do mercado”, no contexto que “se essas transações não tiverem custo, essa realocação será sempre a mais eficiente possível”<sup>200</sup>. Coase lançava importantes reflexões sobre a necessidade de destacar a autocomposição como uma forma ‘alternativa’ à utilização exaustiva do Judiciário. Para tanto, defendia que o ambiente cooperativo deveria possuir custos menores que as soluções adjudicadas, precisamente porque, se a transação tem custos mais baixos, seria mais fácil optar pela solução autocompositiva, que demonstraria uma alocação mais eficiente<sup>201</sup>.

Posteriormente, as ideias de Coase são complementadas pela matriz econômica da Escola de Chicago, que tem como pressuposto teórico o fato de o indivíduo ter “um comportamento constantemente racional e que atua para maximização da sua riqueza”<sup>202</sup>. Em paralelo à Escola de Chicago, também surgiu a Escola de New Haven, impulsionada pelas Universidades de Yale e Harvard, contexto em que o italiano Guido Calabresi abordou AED no seu trabalho “Algumas reflexões sobre a distribuição de riscos e a lei de responsabilidade civil” (*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*)<sup>203</sup>, publicado em 1961. Para essa Escola, o papel da AED “seria aperfeiçoar o funcionamento do contemporâneo Estado de bem-estar social e seu complexo aparato regulatório”<sup>204</sup>.

Em 1980, Louis Kaplow e Shavell<sup>205</sup>, economistas professores da Universidade de Havard, passam a levar ideias da economia para dentro do curso de Direito. Essa iniciativa trouxe enorme contribuição para Análise Econômica do Processo, impulsionando a “tensão acordo/ajuizamento da ação, na interposição de recursos e nas vantagens de um sistema probatório mais preciso”<sup>206</sup>.

---

<sup>200</sup> WOLKART. *Análise econômica do Processo Civil*. 2019, p. 102.

<sup>201</sup> WOLKART. *Análise econômica do Processo Civil*. 2019, p. 105-106.

<sup>202</sup> VENTURIN. *Análise econômica do Direito Regulatório: a (des)regulação como defesa dos interesses do consumidor*. 2017, p. 28.

<sup>203</sup> CALABRESI, 1961, *apud* VENTURIN. *Análise econômica do Direito Regulatório: a (des)regulação como defesa dos interesses do consumidor*. 2017, p. 29 e seguintes.

<sup>204</sup> VENTURIN. *Análise econômica do Direito Regulatório: A (des)regulação como defesa dos interesses do consumidor*. 2017, p. 29 e seguintes.

<sup>205</sup> KAPLOW; SHAVELL, 2001, *apud* WOLKART. *Análise econômica do Processo Civil*. 2019, p. 109-110 e 148-154.

<sup>206</sup> Sobre o tópico ver análise de Wolkart a partir de estudo de Shavell (WOLKART. *Análise econômica do Processo Civil*. 2019, p. 109-110 e 148-154).

Depois disso, nos anos 2000, Cass Sunstein, Richard Thaler e Chistine Jolls<sup>207</sup> consolidam a Análise Econômica Comportamental do Direito (*Behavioral Law and Economics*), que visa alterar o comportamento das pessoas por meio dos *nudges*, que, em apertada síntese, “seriam pequenos incentivos que podem mudar o quadro da tomada de decisões”<sup>208</sup>. Nessa perspectiva, por meio dos *nudges* haveriam alterações das contingências e do ambiente, com intuito de afetar o “comportamento humano pelo Direito”, a fim de que o indivíduo tomasse decisões mais benéficas à vida em sociedade<sup>209</sup>.

Há alguns motivos que tentam explicar essa ampla aplicação da AED nos EUA, quando comparado com os outros países, Wolkart destaca<sup>210</sup> nesse aspecto (i) as premissas da *common law*, pois neste sistema as normas menos eficientes tendem a gerar mais litigância e são excluídas aos poucos do ordenamento, além disso, há maior liberdade criativa dos juízes na *common law*, que permite de forma mais ampla essa seleção natural, (ii) o modelo educacional nos EUA, em que estudantes de direito geralmente já são graduados em outros cursos, e possuem maior intimidade com economia, (iii) incentivos locais para professores e pesquisadores desenvolvam estudos integrados entre direito e economia, e (iv) “prestígio do consequencialismo e do utilitarismo frente ao kantianismo nos EUA”<sup>211</sup>. Soma-se a esses pontos, a rigidez da Teoria dos Precedentes no direito norte-americano que torna viável essa análise de custo e benefício pelos potenciais litigantes, já que eles conseguem deter de maior previsibilidade da matéria de direito, podendo verificar suas reais chances de êxito de possível provimento jurisdicional favorável.

Posner sustenta que o pragmatismo jurídico diz respeito à finalidade das partes aceitarem decisões passadas como uma qualidade e não um simples dever ético. Ou seja, os precedentes revelam-se como ferramenta pragmática de qualidade e não apenas uma obediência ética<sup>212</sup>. A “jurisprudência é um estoque de capital que gera incremento produtivo às futuras decisões do

---

<sup>207</sup> JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A behavioral approach to law and economics. *Stanford Law Review*, Califórnia, v. 50, p. 1471-1550, 1998. Disponível em: <[https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12172&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12172&context=journal_articles)>. Acesso em: 3 jun. 2021.

<sup>208</sup> FERREIRA FILHO, Paulo Sergio. Análise econômico-comportamental do Direito versus análise comportamental do Direito: a necessidade do pensamento jurídico sob uma teoria geral do comportamento. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 171-207, 2019, p. 177. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/31201/2802>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

<sup>209</sup> FERREIRA FILHO. Análise econômico-comportamental do Direito versus análise comportamental do Direito: a necessidade do pensamento jurídico sob uma teoria geral do comportamento. 2019.

<sup>210</sup> WOLKART. *Análise econômica do Processo Civil*. 2019, p. 116-117.

<sup>211</sup> WOLKART. *Análise econômica do Processo Civil*. 2019, p. 118.

<sup>212</sup> POSNER. *Direito, pragmatismo e democracia*. 2010, p. 47.

Judiciário”<sup>213</sup>, haja vista que os precedentes ao possibilitarem um prognóstico das chances de êxito em juízo, permitem que as partes solucionem seu conflito de forma consensual, reduzindo os processos em tramitação no Judiciário<sup>214</sup>. Isso porque, se o “móvel da contenda instaurada for a configuração de dúvida sobre como o direito positivo deve ser aplicado no caso concreto, a pacificação do conflito pode ser obtida (por exemplo) com aporte no modelo de precedentes”<sup>215</sup>.

Com isso, o dever de observância aos precedentes mostra-se como uma estratégia pragmática na medida em que contribui para uma prestação jurisdicional de maior qualidade, com mais segurança, mais eficiente, objetiva e, por vezes, mais célere. Nessa senda, Posner assevera que nos Estados Unidos, onde a “higidez dos precedentes é valorizada”, apenas “2% (dois por cento) das causas de acidentes automotivos, 4% (quatro por cento) de todas as causas cíveis nas Cortes estaduais e menos de 2% (dois por cento) das causas cíveis federais” são levadas a julgamento<sup>216</sup>, ou seja, apenas um número baixo de demandas é solucionado por ato jurisdicional de mérito.

Essas considerações põem em evidência que o direito norte-americano vem sendo aplicado a partir de uma abordagem pragmática inovadora advinda da economia, que permite que as partes consigam tomar uma decisão mais consciente de ajuizar ou resistir a uma demanda, a partir da análise das suas consequências econômico-financeiras e da perspectiva de êxito advinda na causa.

### **2.2.3. Convencimento das partes**

O conflito existe quando as partes têm dúvidas sobre quem tem razão. Isso pode ocorrer ou “porque não enxergam com a necessária clareza os fatos que lhe são subjacentes (dúvida quanto à matéria fática)”<sup>217</sup>, ou “porque divergem sobre como o direito positivo deve ser

<sup>213</sup> POSNER, 2014, *apud* FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo código de processo civil à luz da análise econômica do direito. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 269, p. 421-432, jul. 2017.

<sup>214</sup> POSNER, 2014, *apud* FUX; BODART. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo código de processo civil à luz da análise econômica do direito. 2017, p. 421-432.

<sup>215</sup> ARAÚJO; MADUREIRA; RODOR. *Autocomposição e ferramentas jurídicas*. 2020.

<sup>216</sup> POSNER, 2014, *apud* FUX; BODART. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo código de processo civil à luz da análise econômica do direito. 2017, p. 421-432.

<sup>217</sup> Cf.: ARAÚJO, Carlos André Luís; MADUREIRA, Claudio; RODOR, Fernanda Medeiros e Ribeiro. *Autocomposição e ferramentas jurídicas*. In: CAMPOS, Adriana Pereira et al. (Org.). *Perspectivas jurídicas: estudos em homenagem aos 30 anos de magistério de Francisco Vieira Lima Neto*. Vitória: Edição dos Organizadores, 2021, p. 217-218.

interpretado (dúvida quanto à matéria jurídica)”<sup>218</sup>. Importa para esse trabalho a constatação de que os conflitos se fundam (deixando de lado a patologia<sup>219</sup>), por vezes, em simples discordância das partes sobre os fatos envolvidos na controvérsia, e que uma vez sanadas as dúvidas que tenham sobre a matéria fática, torna-se mais fácil a resolução da contenda por meio do método autocompositivo.

Até porque, em uma demanda que a controvérsia envolva apenas dúvidas quanto à matéria fática, uma vez afastadas essas incertezas, a preservação da contenda vai de encontro com o princípio da boa-fé (princípio previsto nas *Rules 8, 16, 30, 36, 37* e, em especial, na *Rule 26* das *FRCP*<sup>220</sup>, que prevê um dever de absoluta boa-fé aos demandantes, impondo deveres às partes de revelarem os fatos previamente ao momento do julgamento<sup>221</sup>), bem como, contraria os deveres processuais de não apresentar declarações de má-fé ou que pretendam apenas retardar o trâmite processual, “sob pena da parte infratora ter de reembolsar despesas razoáveis, incluindo honorários advocatícios” ou ser detida por desacato a autoridade ou sujeita a outras sanções (nesse ponto, inclusive o advogado da parte infratora pode ser penalizado)<sup>222</sup>. Disso procede a “circunscrição da legitimidade do ato de litigar à persistência de dúvida sobre quem tem razão na contenda”<sup>223</sup>.

Nesse contexto, é importante o esclarecimento dos fatos controvertidos para dar fim ao conflito pelo método autocompositivo, porque as incertezas quanto à matéria fática acarretam

<sup>218</sup> Cf.: ARAÚJO; MADUREIRA; RODOR. *Perspectivas jurídicas: estudos em homenagem aos 30 anos de magistério de Francisco Vieira Lima Neto*. 2021, p. 217-218.

<sup>219</sup> Por se tratar de um trabalho científico, efetua-se um corte metodológico aqui, uma vez que o “discurso científico não se ocupa das patologias. Com efeito, o objeto de análise da Ciência Jurídica são normas que compõem o ordenamento (Direito), que em geral são editadas pelo Parlamento. Quando as analisam, os juristas (professores e autores jurídicos) procuram descrever o Direito, criando um sistema. [...] Posto isso, devemos nos ater, por imperativo lógico, à descrição do Direito tal como positivado pelas autoridades competentes” (ARAÚJO; MADUREIRA; RODOR. *Perspectivas jurídicas: estudos em homenagem aos 30 anos de magistério de Francisco Vieira Lima Neto*. 2021, p. 215-216).

<sup>220</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal Rules of Civil Procedure for the United States*. Washington: U.S. Government Publishing Office, 2020. Disponível em: <[https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal\\_rules\\_of\\_civil\\_procedure\\_dec\\_1\\_2019\\_0.pdf](https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_civil_procedure_dec_1_2019_0.pdf)>. Acesso em: 3 jun. 2021.

<sup>221</sup> CAMBI; PITTA. *Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira*. 2015.

<sup>222</sup> “Depoimento juramentado ou declaração apresentada de má-fé. Se comprovado que um depoimento juramentado ou declaração sob esta regra é apresentada de má-fé ou apenas por atraso, o tribunal – após notificação e um prazo razoável para responder – pode ordenar que a parte apresentadora pague à outra parte as despesas razoáveis, incluindo os honorários advocatícios, incorridos como resultado. A parte infratora ou seu advogado também podem ser detidos por desacato ou sujeitos a outras sanções apropriadas” (texto original: “AFFIDAVIT OR DECLARATION SUBMITTED IN BAD FAITH. If satisfied that an affidavit or declaration under this rule is submitted in bad faith or solely for delay, the court – after notice and a reasonable time to respond – may order the submitting party to pay the other party the reasonable expenses, including attorney’s fees, it incurred as a result. An offending party or attorney may also be held in contempt or subjected to other appropriate sanctions”) (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal Rules of Civil Procedure for the United States*. 2020, p. 81).

<sup>223</sup> ARAÚJO; MADUREIRA; RODOR. *Perspectivas jurídicas: estudos em homenagem aos 30 anos de magistério de Francisco Vieira Lima Neto*. 2021, p. 215-216.

impressões e percepções equivocadas dos envolvidos na controvérsia, o que impossibilita que eles entrem em um consenso sobre quem tem razão no conflito e que consigam delinear um acordo justo e capaz de pacificar o conflito. Diante disso, a prova possui papel proeminente para promoção desse convencimento das partes, de modo que o sistema probatório norte-americano coloca a apuração dos fatos no centro dos sistemas jurídicos para resolução de conflitos<sup>224</sup>, tendo a prova importância fundamental na resolução das controvérsias.

Nesse aspecto, destaca-se a técnica do *discovery* do direito norte-americano, que permite às partes esclarecerem, antes mesmo do julgamento, os fatos envolvidos na controvérsia. A técnica impõe às partes o dever de juntar provas que possuem sobre o caso concreto e produzir outras que se mostrem pertinentes à resolução da controvérsia, baseando-se na regra da absoluta boa-fé entre os demandantes, privilegiando a devida paridade de armas e a verdade dos fatos.

Como será visto a seguir, por força dessa técnica do *discovery* e, conseqüente, esclarecimento das partes sobre a matéria fática envolvida na controvérsia, as partes conseguem sanar as dúvidas “quanto a um e outro aspecto da contenda”<sup>225</sup>, possibilitando que *convencidas* do que ocorreu tenham condições de compor seu conflito mais facilmente, evitando, assim, a instauração do *trial* (fase do julgamento) e solucionando sua contenda de forma satisfativa com o método autocompositivo<sup>226</sup>.

---

<sup>224</sup> CHASE, Oscar. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Tradução de Sérgio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 65.

<sup>225</sup> ARAÚJO; MADUREIRA; RODOR. *Perspectivas jurídicas: estudos em homenagem aos 30 anos de magistério de Francisco Vieira Lima Neto*. 2021, p. 215-216.

<sup>226</sup> YARSHELL. *Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autônomo à prova*. 2009, p. 78.



### 2.3. Breve contextualização sobre a técnica de revelação de provas (*discovery*) no processo civil norte-americano

O atual direito probatório norte-americano decorre da conformação e aproximação de fases oriundas do direito inglês<sup>227</sup>, denominadas *common law* e *equity*<sup>228</sup>. A *common law* advém, em 1066, da acepção de direito comum “nascido das sentenças judiciais dos Tribunais de Westminster, cortes essas constituídas pelo rei”<sup>229</sup>, que superava os “direitos costumeiros e particulares de cada tribo dos primitivos povos da Inglaterra”<sup>230</sup>. O processo na *common law* era marcado por um formalismo acentuado<sup>231</sup>, pela exigência de ações pré-definidas (chamadas de *pleadings*, que deveriam apresentar os fatos bem delimitados)<sup>232</sup> e pela oralidade<sup>233</sup>. Em contrapartida, em 1485, surge a *equity* que sucede do “direito aplicado pelos Tribunais do Chanceler do Rei”<sup>234</sup>, “originado de uma necessidade de temperar o rigor”<sup>235</sup> da *common law* e de satisfazer as questões envolvendo a *equidade*, delineando uma solução *justa* aos litígios<sup>236</sup>. O processo na *equity* não era marcado pelo formalismo exacerbado, permitia uma construção e

<sup>227</sup> Cumpre esclarecer que o Direito inglês se configura por quatro períodos, o “primeiro é o período anterior à conquista normanda de 1066” (chamado de direito anglo-saxônico), “o segundo, que vai de 1066 ao advento da dinastia dos Tudors (1485), é o da formação da *common law*, no qual um sistema de direito novo, comum a todo o reino, se desenvolve e substitui os costumes locais. O terceiro período que vai de 1485 a 1832, é marcado pelo desenvolvimento, ao lado da *common law*, de um sistema complementar e às vezes rival, que se manifesta nas “regras de equidade”. O quarto período, que começa em 1832 e continua até os nossos dias, é o período moderno, no qual a *common law* deve fazer face a um desenvolvimento sem precedentes da lei e adaptar-se a uma sociedade dirigida cada vez mais pela administração” (DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 356). Em outras palavras, o período moderno é marcado pelo avanço da “lei escrita votada por corpos legislativos, o *statute law*” que “entrou a disputar espaço na construção do edifício jurídico, em par com a tradicional jurisprudência” (SIDOU, J. M. Othon. O sistema de *common law*. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Rio de Janeiro, v. 10, n. 9, p. 121-139, 1996. Disponível em: <<http://www.ablj.org.br/revistas/revista9/revista9%20%20J.%20M.%20OTHON%20SIDOU%20-%20%20Sistema%20de%20%20Common%20Law%27.pdf>>. Acesso em: 3 jun. 2021).

<sup>228</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado*: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra. 2021, p. 141-145.

<sup>229</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. Estudos de Direito Comparado (I) – O que é a “Common Law”, em particular, a dos EUA. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, n. 92, p. 163-198, 1997, p. 175. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67360>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

<sup>230</sup> SOARES. Estudos de Direito Comparado (I) – O que é a “Common Law”, em particular, a dos EUA. 1997, p. 175.

<sup>231</sup> SÉROUSSI. *Introdução ao Direito inglês e norte-americano*. 2006, p. 21.

<sup>232</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado*: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra. 2021, p. 142.

<sup>233</sup> DAVID. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. 2002, p. 356.

<sup>234</sup> “Os particulares, não podendo obter justiça pelos Tribunais Reais, ou chocados pela solução dada à sua causa por esses tribunais, se dirigiram ao rei para lhe pedir que interviesse ‘para tranquilizar a consciência e fazer uma obra de caridade’. O recurso, em semelhante caso, passava normalmente pelo Chanceler; este transmitia ao rei, se o julgasse oportuno, o qual decidia no seu Conselho a solução para este recurso. [...] O Chanceler, no século XV, torna-se cada vez mais um juiz autônomo, estatuindo em nome do rei e do Conselho, que a ele delegam a sua autoridade. Por outro lado, a sua intervenção é cada vez mais frequentemente solicitada” (DAVID. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. 2002, p. 371-372).

<sup>235</sup> SOARES. Estudos de Direito Comparado (I) – O que é a “Common Law”, em particular, a dos EUA. 1997, p. 175.

<sup>236</sup> DAVID. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. 2002, p. 371.

atuação mais ampla do Chanceler na delimitação dos fatos e do direito (as ações não precisavam ser pré-estabelecidas)<sup>237</sup> e apresentava um formato eminentemente escrito<sup>238</sup>. Posteriormente, em 1873-1875, a organização judiciária inglesa é alterada e a distinção entre o Tribunal da *common law* e Tribunal da *equity* é suprimida pelos *Judicature Acts* (leis judiciárias), de modo que “todas as jurisdições inglesas passaram a ter competência para aplicar do mesmo modo as regras da *common law* e as da *equity*”<sup>239</sup>.

Contudo, antes da aproximação das duas famílias (*common law* e *equity*) do direito inglês<sup>240</sup>, ambas influenciaram o direito norte-americano<sup>241</sup>. Por exemplo, a *common law* influencia os operadores do direito norte-americano com a ideia do direito sendo formado pelas sentenças judiciais (e precedentes), embora essa premissa seja relativizada pela interferência da *equity* no que concerne a elaboração de códigos e do direito escrito presente no ordenamento norte-americano<sup>242</sup>. Também verifica-se a influência da *common law* nas *pleadings* (petições iniciais) do direito norte-americano, ainda que as *pleadings* nesse ordenamento, por força da *equity*, sejam menos formais e, em um primeiro momento, mais genéricas quanto a descrição dos fatos envolvidos na controvérsia (diferente das *pleadings* da *common law*)<sup>243</sup>. No âmbito da investigação dos fatos, matéria que interessa a essa pesquisa, é possível verificar a contribuição da *equity* no direito norte-americano na promoção de uma maior investigação dos fatos (diferentemente do que ocorria na *common law*, onde a troca de informações previamente ao julgamento era muito limitada, uma vez que o formalismo excessivo do procedimento obstava essa prática<sup>244</sup>). Essa averiguação dos fatos ocorria por força da *bill of discovery*<sup>245</sup>, que permitia o conhecimento de fatos para amparar o caso e ajudar na preservação das provas para o julgamento<sup>246</sup>, que influenciou na técnica da revelação de provas (*discovery*) no processo civil norte-americano.

---

<sup>237</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 142-143.

<sup>238</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 143.

<sup>239</sup> DAVID. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. 2002, p. 377.

<sup>240</sup> SÉROUSSI. *Introdução ao Direito inglês e norte-americano*. 2006, p. 23.

<sup>241</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 143.

<sup>242</sup> SÉROUSSI. *Introdução ao Direito inglês e norte-americano*. 2006, p. 89-90.

<sup>243</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 146.

<sup>244</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 153.

<sup>245</sup> Tradução livre: carta de descoberta.

<sup>246</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 153. Yarshell destaca observação de Besso: a *bill of discovery* não tinha o escopo de ajudar, propriamente,

Em 1848, a partir da edição do Código de Processo de Nova Iorque (*Code of Civil Procedure in New York*), há o “surgimento de um novo modelo processual, incorporando elementos tanto do processo em *equity* quanto da *common law*”<sup>247</sup>. Nesse código, destaca-se a técnica do *discovery* (influência da *equity*) que teve nítido desenvolvimento, passando a ser “parte integrante de preparação do caso para o julgamento (*trial*)”<sup>248</sup>. Depois disso, a maioria dos Estados norte-americanos passaram a incorporar a técnica do *discovery* nas suas legislações estaduais. Nesse momento, o *discovery* limitava-se em respaldar a troca de documentos relevantes e a antecipação da produção da prova testemunhal (*deposition*)<sup>249</sup>, mas mesmo assim contribuía para o processo passar a ser visto como uma “disputa esportiva, evitando as surpresas e emboscadas, fazendo prevalecer a descoberta da verdade e a edição de uma decisão favorável a quem efetivamente tivesse razão”<sup>250</sup>.

Porém, apenas, em 1938, com a publicação das FRCP é que a técnica do *discovery* se consolidou no âmbito nacional<sup>251</sup>. Desde então, essa técnica passou a ser a principal etapa de preparação dos casos para o julgamento (*trial*)<sup>252</sup>, “oferecendo maiores oportunidades de aumentar a eficiência da administração da justiça”<sup>253</sup>, uma vez que as partes conseguem, após essa técnica, esclarecer a matéria fática e se convencerem de quem tem razão na demanda, podendo por fim ao conflito pelo método autocompositivo.

Após a aprovação das FRCP, a própria Suprema Corte norte-americana reconheceu a importância do *discovery* para o processo civil daquele país, quando mencionou, no caso

---

na descoberta dos meios de provas que a parte usaria no julgamento, ela visava possibilitar a “parte obter o depósito de documentos relevantes e a oitiva do adversário antes do *trial*”. Embora a oitiva de terceiro somente fosse admitida em hipóteses de risco de perda da prova (YARSHELL. *Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autônomo à prova*. 2009, p. 74).

<sup>247</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 144.

<sup>248</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 154.

<sup>249</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. O projeto de novo código comercial e a proposta de permuta de documentos entre as partes: “discovery” brasileira? In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012, p. 206.

<sup>250</sup> YARSHELL. *Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autônomo à prova*. 2009, p. 74.

<sup>251</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 156.

<sup>252</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 156.

<sup>253</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 154.

Hickman vs. US, que o *discovery* “era uma das maiores inovações do sistema e tinha como objeto esclarecer questões entre as partes e averiguar os fatos subjacentes ao conflito”<sup>254</sup>.

No processo norte-americano tem a fase inicial, chamada *pretrial*, nessa fase a lide é preparada para o julgamento e, posteriormente, tem a fase voltada para o julgamento do caso, chamada de *trial*. A fase do *pretrial* (pré-julgamento) é marcada pela etapa postulatória, conhecida como *pleading*, quando são apresentadas, de forma simplificada<sup>255</sup>, os elementos gerais do objeto litigioso. Primeiramente, o autor apresenta a *complaint* (espécie de petição inicial), composta por breve narrativa dos fatos, e em seguida, o réu oferece a *answer* (espécie de contestação) com a sua versão da controvérsia<sup>256</sup>.

Durante a fase inicial do *pretrial*, após a etapa da *pleading*, inicia-se o *discovery*. A técnica do *discovery*, portanto, ocorre em momento posterior a postulação da lide e em momento anterior a fase do julgamento (*trial*). Por esse motivo, Lessa Neto afirma ser pouco acurada a posição da doutrina que determina que o *discovery* seria uma fase *pré-processual*, espécie de *pré-contencioso*<sup>257</sup>.

Destaca-se que durante a etapa do *discovery*, as partes deverão apresentar e produzir todas as provas pertinentes a resolução da contenda, podendo utilizar de certos mecanismos para promoção do *discovery*. Como, por exemplo, poderiam se valer da antecipação da produção da prova testemunhal (*deposition*), “independentemente do *periculum in mora*”<sup>258</sup> (essa produção pode, inclusive, ocorrer “fora do processo, com a presença de oficial público legalmente autorizado ou pessoa indicada pelo órgão judicial”<sup>259</sup> no Tribunal que tramita o processo), ou ainda se valer de interrogatórios (*interrogatories*) sobre temas abrangidos na *Rule 26(b)*, ou exigir a apresentação de documentos, coisas e/ou obter a permissão de acesso a lugares para

---

<sup>254</sup> PIKE; WILLIS, 1938, *apud* ARSUFFI. *A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo*. 2019, p. 110.

<sup>255</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal Rules of Civil Procedure for the United States*. 2020, p. 15. Lembrando que atualmente a jurisprudência norte-americana tem se mostrado mais rígida quanto ao grau de detalhamento fático apresentado no *pleading*, como foi no caso *Bell Atlantic Corp. vs. Twombly* em 2007 (LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 152 e 174-176).

<sup>256</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 149.

<sup>257</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 149-151.

<sup>258</sup> YARSHELL. *Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autônomo à prova*. 2009, p. 75.

<sup>259</sup> Cf. YARSHELL. *Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autônomo à prova*. 2009, p. 75.

inspeção<sup>260</sup>, conforme *Rule 34*, podendo, ainda, requerer exame físico ou mental de pessoas envolvidas no caso<sup>261</sup>, nos moldes da *Rule 35*, e também requisitar a admissão da verdade de determinados fatos alegados por escrito pelo adversário (*request of admission*)<sup>262</sup>.

A despeito de o *discovery* servir como uma técnica importante para a avaliação das partes, quanto às suas chances de êxito no julgamento futuro, durante a década de 70 do século passado, a utilização dessa técnica passou a apresentar certos problemas<sup>263</sup>. Em alguns processos o uso do *discovery* tornou o processo dispendioso temporalmente e onerosamente às partes. Isso acontecia quando, por exemplo, o autor descrevia de forma genérica os fatos na *complaint*, com o intuito de produzir diversas provas até encontrar um motivo passível para processar o adversário e levar a causa a julgamento<sup>264</sup>. Essa utilização imprópria do *discovery* acaba acentuando a disparidade de armas entre as partes, uma vez que apenas contedores com maiores condições financeiras conseguiriam arcar com os custos desse prolongamento (indevido) do *discovery*<sup>265</sup>. Também havia relatos de casos em que advogados remunerados por horas de trabalho, alongavam desnecessariamente o *discovery*, “que chegava às vezes a produzir uma avalanche de papel”<sup>266</sup>. Toda essa amplitude na investigação, que provocava desvios de finalidade na utilização da técnica do *discovery* passaram a gerar custos elevados, lentidão e ineficiência na adoção desse instituto. Esses problemas conduziram à aprovação de sucessivas alterações nas *Federal Rules*<sup>267</sup>.

Primeiramente, na década de 80, o legislativo, na tentativa de afastar tais abusos e tornar a utilização do *discovery* mais eficaz, acrescentou na *Rule 16* “a ideia da proporcionalidade e a *pretrial conference*”<sup>268</sup>. O princípio da proporcionalidade trouxe a necessidade de que as provas produzidas durante a técnica do *discovery* fossem justificáveis, à luz da necessidade, para a resolução do conflito. Já a instituição da audiência preliminar (*pretrial conference*) permitiu que o juiz se aproximasse dessa fase inicial do processo, possibilitando que houvesse uma maior

<sup>260</sup> Tradução livre do texto original – adaptado – (“Rule 34. Productions of documents and things and entry upon land for inspection and other purposes”) (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Rules of Civil Procedure for the United States. 2020, p. 56).

<sup>261</sup> Tradução livre do texto original (“Rule 35. Physical and mental examinations of persons”) (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Rules of Civil Procedure for the United States. 2020, p. 58).

<sup>262</sup> YARSHELL. *Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autônomo à prova*. 2009, p. 75.

<sup>263</sup> YARSHELL. *Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autônomo à prova*. 2009, p. 75.

<sup>264</sup> BENEDUZI. Substantiierung, notice-pleading e fact-pleading - a relação entre escopo das postulações e função da prova nos processos alemão, americano e inglês. 2015, p. 445-472.

<sup>265</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 135-146.

<sup>266</sup> ANDREWS, 2003, p. 601, *apud* MOREIRA. *Temas de Direito Processual*: nona série. 2007, p. 137.

<sup>267</sup> YARSHELL. *Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autônomo à prova*. 2009, p. 75.

<sup>268</sup> YARSHELL. *Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autônomo à prova*. 2009, p. 76.

organização e controle<sup>269</sup> do processo e uma dispensa na produção de provas irrelevantes ao *trial* (julgamento)<sup>270</sup>.

Posteriormente, na década de 90, o legislador limitou o número máximo de mecanismos que poderiam ser utilizados durante o *discovery*, com a finalidade de impedir o seu prolongamento desnecessariamente. Nesse contexto, ficou determinado que seriam no máximo 10 *depositions* (antecipações da produção de prova testemunhal) e 25 *interrogatories* (interrogatórios)<sup>271</sup>. Em seguida, no ano de 2000, o legislador americano, novamente, restringiu o “âmbito de investigação possível da técnica do *discovery*”<sup>272</sup>, estipulou que apenas os fatos diretamente ligados à petição inicial ou à defesa pudessem ser objeto de apuração no *discovery*. Ou seja, a busca das provas no *discovery* precisaria guardar mínima pertinência com o escopo dos fatos apresentado na etapa postulatória.

Em 2015, foi proposta nova modificação legislativa nas FRCP com intuito de “reforçar os limites possíveis para o *discovery*”<sup>273</sup>. Nessa oportunidade, é estipulado na *Rule 26 (g) (1)*<sup>274</sup> que “qualquer requerimento, resposta ou objeto de *discovery* deve conter a declaração e certificação da parte, assinada por seu advogado, de que é feito em conformidade com as regras processuais”<sup>275</sup> e sem embarçar o curso da ação. Na referida regra, o legislador também previu que havendo a violação dessa certificação, sem justificativa, a parte infratora seria sancionada pelo Tribunal, podendo a sanção incluir uma ordem para o infrator arcar com as despesas processuais e os honorários advocatícios envolvidos na medida<sup>276</sup>.

---

<sup>269</sup> Lembrando que o juiz nessa fase não conduz a produção de provas, ele apenas gerencia o caso. Cf: LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado*: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra. 2021, p. 169.

<sup>270</sup> No sentido da regra 26 (c) (i) das FRCP e do julgamento *Davis vs. Precoat Metals* resta claro esse controle e limitação pelo juiz de provas irrelevantes a serem solicitadas no *discovery*, destaca-se o trecho: “se for possível obter a evidência por outro meio mais conveniente, menos oneroso ou custoso, ou se os custos e esforços com o *discovery* superarem o seu benefício potencial” o juiz poderia limitar o *discovery*. (LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado*: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra. 2021, p. 169).

<sup>271</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado*: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra. 2021, p. 170.

<sup>272</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado*: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra. 2021, p. 170.

<sup>273</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado*: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra. 2021, p. 172.

<sup>274</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Rules of Civil Procedure for the United States. 2020, p. 37.

<sup>275</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado*: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra. 2021, p. 172-173.

<sup>276</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado*: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra. 2021, p. 172. *Rule 26 (g) (3)* “Sanction for Improper Certification. If a certification violates this rule without substantial justification, the court, on motion or on its own, must impose an appropriate sanction on the signer, the party on whose behalf the signer was acting, or both. The sanction may include an order to pay the reasonable expenses, including attorney’s fees, caused by the violation” (tradução livre: Regra 26 (g) (3) “Sanção por Certificação Imprópria. Se uma certificação violar esta regra sem justificacão substancial, o tribunal, por iniciativa

Ao lado do Poder Legislativo, que tentava limitar a amplitude investigativa da técnica do *discovery* com as modificações nas FRCP, o Poder Judiciário também atuava no enfrentamento desse problema, pela via da jurisprudência. A Suprema Corte dos EUA, nos casos *Bell Atlantic Corp. vs. Twombly*, de 2007<sup>277</sup>, e *Ashcroft vs. Iqbal*, de 2009<sup>278</sup>, exigiu que o conteúdo das *pleadings* (peças iniciais da etapa da postulação do processo norte-americano) fosse mais detalhado<sup>279</sup>. Isso porque, constatou-se que quanto mais genérica as alegações iniciais das partes, mais morosa e custosa às partes era a execução do *discovery*<sup>280</sup>. Em contrapartida, havendo uma delimitação maior dos fatos no início do processo, a produção de provas no *discovery* ocorreria apenas para esclarecer os fatos relevantes no contexto da ação<sup>281</sup>.

Ocorre que mesmo com essas modificações legislativas e jurisprudenciais, o processo norte-americano quando tolera a emenda da *pleading* (*amendment of pleadings* na *Rule 15* (a) (2) das FRCP), facilita a utilização abusiva do *discovery*. Como exemplo, imagina-se a parte que se utiliza do *discovery* como mera especulação (fenômeno chamado no direito norte-americano de *fishing expedition*)<sup>282</sup>, ela formula uma *pleading* ‘genérica’ (sem quaisquer

---

das partes ou por iniciativa própria, deve impor uma sanção adequada ao signatário, à parte em nome de quem o signatário agiu ou a ambos. A sanção pode incluir uma ordem para pagar as despesas razoáveis, incluindo honorários advocatícios, causados pela violação”) (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Rules of Civil Procedure for the United States. 2020, p. 37).

<sup>277</sup> Ver mais: *BELL Atlantic Corp. vs. Twombly*. Disponível: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/05-1126.ZS.html>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

<sup>278</sup> Ver mais: *ASHCROFT v. Iqbal*. Disponível: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/07-1015.ZS.html>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

<sup>279</sup> Cf.: KAPLOW, 2013, p. 1181, *apud* BENEDUZI. Substantiierung, notice-pleading e fact-pleading - a relação entre escopo das postulações e função da prova nos processos alemão, americano e inglês. 2015, p. 467. Ver também: MAXEINER, 2011, p. 147, *apud* BENEDUZI. Substantiierung, notice-pleading e fact-pleading - a relação entre escopo das postulações e função da prova nos processos alemão, americano e inglês. 2015, p. 467. Ressalte-se que, para Beneduzi, ainda que a Suprema Corte americana tenha tentado restringir à vagueza das *pleadings* com esses precedentes, ainda não se observa uma mudança radical na forma que as demandas são postuladas.

<sup>280</sup> “Falar que os custos do *discovery* foram objeto de substancial controvérsia acadêmica e judicial seria um eufemismo. Ao longo dos anos, inúmeras emendas às Regras Federais de Processo Civil foram promulgadas em um esforço para reduzir os custos de descoberta e, mais recentemente, o Supremo Tribunal pareceu endurecer os padrões de defesa expressamente por causa dos custos onerosos, que resultam quando alegações apresentadas para seguir com a técnica do *discovery* são vagas” (texto original: “To suggest that discovery costs have been the subject of substantial scholarly and judicial controversy would be an understatement. Over the years, numerous amendments of the Federal Rules of Civil Procedure have been promulgated in na effort to curb discovery costs, and more recently the Supreme Court appeared to toughen the pleading standards expressly because of the burdensome costs that result when vague allegations are allowed to proceed to the discovery stage”) (REDISH, Martin H.; MCNAMARA, Colleen. Back to the future: discovery cost allocation and modern procedural theory. *The George Washington Law Review*, Washington, v. 79, n. 3, p. 773-822, abr. 2011, p. 773).

<sup>281</sup> Ressalte-se que, para Beneduzi, ainda que a Suprema Corte americana tenha tentado restringir à vagueza das *pleadings* com tais precedentes, não se observa uma mudança radical na forma que as demandas são postuladas. Segundo o autor, essa vagueza permanece (BENEDUZI. Substantiierung, notice-pleading e fact-pleading - a relação entre escopo das postulações e função da prova nos processos alemão, americano e inglês. 2015, p. 445-472).

<sup>282</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 196.

fundamentos e provas) para obter informações ou extrair dados que poderiam substanciar uma ação para ser levada a julgamento, e ela, após encontrar uma prova capaz de fundamentar sua pretensão em face do seu adversário, emenda a inicial da ação para processá-lo.

Em virtude desses abusos na utilização da técnica do *discovery*<sup>283</sup>, sustenta-se que o reduzido percentual de processos que chegam ao *trial* (julgamento) e o grande número de casos que se encerram por acordos, seria, na verdade, uma decorrência lógica da demora e dos altos custos despendidos com advogados durante o deslinde dessa técnica do *discovery* (quando a *pleading* não descreve de forma específica e clara os fatos objetos da dilação probatória)<sup>284</sup>. Porém, a despeito dessa crítica, não se pode negar que a técnica do *discovery* possibilita aos interessados uma análise mais consciente das vantagens e desvantagens em litigar ou firmar um acordo<sup>285</sup>. Isso porque, o *discovery* tenta ajustar a assimetria de informações importantes entre as partes<sup>286</sup>, ajudando que os litigantes, sem informações iniciais, consigam começar um processo e obter provas necessárias para apoiá-los em seus casos, assim como, permite que as partes esclarecidas dos fatos, resolvam a controvérsia por meio de um acordo.

<sup>283</sup> “Parte do que torna o nosso sistema do *discovery* tão complexo é que, devido à divisão das fases do processo em pré-julgamento e julgamento, temos que descobrir os fatos para todo o caso. Investigamos tudo o que poderia surgir no julgamento, porque, uma vez que entramos na fase de julgamento, raramente podemos voltar e procurar mais provas” (texto original: “Part of what makes our discovery system so complex is that, on account of our division into pretrial and trial, we have to discover for the entire case. We investigate everything that could possibly come up at trial, because once we enter the trial phase we can seldom go back and search for further evidence”) (LANGBEIN, 1985, p. 831, *apud* BENEDUZI. Substantiierung, notice-pleading e fact-pleading - a relação entre escopo das postulações e função da prova nos processos alemão, americano e inglês. 2015, p. 468). Ver também: YARSHELL. *Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autônomo à prova*. 2009, p. 75-76; SHEPHERD, 2017, p. 818, *apud* LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 173.

<sup>284</sup> “Disputa com *discovery* demorado e custo excessivo, forçam a resolução do conflito para que seja celebrado um acordo, independentemente da resolução do mérito do caso” (texto original: “time-consuming discovery disputes, and excessive cost of discovery forcing settlement unrelated to the merits of the cases”) (SUBRIN; WOO. *Litigating in America: Civil Procedure in context*. 2006, p. 144).

<sup>285</sup> “Cada parte com um conhecimento melhor e claro dos detalhes do caso, os pontos fracos e fortes das provas de ambos os lados e uma melhor estimativa dos custos do litígio e de como o conflito seria resolvido. Depois de ponderar os possíveis benefícios, as partes podem tomar uma decisão sábia sobre prosseguir com acordo ou com julgamento” (texto original: “Each part with a better and clear knowledge of the details of the case, the weaknesses and strengths of the evidence on both sides, and a better estimate of the litigation costs, as well as the end result. After weighing the possible benefits, parties can make a wise decision concerning settlement or trial”) (FAHEY; TAO, 2014, *apud* ARSUFFI. *A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo*. 2019, p. 101).

<sup>286</sup> “O *discovery* ajuda a garantir que os litigantes ainda menos poderosos, sem informações iniciais, possam iniciar o processo e obter as provas necessárias em apoio aos seus casos. [...] o *discovery* busca ajustar desequilíbrios de poder econômico e conhecimento de informações importantes entre as partes”. (texto original: “discovery helps to ensure that even less powerful litigants lacking initial information can commence suit and obtain the necessary proof in support of their cases. [...] discovery seeks to adjust imbalances in economic power and knowledge of important information between the parties”) (SUBRIN; WOO. *Litigating in America: Civil Procedure in Context*. 2006, p. 143).



### 2.3.1. O *pretrial* e a técnica do *discovery*<sup>287</sup>

Após a etapa postulatória (*pleading*), inicia-se a técnica do *discovery*, conforme vislumbrado no tópico anterior, tudo durante a fase do *pretrial* (fase de preparar o caso para julgamento). A partir da técnica do *discovery* cada litigante deve “revelar à parte adversa os fatos que sejam de seu conhecimento e o conteúdo de documentos que estejam em sua posse e que possam ajudar seu adversário na elaboração de seu caso ou defesa”<sup>288</sup>, e as partes que descumprem esse dever de revelar as provas e fatos conhecidos sobre o objeto litigioso<sup>289</sup> estão sujeitas à aplicação de sanções cíveis, criminais<sup>290</sup> e processuais<sup>291</sup> (previstas na *Rule 37* das FRCP) no direito norte-americano. Quanto às sanções processuais, destacam-se, entre elas, a hipótese de ser considerado como verdadeira as alegações apresentadas na *pleading* pelo requerente em desfavor da parte desobediente, a proibição da parte resistente de opor reinvidicações e defesas, a suspensão do processo até que a ordem da produção de provas seja cumprida, o julgamento imediato em desfavor da parte desobediente (sanção mais grave, só

<sup>287</sup> Nesse trabalho, utiliza-se o termo *Discovery*, que advém do direito norte-americano e se difere do *disclosure* do direito inglês, que se resume na apresentação de “uma série de protocolos prévios, a serem observados para troca e revelação de informações e provas (pre-action protocols)” (LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado*: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra. 2021, prefácio e p. 156 e seguintes).

<sup>288</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado*: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra. 2021, p. 153.

<sup>289</sup> A título de exemplo, a regra de nº 26 das FRCP prevê que a parte deverá disponibilizar o nome e, se souber o endereço e o telefone de cada indivíduo com probabilidade de ter informações sobre o caso; ou ainda entregar uma cópia ou uma descrição de todos os documentos, informações armazenadas que possam ser usadas pelas partes tanto para defender quanto para acusar; dentre outras previsões (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal Rules of Civil Procedure for the United States*. 2020, p. 37).

<sup>290</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado*: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra. 2021, p. 160-161.

<sup>291</sup> “A) Por não obedecer a uma Ordem do Discovery. Se uma parte ou um funcionário, diretor ou agente administrativo de uma parte - ou uma testemunha designada com base na Regra 30(b)(6) ou 31(a)(4) - não obedecer a uma ordem para fornecer ou permitir a descoberta, incluindo uma ordem sob a Regra 26(f), 35, ou 37(a), o tribunal onde a ação está tramitando pode emitir sanções, que podem ser: (i) ordenar que as matérias abrangidas no despacho ou outros fatos designados sejam tomados conforme verdadeiro para os fins da ação, conforme alega o vencedor; (ii) proibir a parte desobediente de apoiar ou se opor a alegações ou defesas designadas, ou de apresentar matérias designadas em provas; (iii) arquivar peças no todo ou em parte; (iv) suspender o processo até que a ordem seja obedecida; (v) arquivar a ação ou o processo no todo ou em parte; (vi) proferir sentença à revelia contra a parte desobediente; ou (vii) tratando como desacato ao tribunal, exceto se o descumprimento for relativo à ordem de se submeter a um exame físico ou mental” (texto original: “(A) For Not Obeying a Discovery Order. If a party or a party’s officer, director, or managing agent—or a witness designated under Rule 30(b)(6) or 31(a)(4)—fails to obey an order to provide or permit discovery, including an order under Rule 26(f), 35, or 37(a), the court where the action is pending may issue further just orders. They may include the following: (i) directing that the matters embraced in the order or other designated facts be taken as established for purposes of the action, as the prevailing party claims; (ii) prohibiting the disobedient party from supporting or opposing designated claims or defenses, or from introducing designated matters in evidence; (iii) striking pleadings in whole or in part; (iv) staying further proceedings until the order is obeyed; (v) dismissing the action or proceeding in whole or in part; (vi) rendering a default judgment against the disobedient party; or (vii) treating as contempt of court the failure to obey any order except an order to submit to a physical or mental examination”) (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal Rules of Civil Procedure for the United States*. 2020, p. 61).

pode ser aplicada quando houver má-fé, dolo ou atitude deliberada da parte<sup>292</sup>), o indeferimento do processo no todo ou em parte e, ainda, sanção de desacato à autoridade por desobedecer a ordem de cooperar com a técnica do *discovery*. Além disso, não é aceitável no *discovery* a parte alegar genericamente que a prova é imprópria ou irrazoável para a solução da controvérsia. Para se recusar a cooperar com a produção de provas no *discovery*, a parte precisa demonstrar que, de fato, a prova é inadequada para desenvolvimento da demanda<sup>293</sup>.

No geral, as partes conduzem consensualmente, toda a técnica do *discovery*<sup>294</sup> juntamente com seus advogados, contexto em que a maioria das provas é coletada extrajudicialmente, sendo que, como regra, o julgador só tem acesso a elas no momento do julgamento<sup>295</sup>. Porém, quando essa cooperação for impraticável, o interessado pode solicitar “ao juiz uma ordem para compelir a produção da prova”<sup>296</sup>. De toda a sorte, a intervenção do juiz na fase do *discovery* apenas ocorre em casos de evidente abuso ou falta de cooperação entre as partes<sup>297</sup>, pois a regra geral é as partes e os advogados produzirem as provas<sup>298</sup>.

O *discovery* tem a funcionalidade de clarificar as partes das delimitações fáticas da controvérsia e das provas que seus adversários possuem. Por esse motivo, a sua utilização possibilita as partes avaliarem melhor suas chances de êxito no conflito<sup>299</sup>. Posto isso, a fase do *pretrial*, por contar com a técnica do *discovery*, acaba sendo uma fase de avaliação das partes,

---

<sup>292</sup> Caso National Hockey League vs. Metropolitan Hockey Club, Inc. e Societe Internationale vs. Rogers (LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado*: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra. 2021, p. 176-178).

<sup>293</sup> SUBRIN; MINOW; BRODIN; MAIN, 2008, p. 366-367, *apud* LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado*: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra. 2021, p. 169.

<sup>294</sup> MARTINS, André Chateaubriand. A prova pericial no projeto do CPC: uma leitura a partir da experiência da arbitragem e do direito anglo-saxão. In: FREIRE, Alexandre et al. (Org.). *Novas tendências do Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 2, p. 49.

<sup>295</sup> LIMA, Caio César Carvalho. A produção antecipada de provas sem o requisito de urgência e o instituto da disclosure. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 76-92, 2012.

<sup>296</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado*: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra. 2021, p. 176.

<sup>297</sup> HAZARD JÚNIOR; LEUBSDORF; BASSETT, 2011, p. 337, *apud* LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado*: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra. 2021, p. 198.

<sup>298</sup> “*discovery* americano ganha legitimidade por confiar no conceito de direitos individuais, de modo que a responsabilidade de levantar as informações relevantes para a disputa é mais dos litigantes privados que do Tribunal em si” (texto original: “american discovery gains its legitimacy by its reliance on the individual rights concept – that is, it is the responsibility of private litigants rather than the court to unearth information relevant to a dispute”) (SUBRIN; WOO. *Litigating in America: Civil Procedure in context*. 2006, p. 143).

<sup>299</sup> CURY, Cesar Felipe. Produção antecipada de prova e o disclosure no Direito brasileiro. *Revista FONAMEC*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 111-131, mai. 2017.

as quais constantemente podem analisar estrategicamente se seria mais benéfico a elas seguir com uma solução negociada ou continuar com o processo e levá-lo a julgamento de mérito<sup>300</sup>.

Soma-se a isso, o fato de o direito norte-americano permitir que as partes usufruam, nessa etapa do *discovery*, da *neutral expert factfinding*<sup>301</sup> (espécie de perícia especializada imparcial), ou seja, elas podem solicitar uma prova pericial, imparcial, que defina a atuação probatória antes mesmo do julgamento, de modo que elas teriam uma opinião técnica blindada de qualquer crença e pré-conceitos. Isso permite que os demandantes analisem os fatos de forma correta e não viciada pelas suas falsas percepções sobre como transcorreu o conflito, podendo motivar a celebração de acordos entre as partes envolvidas na contenda.

Com toda esta exposição das provas e esclarecimento da matéria fática, espera-se que os litigantes consigam verificar melhor suas posições e o prognóstico de êxito na discussão<sup>302</sup>. Nessa perspectiva, a técnica do *discovery* resume-se a uma fase de investigação processual, em que as partes conhecem todos os elementos probatórios relacionados ao seu caso, preparando a ação para o *trial* (julgamento), ou para um julgamento antecipado ou ainda para celebração de um acordo, uma vez que as partes quando esclarecidas sobre os fatos ocorridos e sobre as provas de que os seus adversários dispõem, têm melhores condições de mensurar suas chances no processo.

### 2.3.2. A influência do “discovery” na prevenção da realização do “trial”

Esse esclarecimento prévio das partes, proporcionado pelo *discovery*, tem a potencialidade de fazer com que o conflito possa ser encerrado sem ir à audiência de julgamento (*trial*); o que ocorre quando o juiz julga antecipadamente o caso (*summary judgment*) ou quando as partes (ou uma delas) desiste(m) de levá-lo ao *trial* (seja por perceber que não há razão em continuar litigando seja por optar por uma solução consensual para a controvérsia). Assim, o

<sup>300</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 160.

<sup>301</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 436.

<sup>302</sup> “Os defensores do *discovery* acreditam que a justiça e a satisfação geral são mais bem alcançadas se os litigantes tiverem pleno conhecimento sobre os fatos e as questões relacionados ao conflito. Os casos serão resolvidos por acordo se cada parte obtiver todas as informações relevantes sobre sua própria posição e adquirir um conhecimento completo do adversário” (texto original: “proponents of discovery believe that justice and general satisfaction are best achieved if the litigants have full knowledge about facts and issues. Cases will be settled and tried on their merits if each secures all relevant information about its own position and acquires a full knowledge of the adversary”) (GLASNER, 1968, p. 83, *apud* ARSUFFI. *A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo*. 2019, p. 57).

“*pretrial* deixou de ser eminentemente uma fase de preparação”<sup>303</sup>, para se tornar a principal fase para “discussão do caso e das possibilidades para sua resolução”<sup>304</sup>.

Talvez por esse motivo, a fase do *trial* (julgamento), no processo civil norte-americano, tem sido cada vez menos aplicada, apenas 1% (um por cento) dos processos federais norte-americanos foram levados a julgamento em 2015<sup>305</sup>. As cortes estaduais, por sua vez, registraram um índice ainda mais baixo, em 2002, quando somente 0,6% (seis décimos por cento) dos processos estaduais foram ao *trial*<sup>306</sup>. Esses números indicam que a fase do *trial* tornou-se exceção no processo civil norte-americano, seja porque grande parte das controvérsias se resolvem por meio de acordos, seja porque há também expressivo número de processos que são extintos por julgamento antecipado<sup>307</sup>. O que, com isso se quer dizer é que a diminuição de processos que chegam a julgamento no direito norte-americano decorre diretamente da utilização da técnica do *discovery* durante o *pretrial*, técnica processual que, portanto, tem a funcionalidade de prevenir a realização do julgamento e, conseqüentemente, o prolongamento do processo judicial.

---

<sup>303</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 204.

<sup>304</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 204.

<sup>305</sup> RESNIK, 2017, p. 1019, *apud* LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 201.

<sup>306</sup> OSTROM; STRICKLAND; HANNAFORD-AGOR. 2004, p. 768, *apud* LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 201.

<sup>307</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 201-202.

### 3. *DISCOVERY VERSUS* ANTECIPAÇÃO DE PROVAS

Essas considerações evidenciam que a utilização da técnica do *discovery* no processo civil norte-americano, o torna vocacionado a resolver conflitos pelo método autocompositivo. Por esse motivo, e porque os índices de acordos verificados no processo civil brasileiro são muito menos expressivos do que aqueles encontrados nos EUA, mostra-se relevante investigar, guardadas as especificidades e limitações do nosso ordenamento jurídico, se essa técnica poderia ser empregada, entre nós, com o propósito de ampliar o número de contendas resolvidas por acordos.

#### 3.1. A antecipação do esclarecimento quanto a aspectos da matéria fática como ponto de aproximação entre os institutos

A técnica do *discovery* possibilita às partes que produzam e revelem todas as provas pertinentes ao desenvolvimento da sua contenda, e que a sua aplicação no processo civil norte-americano proporciona aos contendores um maior esclarecimento quanto a aspectos da matéria fática subjacente ao conflito antes de a causa ser levada a julgamento, orientando a celebração de acordos. É que as partes podem ser convencidas, antes da condução do processo ao julgamento (*trial*), portanto na fase do *pretrial*, das suas efetivas chances de sucesso na contenda. Assim, o *discovery* possibilita a elas tomar uma decisão mais consciente quanto à conveniência, nos casos concretos, de (i) desistir da ação (quando verificar que seu pleito é infundado), (ii) de celebrar um acordo (porque o *discovery* também possibilita o conhecimento para uma boa negociação), ou (iii) de manter a ação judicial (por exemplo, quando concluírem, no *pretrial*, após submetidos ao *discovery*, que a sua pretensão detém boas chances de êxito na fase do *trial*, isto é, no julgamento).

Efeito semelhante pode ser obtido, no processo civil brasileiro, com o procedimento de produção antecipada de prova (que não mais se limita à simples preservação das provas). É que, considerando as modificações impressas pelo legislador no artigo 381, incisos II e III do CPC de 2015 (quando comparado com o regime normativo adotado pelo CPC de 1973), esse procedimento passa a se apresentar como uma ferramenta capaz de proporcionar uma elucidação melhor dos fatos ocorridos, permitindo uma análise mais precisa dos riscos e benefícios em ajuizar a ação, ou resolver a controvérsia por meio de acordo. Nesse sentido, a antecipação de provas, tal como atualmente delineada pela lei processual brasileira, aproxima-se da técnica do *discovery*.

Flávio Luiz Yarshell observa, em comentários ao artigo 381 do CPC de 2015, que o procedimento de produção antecipada de prova, conforme delineado no Código atual, permite ao interessado conhecer melhor os dados relativos à controvérsia, em momento anterior ao ajuizamento da ação de mérito, o que aumenta as chances do conflito ser resolvido por meio de um acordo antes mesmo do litígio ter se formado<sup>308</sup>. Isso porque, segundo Lessa Neto, “qualquer disputa está, em algum grau, relacionada a um conjunto de fatos sobre os quais as partes controvertem”<sup>309</sup>, de modo que esclarecidos os fatos subjacentes ao conflito, os envolvidos conseguem chegar a um consenso sobre quem tem razão na controvérsia.

Em sentido semelhante, Daniel Assumpção Neves, quando trata da produção antecipada de provas, destaca a relevância desse procedimento para a definição da matéria fática e, sobretudo, para o convencimento das partes sobre quem tem razão, pontos essenciais para composição consciente dos contendores, uma vez que a inexatidão fática parece inviabilizar a autocomposição, pois leva uma das partes a crer que tenha direitos que na verdade não possui<sup>310</sup>, ensejando a falsa premissa nos interessados de que eventual ação judicial seria mais vantajosa do que a celebração de um acordo.

Sobre essa perspectiva de contribuir para diminuição da assimetria informacional das partes, quanto aos fatos envolvidos no conflito (que provoca incertezas e acaba despontando para um otimismo em litigar dos contendores), que se tem a aproximação do procedimento da produção antecipada de provas com a técnica do *discovery*. Em ambos institutos, o esclarecimento da matéria fática funciona como fator de *convencimento das partes* sobre quem tem razão na demanda, possibilitando que a controvérsia seja solucionada por meio de técnicas do método autocompositivo.

### **3.2. Aspectos procedimentais que diferenciam os institutos**

Se é verdade que as partes conseguem, por meio do *discovery*, esclarecer os fatos envolvidos no seu caso e ter uma avaliação mais precisa das suas reais chances de êxito, de modo a orientar a resolução do litígio por meio de um acordo, esse mesmo efeito pode ser obtido com a produção antecipada de provas do nosso ordenamento jurídico, que também propicia às

---

<sup>308</sup> “Quanto melhor o interessado conhecer dados relativos à controvérsia, maior será a chance de propor uma demanda bem instruída; de deixar de fazê-lo; ou de transigir” (YARSHELL. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 1026-1044).

<sup>309</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 275.

<sup>310</sup> NEVES. *Ações probatórias autônomas*. 2008, p. 434-435.

partes um melhor esclarecimento sobre a situação envolvida na controvérsia, permitindo que elas consigam avaliar os “riscos de demandar, ou mesmo, de resistir a dada pretensão”<sup>311</sup>. Porém, há diferenças entre essas técnicas que poderiam suscitar alguns debates sobre ser viável (ou inviável) a utilização da antecipação de provas do direito processual brasileiro (prevista no artigo 381 do CPC) com o propósito de obter efeitos semelhantes àqueles proporcionados pelo *discovery* no processo civil norte-americano.

Um primeiro questionamento que poderia surgir nesse contexto diz respeito ao hipotético descabimento da aplicação da técnica do sistema adversarial (*common law*) em um país que adota o sistema inquisitorial (*civil law*). Todavia, tal objeção não é relevante, sob o ponto de vista científico, porque, atualmente, não se tem um sistema puramente adversarial ou puramente inquisitorial<sup>312</sup>, visto que há uma convergência entre os sistemas, em que o juiz tem se tornado mais ativo nos países que adotam o sistema adversarial e as partes têm ganhado papel de destaque no sistema inquisitorial<sup>313</sup>. Tanto é assim que há quem, em doutrina, defenda o desenvolvimento de uma terceira família jurídica<sup>314</sup>, que compreende a confluência das ideias da *common law* e da *civil law*. Reporta-se ao magistério de Michele Taruffo, para quem há uma crise dos modelos tradicionais de *civil law* e *common law*, pois em algumas contraposições tradicionais, “muito utilizadas para exprimir diferenças tidas fundamentais entre os dois tipos de ordenamentos”<sup>315</sup> hoje estão superadas, sendo “incapazes de fornecer informações confiáveis”<sup>316</sup> sobre os dois sistemas. Inclusive, Hermes Zaneti Jr. defende que no Brasil há uma matriz híbrida de *common law* e *civil law*<sup>317</sup>, o que demonstra que essa discussão quanto às tradições jurídicas encontra-se superada.

Outro ponto, que merece atenção na comparação entre os institutos, se relaciona aos seus respectivos procedimentos, a propósito, Lessa Neto afirma não haver um paralelismo direto

---

<sup>311</sup> YARSHELL. *Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autônomo à prova*. 2009, p. 77.

<sup>312</sup> Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero sustentam que há uma aproximação recíproca entre as tradições da *civil law* e *common law* (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de Processo Civil: teoria do Processo Civil*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 1, p. 639).

<sup>313</sup> SUBRIN; WOO. *Litigating in America: Civil Procedure in context*. 2006, p. 22-25.

<sup>314</sup> “Proliferam os escritos sobre “jurisdições mistas” que destacam a convergência dos sistemas do civil e common law e defendem a criação de uma nova terceira família jurídica” (texto original: “Writings on “mixed jurisdictions” that highlight the convergence of civil and common law systems and argue for the creation of a new third legal family are proliferating”) (SUBRIN; WOO. *Litigating in America: Civil Procedure in context*. 2006, p. 25).

<sup>315</sup> TARUFFO, Michele. *Processo Civil comparado: ensaios*. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcia Pons, 2013, p. 14.

<sup>316</sup> TARUFFO. *Processo Civil comparado: ensaios*. 2013, p. 14.

<sup>317</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 38 e ss.

entre o *discovery* e as ações probatórias autônomas do direito brasileiro, precisamente por força das diferenças procedimentais entre elas. É que a técnica do *discovery* ocorre após a oferta das *pleadings* (ajuizamento da demanda), qualificando-se, portanto, como mecanismo endoprocessual e preparatório para o julgamento<sup>318</sup>, enquanto que, para esse autor, a produção autônoma de provas, como prevista no artigo 381 do CPC de 2015, é uma ação judicial autônoma, com procedimento específico e voltada simplesmente para a produção da prova e concretização do direito à informação<sup>319</sup>. Em sentido diverso, Fredie Didier Jr. e Zaneti Jr. relacionam a produção antecipada de provas do artigo 381 do CPC de 2015 diretamente à técnica do *discovery*, quando afirmam que o CPC de 2015 “valoriza a *discovery* (pesquisa probatória anterior ao ajuizamento da demanda), resultando em uma espécie de fase pré-processual (pre-trial)”<sup>320</sup>.

Embora essa discussão possa perder o sentido, se for apurado, no capítulo seguinte, que a produção antecipada de provas, na forma como disciplinada sistematicamente no CPC de 2015, pudesse ocorrer de forma incidental e antecipadamente ao processo já em curso, por uma interpretação literal do artigo 381, a nossa conclusão preliminar seria pela diferenciação dos procedimentos desses dois institutos, porque a técnica do *discovery* (como estudada no capítulo anterior) é endoprocessual, desenvolve-se após a *pleading* (etapa postulatória), na fase do *pretrial*, quando já há processo em curso, enquanto a *ação antecipada autônoma* como prevista pelo legislador no artigo 381, assume a característica de ser uma técnica pré-processual.

Importante ressaltar que mesmo o *discovery* sendo uma técnica endoprocessual, ela não se trata de uma simples “fase instrutória como a que existe no processo de tradição continental, pois o julgador não está sendo instruído sobre os fatos e nem deles está conhecendo”<sup>321</sup>, o julgador terá ciência exata das provas produzidas em fase futura, caso o processo seja conduzido ao julgamento (*trial*). De modo que no direito processual norte-americano, há poucas

<sup>318</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 165-167.

<sup>319</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 384. Em contrapartida, Lessa Neto também afirma que o curso do *discovery*, por significar uma coleta de provas conduzidas pelas partes e advogados e, só após submeter ao juízo de admissibilidade e consideração do *trial*, pode ser vista, às vezes, como uma atividade extraprocessual (LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 111).

<sup>320</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Justiça Multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: SOSA, Ángel Landoni; CAMPOS, Santiago Pereira (Coord.). *Estúdios de Derecho Procesal: em homenagem a Eduardo J. Couture. Constitución y Proceso. Principios y Garantías*. Montevideo: La Ley Uruguay, 2017, p. 431. Disponível em: <[https://www.academia.edu/36151971/Justiça\\_multiportas\\_e\\_tutela\\_constitucional\\_adequada\\_autocomposição\\_em\\_direitos\\_coletivos](https://www.academia.edu/36151971/Justiça_multiportas_e_tutela_constitucional_adequada_autocomposição_em_direitos_coletivos)>. Acesso em: 3 jun. 2021.

<sup>321</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 32.



possibilidades de ‘ações probatórias autônomas’, que ocorrem de forma *pré-processual*, os únicos casos conhecidos são as ações probatórias autônomas que ocorrem no âmbito das ações judiciais estrangeiras<sup>322</sup> ou nas hipóteses em que as provas correm risco de perecer (necessitando de rápida produção para serem preservadas, como no caso de depoimentos para perpetuar o testemunho)<sup>323</sup>.

Nas controvérsias internacionais, a legislação dos EUA permite que haja ajuizamento de uma ‘ação autônoma’ para coleta de depoimentos e exibição de documentos das partes envolvidas, a fim de apoiar o Tribunal norte-americano na solução da controvérsia. A propositura dessa ação judicial visa a troca de informações, a solução da questão ou a sua utilização em um processo futuro. Não há o intuito de delimitar o objeto litigioso que irá a julgamento, como ocorre no *discovery* do processo doméstico norte-americano de um modo geral<sup>324</sup>. Inclusive, no precedente *Intel Corp. vs. Advanced Micro Devices Inc.* de 2004<sup>325</sup> que tratou desse instituto do processo internacional, ficou decidido que (i) não há imperativo de a prova produzida nessa ação judicial servir para fundamentar um processo internacional, ela apenas precisa guardar razoabilidade para ser produzida e estar adequadamente delineada na ação, sendo passível de utilização futura<sup>326</sup>, e (ii) que o formato dessa ação autônoma não poderia ser amplamente utilizado em processos domésticos, limitando o seu uso apenas aos casos que houvesse o requisito de urgência<sup>327</sup>. Seguindo essa lógica, autores como Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane e Arthur Miller defendem que na maioria dos Estados Federados americanos não é aceito o uso do *discovery* simplesmente para verificar se uma ação deve ou não ser proposta (hipótese que seria viável, por exemplo, na ação autônoma de provas prevista no artigo 381, III do CPC, que permite o “prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação”), uma vez que o *discovery* serve para produzir as provas que serão levadas a julgamento<sup>328</sup>. No entanto, como há Estados que autorizam a “emenda da

<sup>322</sup> 28 U.S. Code § 1782 - Assistance to foreign and international tribunals and to litigants before such tribunals. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1782>>. Acesso em: 24 jan. 2021.

<sup>323</sup> Rule 27. Depositions to Perpetuate Testimony. Disponível em: <[https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule\\_27](https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_27)>. Acesso em: 3 jun. 2021.

<sup>324</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 297-298.

<sup>325</sup> Ver mais: *INTEL Corp. vs. Advanced Micro Devices Inc.* Disponível: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/02-572.ZS.html>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

<sup>326</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 297-302.

<sup>327</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 300.

<sup>328</sup> FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur. *Civil Procedure*. 4. ed. Saint Paul: Thomson/West Publishing, 2005, p. 399-400.

petição inicial” (*amendment of pleading*) e permitem a propositura de uma *pleading* mais genérica, segundo esses autores, o efeito prático do *discovery* seria similar a uma ação autônoma de prova (pois seria possível apresentar uma inicial genérica e após o *discovery*, emendar esta inicial, de modo que este instituto serviria, de certa forma, para verificar os fatos e basear uma ação)<sup>329</sup>, embora esse não fosse o real objetivo do *discovery*. Já para Scott Dodson seria possível que a técnica do *discovery* fosse pré-processual, “por meio de regras específicas ou mesmo por um pedido *in equity*”<sup>330</sup>, o que se aproximaria, quanto ao procedimento, da ação autônoma de provas.

Apesar de toda essa discussão sobre o procedimento (em especial, sobre o momento da formação) do *discovery* do direito norte-americano e da produção antecipada de provas do nosso ordenamento, esses institutos se aproximam na medida em que permitem o esclarecimento da matéria fática pelos envolvidos no conflito, o que contribui para que eles consigam resolver melhor certos conflitos por meio do método autocompositivo<sup>331</sup>. Ou seja, tais técnicas possuem função semelhante: “de propiciar a solução consensual ou adequada do conflito e estimular a solução negociada”<sup>332</sup>, uma vez que auxiliam as partes na análise adequada dos fatos e das chances de êxito no processo adjudicado.

### **3.3. Esforço teórico para induzir a obtenção de resultados semelhantes aos que decorrem da utilização da técnica do *discovery* no processo civil brasileiro**

Assumido, pelas razões dantes expostas, que ambos os institutos (o *discovery* e a produção antecipada de provas) têm a função de clarear os fatos envolvidos na controvérsia, permitindo uma tomada de decisão mais consciente das partes em continuar litigando ou não, pode-se concluir que a produção antecipada de provas do direito brasileiro também seria capaz de contribuir para o aumento do número de acordo, como o *discovery* viabiliza.

Contudo, como se verifica no primeiro capítulo deste trabalho, o direito norte-americano conta com outros fatores que contribuem para excelência na obtenção de soluções autocompositivas, que merecem ser analisados à luz do ordenamento brasileiro, a fim de

<sup>329</sup> FRIEDENTHAL; KANE; MILLER. *Civil Procedure*. 2005, p. 400.

<sup>330</sup> DODSON, 2011, p. 58-59, *apud* LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 167.

<sup>331</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 51.

<sup>332</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 385.

compreender se o instituto da produção antecipada de provas, por si só, seria capaz de induzir a resolução de conflitos pelo método autocompositivo, com a mesma intensidade que a técnica do *discovery* produz no direito processual norte-americano.

### **3.3.1. Elementos que distinguem os processos civis norte-americano e brasileiro**

Diferentemente do processo civil norte-americano, que é altamente dispendioso para as partes e que se desenvolve próximo da cultura norte-americana do pragmatismo jurídico (fatores que contribuem diretamente para resolução de conflitos pelo método autocompositivo naquele ordenamento), no processo civil brasileiro não se percebe a mesma intensidade na onerosidade das nossas despesas processuais, nem se identifica uma cultura pragmática (madura) na forma de litigar dos contendores. Desse modo, é necessário avaliar tais elementos distintivos, a fim de compreender se a produção antecipada de provas conseguiria exercer a mesma influência nas partes para resolverem seu conflito de forma consensual.

#### **3.3.1.1. Onerosidade processual**

Wolkart identifica alguns problemas envolvendo a onerosidade processual do nosso ordenamento, que segundo ele tendem a contribuir para a cultura da litigiosidade no Brasil. Para o autor, os baixos custos e a má-distribuição deles no processo civil brasileiro incentivam as partes a optarem pelo litígio mesmo quando as chances de êxito são mínimas<sup>333</sup>. Isso ocorre porque no Brasil mesmo com o princípio da responsabilidade objetiva do vencido<sup>334</sup> e a majoração dos honorários na segunda instância, nos moldes do artigo 85, parágrafo décimo primeiro do CPC de 2015, os custos para litigar ainda não se mostram capazes de funcionar como reais inibidores de ajuizamento de demandas frívolas (oriundas de comportamento não cooperativo)<sup>335</sup> ou socialmente indesejadas<sup>336</sup>, uma vez que as custas e taxas processuais são tão baixas, que representam, em média, apenas 11,6% (onze inteiros e seis décimos por cento) de todas as despesas judiciais (sem contabilizar o grande número de casos de gratuidade de justiça deferida que são concedidos sem uma inquirição rígida)<sup>337</sup>. De modo que ajuizar uma

<sup>333</sup> Cf.: WOLKART. *Análise econômica do Processo Civil*. 2019, p. 438.

<sup>334</sup> MARQUES; BONIFÁCIO; ARAUJO. Acesso à justiça nos Estados Unidos e no Brasil: uma análise econômica comparativa entre a American rule e os honorários sucumbenciais. 2018, p. 130.

<sup>335</sup> WOLKART. *Análise econômica do Processo Civil*. 2019, p. 307-308 e 325.

<sup>336</sup> WOLKART. *Análise econômica do Processo Civil*. 2019, p. 318-319.

<sup>337</sup> “Em um tribunal como o do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, a taxa judiciária é de 2% sobre o valor da causa, limitada a R\$ 35.000,00. Significa que, a partir de valores da causa superiores a R\$ 1.750.000,00, o uso do sistema de justiça é gratuito naquele tribunal. No âmbito da justiça federal, esse problema é escandaloso. O limite atual não chega a R\$ 2.000,00, escancarando o custo social supra descrito, já que valores acima de R\$ 200.000,00 passam a ser demandados gratuitamente, independentemente da condição financeira das partes. [...] Se demandas

demanda infundada, significa gerar custos para o próprio Estado, embora saiba-se que os “custos sociais não podem dar-se em razão de caprichos do particular”<sup>338</sup>. Soma-se a isso, os procedimentos (como mandado de segurança e juizado especial) que não dispõem de condenação de honorários e custas<sup>339</sup>, bem como as isenções de custas judiciais para maior litigante do Judiciário, qual seja, a Fazenda Pública<sup>340</sup>.

Diante dessas disfunções na forma de litigar, que geram uma conta indevida a ser paga pela própria sociedade brasileira, torna-se necessário trazer algumas reflexões, mesmo com a finalidade desse trabalho sendo concebê-lo numa perspectiva teórico-científica com base da Ciência Jurídica<sup>341</sup>. No ponto, Wolkart propõe a necessidade de uma reestruturação nas custas processuais, que exigiriam um esforço legislativo para serem implementadas, como, por exemplo, (i) aumentar as custas iniciais para ajuizar um processo<sup>342</sup>, extinguindo o teto de custas (obviamente respeitando o enunciado da Súmula 667 do STF<sup>343</sup>). Com as custas mais altas, possivelmente as partes teriam que avaliar mais racionalmente se valeria a pena ingressar com uma ação (sendo um bom incentivo para os interessados, quando percebessem que seu pleito não tem razão, buscarem uma forma de solucionar seu problema por meio do método

---

de altos valores forem apresentadas por pessoas financeiramente amparadas nada justificará a prestação de um serviço 100% subsidiado por tributos pagos por toda a sociedade” (WOLKART. *Análise econômica do Processo Civil*. 2019, p. 329-330).

<sup>338</sup> WOLKART. *Análise econômica do Processo Civil*. 2019, p. 318-323.

<sup>339</sup> Nesse sentido, Kazuo Watanabe assevera que a criação dos juzizados especiais representou certo aumento na litigiosidade, especialmente, aquelas que eram contidas pela onerosidade de se demandar (WATANABE, Kazuo (Org.). *Juizado Especial de Pequenas Causas*: lei 7.244, de 7 de novembro de 1984. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 2).

<sup>340</sup> Observa-se que 68% (sessenta e oito por cento) dos processos de execução tratam de execuções fiscais, demonstrando que esses processos são os principais responsáveis pela morosidade do Poder Judiciário e, conseqüentemente, a Fazenda Pública representa uma das maiores litigantes no Judiciário (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2021*. 2021, p. 225). Ademais, mesmo que o CPC de 2015, no parágrafo terceiro do artigo 85, tenha estipulado critérios objetivos para os valores de honorários devidos pela Fazenda Pública e, não mais aquela apreciação “equitativa” do magistrado responsável pelo processo, esse parâmetro de fixação dos honorários estipulados contra o Poder Público além de ser bem menor que os previstos em face de particulares vencidos, ainda não é visto como um desestímulo a litigiosidade, uma vez que quem arca com esses valores é o próprio Estado e não seus advogados públicos (WOLKART. *Análise econômica do Processo Civil*. 2019, p. 475).

<sup>341</sup> MADUREIRA. *Fundamentos do novo Processo Civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. 2017, p. 75.

<sup>342</sup> A partir dos seus estudos, Erik Navarro demonstra que no TJRJ, mesmo sendo um dos Tribunais mais caros do Brasil, quando se observa que há 18% de chances de vitória, já justifica o ajuizamento da ação pelo autor. Este percentual é ainda menor em outras cortes mais baratas, em especial a justiça federal. Sendo assim, este autor defende que o percentual de êxito para justificar uma ação deveria ser 30% de chance de êxito, daí as custas para uma ação cujo valor da causa seja R\$ 50.000,00, deveria ser R\$ 10.714,28 e não R\$ 1.500,00. Isso tudo para que a sociedade não arque com os custos de uma ação frívola e barata para o demandante, mas onerosa para sociedade que subsidia a maior parte do sistema. Ressalvando os casos em que a necessidade individual demonstrar que se deve conceder a gratuidade de justiça para não obstar o acesso a ela” (WOLKART. *Análise econômica do Processo Civil*. 2019, p. 439-441).

<sup>343</sup> Súmula 667 do STF: “Viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa”.

autocompositivo, com menos riscos de sucumbência), criando, portanto, uma “espécie de ameaça às partes para que se evite minimamente o ajuizamento de algumas ações”<sup>344</sup>. Também sugere haver uma (ii) redistribuição do valor das custas no decorrer do processo, a fim de incentivar o comportamento colaborativo do autor no deslinde processual, caso contrário como já despendeu tudo no início, isso prejudica sua postura cooperativa e aberta a autocomposição durante o processo<sup>345</sup>, (iii) cobrar da parte que se recusar a celebrar um acordo o “montante relativo à diferença entre o valor ofertado e a sentença final, sempre que essa for menos favorável do que o valor oferecido no acordo”<sup>346</sup> (e recusado pela parte), funcionando como estímulo a autocomposição<sup>347</sup>, pois seria como uma espécie de seguro contra pagamento de despesas processuais<sup>348</sup>, além disso (iv) reestruturar a forma como é apreciada a gratuidade de justiça<sup>349</sup>, de modo a concedê-la apenas para aqueles que realmente precisam, conforme dispõe o artigo 98 do CPC de 2015 e o próprio artigo 5º, inciso LXXVI da CRFB de 1988 e (v) findar a concessão da isenção de despesas processuais<sup>350</sup> para o Poder Público (com exceção, de quando o litígio fosse na corte da própria unidade federada da respectiva Fazenda Pública<sup>351</sup>),

---

<sup>344</sup> WOLKART. *Análise econômica do Processo Civil*. 2019, p. 441.

<sup>345</sup> WOLKART. *Análise econômica do Processo Civil*. 2019, p. 441-444.

<sup>346</sup> WOLKART. *Análise econômica do Processo Civil*. 2019, p. 442.

<sup>347</sup> Interessante ressaltar que sobre esse ponto, o legislador italiano inovou, quando previu a mediação obrigatória e estipulou no artigo 13 do Decreto nº 28/2010 que “se, mais tarde, ao final do processo judicial, o magistrado, em sua decisão, previr solução que corresponda integralmente ao conteúdo da proposta anteriormente formulada pelo mediador, a parte que a recusou, mesmo tendo se sagrado vencedora no processo judicial, não será reembolsada pelas despesas por ela arcadas posteriormente à formulação da proposta pelo mediador e ainda será condenada a reembolsar à parte sucumbente as despesas por esta suportadas a partir desse mesmo marco temporal. Impõe o legislador uma sanção em decorrência da discordância da proposta pela parte, rompendo, assim, com o princípio da causalidade, tradicionalmente agasalhado no ordenamento italiano, mais uma vez com o propósito de prestigiar – ou talvez forçar – uma solução – consensual”, fatores que contribuíram para o aumento exponencial de conflitos resolvidos por acordos naquele país (HILL. Flávia Pereira. A nova lei de mediação italiana. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. VI, n. VI, p. 294-321, 2010, p. 316 – 318).

<sup>348</sup> Isso ocorre no Direito Processual inglês desde 2007, em que a “recusa do autor ao acordo oferecido pelo réu implicará sua condenação no pagamento de todas as custas daí em diante, caso o resultado final do processo lhe seja menos favorável quando comparado à proposta de acordo oferecida” (WOLKART. *Análise econômica do Processo Civil*. 2019, p. 443-444).

<sup>349</sup> Nesse caso, diante de um pedido de gratuidade de justiça ilegítimo, até por um caráter pedagógico e visando um manejo mais responsável do instituto da gratuidade de justiça, pode-se (nós, juristas e partes) requerer a aplicação, ou o próprio magistrado de ofício, aplicar a redação do artigo 79 combinado com o artigo 81 do CPC de 2015, para sancionar o litigante de má-fé, de modo a impor a responsabilidade por perdas e danos do sujeito processual que litigar de má-fé, ou ainda, exigir pagamento de multa (superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa) e a obrigação de indenizar a parte contrária pelos prejuízos, honorários e despesas que venha causar a parte contrária.

<sup>350</sup> Como exemplo, cita-se o artigo 4º, inciso I, da Lei de nº 9.289/1996 que disciplina as custas na justiça federal: “Art. 4º São isentos de pagamento de custas: I - a União, os Estados, os Municípios, os Territórios Federais, o Distrito Federal e as respectivas autarquias e fundações”.

<sup>351</sup> WOLKART. *Análise econômica do Processo Civil*. 2019, p. 468-469.

uma vez que este setor lidera o grupo dos 100 maiores litigantes em quase todas as 11 unidades da Federação<sup>352</sup>.

Paralelamente a isso, Marcelo Leite da Silva Mazzola defende que uma forma de induzir a autocomposição, sem ter de apoiar em mudanças legislativas, seria valer-se das sanções premiais como meio de obter um comportamento social desejado. Ou seja, utilizando-se de “consequências jurídicas positivas (capazes de influenciar o seu processo de tomada de decisão), os indivíduos podem optar pela celebração de acordos, inclusive antes do escalonamento do próprio conflito”, por exemplo, o autor cita o artigo 29 da Lei de Mediação que dispõe que o conflito solucionado antes da citação do réu, por meio da técnica da mediação, não teria incidência das custas finais, funcionando como uma forma de estímulo à autocomposição<sup>353</sup>.

Mas, não há dúvidas, que além das custas e taxas processuais, o interessado deve contabilizar, no momento do ajuizamento da ação, os honorários contratuais, os custos de deslocamento, de “oportunidade com o tempo perdido com o processo, custos emocionais e outros” que não serão reembolsados pelo vencido ao final da causa<sup>354</sup>. Fato que deve ser sopesado no momento de optar por não resolver a controvérsia por meio de um acordo, quando esta via for a mais adequada, porque um dos fatores que mais onera a demanda perante o Poder Judiciário é a demora até a resolução definitiva do processo. A morosidade do processo somada com os efeitos da inflação, resulta-se em alto custo econômico aos demandantes, elementos que precisam ser considerados no momento de optar por ajuizar ou manter uma demanda em curso.

---

<sup>352</sup> Pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, em 2015 (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *O uso da justiça e o litígio no Brasil*. Brasília: In Press Oficina, 2015, p. 26. Disponível em: <<https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Pesquisa-AMB-10.pdf>>. Acesso em: 3 jun. 2021). A fim de desincentivar o litígio de demandas com baixas chances de êxito pela Fazenda Pública, Wolkart sugere uma regulamentação do artigo 85, parágrafo dezanove do CPC de 2015, para prever que a remuneração variável do advogado público incidisse sobre “a diferença entre honorários recebidos e honorários pagos pelo ente público representado em determinado período”, de modo que manteria o aspecto positivo ligado à eficiência da remuneração variável, mas também faria com que o procurador buscasse o acordo sempre que as chances de êxito no litígio fossem diminuídas, como forma de melhorar o cenário do Poder Público como líder no grupo dos maiores litigantes do Brasil. (WOLKART. *Análise econômica do Processo Civil*. 2019, p. 483).

<sup>353</sup> MAZZOLA, Marcelo Leite da Silva. Sanções premiais no processo civil: previsão legal estipulação convencional e proposta de sistematização (standards) para sua fixação judicial. 2021. 334f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021, p. 99-102. Disponível em: <<https://www.bdtd.uerj.br:8443/handle/1/17033>>. Acesso em: 3 fev. 2022.

<sup>354</sup> WOLKART. *Análise econômica do Processo Civil*. 2019, p. 325.

### 3.3.1.2. Pragmatismo jurídico dos interessados e a análise econômica do direito

No Direito norte-americano verifica-se que o *pragmatismo jurídico dos interessados* e a *análise econômica do direito* possuem grande influência na forma como os conflitos são solucionados, contribuindo com a escolha dos interessados pelo método autocompositivo, quando eles vislumbram que suas chances de êxito em juízo são baixas ou quando já conseguiram delimitar um acordo justo. No direito brasileiro, conforme assevera Flávio Galdino, esse cenário é outro, as manifestações quanto ao pragmatismo jurídico e à análise econômica do direito ainda são tímidas e bem recentes, quando comparado com a propagação de tais ideias no ordenamento e na cultura norte-americana<sup>355</sup>. Por exemplo, a análise econômica do direito no Brasil, embora tenha tido sua primeira discussão na década de 80, a obra que inaugurou o tema, no nosso ordenamento, foi publicada apenas em 1994<sup>356</sup>, e depois dela, há somente publicações esparsas. Somente na primeira década nos anos 2000, que o cenário parece começar a mudar, com a criação do Instituto de Direito e Economia no Rio Grande do Sul<sup>357</sup> e da Associação Brasileira de Direito e Economia, bem como com a fundação do primeiro periódico totalmente voltado à AED: o “*Economic Analysis of Law Review*”<sup>358</sup>. Thiago Cardoso Araújo demonstra, a partir do estudo das publicações (entre 2007 e 2014) de artigos científicos sobre a análise econômica do direito, que de 218 artigos sobre esse tema, apenas 33 foram escritos por juristas em parceria com economistas, 36 foram escritos apenas por economistas e, a grande maioria, 109 artigos redigidos apenas por juristas<sup>359</sup>. Sendo que 40 desses artigos não detinham informação a este respeito<sup>360</sup>.

Wolkart assevera que essa demora do Brasil em desenvolver o pragmatismo e a análise dos custos-benefícios envolvidos nas controvérsias, pode ser decorrência do fato de que a maioria dos autores brasileiros se consideram aderentes da Escola de Chicago (ou seja, das ideias de Posner que utilizam o conceito de eficiência sem preocupações redistributivas) quando, na verdade, pela ingerência das premissas kantianas no nosso ordenamento, pode-se haver maior aderência à análise econômica do direito se for utilizado como base a Escola de Yale (que traz concepções mais sofisticadas de eficiência, como a função social de bem-

<sup>355</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores*. 2005, p. 239.

<sup>356</sup> FARIA, Guiomar T. Estrella. *Interpretação econômica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

<sup>357</sup> WOLKART. *Análise econômica do Processo Civil*. 2019, p. 119.

<sup>358</sup> WOLKART. *Análise econômica do Processo Civil*. 2019, p. 119.

<sup>359</sup> WOLKART. *Análise econômica do Processo Civil*. 2019, p. 121.

<sup>360</sup> ARAÚJO, Thiago Cardoso. *Análise econômica do Direito no Brasil: uma teoria à luz da teoria dos sistemas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 145.

estar)<sup>361</sup>. Contudo, acredita-se que o não desenvolvimento aprimorado do pragmatismo jurídico no Brasil, na verdade, decorre da influência cultural luso-brasileira no nosso ordenamento<sup>362</sup>. Ou como afirma Galdino, o estudo entre direito e economia parece incomunicável no nosso ordenamento, porque os Tribunais (brasileiros) em geral, tratam “ora com indiferença, ora com hostilidade” as análises econômicas, que usualmente são “utilizadas como instrumento retórico, sem que haja qualquer referência séria a dados econômicos, mostrando-se tão perigosa quanto inútil”<sup>363</sup>.

Nada obstante, o legislador do CPC de 2015 promoveu mudanças no nosso ordenamento que passaram a favorecer uma aplicação mais pragmática do direito brasileiro. Como, por exemplo, o (i) papel do juiz, que deixou de ser um mero aplicador do direito, para ter um papel mais criativo na sua aplicação (passando a interpretar e completar a norma jurídica para o caso concreto)<sup>364</sup>, a fim de dar maior efetividade às suas decisões, a (ii) previsão da norma fundamental do direito processual civil (artigo 4º do CPC), que define que as partes possuem como garantia a obtenção de uma solução integral do mérito, em tempo razoável, revelando a preocupação do legislador com a atividade satisfativa do processo, não se atendo meramente as suas formalidades<sup>365</sup>, a (iii) prestação jurisdicional do modelo de processo cooperativo<sup>366</sup>, impõe que as partes e o juiz *cooperam* para obterem a melhor resolução da lide, propondo uma gestão processual mais célere e efetiva para o tratamento dos conflitos (como exemplo, cita-se os artigos 190 e 191 do CPC, que preveem a cláusula geral dos negócios jurídicos processuais e o calendário processual), contribuindo para “produzir um processo que atenda, ao mesmo tempo, aos reclamos de cooperação e de pragmatismo”<sup>367</sup>, e a (iv) posituação da Teoria dos Precedentes, sobretudo, nos artigos 926 e 927 do CPC de 2015<sup>368</sup>, proporcionando aos litigantes (que possuem dúvidas quanto à matéria de direito<sup>369</sup>) uma análise melhor quanto ao custo-

<sup>361</sup> WOLKART. *Análise econômica do Processo Civil*. 2019, p. 121-122.

<sup>362</sup> Cf.: ZANETI JÚNIOR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2017, p. 46. Sobre o tema ver: HOLANDA. *Raízes do Brasil*. 1971.

<sup>363</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores*. 2005, p. 255. Esse problema gera estudos jurídicos divorciados da realidade brasileira, de modo que para Galdino um pouco de pragmatismo não faria mal a ninguém. Cf.: GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores*. 2005, p. 333 – 336.

<sup>364</sup> MADUREIRA, Claudio; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Formalismo-valorativo e o novo Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 272, p. 85-125, 2017.

<sup>365</sup> Cf.: artigo 317, 321, 1.007, parágrafo sétimo, 932, parágrafo único, dentre outros dispositivos do CPC de 2015.

<sup>366</sup> Cf.: DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de Direito Processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 198, p. 213-225, ago. 2011, p. 213.

<sup>367</sup> ATAÍDE JUNIOR. *Processo Civil Pragmático*. 2013, p. 180-183.

<sup>368</sup> Cf.: ZANETI JÚNIOR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2017, p. 353-354.

<sup>369</sup> ARAÚJO; MADUREIRA; RODOR. *Perspectivas jurídicas: estudos em homenagem aos 30 anos de magistério de Francisco Vieira Lima Neto*. 2021, p. 217-218.



benefício em continuar litigando ou por fim a controvérsia por meio de um acordo. Isso porque, “a incerteza jurisprudencial impede que as partes possam prever adequadamente o resultado de uma demanda em juízo, dificultando que cheguem a conclusões semelhantes sobre o custo-benefício do processo”<sup>370</sup>, sem contar que sem uma definição clara de como o direito positivo seria aplicado em casos semelhantes ao da controvérsia existente, torna-se árdua a tarefa de definir os termos de um acordo adequado para por fim à contenda. Com isso, Luiz Fux e Bruno Bodart defendem que talvez o CPC de 2015, compromissado com a estabilidade da jurisprudência, se revele um marco rumo a um sistema de justiça mais eficiente, contrário à cultura da litigância e do demandismo<sup>371</sup>.

Destaca-se também a influência da Nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), Lei nº 13.655 de 2018, na implementação do consequencialismo e pragmatismo no direito brasileiro<sup>372</sup>, por exemplo, os artigos 20 e 21 dessa Lei passaram a prever que tanto as esferas administrativas, como as judiciais e, até mesmo, as controladoras, devem decidir considerando as consequências práticas da decisão, não basta mais uma fundamentação limitada a conceitos e valores jurídicos abstratos. Assim como, a Lei nº 13.874/2019 que trata da Liberdade Econômica, prestigia a Análise Econômica do Direito quando altera o artigo 113 do Código Civil e estabelece que a interpretação do negócio jurídico deve considerar a “racionalidade econômica das partes”<sup>373</sup>.

Nessa perspectiva, as mudanças implementadas pelo atual CPC, pela Nova LINDB e pela Lei nº 13.874/2019 parecem conduzir a uma *análise mais pragmática e econômica do direito*, permitindo que o Brasil venha a adotar, aos poucos, posturas mais semelhantes às aquelas aplicadas no processo civil dos EUA. Contudo, essa *virada pragmática* na forma de interpretar

<sup>370</sup> FUX; BODART. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo código de processo civil à luz da análise econômica do direito. 2017, p. 421-432.

<sup>371</sup> FUX; BODART. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo código de processo civil à luz da análise econômica do direito. 2017, p. 421-432. Diferentemente, Wolkart, mesmo com as previsões normativas e mandamentais que sujeitam o respeito aos precedentes judiciais no CPC de 2015, afirma que, sob uma análise econômica e da função de utilidade do juiz, pode-se implementar, para além da regra legal, incentivos aos magistrados para o respeito dos precedentes, como exemplo: i) a adoção pelo CNJ de critério de taxa de reversão de julgado como um requisito de promoção dentro da magistratura; ii) a previsão de consequências funcionais e reputacionais para os juízes e cortes que desrespeitam precedentes. (WOLKART. *Análise econômica do Processo Civil*. 2019, p. 500-508).

<sup>372</sup> MAZZOLA, Marcelo Leite da Silva. Sanções premiais no processo civil: previsão legal estipulação convencional e proposta de sistematização (standards) para sua fixação judicial. 2021. 334f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021, p. 126. Disponível em: < <https://www.btd.uerj.br:8443/handle/1/17033>>. Acesso em: 3 fev. 2022.

<sup>373</sup> MAZZOLA, Marcelo Leite da Silva. Sanções premiais no processo civil: previsão legal estipulação convencional e proposta de sistematização (standards) para sua fixação judicial. 2021. 334f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021, p. 126. Disponível em: < <https://www.btd.uerj.br:8443/handle/1/17033>>. Acesso em: 3 fev. 2022.

e aplicar o nosso ordenamento ainda é muito recente quando comparado com o direito norte-americano.

### ***3.3.2. Elementos que favorecem a utilização da técnica da produção antecipada de provas no direito processual brasileiro com mesma função da técnica do “discovery”***

Mesmo com as mudanças legislativas introduzidas no CPC de 2015, que tentaram tornar a aplicação do direito processual civil brasileiro um pouco mais consciente, aumentando a *onerosidade* do processo no grau recursal (conforme artigo 85, parágrafo onze do CPC) e aproximando a forma de conduzir o processo da teoria *pragmática jurídica* (tentando dar um olhar mais econômico para o processo), tudo ainda é hodierno (e imaturo) quando comparado com a onerosidade processual e o pragmatismo jurídico do direito norte-americano. Inclusive, destaca Wolkart que nosso processo civil ainda conta com certos incentivos à litigiosidade. De modo que, para se alavancar os índices de obtenção de acordos no Brasil, é preciso maiores incentivos à cooperação, uma vez que, segundo esse autor, “a cooperação não se dá em um passe de mágica”<sup>374</sup>.

Evidencia-se, porém, que o fator do *convencimento das partes* (que também contribui para o aumento de obtenção de acordos no direito norte-americano) é capaz de ser inserido no ordenamento jurídico brasileiro, por força da aproximação da função da técnica da produção antecipada de provas do nosso CPC de 2015 com a técnica do *discovery* norte-americano, uma vez que ambas proporcionam um maior conhecimento da matéria fática e, conseqüentemente, contribuem para o convencimento das partes de quem tem razão na contenda, fato que possibilita que a controvérsia seja solucionada por meio do método autocompositivo. Ocorre que, o que se está tentando demonstrar nesse capítulo, é que talvez a produção antecipada de provas, por si só, não consiga exercer a mesma pressão para que as partes optem por uma solução consensual para seu conflito, isso porque a perda/prejuízo ao escolher litigar no Brasil tende a ser menor<sup>375</sup>. Mas isso não retira a importância dessa técnica no esclarecimento da matéria fática (e na contribuição para a autocomposição), só alerta para o fato de que talvez essa técnica não seja capaz de gerar os mesmos resultados (esperados) em número de acordos, que o *discovery* propicia no direito norte-americano, pois aquele ordenamento conta com outros fatores para influenciar na obtenção de acordos.

<sup>374</sup> WOLKART. *Análise econômica do Processo Civil*. 2019, p. 31.

<sup>375</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 383-385.

A despeito disso, há especificidades no nosso direito processual que demonstram que a técnica da produção antecipada de provas deva ser difundida e valorizada no nosso ordenamento. Por exemplo, no artigo 330, parágrafo primeiro, inciso III, do CPC de 2015, há a exigência de que a narrativa dos fatos na petição inicial decorra de uma lógica, caso contrário a petição inicial é considerada inepta, mostrando-se relevante a técnica da antecipação de provas quando os fatos não tiverem totalmente claros ao demandante (pois esse poderia ter sua ação extinta sem resolução de mérito desnecessariamente). Em sentido semelhante, tem-se a exigência de que toda petição inicial tenha pedido certo e determinado (artigos 322 e 324 do CPC de 2015), de modo que não ter a clareza dos fatos envolvidos na controvérsia parece impossibilitar a fixação do pedido. Soma-se a isso, o princípio da estabilidade da demanda do nosso ordenamento, demonstrando a pertinência dessa técnica, porque “ao impedir que as partes alterem de forma substancial suas alegações no curso do processo, o conhecimento dos fatos de forma antecipada se mostra ainda mais importante”<sup>376</sup>, diferenciando do direito norte-americano, que convive com um “sistema flexível em relação à fixação do objeto litigioso do processo até o início do *trial*”<sup>377</sup>. Também se verifica a importância da produção antecipada de provas sob a ótica da parte demandada, uma vez que considerando a faceta formal e substancial do contraditório, pode-se afirmar que o demandado não conhecendo tão bem os fatos, não teria condições de influenciar de forma concreta o magistrado, de modo que haveria um déficit do contraditório. Logo, a antecipação de prova funcionaria como forma de melhor garantir o princípio do contraditório, sobretudo, na sua faceta substancial, compatibilizando-se com os preceitos constitucionais e as normas fundamentais do processo civil brasileiro previstas no CPC de 2015 (tais como, o princípio do contraditório, previsto nos artigos 7º, 9º e 10º, o princípio da eficiência, disposto no artigo 8º, e o princípio da boa-fé, da lealdade e da colaboração, disciplinado no artigo 6º).

Por essas especificidades do direito processual brasileiro, pode-se também defender que há ferramentas no nosso ordenamento que parecem evitar (melhor que o direito norte-americano) os abusos na utilização da técnica da produção antecipada de provas. Quando o legislador traz as exigências de delimitação da petição inicial (dos artigos 300, 322 e 324 do CPC), e prevê a estabilização do objeto da demanda logo no início da sua propositura<sup>378</sup> (com

---

<sup>376</sup> ARSUFFI. *A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo*. 2019, p. 61.

<sup>377</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 135.

<sup>378</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 141.

regime de preclusão rígido), também o faz para os pedidos de produção antecipada de provas (que devem ser minimamente fundamentadas para demonstrar quais as provas que se pretende desenvolver durante essa técnica<sup>379</sup>), o que tende a evitar abusos e prolongamentos indevidos na utilização dessa técnica no nosso ordenamento (diferentemente do que se viu no *discovery*, que historicamente, se valeu de petições genéricas). Tanto é assim que no artigo 382 do CPC de 2015, exige que o requerente da produção antecipada de provas apresente as razões que justifiquem a necessidade de antecipação da prova e mencione com *precisão* os fatos sobre os quais a prova há de recair. Frise-se, também, que como o magistrado conduz toda a instrução probatória da antecipação de provas no CPC de 2015<sup>380</sup>, há conseqüentemente uma maior fiscalização e observância de limites, destacando nesse ponto, o teor do parágrafo único do artigo 370, que combinado com redação do artigo 139, em especial incisos II e III, todos do CPC de 2015, preveem que o juiz indeferirá as provas inúteis ou meramente protelatórias. Diferentemente dos EUA, onde a produção de provas, no *discovery*, embora realizada dentro do processo judicial, é liderada primordialmente pelas partes e advogados, o que tende a possibilitar maiores abusos na sua utilização. Destaca-se, por fim, que a antecipação de provas no direito brasileiro por ser uma atividade facultativa dos interessados, pode a parte, que se sentir prejudicada com o tempo despendido e o custo financeiro, “iniciar imediatamente o processo sobre o accertamento do direito”<sup>381</sup>. A partir disso, é possível verificar que alguns problemas decorrentes da utilização indevida do *discovery*, que podem estar relacionados com a tolerância das emendas das *pleadings* (petições iniciais) e com a possibilidade de esclarecer definitivamente o objeto litigioso em momento posterior ao *discovery*, possivelmente não seriam enfrentados no Brasil, por especificidades do nosso ordenamento quanto à estabilidade das demandas.

---

<sup>379</sup> Nos EUA, a delimitação dos pedidos e das causas de pedir são menos rigorosas, de modo que isso traz maior amplitude investigativa na fase do *discovery* (LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 30).

<sup>380</sup> Aqui não se pretende excluir a validade ou a força da prova antecipada produzida de forma extrajudicial, até porque não há apenas o juiz cingido da característica da imparcialidade (vide artigo 384 do CPC que prevê o desenvolvimento da ata notarial por tabelião, ou ainda, com base nos preceitos da Resolução do Conselho Nacional de Justiça de nº 350 de 27 de outubro de 2020, que prevê a cooperação judiciária nacional para o exercício, inclusive, das funções jurisdicionais), apenas pelo corte metodológico realizado nessa pesquisa, se além a estudar apenas a prova produzida dentro de um processo judicial (abrangendo tanto ação probatória autônoma, como a produção de provas antecipada de forma incidental que se verá adiante), de modo que o estudo da produção probatória antecipada extrajudicial ficará para uma próxima pesquisa.

<sup>381</sup> ARSUFFI. *A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo*. 2019, p. 163.

#### 4. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS<sup>382</sup> COMO TÉCNICA PROCESSUAL VOLTADA À RESOLUÇÃO DE CONFLITOS PELO MÉTODO AUTOCOMPOSITIVO

Definido, nesses termos, que a antecipação de provas, pode ser empregada, entre nós, com efeitos semelhantes que decorrem da utilização da técnica do *discovery* no direito norte-americano, entre eles a sua potencialidade de orientar a resolução de conflitos pelo método autocompositivo, examina-se os aspectos procedimentais da *produção antecipada de provas autônoma*, prevista no artigo 381 do CPC de 2015, inciso II, ação apresentada anteriormente a (eventual) ajuizamento de processo de mérito, capaz de estimular o convencimento das partes sobre quem tem razão no conflito, direcionando que o mesmo seja solucionado de forma consensual. Assim como, busca-se avaliar se no nosso ordenamento jurídico haveria a permissão de trazer a dilação probatória para o início de um processo de mérito já em curso, de modo a desenvolver uma *produção antecipada probatória de forma incidental*, a fim de se obter o mesmo efeito desejado (de aumentar a autocomposição no nosso ordenamento). Destaca-se que nesse formato incidental, há uma aproximação maior dos procedimentos dessa técnica com a do *discovery* (técnica endoprocessual), uma vez que se tem o processo de mérito em curso e a produção de provas incidental (como o *discovery*) podendo servir para estimular a resolução do conflito por meio de um acordo e evitar que a ação fosse a julgamento (*trial*).

##### 4.1. Ação probatória autônoma e destinatário da prova

A concepção, pelo legislador, de ações probatórias autônomas não é novidade introduzida pelo CPC de 2015<sup>383</sup>. Com efeito, a produção de prova antecipada já era prevista, entre nós, desde 1850, no artigo 178 do Decreto nº 737<sup>384</sup>, foi prevista, ainda, no artigo 250 do CPC de

---

<sup>382</sup> Necessário destacar a crítica que se faz à nomenclatura adotada “produção *antecipada* de provas”, isso porque ela parece indicar que estará adiantando alguma etapa procedimental ou ato instrutório antes do início do processo formal. Ocorre que pode ser que não haja propositura de outra ação, como dispõe o artigo 381, inciso III do CPC de 2015, de modo que a prova pode servir para evitar ajuizamento de uma ação. Por isso, João Luiz Lessa Neto propõe que a nomenclatura seja “produção *processual* de provas de maneira autônoma”. Sobre o tema, cf. LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado*: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra. 2021, p. 107.

<sup>383</sup> ARSUFFI. *A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo*. 2019, p. 89.

<sup>384</sup> O Decreto nº 737 de 1850 que determinava a “ordem do Juízo no Processo Commercial”. No seu artigo de 178 previa: “Art. 178. Si alguma testemunha houver de ausentar-se, ou por sua avançada idade ou estado valetudinario houver receio de que ao tempo da prova já não exista, poderá, citada a parte, requerida a requerimento dos interessados, aos quaes será entregue o depoimento para delle se servirem quando e como lhe convier” (BRASIL. *Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850*. Rio de Janeiro, 1850. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm)>. Acesso em: 3 jun. 2021).

1939<sup>385</sup> e também nos artigos 846 e 847, II, do CPC de 1973<sup>386</sup>, que disciplinavam o processo cautelar, mas todos esses dispositivos a concebiam como medida de urgência, de natureza acautelatória, voltada à preservação do objeto de prova<sup>387</sup>.

A novidade trazida pelo CPC de 2015 foi que o legislador desvinculou a produção antecipada de provas dos requisitos da urgência<sup>388</sup> e da cautelaridade<sup>389</sup>, e o fez de forma expressa, de modo que atualmente pode haver produção antecipada autônoma sem o aferimento desses requisitos, porque os incisos II e III do artigo 381 do CPC de 2015, estabelecem, textualmente, que a produção antecipada de provas pode ser produzida, respectivamente, para “viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito” ou quando “o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação”.

---

<sup>385</sup> “Art. 250. Si qualquer testemunha tiver de ausentar-se, ou si, por motivo de idade ou moléstia grave, fôr de receiar que ao tempo da prova já não exista, poderá, ser inquirida antecipadamente, com prévia notificação dos interessados, entregando-se o depoimento ao requerente nas quarenta e oito (48) horas seguintes, para dele servir-se como e quando entender” (BRASIL. Decreto-Lei n. 1.608, 18 de setembro de 1939. Rio de Janeiro, 1939. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm)>. Acesso em: 3 jun. 2021).

<sup>386</sup> “Art. 846. A produção antecipada da prova pode consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial. Art. 847. Far-se-á o interrogatório da parte ou a inquirição das testemunhas antes da propositura da ação, ou na pendência desta, mas antes da audiência de instrução: I - se tiver de ausentar-se; II - se, por motivo de idade ou de moléstia grave, houver justo receio de que ao tempo da prova já não exista, ou esteja impossibilitada de depor” (BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Brasília, 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869imprensa.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869imprensa.htm)>. Acesso em: 3 jun. 2021).

<sup>387</sup> Em sentido contrário, Galeno Lacerda, Fredie Didier e Paula Sarno Braga defendiam que, em algumas situações, as ações probatórias autônomas não apresentariam natureza *cautelar* (o que significa dizer que essas ações não exigiriam ação principal posteriormente), nem caráter de *urgência* (o que significa dizer que não necessitariam de demonstração do perigo de demora para serem admitidas) (LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. III, tomo I, p. 302; DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de provas e justificação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 218, p. 13-45, 2013). Quanto ao seu caráter cautelar, o STJ decidiu (AgRg no AREsp 623.891/RJ), na vigência do CPC de 1973, que a ação de exibição de documentos teria natureza autônoma, e não cautelar, pois a parte era satisfeita com a exibição dos documentos requeridos, não havendo necessidade da parte apresentar ação principal em seguida. Quanto ao aspecto da urgência, Flávio Luiz Yarshell aduzia que mesmo no âmbito do CPC de 1973, havia uma hipótese de ação de produção de provas sem o requisito de urgência, quando o “poder de investigação conferido ao Ministério Público, conquanto no âmbito do inquérito civil, configurava prerrogativa de investigar – e, portanto, de produzir prova – desvinculada do perigo”, embora sempre sujeito ao controle do Judiciário. (YARSHELL. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 1027). Autores como Nelson Nery e Rosa Maria Nery, assim como Luiz Fux defendiam que as ações probatórias autônomas eram tipicamente ações cautelares (necessitando de ação principal posterior) e sempre exigindo a demonstração do perigo de demora e da urgência (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil comentado*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 960. FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 1633).

<sup>388</sup> Vide nota de rodapé 383, para requisito de urgência entende-se que na ação antecipada de prova não há necessidade de demonstração de perigo de demora para que a ação fosse admitida.

<sup>389</sup> Vide nota de rodapé 383, para requisito da cautelaridade entende-se que a ação antecipada de prova não exige que haja propositura de ação principal posteriormente.

A propósito, Neves sustenta que a ação antecipada de provas “perdeu sua natureza cautelar, tornando-se tão somente uma ação probatória autônoma, pela qual se produz uma prova antes do processo principal” e “sem a necessidade de ser comprovado o *periculum in mora*”<sup>390</sup>. Por esse motivo, o Enunciado nº 50 da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF), dispôs que “a eficácia da produção antecipada de provas não está condicionada a prazo para a propositura de outra ação”<sup>391</sup>. Em sentido semelhante, Yarshell qualifica essa ação como um *direito autônomo à prova*<sup>392</sup>, que encontra fundamento de validade no poder ou direito de ação, positivado no artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB de 1988, uma vez que o interessado pode se utilizar deste direito autônomo sem propriamente evocar uma declaração do direito material.

Enfim, tornou-se possível, com a edição do CPC de 2015, produzir provas antes da propositura da ação judicial (que o CPC de 1973 designava como ação principal), e não apenas quando houvesse receio de impossibilidade de verificação de um fato futuro<sup>393</sup>, permitindo, portanto, que essa técnica pudesse ser utilizada quando conseguir “viabilizar a autocomposição do conflito, bem como quando for útil para avaliação jurídica das perspectivas relativas ao ajuizamento, ou não, de uma ação”<sup>394</sup>.

Sem a utilização da produção autônoma de provas, no curso normal do processo tem-se as fases postulatória, instrutória e decisória. Na primeira fase (postulatória) a parte autora apresenta os fatos constitutivos do direito, enquanto que o réu, quando veicula a sua resistência à pretensão autoral (poderá, por exemplo, contestar os fatos narrados na inicial, ou então invocar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor), comumente, o faz sem ter acesso às provas sobre os elementos fáticos (quando as provas não são juntadas na inicial). Apenas na fase seguinte (instrutória) é que haverá o esclarecimento dos fatos aventados na fase postulatória, o que prejudica análise correta dos fatos envolvidos na controvérsia nessa primeira fase, podendo levar a parte a crer que tenha razão, quando na verdade, não tem<sup>395</sup>. Isso tende a

<sup>390</sup> NEVES. *Manual de Direito Processual Civil*. 2016, item 22.1.14.1 (e-book).

<sup>391</sup> CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado 50*. 2017. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/pesquisa/resultado>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

<sup>392</sup> YARSHELL. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 1026-1044.

<sup>393</sup> Arsuffi critica essa distinção da produção antecipada de provas com requisito de urgência ou sem, defendendo que esta classificação se tornou de certa forma irrelevante para o CPC de 2015, uma vez que o legislador processual não privilegiou mais a tipicidade cautelar, de modo que bastaria o demandante requerer uma tutela provisória na produção antecipada de provas (ARSUFFI. *A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo*. 2019, p. 40-48).

<sup>394</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 263.

<sup>395</sup> NEVES. *Manual de Direito Processual Civil*. 2016, item 22.1.14.1 (e-book).

inviabilizar o convencimento das partes e, conseqüentemente, a celebração de um acordo para por fim a controvérsia nesse momento inicial do processo. A título exemplificativo, imagina-se um conflito em que o esclarecimento da matéria fática detém maior complexidade e exige produção de prova pericial. Nesse caso, as partes primeiro alegariam os fatos (sem ter o devido esclarecimento deles) e só na fase seguinte (instrutória) produziriam as provas que poderiam demonstrá-los, isso dificultaria a avaliação dos contendores sobre os reais fundamentos da sua pretensão, incentivando que continuassem litigando até (pelo menos) a fase instrutória, quando elucidariam os fatos.

Ressalte-se, porém, que mesmo em processos, que a atividade probatória não ostenta semelhante grau de complexidade, pode acontecer de as partes, quando não possuem todas as informações disponíveis sobre a matéria fática, terem uma visão imprecisa sobre o que efetivamente aconteceu no mundo fenomênico. Daí, a importância da produção antecipada de provas para clarificar às partes sobre os fatos ocorridos (antes do ajuizamento do processo, por meio da produção probatória autônoma, ou talvez no início da própria fase postulatória, por meio da produção antecipada incidental, que se busca analisar adiante), tudo com a finalidade de evitar erro na apreciação dos elementos fáticos, que tende a causar déficit na (i) fase postulatória, na (ii) análise do risco e estratégia que será utilizado tanto pelo demandante quanto pelo demandado, no próprio (iii) contraditório e, ainda, na (iv) legitimidade das decisões judiciais, provocando a descrença no próprio Poder Judiciário.

Sob esse ponto, importante assinalar que há uma evolução na concepção de quem é o destinatário da prova processual. No primeiro momento, considerava-se que o destinatário era apenas o magistrado<sup>396</sup>, mas essa percepção começou a ser ampliada, uma vez que a função da prova não serve somente ao convencimento do juiz da causa. As provas compreendem também as partes do processo<sup>397</sup>, já que essas possuem interesse na sua produção para conseguirem esclarecer os fatos ocorridos e pôr fim ao conflito.

Contudo, há autores que divergem do entendimento de que os destinatários da prova seriam as partes, defendendo que seriam na verdade o processo<sup>398</sup>. Ocorre que as provas têm

---

<sup>396</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 182.

<sup>397</sup> YARSHELL. *Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autônomo à prova*. 2009, p. 68-69; DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v.2, p. 61.

<sup>398</sup> “A cooperação não é para as partes ou para o juiz. Quando analisava a função da prova para o processo já era essa a lição de clássica de Santiago Sentis Melendo: [...] a prova é para o processo” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. O princípio da cooperação e o CPC: Cooperação para o processo. In: MOTTA, Carlos Alberto. *Processo Civil*



uma função que extrapola o processo (sendo extraprocessual<sup>399</sup>), pois atuam no convencimento das partes e na análise e planejamento do próprio litígio<sup>400</sup>, de modo que asseverar que o destinatário da prova seria o processo, nos parece ser insuficiente. Em sentido semelhante, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Marco Aurélio Bellizzi, afirmou que “a prova, na verdade, tem como destinatário imediato não apenas o juiz, mas também, diretamente as partes, envolvidas no litígio”, reconhecendo a autonomia do “direito material à prova”<sup>401</sup>, do mesmo modo, o Enunciado nº 50 do Fórum Permanente de Processualistas Civis assevera que “os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir, eficazmente, na convicção do juiz”. Oswaldo Alfredo Gozaíni destaca, ainda, que o enfoque da prova para o convencimento das partes é, em especial, para parte contrária. De modo que a produção antecipada de provas para esse autor permitiria mostrar, em especial, à parte contrária um quadro mais próximo da realidade, com uma identificação mais clara da situação fática, o que poderia otimizar a realização de um acordo, evitando o ajuizamento ou prolongamento do processo<sup>402</sup>.

Nota-se essa mudança cultural no teor do artigo 459 do CPC de 2015 quando o legislador consentiu às partes o protagonismo na produção da prova testemunhal, no artigo 471 do CPC de 2015 que permitiu que as partes podem escolher os peritos, no artigo 373, parágrafo terceiro do CPC de 2015 que asseverou que as partes podem modificar o ônus probatório de maneira consensual, assim como no artigo 369 do CPC de 2015 que previu que as partes têm o direito de empregar todos os meios de provas. Com base nessa nova perspectiva do direito processual

---

*contemporâneo*: homenagem aos 80 anos do prof. Humberto Theodoro Jr. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 147; NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 246).

<sup>399</sup> Lessa Neto ressalta posição de Hermenegildo de Souza Rego, que discorda de prova extraprocessual, para ele “só quando surge o processo é que se pode falar em prova dos fatos relevantes para sua decisão” (LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado*: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra. 2021, p. 111).

<sup>400</sup> Ressalte-se que há dois modelos fundamentais de prova: modelo argumentativo e o modelo demonstrativo. O primeiro, “considera a prova como argumento persuasivo destinado a convencer o julgador da oportunidade de aceitar como possível uma certa versão dos fatos relevantes para a decisão”, já o segundo entende que a prova é “um instrumento demonstrativo, cuja finalidade é o conhecimento científico da verdade dos fatos relevantes para a decisão”. Tendo em vista que, nesse trabalho, assume-se a ideia de que a prova é destinada às partes e, não apenas ao magistrado, de modo que se filia a ideia de que as provas servem, sobretudo, para que os próprios interessados se convençam de quem tem razão, tendencialmente há um enquadramento maior ao modelo de prova demonstrativo. (TARUFFO, Michele. *Modelli di prova e di procedimento probatorio*. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v.45, n.2, p.420-48, apr./giugno, 1990, p. 420-421, *apud* COSTA, Eduardo Cunha da. Prova argumentativa ou prova demonstrativa: uma questão de ordem. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul - RPGE*, Porto Alegre, v. 31, n. 65, p. 87-100, jan./jun. 2007. Disponível em: <<https://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201703/22172307-rpge65livro.pdf>>. Acesso em 03 jun.2021).

<sup>401</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RESP 1.803.251/SC*. Rel.: Min. Marco Aurélio Bellizze. Terceira Turma. Dje 22/10/2019.

<sup>402</sup> GOZAÍNI, 1995, p. 349, *apud* NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. 2008, p. 435-436.

civil, pode-se afirmar que a prova colhida, também por meio da produção antecipada, passa a ser relevante a todos os sujeitos do processo, especialmente às partes, uma vez que contribui para que elas formem seu convencimento quanto à matéria fática<sup>403</sup>, possibilitando uma melhor apreciação de suas chances e riscos decorrentes do ajuizamento de uma ação ou oferecimento de uma peça de resistência. Isso pois, como assevera Cambi, as partes que, de certa forma, valoram as provas obtidas nessa ação autônoma<sup>404</sup> (ou em uma possível produção antecipada de provas incidental, que se verá adiante).

#### ***4.1.1. Aspectos procedimentais da ação probatória autônoma***

Nesse primeiro momento, apenas estuda-se o procedimento da ação probatória *autônoma*, advindo da leitura literal do artigo 381 do CPC. Iniciar-se com a análise das hipóteses de admissão previstas no CPC, as quais são amplas e genéricas, sendo o ingresso dessa ação probatória autônoma possível desde que “haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação” (inciso I do artigo 381), ou para que “a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito” (inciso II do artigo 381) ou, ainda, para proporcionar “o prévio conhecimento dos fatos” a fim de poder “justificar ou evitar o ajuizamento de ação” (inciso III do artigo 381).

Flávia Pereira Hill assevera que a ação probatória autônoma, prevista no CPC de 2015, passou a atender a tríplice finalidade de ação aclaradora, autocompositiva e preventiva<sup>405</sup>. Aclaradora porque permite o esclarecimento da matéria fática que influenciará à estratégia das partes na resolução da controvérsia<sup>406</sup>. Autocompositiva, pois possibilita a adoção de um método autocompositivo ou adequado de resolução de conflito, e preventiva, na medida que, a elucidação dos fatos pode justificar ou evitar o ajuizamento de uma demanda<sup>407</sup>.

Eduardo Talamini assevera que o elenco do artigo 381, mesmo sendo mais amplo que do Código antigo, possui um rol de proposições não taxativo. Para este autor, o artigo 381 do CPC de 2015 “não exaure as hipóteses em que se põe autonomamente o direito à prova. Por isso, tal

<sup>403</sup> YARSHELL. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 1026-1044.

<sup>404</sup> CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 170.

<sup>405</sup> HILL. A produção antecipada da prova para a busca de bens no patrimônio do devedor: rumo a uma execução mais efetiva e racional. 2021.

<sup>406</sup> HILL. A produção antecipada da prova para a busca de bens no patrimônio do devedor: rumo a uma execução mais efetiva e racional. 2021.

<sup>407</sup> HILL. A produção antecipada da prova para a busca de bens no patrimônio do devedor: rumo a uma execução mais efetiva e racional. 2021.

como o do diploma anterior, deve ser interpretado exemplificativo”<sup>408</sup>. Com isso, a ação probatória autônoma também pode ser ajuizada quando o requerente “pretender produzir antecipadamente a prova para pré-constituí-la, e assim poder usá-la em futuro processo que, por razões procedimentais, só admita prova escrita”<sup>409</sup>. Como é o caso do mandado de segurança, da fase inicial de uma ação monitória, da ação rescisória fundada em prova nova ou até para a obtenção de uma tutela de evidência<sup>410</sup>. Tal hipótese não está expressamente no rol do artigo 381 do CPC de 2015, embora seja plenamente possível, uma vez que a “ação probatória possui natureza constitutiva, justamente por possuir a eficácia de documentar e constituir o documento”<sup>411</sup>.

Além desse rol exemplificativo de possibilidades de ingressar com uma ação probatória autônoma, o CPC de 2015 ainda foi expresso no artigo 381, parágrafos primeiro e quinto, que seria possível se valer dessa ação para arrolamento de bens (que segundo Talamini seria apenas para documentar ou inventariar uma universalidade de bens, caso a parte desejasse apreender os bens para conservá-los deveria se utilizar da tutela provisória cautelar, nos moldes do artigo 301<sup>412</sup>), e para justificação<sup>413</sup> (reunir um conjunto de provas que permitiria justificar dada posição jurídica, aferindo plausibilidade que seria sustentada em um momento futuro<sup>414</sup>).

Para Yarshell haveria justificativa para se propor uma ação probatória autônoma sempre

---

<sup>408</sup> TALAMINI, Eduardo. Artigo 381. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. (Coord). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 589-599.

<sup>409</sup> TALAMINI. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p 591.

<sup>410</sup> Em todos esses casos a prova exigida pelo legislador processual é a documentada e não documental, uma vez que por esta se entende a prova que tem tanto conteúdo como forma de documento, em conformidade com as exigências legais (artigos 405 a 429 do CPC de 2015). Já a prova documentada, se depreende qualquer prova, de qualquer natureza, que esteja materializado em laudo pericial, que é um documento em sua forma. Talamini reitera que as ações judiciais que exigem a prova documental não decorrem de uma “preferência axiológica, valorativa, no sentido de ela ser considerada mais idônea, confiável do que outros meios probatórios. Nesses casos, o legislador limita a prova à forma documental por simples razões estruturais de sumariedade”. Isto é, provas de outras espécies, como orais ou periciais, poderiam ser pré-constituídas, servindo a “medida de produção antecipada de prova” também para este fim (TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no código de processo civil de 2015. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 260, p. 75-101, 2016).

<sup>411</sup> Nesse sentido, Lessa Neto destaca apontamento de Miranda: “a justificação de que aqui tratamos (arts. 861-866) é ação constitutiva de prova, e não ação declaratória” (LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 105). Cf. também YARSHELL. *Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autônomo à prova*. 2009, p. 305.

<sup>412</sup> TALAMINI. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 591. Ressalte-se que Yarshell difere arrolamento de sequestro, de modo que o primeiro seria para “trazer a especificação dos bens objeto da apreensão”, enquanto o segundo “se busca superar o estado de desconhecimento acerca dos bens que compõem determinada universalidade” (YARSHELL. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 1030).

<sup>413</sup> O Tribunal de Justiça de São Paulo admitiu a produção antecipada de provas com intuito de “justificação de posse” para instruir eventual ação possessória ou ação de usucapião, com base na aplicação da regra contida no artigo 381, parágrafo quinto, do CPC de 2015 (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível 1001521-50.2018.8.26.0642*. Rel.: José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto. Dj. 30/01/2020).

<sup>414</sup> TALAMINI. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 592.

que houvesse interesse jurídico para tanto, ainda que em situações não enumeradas no artigo 381 do CPC de 2015. Sob este ponto o autor ressalta que “não há maior espaço para eventual juízo negativo do órgão judicial” no que diz respeito a necessidade dessa medida, “salvo se eventualmente a própria intervenção estatal se afigurar dispensável para a obtenção da prova”<sup>415</sup>, mas para isso é preciso que o magistrado recuse a “função que a prova desempenha em relação às partes, de permitir a avaliação de suas chances em juízo”<sup>416</sup>.

Não obstante, os casos de direito material a documento, à coisa ou à informação, há mecanismos próprios para assegurar tais direitos, como o remédio constitucional do *habeas data*, de modo que não caberia nesses casos a antecipação de prova<sup>417</sup>. Contudo, o Tribunal de Justiça de São Paulo admitiu, na vigência do CPC de 2015, ação antecipada de prova para obter faturas mensais de operadora de telefonia móvel que estava se recusando no fornecimento das mesmas<sup>418</sup>, sob o fundamento que tais provas justificariam o ajuizamento de uma ação (artigo 381, inciso III do CPC de 2015). Em sentido similar, o STJ e o próprio enunciado 129 do Conselho da Justiça Federal (CJF)<sup>419</sup>, tem admitido a produção antecipada de provas para a exibição de documentos<sup>420</sup>, pois diferentemente do CPC de 1973, o Código atual não estipulou uma medida típica para exibição de documentos em caráter preparatório, apenas previu o procedimento de exibição de coisa ou documento por parte adversária ou terceiro, no curso de um processo principal (artigo 396 e seguintes)<sup>421</sup>.

A ação probatória autônoma também não pode servir de sucedâneo à ação de conhecimento destinada à solução de controvérsia<sup>422</sup>, ou quando essa servir como primeiro

<sup>415</sup> YARSHELL. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 1031.

<sup>416</sup> YARSHELL. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 1031.

<sup>417</sup> TALAMINI. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 591.

<sup>418</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível 1010653-58.2020.8.26.0482*. Rel.: Rosangela Telles. DJe 10/11/2020.

<sup>419</sup> “É admitida a exibição de documentos como objeto de produção antecipada de prova, nos termos do art. 381 do CPC” (CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado 129*. 2018. Disponível em: <[https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/i-jornada-de-direito-processual-civil/?\\_authenticator=801b4e763702c6aba5c82e57884109e257e3c59b](https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/i-jornada-de-direito-processual-civil/?_authenticator=801b4e763702c6aba5c82e57884109e257e3c59b)>. Acesso em: 3 jun. 2021).

<sup>420</sup> Lembrando que o STJ tem admitido que a exibição de documentos pode tanto ser processada pelo procedimento comum, como pelo procedimento especial de antecipação de provas. Vide julgados: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 177.498-7/SP*. Rel.: Min. Maria Isabel Gallotti. Quarta Turma. Dj. 13/11/2018; STJ. *AgInt nos EDcl no REsp: 1867001*. Rel.: Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. DJe 14/08/2020.

<sup>421</sup> TALAMINI. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 591.

<sup>422</sup> “PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. EXAME TOXICOLÓGICO PARA RENOVAÇÃO DE CNH DE MOTORISTA PROFISSIONAL. Indeferimento da petição inicial. Apelo do autor. Requisitos do art. 381 do CPC que não estão presentes. Ausência de risco de perecimento da prova. Amostras colhidas que permanecem em poder do laboratório para realização de novo exame. Janela de detecção de substâncias entorpecentes que se esgotou no curso da presente ação. Perda superveniente do interesse recursal. Autor que já realizou exame particular divergente e já impugnou o resultado do laudo das rés. Produção antecipada de

requerimento de exibição de documentos, sem as partes terem tentado antes a obtenção de tais documentos na esfera administrativa<sup>423</sup>. Da mesma forma, que por não ser um procedimento contencioso, não poderia o magistrado se manifestar nesse procedimento prévio a respeito do modo como a perícia deve ser avaliada, sob pena de antecipar julgamento<sup>424</sup>.

Feitas essas considerações quanto ao rol do artigo 381 do CPC de 2015, passa-se à análise dos meios de provas admissíveis nessa ação. Para Talamini a ação probatória autônoma comporta todo meio de prova disciplinado e aceito no nosso ordenamento. Frank Gonçalves Nery assevera que, inclusive, os meios de provas “moralmente legítimos, ainda que não especificados no CPC (art. 369)”<sup>425</sup> seriam permitidos nessa ação. Diferentemente, o CPC de 1973 “fazia referência expressa apenas à antecipação de prova oral ou pericial (ainda que se acabasse por admiti-la também para outros meios de prova)”<sup>426</sup>. Isto é, no CPC de 1973 não era possível haver antecipação de avaliação (valor de um bem) ou de arbitramento (valor de uma indenização ou obrigação), porque defendia-se que a “simples estimativa econômica de valor não estaria sujeita a risco de dano”<sup>427</sup> (pois no CPC de 1973 exigia-se o requisito de urgência para ação probatória autônoma). Tais restrições perdem o sentido no CPC de 2015, porque agora não há mais o perigo da demora como requisito para ocorrência da prova antecipada, sendo possível qualquer modalidade de perícia, inclusive avaliações e arbitramentos<sup>428</sup>.

---

prova que não constitui sucedâneo de ação de conhecimento destinada à solução da controvérsia. Indeferimento da petição inicial mantido. Recurso desprovido” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível 1008349-80.2019.8.26.0269*. Rel.: Mary Grün. 2ª Vara Cível. DJe 28/07/2020).

<sup>423</sup> “PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS - DPVAT - INTERESSE DE AGIR - REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO - DESNECESSIDADE. A leitura do REsp. 1.349.453 induz o entendimento seguro de que a falta de interesse de agir na ação que visa exibição de documentos é restrita aos casos de expurgos inflacionários não se aplicando indistintamente aos demais tipos de contratos. v.v APELAÇÃO - PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS - DOCUMENTOS PROCESSO ADMINISTRATIVO DPVAT - FALTA DE INTERESSE DE AGIR. O interesse de agir representa a utilidade do provimento judicial ao demandante. Não há interesse jurídico na pretensão de exibição de documentos relativos ao processo administrativo do DPVAT se a parte não requereu os documentos na esfera administrativa nos moldes disponibilizados pela Seguradora requerida” (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. AC: 10000191574235001 MG. Rel.: Tiago Pinto. Data de Julgamento: 29/07/2020).

<sup>424</sup> “PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA - PROCEDIMENTO NÃO CONTENCIOSO - PRETENSÃO DE REFORMAR DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DE VALORES INDICADOS EM LAUDO PERICIAL CONTÁBIL - ANTECIPAÇÃO DE JULGAMENTO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO NÃO CONHECIDO. A produção antecipada de provas constitui medida excepcional para propósitos específicos (art. 381 do CPC), não podendo assumir caráter contencioso, de modo que o magistrado não deve se manifestar neste procedimento prévio a respeito do modo como a perícia deve ser avaliada, sob pena de antecipar julgamento. Recurso não conhecido”. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento 2108729-28.2019.8.26.0000*. Rel.: Almeida Sampaio. Primeira Vara Cível. DJe 17/07/2020).

<sup>425</sup> NERY, Frank Gonçalves. A produção antecipada de provas no novo Código de Processo Civil. *Publicações da Escola da AGU*, Brasília, p. 163-186, abr./jun. 2017. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/download/1950/1687>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

<sup>426</sup> TALAMINI. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 591.

<sup>427</sup> TALAMINI. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 591.

<sup>428</sup> TALAMINI. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 591.

Para Talamini ainda se pode ter antecipação de confissão e de depoimento pessoal da parte, uma vez que a “confissão é meio de prova, e não ato de disposição de vontade”<sup>429</sup> podendo ocorrer na ação antecipada (como acontece, inclusive, extrajudicialmente) e ser valorada em processo futuro<sup>430</sup>. Todavia, Alexandre Câmara defende ser cabível apenas o interrogatório livre da parte e não a confissão, pois na prova antecipada, as partes ainda não poderiam externar “suas pretensões e defesas com os respectivos substratos fáticos”<sup>431</sup>. Ressaltando que não há confissão ficta nessa medida do artigo 381 do CPC, porque o juiz não valora a prova nessa ação antecipada, nem estão postas as pretensões e defesas do suporte fático. Mas ainda que não caiba confissão ficta para “a parte que não comparece para depor ou que se recusa a responder, na produção antecipada”<sup>432</sup>, é possível que o magistrado de eventual processo futuro possa “avaliar essa anterior conduta omissiva ou renitente da parte, considerando-a como meio atípico de prova”<sup>433</sup>.

Quanto aos requisitos e procedimento dessa ação, inicia-se a análise da competência, que diferentemente do CPC de 1973 (artigo 800), que estipulava que o foro desta ação seria o mesmo foro competente para julgar a demanda principal<sup>434</sup>, o CPC de 2015 prevê no seu artigo 381, parágrafo segundo, que a competência dessa ação antecipada de provas seria o foro onde ela deve ser produzida ou no foro de domicílio do réu<sup>435</sup>, assim como passou a estipular, no

---

<sup>429</sup> TALAMINI. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 591.

<sup>430</sup> TALAMINI. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 591.

<sup>431</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3, p. 194-195; TALAMINI. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 591-592.

<sup>432</sup> TALAMINI. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 592.

<sup>433</sup> TALAMINI. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 592.

<sup>434</sup> A previsão que a competência para julgar a ação antecipada de provas seria a mesma para julgar a ação principal acarretava críticas no CPC de 1973, pois como esta ação pressupunha urgência, a estipulação da competência ser a mesma da ação principal poderia acarretar o perecimento da prova (NEVES. *Ações probatórias autônomas*. 2008, p. 171).

<sup>435</sup> Yarshell critica essa não prevenção da competência, pois concede igualdade entre o critério funcional do local da produção de prova e o critério local do foro de domicílio do réu, sabendo que o critério funcional tem o condão de ensejar incompetência absoluta, sendo prevalente ao critério local (YARSHELL. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 1028). Mas Arthur Arsuffi entende que não há prevalência de uma regra sobre a outra e, mais, que o artigo 381 do CPC de 2015 ao permitir a competência concorrente, concretizou o princípio da eficiência, possibilitando que a competência do caso concreto seja a mais eficiente possível (ARSUFFI. *A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo*. 2019, p. 176).

parágrafo terceiro do artigo 381, a não prevenção da competência do juízo da ação de mérito<sup>436</sup>, que porventura seja proposta, posteriormente, a ação de antecipação de provas<sup>437</sup>.

A legitimidade ativa para propor a ação probatória autônoma recai sobre qualquer sujeito que possua interesse jurídico e “justifique a utilidade da produção da prova à luz de possível e eventual pretensão ou defesa”<sup>438</sup>. Enquanto que a legitimidade passiva recai sobre “aquele contra o qual se possa pretender futuramente, de algum modo, utilizar a prova”<sup>439</sup>. Lembrando que, em casos que não haja caráter contencioso, como de uma justificação, é possível que inexista um interessado (legitimado passivo, conforme dispõe o artigo 382, parágrafo primeiro do CPC de 2015).

A petição inicial da ação probatória autônoma, conforme previsto no *caput* do artigo 382 do CPC de 2015, deve conter as razões que justifiquem a necessidade de antecipação da prova e a menção *precisa* dos fatos sobre os quais a prova há de recair. Sendo inclusive uma causa de inadmissão do procedimento caso a parte não exponha de forma clara os meios de prova pretendidos e os objetos sobre os quais elas devam recair<sup>440</sup>.

#### **4.1.2. A inteligência do artigo 381, inciso II, do CPC de 2015**

Conforme vislumbrado no tópico anterior, há uma ampliação da possibilidade de ingresso da ação probatória autônoma prevista no artigo 381 do CPC de 2015. Dentre as hipóteses de admissão, destaca-se, sobretudo para a finalidade desse trabalho, a previsão do inciso II do artigo em questão, que disciplina ser possível a utilização dessa ação para produzir prova, de

<sup>436</sup> O extinto Tribunal Federal de Recursos (TFR) havia editado o enunciado de Súmula nº 263 que consolidava o entendimento da inexistência de prevenção. O STJ possuía julgados na vigência do CPC de 1973 favoráveis (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 617.921/MT*. Rel.: Min. Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Dj 26/05/2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRG na MC 10.565/RJ*. Rel.: Min. Fontes de Alencar. Quarta Turma. Dj 09/05/1991), e desfavoráveis a essa afirmativa, que defendiam que havia prevenção entre o juízo da ação de produção antecipada de provas e a ação principal (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 712.999/SP*. Rel.: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Terceira Turma, Dj 13/06/2005; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 487.630/SP*. Rel.: Min. Franciulli Netto. Segunda Turma. Dj 28/06/2004).

<sup>437</sup> Parece ser o entendimento mais adequado, já que ação que discutirá o mérito pode ou não ser proposta, haja vista hoje a ação antecipada de provas ser autônoma e independente de qualquer ação principal. Nesse sentido, vide: YARSHELL. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 1028; TALAMINI. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 593.

<sup>438</sup> TALAMINI. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 593.

<sup>439</sup> TALAMINI. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 593.

<sup>440</sup> “Apelação cível - produção antecipada de prova para esclarecimentos sobre parecer utilizado na elaboração de projeto de lei - sentença que indeferiu o pedido - inconformismo da autora - petição inicial que não justifica a necessidade de ajuizamento da ação, nem expôs com precisão os fatos sobre os quais as provas devem recair - descumprimento art. 381 e 382 do CPC - falta de interesse de agir - honorários de advogado fixados em R\$ 15.000,00, sendo R\$ 7.500,00 ao patrono de cada ré - manutenção, levando-se em conta a complexidade da causa e o trabalho desenvolvido pelos advogados - negado provimento ao recurso” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível 1132274-72.2018.8.26.0100*. Rel.: Silvério da Silva. Décima Sétima Vara Cível. Dje 30/03/2020).

forma antecipada, quando essa for capaz de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito<sup>441</sup>. Isso advém da premissa que a partir da antecipação da prova e, conseqüentemente, do esclarecimento dos fatos e do convencimento das partes, é possível que os interessados resolvam a sua controvérsia por meio de uma solução autocompositiva<sup>442</sup>.

Yarshell assevera que, quanto maior o nível de esclarecimento das partes acerca dos fatos, maior será a probabilidade de haver uma composição consciente<sup>443</sup>, pois quando há “dúvida acerca dos fatos, as partes tendem a litigar e a recusar a adoção de meios alternativos de resolução de disputas”<sup>444</sup>. De modo que o direito à prova, além de concretizar o escopo jurídico da jurisdição, também materializa o escopo social, de pacificação pela superação da controvérsia. Neves defende que, além da elucidação da matéria fática, a ação probatória autônoma permite um esclarecimento sobre o valor do dano<sup>445</sup>, visto que a perícia contábil, realizada por meio desta ação, seria capaz de indicar às partes, “com relativa precisão, qual o valor efetivamente devido, o que certamente, contribuiria para a realização de uma autocomposição”<sup>446</sup>.

Com isso, a ação probatória autônoma tende a “mostrar às partes um quadro mais próximo ao da realidade e determinar de maneira mais clara, quais são, efetivamente, os direitos de cada parte”<sup>447</sup> e os valores/obrigações devidos advindo daquela controvérsia. Sendo assim, pode-se ter um caso em que a parte ré, conhecendo os fatos, valores devidos e as provas que o autor possui (produzidas na ação antecipada) e, realizando uma análise econômica e pragmática do direito, a partir da relação custo-benefício, verifique que seria menos dispendioso propor um acordo, porque continuar impugnando o pedido do autor (ciente da baixa chance de êxito), comumente, poderia acarretar mais gastos ao réu do que o próprio pagamento do dano via acordo. Por exemplo, o réu sem perspectiva de sucesso, caso continue impugnando a demanda e perca, ao final teria de arcar com as custas judiciais, com o serviço do seu advogado e com os honorários de sucumbência, além da obrigação atualizada com juros e correção monetária.

---

<sup>441</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *AC 10000180988743001 MG*. Rel.: José Arthur Filho. 9. Câmara Cível. Dje 12/03/2019.

<sup>442</sup> NEVES. *Manual de Direito Processual Civil*. 2016, item 22.1.14.1 (*e-book*).

<sup>443</sup> YARSHELL. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 1026-1044.

<sup>444</sup> ARSUFFI. *A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo*. 2019, p. 25-26.

<sup>445</sup> Isso porque, conforme vislumbrado no tópico anterior, o CPC de 2015 passou a permitir que a ação probatória autônoma fosse utilizada para antecipar a avaliação (valor de um bem) ou o arbitramento (valor de uma indenização ou obrigação) (TALAMINI. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 591).

<sup>446</sup> NEVES. *Ações Probatórias Autônomas*. 2008, p. 435.

<sup>447</sup> NEVES. *Ações Probatórias Autônomas*. 2008, p. 435.



Sob a perspectiva do demandante, a ação antecipada de provas ao propiciar uma solução autocompositiva também revela-se vantajosa, na medida que o deslinde de um acordo tende a ser mais célere do que o trâmite de um processo judicial<sup>448</sup>, assim como tende a ser menos oneroso ao autor, pois diminui os custos do trabalho que seu advogado teria para promover e acompanhar uma ação judicial, além de dispensar o pagamento de custas processuais (que precisariam ser adiantadas no momento da propositura da lide).

Ante o exposto, a ação probatória autônoma torna-se relevante, pois teria o condão de dar um tratamento adequado para as soluções dos conflitos<sup>449</sup>, evitando uma demanda judicial a qualquer custo, em nítido proveito da economia processual e contenção da litigiosidade, de modo a melhor contribuir para a obtenção de uma solução autocompositiva do conflito, medida tão incentivada pelo legislador processual.

#### **4.1.3. Os custos da prova pré-processual**

Definido, nesses termos, que a utilização da ação probatória autônoma promoveria a contenção da litigiosidade por estimular a autocomposição, tornando, assim, a resolução do conflito mais eficiente e célere. Cumpre examinar a onerosidade dessa medida, a fim de testar se essa ação não seria uma medida impraticável entre os jurisdicionados. Antes de adentrar nas discussões quanto às despesas dessa ação, precisa-se pontuar que a discussão envolvendo honorários advocatícios e custas nessa ação é pertinente, apenas, se estiver diante de uma ação de jurisdição contenciosa, caso contrário se for jurisdição voluntária, o artigo 88 do CPC de 2015 prevê que as despesas serão adiantadas pelo requerente e rateadas entre os interessados<sup>450</sup>.

<sup>448</sup> Isso porque pode demorar até que a obrigação seja cumprida, pois segundo estatísticas do Conselho Nacional de Justiça, a fase executiva para satisfazer uma obrigação tende a demorar três vezes mais que a fase de conhecimento (EXECUÇÃO judicial demora três vezes mais do que o julgamento. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85351-a-demora-para-executar-decisao-e-maior-do-que-o-de-julgamento-na-justica>>. Acesso em: 3 jun. 2021). Por exemplo, em 2016, a fase de conhecimento na justiça estadual demorava em média um ano e sete meses até a prolação da sentença de primeiro grau. Já a fase de execução, cumprimento de sentença ou execução de título extrajudicial, levava em média quatro anos e oito meses para finalizar.

<sup>449</sup> Preciso rememorar que, conforme ressalta Rodrigo Mazzei e Bárbara Seccato, a existência dos métodos adequados de resolução dos conflitos não configura uma novidade, pois estão há tempos no ordenamento jurídico, ocorre que nas últimas duas décadas, ganharam destaque especial, como um dos desdobramentos do acesso à justiça e da efetividade (MAZZEI; CHAGAS. *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. 2018, p. 87).

<sup>450</sup> Sobre esse ponto que parcela da doutrina, entende que não haveria mais a distinção entre jurisdição voluntária e contenciosa no CPC de 2015, como existia no antigo Código, uma vez que o CPC atual retirou a distinção das jurisdições no seu artigo 16 (que corresponde ao artigo 1º do antigo código). Porém, o CPC de 2015 continua regulando expressamente os procedimentos de jurisdição voluntária, a partir do artigo 719 e seguintes (CRAMER, Ronaldo. Artigo 16. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 53-54). Desse modo, partindo do pressuposto de que algumas ações de antecipação de provas poderiam corresponder ao escopo da jurisdição voluntária, defende-se que não

A primeira dificuldade, estando diante de jurisdição contenciosa, reside na fixação da responsabilidade no pagamento das despesas processuais, pelo fato de que a ação probatória não está mais subordinada a uma demanda “principal” (a demanda quanto ao mérito pode ocorrer ou não, com base no artigo 381, incisos II e III do CPC de 2015). Além disso, não há a valoração da prova nessa ação antecipada, de modo que não se tem clareza se haveria condenação a sucumbência ou não ao final da ação probatória autônoma (se fosse possível antever o “vencido”, este arcaria com os custos e honorários, nos moldes do artigo 82, parágrafo segundo e artigo 85 do CPC de 2015)<sup>451</sup>. Diante dessa autonomia da ação probatória autônoma, e da falta de qualidade de “vencido” nessa ação fica prejudicado a definição de quem deve arcar com as despesas advindas desse instituto, pela ótica do princípio da causalidade, a parte autora é que seria responsável pelas despesas processuais e pelos honorários. Contudo, tal premissa não parece compatibilizar com os critérios de justiça, uma vez que hoje sabe-se que a prova é de interesse de todos, inclusive da parte requerida (“ré”), haja vista o princípio da comunhão da prova e o novo modelo de processo cooperativo. Por esse motivo, Yarshell defende que o interesse ao *prévio conhecimento dos fatos* é bilateral (tanto do “autor” como do “réu”), e que por isso a solução adequada seria “(i) repartir as despesas e (ii) atribuir a cada parte o ônus de suportar a verba honorária de seu advogado (não se trata de compensação, que a lei vedou)”<sup>452</sup>.

Partindo de uma interpretação literal do CPC de 2015, seria possível o rateio entre as partes, caso elas produzissem as provas e resolvessem a questão por meio de um acordo, nos moldes do artigo 90, parágrafo segundo do CPC, que dispõe que “havendo transação e nada tendo as partes disposto quanto às despesas, estas serão divididas igualmente”. Mas independentemente disso, Yarshell defende que as partes dividiriam os valores na ação autônoma de prova, em virtude do caráter dúplice dessa ação (ou seja, o potencial dela beneficiar tanto requerente quanto requerido). No entanto, havendo resistência *excessiva* do “réu” (requerido) em produzir a prova, gerando maiores despesas ao demandante, a parte

---

caberia honorários advocatícios nessas situações não contenciosas, sendo que “formulado pedido contraposto de produção de provas, cada interessado arcaria com os custos de sua produção” (AMARAL, Letícia Silva. *Direito autônomo à prova*. 2017. 123f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017, p. 156. Disponível em: <[http://portais4.ufes.br/posgrad/teses/tese\\_11369\\_LET%20CDCIA.pdf](http://portais4.ufes.br/posgrad/teses/tese_11369_LET%20CDCIA.pdf)>. Acesso em: 3 jun. 2021). Nesse sentido, veja-se o julgado: “APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. [...] 2. A produção antecipada de provas é procedimento especial, previsto entre os artigos 381 e 383 do CPC, sendo entendido como processo autônomo de jurisdição voluntária, porquanto, em regra, não possui a característica da litigiosidade” (BRASIL. Tribunal Regional Federal. *Apelação Cível: 0164207-51.2017.4.02.5101 RJ*. Rel.: Des. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Dje 09/10/2019).

<sup>451</sup> AMARAL. *Direito autônomo à prova*. 2017, p. 156.

<sup>452</sup> YARSHELL. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 1043.

demandada que teria de arcar com os custos dessa produção de prova<sup>453</sup>.

Diferentemente, a jurisprudência e a doutrina majoritária<sup>454</sup>, desde o CPC de 1973<sup>455</sup>, defendiam que bastava *qualquer resistência* da parte requerida, para que a mesma fosse condenada ao pagamento de honorários advocatícios e de custas. Esse entendimento quanto aos honorários se mantém até hoje, havendo resistência da parte em produzir a prova, passa a ser devido os honorários, conforme destaca-se o Enunciado nº 118 da II Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF): “É cabível a fixação de honorários advocatícios na ação de produção antecipada de provas na hipótese de resistência da parte requerida na produção da prova”<sup>456</sup>.

Em sentido similar, Talamini defende que as despesas para produção de provas não seriam rateadas entre as partes, arcaria com as despesas da produção das provas aquele que as requereu, nos termos do artigo 82 do CPC, normalmente seria o autor, mas excepcionalmente o réu, na hipótese do artigo 382, parágrafo terceiro do CPC, que dispõe que “os interessados poderão requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato, salvo se a sua produção conjunta acarretar excessiva demora”. Contudo, a parte que arcasse “com as despesas da produção probatória antecipada” poderia “ser delas ressarcida se depois” fosse “vitoriosa no processo relativo à pretensão principal (artigo 82, parágrafo segundo)”<sup>457</sup>. Assim, “se o réu resiste à antecipação da prova, sustentando seu descabimento, e é derrotado”, ele deve arcar com as “despesas relativas à desnecessária extensão do

<sup>453</sup> YARSHELL. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 1044.

<sup>454</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 5, p. 307; VIEIRA, Christian Garcia. *Asseguração de prova*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 114 e seguintes; BUZAID, Alfredo. *Produção antecipada da prova: estudos e pareceres de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 258; ARSUFFI. *A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo*. 2019, p. 225-226.

<sup>455</sup> Nesse sentido, assevera Letícia Silva Amaral: “por isso, a jurisprudência mesmo na vigência do Código pretérito admitia que sendo contestada, sendo apresentada uma objeção à produção de provas e vencida essa objeção não seria justo que se deixasse de arbitrar os honorários, porque houve dispêndio de esforço por uma das partes, sendo assim, diante da resistência à produção antecipada de provas, a parte responde pela verba advocatícia: PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – SIMILITUDE FÁTICA – INEXISTÊNCIA – CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS – OBJEÇÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS – ARBITRAMENTO – REEXAME VEDADO PELA SÚMULA 07/STJ.I – O conhecimento de recurso especial pela alínea “c” do permissivo constitucional depende da existência de similitude fática a configurar a alegada divergência de soluções jurídicas. II - Requerida, em sede cautelar, a produção antecipada de provas e vencida a objeção oferecida, são devidos honorários advocatícios, porque houve dispêndio de esforço por uma das partes. [...] Superior Tribunal de Justiça. REsp 474.167/RS, Rel.: Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 06/10/2003, p. 269” (AMARAL. *Direito autônomo à prova*. 2017, p. 156).

<sup>456</sup> CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado 118*. 2018. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1250>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

<sup>457</sup> TALAMINI. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 597.

procedimento por força dessa alegação infundada, inclusive honorários advocatícios”<sup>458</sup>, no entanto, se o réu se sagrar vitorioso, caberia ao autor arcar com essas despesas<sup>459</sup>. Nada obstante, para o STJ, sem resistência da parte requerida, não haveria incidência de honorários sucumbenciais, sendo “cabível a condenação da parte ré ao pagamento do ônus de sucumbência em ação cautelar de produção antecipada de provas quando ofereça resistência à pretensão autoral”<sup>460</sup>.

Mesmo com a condenação dos honorários sucumbenciais e os custos para produção da prova, a ação probatória autônoma não é mais onerosa que uma ação “principal”, porque mesmo que o autor optasse por ingressar diretamente ao Judiciário com uma demanda, caso ele perdesse, também teria que arcar com as despesas e os honorários sucumbenciais.

#### ***4.1.4. A eficácia interruptiva da ação probatória***

Um problema em tentar promover a ação de prova autônoma, a fim de evitar a litigiosidade, surge quando se analisa a questão da eficácia interruptiva da prescrição dessa medida. Na vigência do CPC de 1939, o entendimento predominante era de que não haveria interrupção da prescrição<sup>461</sup>. Contudo, na vigência do CPC de 1973, houve uma mudança no posicionamento doutrinário<sup>462</sup> e jurisprudencial, uma vez que a parte requerida no procedimento da ação antecipada de prova passou a ser citada e ter direito ao contraditório (limitado). Com isso, tanto o STF quanto o STJ começaram a admitir que quando essa ação antecipada permitisse “identificar com clareza a intenção de exercício de uma pretensão, a medida” assumiria “conotações de protesto” (CC, artigo 202, III), funcionando como causa

<sup>458</sup> TALAMINI. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 597.

<sup>459</sup> Nesse mesmo sentido: LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado*: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra. 2021, p. 353.

<sup>460</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no REsp 1796789/PR*. Rel.: Min. Marco Buzzi. Quarta Turma. DJe 26/08/2019. Nesse mesmo sentido, destacam-se: “Pretensão de condenar a ré ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência. Impossibilidade. Pretensão que não foi resistida” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Embargos de Declaração Cível 1009734-25.2018.8.26.0196*. Rel.: Carmen Lucia da Silva. Quarta Vara Cível. DJe 07/08/2019); “Os honorários advocatícios na cautelar de produção antecipada de provas só serão imputados ao réu caso este oponha efetiva resistência ao pedido inicial” (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *AC 10024133525030001 MG*. Rel.: Antônio Bispo DJe 27/08/2020); “Considerando que os documentos solicitados foram apresentados na contestação e que não restou demonstrada a recusa administrativa em fornecê-los, é descabida a condenação em honorários advocatícios” (BRASIL. Tribunal Regional Federal. *AI 0015072-39.2017.4.02.0000/RJ*. Rel.: Des. Reis Friede. DJe 28/11/2018).

<sup>461</sup> ARSUFFI. *A nova produção antecipada de prova: estratégia, eficiência e organização do processo*. 2019, p. 204. A propósito, na vigência do CPC/1939, foi editado o enunciado de Súmula 154 do STF, que previa que a simples vistoria não teria o condão de interromper a prescrição, pois na época entendiam que vistoria não seria um tipo de medida preparatória da ação.

<sup>462</sup> Sobre o tópico ver análise de Arsuffi a partir de estudo de Christian Garcia Vieira e Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. (ARSUFFI. *A nova produção antecipada de prova: estratégia, eficiência e organização do processo*. 2019, p. 204-205).

interruptiva prescricional (STF, RTJ 114/1.228, 108/1.302 e 89/961; STJ, RSTJ 152/392)”<sup>463</sup>.

Há julgados do STJ, sobre a égide do CPC de 1973, entendendo que a prescrição seria interrompida na ação cautelar de prova quando proposta com a finalidade de preparar a ação principal, configurando “causa de interrupção do prazo prescricional para exercício da pretensão constante da ação principal (art. 202, V, do CC/2002), cuja recontagem inicia-se após o último ato praticado no âmbito do provimento de urgência”<sup>464</sup>. Nesse sentido, Egas Dirceu Moniz de Aragão defendia que o procedimento da produção antecipada de provas, sendo cautelar ou não, desde que visando “integrar a condição necessária a que o autor, depois, ingresse em juízo, a citação nele promovida interrompe a prescrição”<sup>465</sup>. De forma similar, Galeno Lacerda<sup>466</sup> também entendia que a produção antecipada da prova, na vigência do CPC de 1973, funcionava como um protesto interruptivo da prescrição.

Mas o fato de a produção antecipada de provas do CPC de 2015 não ser mais uma simples ação cautelar preparatória para uma ação de mérito principal, tornando-se uma, verdadeira, ação autônoma, poderia deixar de interromper a prescrição, conforme ocorria no CPC de 1973? Essa premissa deve ser afastada, uma vez que o que justificava a interrupção da prescrição não era o caráter de medida preparatória dessa ação antecipada de provas, “mas a exteriorização da intenção da parte em promover demanda futura”<sup>467</sup>. Diante disso, não nos parece que esse raciocínio deva ser alterado na vigência do CPC de 2015, especialmente, pelo comando dos princípios da eficiência e da economia processual. Porque ainda que a ação antecipada de provas hoje possa justificar o não ajuizamento de uma ação ou ajudar na celebração de um acordo entre as partes, o requerente, ainda que em tese, apresenta a pretensão de ajuizar a ação de mérito posterior, haja vista, ele não ter como saber, antes da definição dos fatos na produção da prova, como seu conflito se resolveria. Sendo certo que se a parte não tivesse a intenção de buscar uma forma de solucionar seu conflito, “ela sequer ostentaria interesse para requerer a produção da prova antecipadamente”<sup>468</sup>.

<sup>463</sup> TALAMINI. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 595.

<sup>464</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.347.423/SP*. Rel.: Min. Luis Felipe Salomão. Dje: 05/04/2017. No mesmo sentido do julgado relatado: *REsp 202.564*, *REsp 1160151*, *REsp 1031262*, *AgInt no AREsp 854960*, dentre outros.

<sup>465</sup> Sobre o tópico ver análise de Arsuffi a partir de estudo de Egas Dirceu Moniz de Aragão. (ARSUFFI, Arthur Ferrari. *A nova produção antecipada de prova: estratégia, eficiência e organização do processo*. 2019, p. 206).

<sup>466</sup> LACERDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1998, p. 228-229.

<sup>467</sup> ARSUFFI. *A nova produção antecipada de prova: estratégia, eficiência e organização do processo*. 2019, p. 207.

<sup>468</sup> ARSUFFI. *A nova produção antecipada de prova: estratégia, eficiência e organização do processo*. 2019, p. 207.

Além disso, os efeitos materiais da citação do requerido na ação antecipada de provas também se tornam importantes no aspecto da interrupção da prescrição. Com exceção dos casos em que a ação autônoma de prova se revela uma medida de jurisdição voluntária<sup>469</sup> (como no caso do arrolamento de bens, previsto no artigo 382, parágrafo primeiro do CPC de 2015 e/ou na situação do parágrafo quinto do mesmo artigo) que não há citação do requerido na ação, a ação antecipada, de jurisdição contenciosa, possui citação (artigo 382, parágrafo primeiro do CPC de 2015), de modo que não haveria porquê não aplicar o entendimento do parágrafo primeiro do artigo 240 do CPC de 2015, o qual dispõe que a interrupção da prescrição ocorre com o despacho que ordena a citação (ainda que proferido por juiz incompetente).

Nery afirma que a parte deve ser citada mesmo quando há “*meramente potencial*” de caráter contencioso, porque a “citação, além de conferir validade à colheita da prova, permitirá o uso da mesma em outro processo, simultâneo ou posterior”<sup>470</sup>. O ajuizamento da ação autônoma probatória também se mostra como uma ausência de negligência do titular do direito, devendo servir como forma de interrupção da prescrição<sup>471</sup>. Pois caso assim não fosse, a parte teria que além de promover essa ação, ajuizar um protesto interruptivo do prazo prescricional, o que acarretaria uma duplicidade de processos, revelando clara ofensa aos princípios da eficiência, da economia processual e da razoável duração do processo<sup>472</sup>.

Não obstante, na égide do CPC de 2015, ainda há poucos julgados sobre essa questão. A partir da pesquisa jurisprudencial<sup>473</sup> foi possível encontrar os julgados que defendem que a prescrição é afastada pelo prévio ajuizamento de ação de produção antecipada de provas, de modo que o prazo prescricional reinicia com a contagem do “último ato do processo que ensejou a interrupção”<sup>474</sup>, inclusive, há julgado que afirma que “a prescrição é interrompida com o

<sup>469</sup> Um exemplo de hipótese de ação antecipada de jurisdição voluntária é “a justificação para a comprovação da morte de alguém que estava no local de uma catástrofe, para posterior lavratura de assento de óbito. A medida, em tal caso, é de simples documentação para fins registrares” (TALAMINI. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 593).

<sup>470</sup> NERY. *A produção antecipada de provas no novo Código de Processo Civil*. 2017, p. 176-186. Além desse autor, José Miguel Garcia Medina também entende que o STJ continuará aplicando, como fazia no CPC de 1973, a interrupção do prazo prescricional com a citação nessa ação antecipada de provas (MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 646).

<sup>471</sup> ARSUFFI. *A nova produção antecipada de prova: estratégia, eficiência e organização do processo*. 2019, p. 208.

<sup>472</sup> ARSUFFI. *A nova produção antecipada de prova: estratégia, eficiência e organização do processo*. 2019, p. 208.

<sup>473</sup> Pesquisa de jurisprudência realizada com os termos “produção antecipada de provas” e “interrupção da prescrição” nos Tribunais.

<sup>474</sup> PARANÁ. Tribunal de Justiça. AC 0016997-73.2019.8.16.0001. Rel.: Des. Domingos José Peretto. DJe 29/10/2020. No mesmo sentido: “Agravado de instrumento. Ação de cobrança. Seguro empresarial. Incêndio. Prazo prescricional anual. Artigo 206, § 1º, inciso II, alínea ‘b’, do Código Civil. Ajuizamento de ação cautelar de

ajuizamento da ação cautelar de produção antecipada de provas, sendo irrelevante o fato da perícia não ter se atentado para a pretensão inicial da parte autora<sup>475</sup>. Haveria interrupção do prazo prescricional mesmo quando a ação fosse proposta em face de outro adversário, consoante o entendimento do Superior Tribunal Federal<sup>476</sup>. No caso examinado, isso ficou definido, porque o requerente da ação antecipada não sabia exatamente quem cometeu o dano e citou pessoa diferente do verdadeiro réu, mesmo assim ficou entendido que haveria interrupção da prescrição.

Importante esclarecer que o prazo decadencial, contudo, não é interrompido pela ação antecipada, “pois em regra não se aplicam à decadência as causas interruptivas prescricionais (CC, art. 207)”<sup>477</sup>.

#### **4.1.5. O contraditório limitado**

O CPC de 1973 era omissivo sobre o cabimento de contestação na ação cautelar de provas. Embora fosse minoritária a corrente que não admitia a sua apresentação<sup>478</sup>, em virtude de interpretação conforme à Constituição. Contudo, havia divergência, durante o CPC de 1973, quanto à extensão do objeto da contestação nessa medida. No CPC de 2015, artigo 382, parágrafo quarto, é expresso em dizer que a ação antecipada “não admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente

---

produção antecipada de provas. Interrupção do prazo prescricional. Ausência de prescrição da pretensão. Recurso desprovido” (PARANÁ. Tribunal de Justiça. 0044352-61.2019.8.16.0000/PR. Rel.: Des. Vilma Régia Ramos de Rezende. Nona Câmara Cível. DJe 12.03.2020). Assim como: “Agravo de Instrumento. Ação de indenização. Seguro de imóvel. Insurgência da parte ré. Pretensão de reconhecimento de prescrição. Apontamento de prescrição intercorrente. Inocorrência. Ajuizamento anterior de ação de produção antecipada de provas dentro do prazo legal. Interrupção do lapso prescricional. Inteligência do art. 202, do CC. Decisão mantida. Recurso conhecido e desprovido”. (PARANÁ. Tribunal de Justiça. 0044077-15.2019.8.16.0000/PR. Rel.: Des. Marco Antonio Antoniassi. Oitava Câmara Cível. DJe 25.11.2019). Também: MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. AC 0362994020088120001/MS. Rel.: Des. Vladimir Abreu da Silva. DJe 29/04/2021; bem como: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1520495/SP. Rel.: Min. Antonio Carlos Ferreira. DJe 28/08/2018.

<sup>475</sup> Ressaltando que o presente julgado se deu na ocorrência do CPC de 2015, como se depreende do trecho do acórdão: “DA INCIDÊNCIA DO NOVO CPC - De início, registro que já está em vigor o novo Código de Processo Civil (Lei no 13.105/2015) e, considerando que a sentença foi proferida e publicada em sua vigência, é este o código a ser observado no caso” (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. AC 1.0569.15.002011-7/001/MG. Rel.: Evandro Lopes da Costa Teixeira. Dj 11/07/2019).

<sup>476</sup> Entendimento da Terceira Turma do STJ, a qual reconheceu a interrupção de prescrição decorrente de citação válida em ação anterior contra réu diverso, destaca-se o trecho do voto da Ministra Relatora Nancy Andrighi no REsp 1636677 em 2018 que aduz que: “não vingam os argumentos da recorrente quando sustenta que a interrupção do prazo prescricional decorrente de citação válida restringe-se apenas às partes litigantes nos autos, e não a terceiros estranhos à relação processual”, isso porque segundo a Ministra a “interrupção da prescrição visa amparar aquele que revela inequívoca intenção de perseguir o seu direito” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1636677/RJ. Rel.: Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. DJe 15/02/2018).

<sup>477</sup> TALAMINI. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 596.

<sup>478</sup> Conforme pontua: NEVES. *Ações probatórias autônomas*. 2008, p. 219-223.

originário”. Porém, a maior parte da doutrina<sup>479</sup> assevera que este parágrafo deve ser interpretado à luz do disposto no artigo 5º, inciso LV da CRFB de 1988, o qual assegura às partes o direito ao contraditório e à ampla defesa, sob pena de ser declarado inconstitucional.

Com isso, o objetivo do artigo 382, parágrafo quarto do CPC de 2015 deve ser apenas de limitar o âmbito dessa defesa, restringindo o seu conteúdo para que não se discuta, no âmbito da ação de produção antecipada de provas, questões envolvendo o mérito e a valoração das provas em si. Isso porque, tais discussões deveriam ser suscitadas em um eventual processo futuro. Essa premissa compatibiliza-se com a previsão do artigo 382, parágrafo primeiro do CPC de 2015, que determina a citação do requerido ou interessado, inclusive de ofício pelo juiz, se houver caráter contencioso. Ora, “citar é convocar alguém para integrar a relação processual, conforme dispõe o art. 238 do CPC”<sup>480</sup>, nesse caso é convidar “alguém para participar da coleta de provas, facultando-lhe apresentar objeções à realização da mesma ou ampliá-la dentro dos limites permitidos”<sup>481</sup>. Desse modo, o intuito do legislador não foi o de impossibilitar por completo o princípio do contraditório, mas de indicar às partes que na ação antecipada não se discute se o fato ocorreu ou não. Do mesmo modo que o legislador restringiu (no artigo 382, parágrafo segundo do CPC) o escopo da análise dos magistrados, impossibilitando-os de valorar as provas produzidas nesse instituto, também o fez para a manifestação das partes<sup>482</sup>. Yarshell sustenta que “a limitação ali estabelecida se justifica apenas no limite do que constou do §2º do art. 382 e considerando a circunstância de que no processo da antecipação não são valorados fatos e menos ainda resolvidas questões de mérito”<sup>483</sup>.

Nesse contexto, pode-se afirmar que o legislador quando previu no artigo 382, parágrafo terceiro do CPC, que os “interessados poderão requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato, salvo se a sua produção conjunta

---

<sup>479</sup> NERY. A produção antecipada de provas no Novo Código de Processo Civil. 2017, p. 177-178; TALAMINI. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 595; LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 343-353; YARSHELL. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 1041-1042; ARSUFFI. *A nova produção antecipada de prova: estratégia, eficiência e organização do processo*. 2019, p. 211; DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA. *Curso de Direito Processual Civil*. 2017, p. 145- 146.

<sup>480</sup> NERY. A produção Antecipada de Provas no Novo Código de Processo Civil. 2017, p. 177-178 e 186.

<sup>481</sup> NERY. A produção Antecipada de Provas no Novo Código de Processo Civil. 2017, p. 177-178 e 186.

<sup>482</sup> Nesse sentido, aduz NERY: “a citação permite, sim, a nosso ver, ao requerido apresentar defesa em juízo e não simplesmente acompanhar a produção probatória. O direito de defesa não implica, porém, discutir a ocorrência ou a inoocorrência do fato, bem como as respectivas consequências jurídicas, decorrentes das limitações impostas ao magistrado por força do § 2º do art. 382. Ora, se o juiz não pode valorar a prova, descabida qualquer defesa que pretenda, ainda de forma indireta, valorá-la” (NERY. A produção Antecipada de Provas no Novo Código de Processo Civil. 2017, p. 178).

<sup>483</sup> YARSHELL. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 1027.



acarretar excessiva demora”, consolidou a ideia de que há contraditório nessa ação, ainda que limitado, uma vez que a parte ré pode requerer na “contestação” a produção de outras provas. É possível, então, a defesa do réu nessa ação antecipada de provas, mas desde que o conteúdo da defesa seja compatível com os limites e os fins dessa ação.

Com isso, o demandado poderia contraditar as questões relativas ao mérito dos aspectos processuais<sup>484</sup>, como as previstas no artigo 337 do CPC de 2015, ou também alegar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (como exemplo, a declaração de prescrição, decadência ou até mesmo de pagamento da dívida), poderia ainda propor produção de outra prova (artigo 382, parágrafo terceiro do CPC), bem como pedir o indeferimento dos quesitos de perícia, impugnar a nomeação de perito suspeito ou incapaz e “discutir a pertinência e utilidade da prova para o fim indicado na petição inicial”<sup>485</sup>. Teresa Arruda Alvim afirma que também pode contraditar testemunhas e apontar desrespeito aos direitos fundamentais (como, por exemplo, ofensa a intimidade, privacidade, sigilo, dentre outros)<sup>486</sup>. Em suma, a “defesa e a discussão que são vedadas são aquelas relativas ao conteúdo e mérito do documento ou qualquer outra pretensão de direito material (distinta da pretensão de produção de prova)”<sup>487</sup>. Destacando-se nesse ponto o Enunciado nº 32 da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal que disciplinou que a “vedação da apresentação de defesa prevista no art. 382, §4º, do CPC, não impede a alegação pelo réu de matérias defensivas conhecíveis de ofício”<sup>488</sup>.

Didier Jr., Braga e Oliveira afirmam ainda que o prazo para apresentação dessa contestação seria de 5 (cinco) dias, conforme artigo 218, parágrafo terceiro do CPC, quando não há prazo judicial fixando de maneira distinta<sup>489</sup>.

Há as mesmas críticas em torno da impossibilidade de recurso. A propósito, Yarshell sustenta a possibilidade de medida impugnativa autônoma. Cassio Scarpinella Bueno afirma que o parágrafo quarto do artigo 382 é inconstitucional tanto por violar o teor do dispositivo 5º,

---

<sup>484</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 346.

<sup>485</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 346.

<sup>486</sup> Cf.: YARSHELL. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 1027.

<sup>487</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 350.

<sup>488</sup> CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado 32*. 2017. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/681>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

<sup>489</sup> DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA. *Curso de Direito Processual Civil*. 2017, p. 146.

inciso LV da CRFB de 1988, como também por prever recurso só para “indeferimento total” da produção de prova, pois para o autor quando houvesse indeferimento parcial também seria caso de cabimento de recurso, uma vez que caberia agravo de instrumento<sup>490</sup>. Em sentido similar, Lessa Neto defende que é “cabível na produção antecipada de prova, conforme o caso, recurso de agravo ou apelação em uma interpretação conforme a Constituição do art. 382, §4º, CPC”<sup>491</sup>, desde que não seja para valorar a prova ou a discussão.

#### **4.1.6. A força vinculante da prova**

Em virtude dessa ação probatória autônoma não formar coisa julgada, pelo menos “não na sua concepção clássica”, porque “não há declaração do direito (sequer valoração dos fatos) e, portanto, não há eficácia substancial a se tornar imutável”<sup>492</sup>, surge a dúvida se isso geraria a necessidade de repetir a prova realizada por meio dessa ação (do artigo 381 CPC) caso fosse ajuizada eventual ação de mérito. Por certo, é um tanto equivocados considerar que haveria essa necessidade (de exigir do demandante novamente a realização da prova que já fora produzida na ação antecipada), pois na ação probatória autônoma observa-se o princípio do contraditório e da ampla defesa (ainda que limitado)<sup>493</sup>, de modo que impor essa exigência de repetição, sem dúvidas, acarretaria clara ofensa aos princípios da eficiência<sup>494</sup> e da razoável duração do processo.

O processo será eficiente se conseguir obter os melhores resultados com o menor dispêndio de tempo e recursos possíveis<sup>495</sup>. Com base nisso, é possível concluir que se uma prova já fora produzida, respeitando todos princípios e regras inerentes a um devido processo legal, refazê-la em outro processo precisa no mínimo de alguma justificativa que anule a

<sup>490</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 279.

<sup>491</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 350.

<sup>492</sup> YARSHELL. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 1028.

<sup>493</sup> Insta salientar que não se pode descartar o uso da prova colhida “mesmo sem a participação da parte contrária, porque a ação probatória pode ter sido proposta inclusive para identificá-la” (NERY. *A produção Antecipada de Provas no Novo Código de Processo Civil*. 2017, p. 177).

<sup>494</sup> Sobre princípio da eficiência, ver: FRIEDE, Roy Reis. *Eficiência: um imperativo para o Poder Judiciário*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 68, p. 59-66, out./dez. 1992; CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no Processo Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 3; CARVALHO, Fabiano. *O princípio da eficiência no processo coletivo: Constituição, microsistema do processo coletivo e novo Código de Processo Civil*. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação Civil Pública após 30 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 274; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo código de processo civil brasileiro*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 133, p. 65-84, jul. 2014; CÂMARA, Alexandre Freitas. *O direito à duração razoável do processo: entre eficiência e garantias*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 223, p. 39-53, set. 2013.

<sup>495</sup> ARSUFFI. *A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo*. 2019, p. 51.

primeira produção, sob pena de infringir o princípio da eficiência do processo civil brasileiro, princípio também direcionado ao Poder Judiciário, uma vez que o Judiciário compreende um dos ramos da Administração Pública e, por isso, também deve respeito aos princípios do artigo 37 da CRFB/1998.

Nesse contexto, Yarshell assevera que ainda que não se possa falar de coisa julgada material, isso não quer dizer que “não seja possível invocar a objeção correspondente para evitar a produção de certa prova já produzida”, pois “não se pode submeter o demandado à repetição injustificada da mesma atividade de instrução”<sup>496</sup>. Em sentido semelhante, Nery sustenta que embora não haja formação de coisa julgada material, eventual pedido de repetição de prova deveria ser indeferido por falta de interesse de agir, salvo se fosse demonstrada a necessidade de complementar a prova anterior<sup>497</sup>.

A prova na ação antecipada é produzida por atividade tipicamente jurisdicional<sup>498</sup>, mesmo que “não haja propriamente declaração do direito, a atividade é marcada pela aplicação da lei diante de um caso concreto, mediante o estabelecimento de limites e com escopos determinados”<sup>499</sup>, de modo que seria um tanto desarrazoado o magistrado exigir a repetição da prova sem qualquer fundamento que justificasse esse retrabalho das partes e do aparato judicial. Assim, a presença de um juiz, como um “terceiro imparcial contribui para preservar a validade e a eficácia dos elementos colhidos”<sup>500</sup>, regulando todo o trâmite da ação antecipada de provas, dando maior credibilidade ao resultado dessa ação<sup>501</sup>. O próprio artigo 370 do CPC, quando dispôs que o magistrado detém o poder-dever de corrigir os meios de prova inadequados, indeferir as provas ilícitas, revela que a prova produzida nessa medida conta com a devida legitimidade. Inclusive, o legislador processual previu expressamente no artigo 372 do CPC, que o “juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”.

Soma-se a esses fatores o fundamento da antecipação de provas, baseada no requisito de urgência, nos moldes do inciso I do artigo 381 do CPC de 2015, onde a prova produzida,

---

<sup>496</sup> YARSHELL. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 1028.

<sup>497</sup> NERY. *A produção Antecipada de Provas no Novo Código de Processo Civil*. 2017, p. 177.

<sup>498</sup> Vide nota de rodapé nº 376. Não se exclui a validade e a relevância da prova produzida extrajudicialmente como forma de concretizar, inclusive, o princípio da economia processual, apenas não é tratado, por questão de corte metodológico, nessa pesquisa.

<sup>499</sup> YARSHELL. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 1028.

<sup>500</sup> YARSHELL. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 1028.

<sup>501</sup> YARSHELL. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 1028.

previamente ao processo, tem justamente a função de “permitir que ela seja utilizada posteriormente, seja pela parte, seja por eventual e futuro órgão julgador”<sup>502</sup>. Com isso, observa-se que a prova produzida nessa medida será vinculante e poderá (ou, melhor deverá) ser considerada, posteriormente, em caso de ação de mérito envolvendo a mesma discussão.

Com base em todo o exposto, conclui-se que o procedimento da ação probatória autônoma e os problemas envolvendo seu deslinde, como onerosidade dessa medida, eficácia interruptiva, contraditório limitado e força vinculante da prova, são incapazes de obstar a sua utilização, de modo que fica sedimentado o entendimento que o uso dessa ação é capaz de conferir maior eficiência, ou no mínimo, maior celeridade, na solução das controvérsias, levadas ao Poder Judiciário, que possuem dúvidas quanto à matéria fática.

#### **4.2. A produção probatória antecipada de forma *incidental***

A ação probatória *autônoma*, como visto, fortalece o princípio da eficiência e da celeridade, quando proporciona maior clareza dos fatos ocorridos no conflito, permitindo que o mesmo seja solucionado por meio do método autocompositivo. Contudo, por uma questão cultural voltada à litigiosidade (e, conseqüentemente, ajuizamento de ações), questiona-se havendo um processo (de mérito) em curso, as partes (ou mesmo o juiz) percebendo que a conclusão da lide depende, basicamente, do esclarecimento dos fatos, poderiam solicitar a produção antecipada de prova, trazendo a dilação probatória para o início do processo, materializando, assim, a produção probatória antecipada de forma *incidental*. Fato em que há uma maior aproximação com a técnica do *discovery* do direito norte-americano, isso porque, ambas ocorrem durante o processo de mérito já em curso (endoprocessual), e possuem a finalidade de tentar evitar que a ação fosse a julgamento (*trial*), ou no mínimo, contribuir para uma maior organização da própria ação em curso.

Uma ação de procedimento ordinário observa (conforme verificado anteriormente), no que concerne a atividade de conhecimento, as fases postulatória, instrutória e decisória para averiguação da matéria fática. Mas o demandante, por vezes, não tem a clareza dos fatos sucedidos e não consegue trazer na petição inicial todo o suporte fático correto (com as provas) da sua pretensão, com isso, a contestação também fica prejudicada, pois os fatos somente serão esclarecidos na fase instrutória (após a apresentação da inicial e da contestação no processo).

---

<sup>502</sup> ARSUFFI. *A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo*. 2019, p. 94.

Em casos assim, trazer a dilação probatória para início da demanda parece auxiliar as partes na resolução da controvérsia, pois clarificadas do acontecido, podem solucionar o seu conflito por meio do método autocompositivo. Com objetivo de elucidar tal situação, imagine-se que a parte autora alegue na inicial ter sofrido complicações decorrentes de erro médico na sua cirurgia e, por isso, pleiteie a responsabilidade civil e a consequente indenização do hospital, onde ocorreu o procedimento médico. Para o caso, intuitivamente se percebe que o esclarecimento da matéria fática pressupõe perícia médica, voltada a examinar se as sequelas que culminaram cirurgia teriam sido ocasionadas por algum erro médico. Se ficasse demonstrada a ocorrência do erro médico, a justificar a responsabilização do hospital a sentença seria de procedência, mas se a perícia não evidenciasse a relação na conduta do médico com as complicações, entendendo que elas decorreram de outros motivos, a causa seria julgada improcedente<sup>503</sup>. Nessa situação hipotética, se houvesse a deflagração, pelas partes (ou pelo juiz), da produção antecipada de provas incidentalmente, o conflito teria a potencialidade de ser resolvido de forma mais célere e eficiente, induzindo a solução do conflito, inclusive, pelo método autocompositivo, uma vez que as partes teriam todo substrato para realizar um acordo.

Nesse contexto, sabe-se que mesmo antes do CPC de 2015 já se criticava a rigidez das formas processuais. Fernando da Fonseca Gajardoni, em 2007, propunha a flexibilização procedimental, compatível com a previsibilidade, segurança jurídica e o devido processo legal<sup>504</sup>. Com o fortalecimento do formalismo-valorativo, como fase metodológica atual do desenvolvimento do processo<sup>505</sup> e, acompanhando a tendência que vem sendo adotada por

---

<sup>503</sup> “APELAÇÃO E AGRAVO RETIDO. CIVIL. PROCESSO CIVIL. DANO MORAL. TRANSPLANTE DE RIM. ERRO MÉDICO. NÃO COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE DANO. ÔNUS DA PROVA. ART. 333, I, DO CPC.IMPROVIMENTO. [...] 3. Com efeito, a prova pericial médica produzida nos autos da Ação Cautelar de Produção Antecipada de Provas não comprovou a relação de causa e efeito entre a cirurgia de doação de rim a que foi submetida o primeiro autor e as sequelas por ele apresentadas, o que redundou com a retirada do rim transplantado. 7. Frise-se que, in casu, não restou comprovada a ocorrência de erro médico a justificar a responsabilização do Hospital Geral de Bonsucesso pelos problemas de saúde que acometeram o autor, culminando com a retirada do rim transplantado” (BRASIL. Tribunal Regional Federal. *Apelação Cível - 201451100005259/RJ*. Rel.: Des. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Dje 23/06/2017).

<sup>504</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. 2007. 284f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 158. Disponível em: <[https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06082008-152939/publico/FERNANDO\\_TESE\\_COMP\\_LETA\\_PDF.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06082008-152939/publico/FERNANDO_TESE_COMP_LETA_PDF.pdf)>. Acesso em: 3 jun. 2021.

<sup>505</sup> O Formalismo Valorativo visa “analisar a antinomia existente entre o formalismo e justiça, buscando dar solução a esse aflitivo problema que assola o direito processual”, de modo que essa fase metodológica volta-se a análise do processo sob a ótica da nossa Constituição e dos direitos fundamentais e, não, apenas como um fenômeno marcadamente formal (MADUREIRA. *Fundamentos do novo Processo Civil brasileiro*. 2017, p. 32). Ver também: MADUREIRA; ZANETI JÚNIOR. *Formalismo-valorativo e o novo Processo Civil*. 2017.

outros sistemas jurídicos, inclusive, dos Estados Unidos<sup>506</sup>, o legislador processual do CPC de 2015, tornou mais evidente essa flexibilização do procedimento no nosso ordenamento jurídico, proporcionando um trâmite processual mais flexível e adaptável às necessidades do direito material<sup>507</sup>. Tanto é assim, que o legislador atual, deu relevância aos negócios jurídicos processuais<sup>508</sup>, quando estipulou em seu artigo 190, a autorização dos chamados negócios jurídicos atípicos<sup>509</sup>, sendo que no campo das provas as partes poderiam “usufruir com mais intensidade dessa novidade, visto que a atividade de produzir provas é, essencialmente, das partes”<sup>510</sup>.

Seguindo essa lógica, seria possível que as partes, se valendo de uma convenção processual, decidissem antecipar a produção de provas para momento anterior à fase instrutória do processo de conhecimento, a fim de proporcionar uma tutela jurisdicional mais eficiente, atendendo melhor às necessidades do direito material. Isso porque o prévio convencimento das partes de que para alguma delas o direito em discussão é infundado poderia tornar o deslinde processual menos moroso, por (i) impulsionar um pedido de desistência da ação indevida, ou por (ii) promover a resolução da controvérsia por meio de acordo, ou, ainda, por (iii) contribuir para que a decisão adjudicada se torne mais célere, uma vez que o contraditório das partes se

---

<sup>506</sup> “Esta nossa conclusão sobre a eclosão de um novo sistema gerencial no estudo do processo civil se revelará pela análise de alguns ordenamentos jurídicos (Inglaterra, Estados Unidos e Portugal), que, independentemente de se filiarem ao sistema adversarial ou inquisitorial, acabam permitindo que o procedimento seja flexibilizado em favor da adequada tutela de direitos, pouco se importando se isto representa ou não quebra do modelo processual historicamente desenhado” (GAJARDONI. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. 2007, p. 130).

<sup>507</sup> Como se observa da redação do artigo 190, que prevê a celebração dos negócios processuais; o artigo 191 com a hipótese de calendarização processual; artigo 471 que dispõe sobre a escolha consensual do perito; artigo 357, parágrafo segundo, com a possibilidade do saneamento do processo de dar de forma consensual; dentre outros dispositivos do CPC de 2015 que demonstram essa vontade do legislador processual em promover a flexibilização procedimental.

<sup>508</sup> “No Brasil, por muito tempo, pouco se discutiu sobre o tema e, ainda assim, grande parte da doutrina posicionou-se contrariamente à figura do negócio jurídico processual. Como argumento, a interpretação da segurança jurídica e do devido processo legal sob a ótica de que o processo deve estar regulamentado por lei, e apenas por ela, como forma de garantir aos jurisdicionados e aos aplicadores do direito o pleno conhecimento das ferramentas à disposição para o exercício da jurisdição. Todavia, os negócios jurídicos processuais não colocam em risco os princípios constitucionais mencionados. Em verdade, não se objetiva, de modo algum, transgredi-los, senão interpretá-los em conjunto com outro pilar do ordenamento jurídico: a efetividade” (MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve diálogo entre os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 237, p. 223-238, nov. 2014, p. 223).

<sup>509</sup> “Muito embora tal possibilidade já estivesse traçada no CPC/73 cremos que o CPC/15 poderá dar novo colorido ao regramento, fazendo-se tal convenção a partir dos negócios jurídicos processuais, previsto de forma expressa no art. 190 da nova codificação processual. Como é curial, em sede de negócio jurídico processual é permitido que as partes plenamente capazes possam efetuar mudanças procedimentais em questões que admitam a autocomposição, assim como convencionar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo” (MAZZEI, Rodrigo. *Liquidação de sentença: breve ensaio a partir do CPC/15*. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 605-639, jul./dez. 2015, p. 610).

<sup>510</sup> BONIZZU. Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil: teoria geral da prova e provas em espécie segundo o novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.47.

limitaria aos pontos relevantes e controvertidos envolvidos na causa.

A propósito, o Enunciado de nº 163 publicado na II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho de Justiça Federal (CJF), ratifica o que se defende nesse trabalho, quando dispõe que a “convenção processual que prevê a produção antecipada de prova”, seguida de uma técnica do método autocompositivo, “contribui para a eficiência processual e segurança jurídica, aumentando as chances de êxito dos métodos autocompositivos”<sup>511</sup>. A justificativa desse enunciado, inclusive, enfatiza que a produção antecipada de provas, no âmbito do Judiciário, como etapa preliminar, para os conflitos que necessitam de prova técnica, além de conferir mais segurança jurídica, aumenta a probabilidade de êxito na utilização do método autocompositivo que se seguir, destacando que esse “mecanismo tem como benefício a diminuição do tempo de tramitação dos processos, tendo em vista o rito da produção antecipada de prova, diminuindo a sobrecarga que hodiernamente assola o Poder Judiciário”<sup>512</sup>.

Não obstante, pode ser que as partes não convençionem sobre essa questão previamente, ou não entrem em um acordo acerca dessa produção antecipada de provas durante o litígio já em curso. Mas definido que essa antecipação de produção de provas de forma incidental poderia contribuir para eficácia processual, surge o questionamento se essa estratégia processual poderia ser suscitada por uma das partes e ser implementada pelo próprio magistrado, ou ainda, se esse, vislumbrando que a discussão se solucionaria de forma mais eficiente ao trazer a dilação probatória para o início do processo, poderia propô-la de ofício.

#### ***4.2.1. Fundamentos jurídico-normativos da produção antecipada de provas de forma “incidental” e da sua decretação de ofício pelo juiz***

Visto que a antecipação probatória de forma incidental, assim como a produção autônoma de provas, tem a capacidade de tornar-se um fator de indução a autocomposição, busca-se analisar os fundamentos jurídicos-normativos que possibilitam a sua utilização, inclusive para

---

<sup>511</sup> Enunciado de nº 163 publicado na II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho de Justiça Federal: “A convenção processual que prevê a produção antecipada de prova, seguida de mediação ou negociação entre as partes, na forma de cláusulas escalonadas, contribui para a eficiência processual e segurança jurídica, aumentando as chances de êxito dos métodos autocompositivos” (CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado 163*. 2018. Disponível em: <[https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?\\_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669](https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669)>. Acesso em: 1 fev. 2022).

<sup>512</sup> Justificativa do enunciado de nº 163 (CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado 163*. 2018).

defender a sua produção a pedido de uma das partes ou *ex officio* (situações em que as partes não convencionaram a antecipação de provas). Isso porque, diante do escopo social da jurisdição, em que o Estado objetiva por fim à controvérsia e promover a pacificação social, nos parece possível que o magistrado, percebendo que o conflito se solucionaria de forma mais eficiente, com o simples esclarecimento da matéria fática, deferisse o pedido de uma das partes ou decretasse de ofício a produção antecipada de prova incidental. E, mesmo que, ao final dessa antecipação de provas, as partes não se convencessem sobre quem tem razão, inviabilizando a celebração de um acordo, essa medida poderia contribuir para o desestímulo no prolongamento de ações infrutíferas ou, ainda, colaboraria para que o julgamento ocorresse de forma mais célere, uma vez que os fatos controvertidos estariam elucidados, concretizando os princípios constitucionais da eficiência e da razoável duração do processo.

Um exemplo do que se pretende defender nessa pesquisa com a ideia da produção antecipada de provas de forma *incidental ex officio*<sup>513</sup> (ou decretada pelo juiz, a pedido de uma das partes), seria o caso da Recomendação Conjunta do CNJ/AGU/MTPS nº 01 de 15.12.2015, que determina aos juízes que ao se depararem com ações judiciais que visem à concessão de benefícios de aposentadoria por invalidez, auxílio-doença e/ou auxílio-acidente, que dependam de prova pericial médica, devam, ao despachar a inicial, determinar a realização da prova pericial<sup>514</sup> de forma antecipada e imediata, uma vez que não adianta prolongar as discussões nesses processos previdenciários sem que haja a prova pericial, pois só a partir do atestado médico é que o direito seria resolvido. Ou seja, o magistrado, ainda na fase postulatória, deparando-se com a necessidade de elucidar melhor os fatos envolvidos na controvérsia e, percebendo que após esse esclarecimento, as chances de as partes resolverem sua lide, de maneira mais célere e por meio de uma solução autocompositiva<sup>515</sup>, aumentaria, poderia o julgador estimular às partes a seguirem com a antecipação de provas incidental.

Um dos fundamentos jurídico-normativos para defesa da produção antecipada de provas

---

<sup>513</sup> Objetivo de utilizar essa nomenclatura, é para não induzir ao erro de que se está falando de ação antecipada de provas de ofício, uma vez que tal possibilidade, se interpretada *ipsis litteris*, poderia suscitar a ofensa ao dispositivo do artigo 2º do CPC de 2015, norma fundamental do processo, que dispõe sobre a inércia da jurisdição – ou inércia da demanda – determinando que o processo comece por iniciativa da parte e se desenvolva por impulso oficial.

<sup>514</sup> Essa Recomendação Conjunta do CNJ/AGU/MTPS nada mais é do que um Protocolo de Procedimento, avanço da contratualização tão difundido por Loïc Cadiet no Direito Francês. Ver sobre: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord). *Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa – seis lições brasileiras*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 105-130.

<sup>515</sup> Nesse caso, a Fazenda Pública verificando que não tem razão, pela obediência aos princípios do interesse público e da legalidade estrita, deve celebrar um acordo (pondo fim a controvérsia) ou, ainda, reconhecer o pedido da parte autora. Ver mais: MADUREIRA, Claudio. *Advocacia pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.



incidental e de ofício<sup>516</sup>, é o fato do CPC de 2015, ter incorporado a flexibilização procedimental judicial (relevante aqui o disposto no artigo 139, inciso VI do CPC), realçando o princípio da adaptabilidade (ou elasticidade processual) que permite que o juiz flexibilize o procedimento “inadequado ou de reduzida utilidade para melhor atendimento das peculiaridades da causa”<sup>517</sup>. Ou seja, nesse modelo de flexibilização procedimental, adotado pelo legislador processual, os magistrados possuem amplos poderes para modelarem “o procedimento e os atos processuais de acordo com as especificidades da causa, desde que observado o contraditório e a ampla defesa”<sup>518</sup>. Soma-se a isso, a passagem do magistrado, de mero espectador, para o legítimo representante estatal, fundamental ao papel de pacificador de conflitos, que participa de forma enérgica e diligente no controle do deslinde das demandas, a fim de assegurar um processo mais justo, igualitário e tempestivo<sup>519</sup>, podendo, além de “determinar ou indeferir as provas requeridas pelas partes”, “tomar a iniciativa de medidas de instrução”<sup>520</sup> (como disciplina o artigo 370, *caput* e parágrafo único do CPC).

Além disso, questiona-se o artigo 381 do CPC de 2015, por si só, poderia servir como outro fundamento para a decretação *ex officio* da antecipação de provas incidentalmente (durante processo principal já em curso)<sup>521</sup>. Para Yarshell, é possível ter na produção antecipada de provas (do artigo 381 do CPC) a iniciativa probatória oficial, uma vez para esse autor o ato

<sup>516</sup> Quando se estuda os fundamentos jurídicos-normativos para a produção antecipada de provas incidental *ex officio*, está contemplando a análise dos fundamentos para o juiz (a pedido de uma das partes) deferir o seguimento da produção antecipada incidental das provas sobre a matéria fática controvertida, porque se definir que o juiz pode o mais (decretar de ofício), pode o menos (conceder o pedido de uma das partes para realização da prova antecipada incidental).

<sup>517</sup> GAJARDONI. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. 2007, p. 134-135.

<sup>518</sup> CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Flexibilização procedimental. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. VI, p. 135-164, 2010.

<sup>519</sup> CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012, p. 24-27.

<sup>520</sup> “Nas palavras de Michele Taruffo, é evidente que o direito das partes não significa seu monopólio sobre a prova e não implica exclusão de autônomos poderes de instrução do juiz (cf. “*Il diritto alla prova nel processo civile*”, *Rivista di diritto processuale*, janeiro-março/1984, p. 90)” (YARSELL. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. 2009, p.113).

<sup>521</sup> Insta salientar, que partindo do pressuposto que antecipação de provas pertence à jurisdição voluntária, pode-se reforçar essa ideia de que é possível a sua instauração de ofício, uma vez que os poderes do magistrado seriam ampliados nesse formato de jurisdição. Nesse sentido: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 2, p. 142. Em sentido contrário, afastando a ação de produção antecipada da prova da jurisdição voluntária e entendendo que a mesma trata de jurisdição contenciosa, pode-se citar: WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de provas no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 260, p. 75-101, out. 2016; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. III, p. 113. Ocorre que esta discussão está cada vez mais no campo teórico, especialmente, quando se observa o teor do artigo 16 do CPC de 2015 e seu artigo correspondente no CPC de 1973 (artigo 1º) que não mais distingue jurisdição em contenciosa e voluntária, dando a entender que poderia não existir mais essa diferença entre as jurisdições (DIDIER JÚNIOR, Fredie. Artigo 16. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. (Coord). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 54).

de instruir deve ser interpretado não só como forma de preparar uma lide para o julgamento, mas como meio de esclarecer as partes dos fatos envolvidos na controvérsia (fomentando celebração de acordo), a fim de evitar um “processo declaratório de mérito” e uma “decisão estatal imperativa”<sup>522</sup>. De modo que, para esse autor, a “amplitude que se dê ou que se possa dar à iniciativa probatória oficial alinha-se à visão dita objetiva do ônus da prova e, principalmente, está associada à solução imperativa do conflito pelo Estado”, devendo inclusive ser mais evidente o “exercício do poder de instrução do juiz” quando estiver em discussão “direitos indisponíveis ou onde vigore desigualdade substancial entre as partes”<sup>523</sup>. Sob esse ponto, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo já permitiu a ocorrência da “ação autônoma de produção antecipada de prova” mesmo quando há processo discutindo o mérito em andamento, assegurando que nesses casos não haveria nem que se falar em litispendência<sup>524</sup>.

Em sentido diverso, Talamini defende que não se justifica o juiz se valer da produção antecipada de provas de maneira incidental, com base no artigo 381 do CPC de 2015, pois se o processo já estiver em curso, há previsão própria para o juiz alterar a ordem da produção dos meios de prova, que advém do disposto no artigo 139, inciso VI do CPC de 2015<sup>525</sup>. Isso porque, a lógica do artigo 381 do CPC é voltada para os interessados refletirem sobre a necessidade de um processo futuro, quando, por exemplo, estipula no seu inciso III, que a promoção do prévio conhecimento dos fatos, serviria para justificar ou evitar o ajuizamento de uma eventual ação. Quando se fala de processo já em curso, o teor do artigo 139, inciso VI, que permite que o juiz reorganize a ordem de produção dos meios de provas, adequando-as às necessidades do conflito e tentando conferir maior efetividade à tutela do direito, mostra-se mais compatível com o objetivo de antecipar a dilação probatória de uma ação já em trâmite. Além disso, destaca-se, como fundamentos para justificar a adoção dessa técnica de produção antecipada de provas incidental *ex officio*, a previsão do artigo 370 do CPC, que prevê que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”, e a previsão do inciso II, do artigo 139 do CPC de 2015, que recomenda que compete ao magistrado zelar pela duração razoável do processo, bem como, o inciso V do mesmo artigo, que combinado com os parágrafos segundo e terceiro do artigo 3º do CPC, determinam que os juízes

---

<sup>522</sup> YARSHELL. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. 2009, p. 146-147.

<sup>523</sup> YARSHELL. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. 2009, p. 146-147.

<sup>524</sup> ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 038199000423*. Rel.: Fernando Estevam Bravin Ruy. Segunda Câmara Cível. Dje 27/08/2019.

<sup>525</sup> TALAMINI. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 589.

promovam, a qualquer tempo, a autocomposição.

Contudo, por mais que o artigo 381 do CPC de 2015 pareça orientar apenas a postura dos interessados, quando ainda não há processo de mérito em curso (não servindo como fundamento para produção antecipada incidental), as alterações introduzidas, pelo legislador nesse artigo, revolucionaram o direito processual civil brasileiro no que tange a previsão de que a prova produzida antecipadamente pode servir para orientar a resolução do conflito por uma técnica do método autocompositivo. Desse modo, ainda que essa premissa não sirva, propriamente, de justificativa para produção antecipada de prova incidental, ela ampara e orienta a interpretação sistemática dos artigos 139, inciso VI e 370, possibilitando que o magistrado antecipe a dilação probatória, durante um processo já em curso, quando vislumbrar ser viável a solução da controvérsia por meio da autocomposição.

Ressalte-se que o reconhecimento desse poder instrutório oficial do magistrado não se justificaria de forma espontânea, fora de qualquer processo declaratório. Deve-se observar os limites do próprio princípio da inércia da jurisdição ou do dispositivo, mas, uma vez, demandada na ação declaratória a antecipação de provas, o poder de instrução do juiz há de ter a mesma intensidade<sup>526</sup>. Até porque, como se verifica, a iniciativa probatória do juiz corresponde a um ato de cooperação, que tendencialmente revestiria a instrução processual em maior eficiência, possibilitando uma melhor “apuração dos fatos da forma menos onerosa e no menor tempo possível”<sup>527</sup>. Porém, os refratários da ideia do poder instrutório do juiz (adeptos ao garantismo processual), certamente, apresentariam óbices a essa hipótese de o juiz decretar a prova antecipada incidental de ofício, sob o argumento de que o princípio do dispositivo impede que o magistrado tome iniciativas na instrução do processo, sob pena de perder a sua neutralidade e tornar imparcial ou *impartial* às partes da causa<sup>528</sup>. Tais premissas são

---

<sup>526</sup> “Certo que o reconhecimento desse poder não justifica seu exercício espontâneo, fora do processo declaratório. Contudo, uma vez demandada a antecipação da prova com objetivo que não o de mera conservação, o poder de instrução há que ter a mesma intensidade que tem naquele outro contexto, especialmente quando se tratar de direitos e interesses indisponíveis ou em que a relação material seja marcada por desigualdade substancial”. (YARSHELL. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. 2009, p. 146-147).

<sup>527</sup> CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CARVALHO, Frederico Ivens Miná Arruda de. A admissibilidade dos meios de prova ilícitos no processo civil: uma análise a partir da conformação contemporânea dos poderes instrutórios do juiz e da técnica de ponderação do art. 489, §1º do CPC/2015. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 25, n. 10, p. 366-384, jan./abr. 2020.

<sup>528</sup> SOUSA, Diego Crevelin de. Segurando o juiz contraditor pela imparcialidade: de como a ordenação de provas de ofício é incompatível com as funções judicantes. *Revista Brasileira de Direito Processual*. – *RBDPro*, Belo Horizonte, ano 24, n. 96, p. 49-78, out./dez. 2016.

falaciosas<sup>529</sup>, pois o processo democrático exige do magistrado uma postura mais ativa no curso da demanda, uma vez que “não é mais justificável que os fatos não sejam devidamente verificados em razão da menor sorte econômica ou da menor astúcia de um dos litigantes”<sup>530</sup>.

Taruffo assevera que em todos os processos há pelo menos uma parte, que sabe que não tem razão e não tem interesse na busca pela verdade. Os advogados, por sua vez, também são parciais e estão na defesa dos seus clientes, de modo que nesses casos apenas o magistrado imparcial conseguiria buscar a verdade e, fazê-la prevalecer em contrapartida a uma versão dos fatos mais conveniente a uma das partes<sup>531</sup>. Isto é, “quanto mais neutro for o juiz, menos as partes estarão seguras quanto ao desenvolvimento do processo, que ficará à sorte do mais esperto, já que os litigantes atuam cada qual visando” seu próprio benefício<sup>532</sup>. Assim, a “prova jamais pode ser vista como uma arma privada do litigante que usa quando quer, mostra quando quer [...] a prova está acima disso, porque íntima ao ideal de verdade que permeia um modelo constitucional de justiça”<sup>533</sup>. Até porque, antes do resultado da prova o magistrado não sabe a quem ela beneficiará ou prejudicará, de modo que a defesa que a decretação de prova *ex officio* comprometeria a imparcialidade do juiz torna-se contraditória. Nesse sentido, caso o juiz não busque as informações para estabelecer de forma racional os fatos e a verdade no processo, ele poderia julgar apoiado em *early bias* ou *confirmation bias*, ou seja, com base em suas próprias impressões e pré-juízos, ofendendo de fato, nessa hipótese, o princípio da imparcialidade<sup>534</sup>.

Com base nisso, defende-se que a atividade instrutória do juiz não deve ser exercida em prol de uma das partes, deve-se buscar a verdade dos fatos, a fim de efetivar o direito do contraditório substancial e a pacificação social para o atingimento dos escopos do próprio processo<sup>535</sup>. Nessa linha, Trícia Navarro Xavier Cabral e Frederico Ivens Miná Arruda de Carvalho asseveram que os poderes instrutórios do juízo possuem fundamentos nos três pilares publicísticos<sup>536</sup> de busca da igualdade substancial, da verdade processual e da concretização das

---

<sup>529</sup> Por uma questão de corte metodológico, não será aprofundado nesse trabalho os debates suscitados na teoria do garantismo processual, embora seja necessário tecer alguns esclarecimentos quanto ao tema para conclusão desse tópico.

<sup>530</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO. *Novo curso de Processo Civil: teoria do Processo Civil*. 2017, p. 456-457.

<sup>531</sup> TARUFFO. *Processo civil comparado: ensaios*. 2013, p. 79-80.

<sup>532</sup> CABRAL. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. 2012, p. 48-49.

<sup>533</sup> RODRIGUES. *Processo Civil Ambiental*. 2016, p. 227.

<sup>534</sup> TARUFFO. *Processo civil comparado: ensaios*. 2013, p. 83.

<sup>535</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 119.

<sup>536</sup> CABRAL. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. 2012, p. 14.

finalidades da jurisdição<sup>537</sup>. Assim, em um ambiente cooperativo, igualitário e sob o contraditório participativo, deve o magistrado conduzir de forma ativa a instrução probatória, a fim de promover um “descortinamento mais completo e eficiente possível dos fatos controvertidos” para que seja alcançada uma solução legitimada para o conflito e em tempo razoável<sup>538</sup>. Seguindo essa linha de raciocínio, o legislador processual permitiu, no artigo 370 do CPC de 2015, a atividade probatória de ofício<sup>539</sup>, assim como previu no artigo 378 do CPC, que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”.

Porém, a iniciativa probatória do juiz não pode se dar a qualquer custo. Nesse trabalho, defende-se que pode ocorrer quando o magistrado vislumbrar a hipótese de que o esclarecimento dos fatos possui chance de contribuir para que a controvérsia seja resolvida por meio do método autocompositivo<sup>540</sup>. Além de que, nesse contexto do processo democrático, é importante que sejam respeitados parâmetros para possibilitar a instauração de ofício da produção antecipada de provas incidental. Nossa proposta é de que sejam observados os critérios da (i) subsidiariedade, de modo que apenas se as partes não tomarem iniciativa, poderia o magistrado adotar essa postura mais ativa no âmbito do processo, da (ii) fundamentação robusta da decisão do magistrado que decretar a produção antecipada de prova, no processo judicial já em curso (nos moldes do artigo 11 e do parágrafo primeiro, do artigo 489 do CPC de 2015), indicando os motivos que o levaram a vislumbrar que a antecipação de provas teria a capacidade de conduzir a resolução daquele conflito (específico) pelo método autocompositivo, como forma de justificar a excepcionalidade dessa atitude, da (iii) oitiva das partes, a fim de respeitar o princípio do contraditório e da ampla defesa, resguardando as regras dos artigos 9º

---

<sup>537</sup> Tais finalidades podem ser bem resumidas nos três escopos da jurisdição, quais sejam: “social (pacificando e educando com uma decisão revestida de legitimidade e, portanto, aceita pelas partes); jurídico (reafirmando a vigência do direito objetivo, ante a identificação precisa dos fatos em que incide) e político (afirmando a legitimidade da atuação estatal), fruto de uma comunidade de trabalho com as partes que lhe empresta legitimidade democrática” (CABRAL; CARVALHO. A admissibilidade dos meios de prova ilícitos no processo civil: uma análise a partir da conformação contemporânea dos poderes instrutórios do juiz e da técnica de ponderação do art. 489, §1º do CPC/2015. 2020).

<sup>538</sup> CABRAL; CARVALHO A admissibilidade dos meios de prova ilícitos no processo civil: uma análise a partir da conformação contemporânea dos poderes instrutórios do juiz e da técnica de ponderação do art. 489, §1º do CPC/2015. 2020.

<sup>539</sup> Yarshell defende que pelo parágrafo único do artigo 370 do CPC de 2015, se o magistrado pode determinar ou indeferir as provas requeridas pelas partes, poderia ainda, tomar a iniciativa de medidas de instrução. (YARSHELL. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. 2009, p.113).

<sup>540</sup> Há outros critérios que parecem possibilitar essa premissa do magistrado poder antecipar a produção da prova (para o início da ação), como por exemplo, o critério da urgência e da evidência, com base em uma leitura sistematizada do ordenamento processual (a partir do artigo 139, VI, combinado com o artigo 381, I, e também com o artigo 311). Contudo, não serão abordadas essas hipóteses, pois não são relevantes para o desfecho dessa pesquisa, talvez para uma próxima.

e 10º do CPC, que dispõe que o magistrado não “proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida” e, por fim, da (iv) limitação dos fatos e circunstâncias constantes nos autos, não podendo a prova antecipada ser produzida sem qualquer correspondência com os fatos informados na petição inicial do processo.

#### **4.2.2. Ação antecipada de provas “incidental” e recusa imotivada das partes**

Definido que uma parte já demandada no processo ordinário (de mérito) pode pleitear a produção antecipada de provas de forma incidental, se vislumbrasse que esse esclarecimento antecipado promoveria a resolução da lide de forma mais eficiente, do mesmo modo que na inércia das partes (subsidiariamente), poderia o magistrado, instaurar de ofício a sua produção. Mas, decidido pela realização da prova antecipada incidental, cumpre verificar se a outra parte (requerida) poderia se recusar a seguir com a sua produção.

Primeiramente, é necessário tecer algumas considerações sobre o momento do nosso processo civil. A começar, o legislador processual, no artigo 6º do CPC de 2015, concedeu expressamente autonomia ao modelo de processo cooperativo<sup>541</sup>. Esse modelo, que se diferencia do modelo inquisitivo e adversarial, foi bastante defendido na doutrina<sup>542</sup>, por ser um modelo de processo que se compatibiliza melhor com o Estado Democrático de Direito. Didier Jr.<sup>543</sup> leciona que esse novo modelo decorre do fato de não haver destaque especial para nenhum dos sujeitos processuais, ou seja, a condução do processo<sup>544</sup> ocorre de forma paritária, com diálogo e equilíbrio, demonstrando que o princípio da cooperação surge da junção dos princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório. De modo que para esse autor, a cooperação deve ocorrer inclusive entre as partes<sup>545</sup>, já que o artigo 6º do CPC

<sup>541</sup>Outros preceitos do Código de Processo Civil de 2015 também delimitam o processo brasileiro ao modelo cooperativo: a constitucionalização do processo do artigo 1º; a proibição de que os juízes decidam contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida no artigo 9º c/c artigo 10º e artigo 493, parágrafo único; a necessidade de que as decisões judiciais sejam bem fundamentadas artigo 11 e 489, parágrafo primeiro, dentre outros.

<sup>542</sup>“OLIVEIRA, 2003, p. 28-29; GRASSI, 2003, p. 50; DIDIER JR., 2005, v. 127, p. 75 – 78; DIDIER JR., 2008b, p. 58-61; DIDIER JR., 2009c; CABRAL, 2010, p. 103-171, 207-234 e 239-243; CABRAL, 2005a, p. 449-464; NUNES, 2008; MITIDIERO, 2009; BERVALDO, 2011, p. 455-462; CUNHA, 2012ª; BARREIROS, 2013” (DIDIER JÚNIOR. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 18).

<sup>543</sup> DIDIER JÚNIOR. Os três modelos de Direito Processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. 2011, p. 213.

<sup>544</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 102-103.

<sup>545</sup> Chama atenção a este ponto, as posições contrárias de Daniel Mitidiero Jr. e, em certo ponto, de Hermes Zaneti Jr. pois, em apertada síntese, Mitidiero defende que cooperação existe apenas na relação juiz-partes enquanto que, para Zaneti, a cooperação, na verdade, é formada por deveres objetivos para com o processo (PIMENTA, Henrique de Souza. *A cooperação no CPC-2015: colaboração, participação ou cooperação para o processo?* 2018. 147f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2018, p. 15-149. Disponível em: <[https://repositorio.ufes.br/bitstream/10/8845/1/tese\\_12175\\_Henrique%20de%20Souza%20Pimenta.pdf](https://repositorio.ufes.br/bitstream/10/8845/1/tese_12175_Henrique%20de%20Souza%20Pimenta.pdf)>. Acesso em: 3 jun. 2021). Ressalte-se que não será aprofundada tal discussão no presente trabalho, sendo análise para uma próxima pesquisa.

dispõe que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si”. Com isso, pode-se afirmar que a relação processual deve ser desenvolvida de forma conjunta entre os juízes e as partes, entre partes e partes e entre demais relações jurídicas que compõem o processo<sup>546</sup>.

Baseado nesse pressuposto, surgem deveres de conduta para as partes, para o magistrado e demais sujeitos do processo, sendo considerada ilícita condutas contrárias à obtenção do “estado de coisas” (comunidade processual de trabalho) que o princípio da cooperação visa promover<sup>547</sup>. Dentre esses deveres de cooperação, Marinoni, Arenhart e Mitidiero asseveram que para o processo atual (cooperativo), além de ter um direito à prova, há também um dever geral de auxílio com a produção da prova, advindo dos princípios constitucionais da ampla defesa e do acesso à justiça, que necessitam de plena realização<sup>548</sup>. Retira-se, portanto, das partes a conveniência de decidir se produzem ou não a prova, estabelecendo um dever geral de provar, que baliza a conduta das partes<sup>549</sup>.

Seguindo essa linha, a interpretação apropriada para o artigo 378 do CPC de 2015, que dispõe (como visto anteriormente) que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”, seria no sentido de que há um legítimo dever de colaborar com a descoberta da verdade. Por óbvio, uma obrigação de meio e não de fim, tendo em vista que não se exige que alcance a verdade, mas que a busque. A propósito, Lessa Neto enfatiza que não há “um dever geral de produzir todas as provas de que disponha, sem que seja para tanto instada”<sup>550</sup>, mas sendo a parte requerida, nasce o seu dever de colaborar com a instrução probatória.

Contudo, para outros doutrinadores<sup>551</sup>, não haveria um “dever de provar” propriamente dito, pois defendem que não haveria sanção para quem não quisesse produzir a prova<sup>552</sup>.

---

<sup>546</sup> “O modelo cooperativo de processo, ao transpor as características do Estado Democrático Constitucional para o ambiente processual, organiza a relação processual segundo uma comunidade de trabalho, no qual o trabalho processual deve ser realizado de forma conjunta entre os juízes e as partes. Nesse sentido, Fredie Didier Jr. compreende que a condução cooperativa do processo é feita sem destaque particular a qualquer um dos sujeitos processuais” (PIMENTA. *A cooperação no CPC-2015: colaboração, participação ou cooperação para o processo?* 2018, p. 39-40).

<sup>547</sup> DIDIER JÚNIOR. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 19.

<sup>548</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 253.

<sup>549</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO. *Curso de Processo Civil*. 2015, p. 253.

<sup>550</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 122.

<sup>551</sup> Conforme assevera em sua pesquisa João Luiz Lessa Neto (LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 121).

<sup>552</sup> Nesse ponto, merece pontuar que quanto aos institutos sancionatórios o sistema brasileiro ainda tem muito que avançar, quando comparado com o direito norte-americano, uma vez que esse sistema conta com táticas que

Existiria apenas ‘risco do processo’, advindo do ônus processual<sup>553</sup>, da parte que se recusasse a seguir com a produção da prova de certo fato. Isto é, a parte que obstasse o conhecimento das matérias fáticas envolvidas na controvérsia teria de arcar com os ônus processuais advindos dessa recusa<sup>554</sup>. Por exemplo, poderia ser o caso de o juiz quando decidisse o pedido, admitir como verdadeiro os fatos alegados, combinando o artigo 400, inciso I, com o artigo 398 do CPC de 2015, caso a parte requerida não exibisse documento/coisa nem fizesse nenhuma declaração no prazo de 5 (cinco) dias da sua intimação<sup>555</sup>. Além disso, no caso de nítida recusa infundada em colaborar com a instrução probatória incidental (capaz de acelerar a resolução da controvérsia por meio de acordo), poderia, inclusive, ser concedida tutela de evidência ao requerente da prova por ficar caracterizado abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte requerida, nos moldes do artigo 311, inciso I do CPC de 2015. Sem contar, que a parte que deixasse de cooperar com a produção antecipada de prova, também, teria o ônus de não poder utilizá-la em um processo futuro, sob pena da incidência do *venire contra factum proprium* (uma vez que a parte adotaria uma posição jurídica contrária ao comportamento observado anteriormente), o que é vedado no nosso ordenamento<sup>556</sup>.

Paulo Henrique dos Santos Lucon afirma que a recusa em cooperar com a descoberta da verdade acarreta, além das regras dos ônus processuais, a aplicação das sanções previstas nos artigos 77 a 81 do CPC de 2015, se revelando, na verdade, um “dever ético imposto pela lei aos sujeitos processuais”<sup>557</sup>. Por exemplo, o legislador processual estabeleceu no CPC de 2015 que os atores processuais devem “expor os fatos em juízo conforme a verdade” (artigo 77, inciso I), impõe às partes o dever de “não formular pretensão” ou “apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento” (artigo 77, inciso II), e considera litigante de má-fé aquele que alterar a verdade dos fatos (artigo 80, inciso II)<sup>558</sup>.

---

induzem um comportamento probo e cooperativo para a condução do processo. Um exemplo claro disso é o *contempt of court*, que permite que o juiz norte-americano aplique sanções “para a parte que desobedecer a ordens judiciais ou deixar de colaborar para o bom andamento do processo”. Tal poder do magistrado é considerado essencial pela Suprema Corte americana, pois “sem ele o Judiciário norte-americano seria impotente” (CAMBI; PITTA. *Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira*. 2015).

<sup>553</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 121.

<sup>554</sup> Define-se ônus processuais como “situações processuais que pedem a prática de um ato por determinada pessoa, e a recusa em praticá-lo acarretará risco de prejuízo processual para quem deveria praticá-lo” (ARSUFFI. *A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo*. 2019, p. 150).

<sup>555</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Artigo 379. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. (Coord). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 586.

<sup>556</sup> ARSUFFI. *A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo*. 2019, p. 152.

<sup>557</sup> LUCON. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 584-585.

<sup>558</sup> LUCON. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 584-585.



Com base nisso, poderia ser defendido que o magistrado, a partir da conjugação dos artigos 139, inciso IV<sup>559</sup>, 386 e 400 do CPC de 2015<sup>560</sup> e todos os fundamentos aqui expostos, poderia adotar “medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial”, de modo a aplicar sanções coercitivas (como multa periódica) para que o ato comissivo ou omissivo esperado em relação a produção de provas ocorresse<sup>561</sup>.

Todavia, partindo de uma interpretação literal do artigo 379 do CPC de 2015, que preserva o direito da parte de não produzir prova contra si própria, renasce a discussão se a parte (requerida) poderia se recusar a produzir a prova antecipada, sob o fundamento de que a prova poderia ser contrária a si, em possível processo civil. Nesse ponto, importante distinguir duas situações que podem gerar essa confusão, a primeira situação (i) cinge-se ao fato de que a parte não é obrigada a apresentar provas desfavoráveis a si, sem qualquer requerimento ou provocação, diferentemente da (ii) hipótese que a parte é requerida/provocada a produzir prova, e mesmo assim, tenta se escusar de exibi-la. A redação do *caput* do artigo 379 do CPC se justifica, na verdade, para a primeira situação (i), quanto à segunda (ii), sua interpretação é limitada, uma vez requerida ou provocada a prova a parte tem o dever de colaborar com sua produção<sup>562</sup>, de comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado, como também de praticar o ato que lhe for determinado, nos moldes dos incisos do artigo 379. Assim, a redação do *caput* desse artigo precisa ser interpretada sistematicamente com o restante do nosso ordenamento, caso contrário as diretrizes dos direitos fundamentais do processo (como devido processo legal, ampla defesa e contraditório), do artigo 385 do CPC de 2015 (que o legislador previu a consequência de confissão ficta para aquele que se recusa a depor), ou a previsão do

---

<sup>559</sup> Artigo 139 do CPC de 2015: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”. Por mais que se defenda que o artigo 139, inciso IV do CPC de 2015, consiste em verdadeira cláusula geral executiva, esse dispositivo não está adstrito apenas à fase executiva (ARSUFFI. *A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo*. 2019, p. 155). De modo, que o juiz vislumbrando a maior eficiência na produção antecipada de provas incidental e, havendo recusa injustificada da parte requerida, nos parece possível que o juiz adote medidas indutivas para esta produção.

<sup>560</sup> Artigo 386 do CPC de 2015: “Quando a parte, sem motivo justificado, deixar de responder ao que lhe for perguntado ou empregar evasivas, o juiz, apreciando as demais circunstâncias e os elementos de prova, declarará, na sentença, se houve recusa de depor”. Artigo 400 do CPC de 2015. “Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se: I - o requerido não efetuar a exibição nem fizer nenhuma declaração no prazo do art. 398; II - a recusa for havida por ilegítima. Parágrafo único. Sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido”.

<sup>561</sup> LUCON. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2015, p. 585.

<sup>562</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 373-374.

artigo 378 do CPC (que assevera que ninguém pode se eximir do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade<sup>563</sup>), perderiam o sentido. Inclusive, a finalidade dessa limitação, prevista no artigo 379, tange ao direito de não produzir provas desfavoráveis a si para evitar a persecução criminal<sup>564</sup>. Tanto é que o artigo 229 do Código Civil<sup>565</sup>, que permitia a hipótese de não depor em caso de depoimento que pudesse trazer “risco de demanda ou dano patrimonial”<sup>566</sup> (processo civil), foi expressamente revogado pelo legislador do CPC de 2015 (no artigo 388). Desse modo, Diego Crevelin Sousa assevera que “considerando o art. 379, CPC, em cotejo com outras regras de dispensa de prova (v.g. arts. 386, 388, I e III, CPC), conclui-se que nada justifica negar a existência da garantia de não provar contra si mesmo no processo civil”<sup>567</sup>.

Porém, é importante ressaltar que o direito à prova não é absoluto, ele precisa guardar pertinência com os fatos narrados na inicial da ação de produção antecipada de provas, e obedecer aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, ponderando “as possíveis consequências jurídicas do fato e os custos e esforços envolvidos na produção da prova”<sup>568</sup>, a fim de se verificar a plausibilidade na produção dessa prova. Isso tudo para não resultar em uma utilização abusiva (injustificada e aleatória) da produção antecipada de provas, como verificado em algumas situações do *discovery* nos EUA.

Ante todo o exposto, é necessário que as partes cooperem entre si para que o direito probatório seja de fato respeitado, pois seguindo a premissa do artigo 6º, combinado com a previsão do artigo 5º do CPC de 2015, há a necessidade dos sujeitos, agindo de boa-fé objetiva, cooperarem entre si para que o processo seja o mais eficiente, célere e eficaz possível. De modo que, se a antecipação de provas de forma incidental for capaz de proporcionar essa maior eficiência na resolução do conflito, não poderia a parte requerida se recusar, sem algum motivo

---

<sup>563</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado*: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra. 2021, p. 373.

<sup>564</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 171.438/DF*. Rel.: Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. DJe 17/08/2020.

<sup>565</sup> Redação original do artigo 229 do Código Civil de 2002 antes de ser revogado pela Lei n.º 13.105, de 2015: “Ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato: I - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo; II - a que não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, parente em grau sucessível, ou amigo íntimo; III - que o exponha, ou às pessoas referidas no inciso antecedente, a perigo de vida, de demanda, ou de dano patrimonial imediato”.

<sup>566</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado*: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra. 2021, p. 373.

<sup>567</sup> SOUSA, Diego Crevelin de. Dever (ou direito) de (não) provar contra si mesmo? (!) O dilema em torno do art. 379, CPC. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, Wiliam Santos (Coord.). *Direito probatório*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 271.

<sup>568</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado*: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra. 2021, p. 375.

legítimo, a produzir essa prova antecipada, sob pena de agir contrariamente aos princípios da cooperação e da boa-fé processual, e aos objetivos do Estado na sua tutela jurisdicional.

#### 4.3. “*Pré-trial*” e *trial* no processo civil brasileiro

No sistema norte-americano, como vislumbrado, o processo judicial tem duas fases, uma anterior ao julgamento, chamado de *pretrial*, e outra fase voltada para o julgamento, conhecida como *trial*. A primeira fase, marcada pela etapa postulatória e pela técnica do *discovery* (prevista na Regra nº 26 das FRCP), é conhecida por permitir um esclarecimento da matéria fática logo no início do processo, o que contribui para o convencimento das partes sobre quem tem razão na demanda, e promove um número maior de controvérsias norte-americanas que são resolvidas por meio do método autocompositivo. Seguindo essa lógica, testou-se a produção antecipada de provas de forma incidental (convencionada pelas partes, com base no artigo 190 do CPC de 2015, ou decretada pelo magistrado, com fundamento no artigo 139, inciso VI, combinado com artigo 370, ambos do CPC de 2015) também teria a capacidade de solucionar os conflitos pelo método autocompositivo, contribuindo para eficácia processual. Nessa oportunidade, concluiu-se que essa técnica brasileira, também proporciona um maior esclarecimento da matéria fática, que permite as partes resolverem suas controvérsias por meios adequados, uma vez que as divergências fáticas são “um dos principais motivos pelo qual as partes deixam de transigir”<sup>569</sup>.

Com essa produção antecipada incidental, pode-se sugerir que há duas fases no processo civil brasileiro, uma fase pré-julgamento (como o *pretrial* do direito norte-americano), em que a produção de provas se volta para a elucidação e o convencimento dos próprios demandantes, e outra fase (que pode ou não ocorrer), chamada de julgamento (*trial*), que o magistrado apreciará as provas produzidas, decidindo o conflito por meio de uma decisão adjudicada. Essa proposta decorre do fato, de que há controvérsias, que não são resolvidas pelo procedimento comum de forma eficiente, que por sua natureza se contarem com o esclarecimento dos fatos logo no início do processo<sup>570</sup>, conseguiriam viabilizar uma tutela do direito mais célere e adequada, inclusive, por meio do método autocompositivo.

---

<sup>569</sup> ARSUFFI. *A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo*. 2019, p. 106-107.

<sup>570</sup> AMARAL. *Direito autônomo à prova*. 2017, p. 156.

Nesse sentido, buscando tornar o processo mais eficiente, vale-se da flexibilização procedimental<sup>571</sup> para antecipar a produção de provas de forma incidental (baseada, a depender da situação, nos artigos 190 ou 139, inciso VI c/c 370 do CPC de 2015). Dierle Nunes e Alexandre Bahia têm defendido que as formas de maleabilidade do processo civil brasileiro decorrem, sobretudo, dos princípios (i) da adequação e (ii) da adaptabilidade. O primeiro princípio, revela-se como uma imposição dirigida ao legislador, para que ele “construa modelos procedimentais aptos a tutela especial de certas partes ou do direito material”<sup>572</sup>, enquanto que o segundo princípio, volta-se ao magistrado, para que ele, estudando a controvérsia, possa flexibilizar o procedimento, que é visto como inadequado ou de reduzida utilidade, tudo para melhor atender as peculiaridades da causa<sup>573</sup>. Com esse princípio da adaptabilidade, o magistrado poderia conceder (quando solicitado pelas partes) ou decretar (de ofício) a antecipação da dilação probatória no processo, quando perceber que isso geraria mais eficiência para a solução do conflito. Nesse caso, não há que se falar em nulidade processual, porque com base no princípio da adaptabilidade e no teor do artigo 188 do CPC de 2015, somente será ensejado vício de forma, se os atos processuais não cumprirem sua finalidade ou se contarem com restrição legal que vede sua prática. Conforme leciona Cabral, “inexistindo previsão legal ou cominação de nulidade, a forma utilizada só causará nulidade se por outro modo não atingir sua finalidade ou se causar prejuízo à parte”<sup>574</sup>. Como não há restrição legal, vedando a antecipação de provas incidental, nem demonstração que adiantá-la haveria risco ao atingimento de sua finalidade, ou mesmo, que essa mudança poderia causar prejuízos às partes, a alteração desse procedimento processual há de ser válida.

Por fim, valendo-se dos ensinamentos de Chiara Besso, verifica-se que a solução do conflito, por vezes, “depende tão ou mais da reconstrução da realidade fática do que de questões de direito propriamente ditas”<sup>575</sup>, desse modo, o intuito dessa modificação do procedimento, é conseguir “fornecer às partes elementos objetivos”, ou para continuar litigando em “juízo com maior segurança e responsabilidade ou, especialmente, para que adotem soluções de autocomposição, de sorte a evitar o julgamento estatal”<sup>576</sup>. Logo, se a prova não servir para evitar a segunda fase do processo (fase de julgamento), viabilizando melhor as técnicas

---

<sup>571</sup> NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Eficiência processual: algumas questões. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 169, p. 116-139, mar. 2009.

<sup>572</sup> GAJARDONI. *Flexibilidade procedimental*. 2007, p. 154.

<sup>573</sup> GAJARDONI. *Flexibilidade procedimental*. 2007, p. 154.

<sup>574</sup> CABRAL. *Flexibilização procedimental*. 2010, p. 135-164.

<sup>575</sup> BESSO, 2004, p. 15-18, *apud* ARSUFFI. *A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo*. 2019, p. 78-79.

<sup>576</sup> YARSHELL. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. 2009, p. 144.

processuais<sup>577</sup>, sua produção de forma antecipada (incidental) poderia servir como um meio de organizar melhor o processo judicial, permitindo que ele fosse julgado de forma mais célere e eficiente.

#### **4.4. Produção de provas antecipada, autônoma ou incidental, como fator indutor da autocomposição**

Firmado o entendimento que no modelo de processo cooperativo, concebido no artigo 6º do CPC de 2015, o juiz e os demais sujeitos processuais atuam em regime de simetria, cooperando para o desenvolvimento da lide e para a construção, em tempo razoável, da solução justa e efetiva para o conflito, bem como que os destinatários da prova passaram a ser (além do juiz) as próprias partes<sup>578</sup>, elas também passaram a julgar e deliberar “(ir ou não ir a juízo, resistir a dada pretensão ou dela abrir mão, total ou parcialmente)” após essa produção antecipada de provas, sendo que a distinção entre o julgamento das partes e o do juiz, é que “este julga e decide imperativamente”<sup>579</sup>. Com isso, as “provas e o acesso à informação são colocados como instrumentos de avaliação e negociação”<sup>580</sup> aos interessados, contribuindo para que eles possam apreciar o prognóstico de êxito de um dado processo futuro (no caso da produção de provas antecipada de forma *autônoma*) ou de um processo já em curso<sup>581</sup> (no caso da produção antecipada de provas de forma *incidental*).

Isso porque, verifica-se que a insuficiência dos elementos fáticos, impede que as partes efetuem uma correta avaliação das possibilidades de êxito na dialética, prejudicando que as mesmas cheguem a um acordo, por não conseguirem perceber quem tem razão<sup>582</sup>. Desse modo, a função da produção antecipada de prova (autônoma ou incidental) é justamente viabilizar, a partir da confirmação ou negação das alegações fáticas controvertidas, a celebração de acordos no ambiente processual, uma vez que a legitimidade do ato de litigar consiste na persistência de dúvida sobre quem tem razão na contenta<sup>583</sup>. As partes clarificadas dos fatos ocorridos, caso

<sup>577</sup> ARSUFFI. *A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo*. 2019, p. 127.

<sup>578</sup> YARSHELL. *Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autônomo à prova*. 2009, p. 68-69; DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA. *Curso de Direito Processual Civil*. 2017, p. 61.

<sup>579</sup> YARSHELL. *Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autônomo à prova*. 2009, p. 68-69.

<sup>580</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 265.

<sup>581</sup> “A determinação das chances da parte é, aliás, diretamente ligada à idéia de ônus – e, em particular, o de provar (cf. Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 13ª ed., p. 239)” (YARSHELL. *Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autônomo à prova*. 2009, p. 66).

<sup>582</sup> CURY. *Produção antecipada de prova e o disclosure no Direito brasileiro*. 2017.

<sup>583</sup> ARAÚJO; MADUREIRA; RODOR. *Autocomposição e ferramentas jurídicas*. 2020.

oponham resistência injustificada ao andamento do processo, estariam agindo de má-fé (artigo 80, inciso IV do CPC de 2015). Sendo um dever dos sujeitos do processo não formularem pretensão ou apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento (artigo 77, inciso II do CPC de 2015) ou mesmo distorcer os fatos da contenda (artigo 77, inciso I do CPC de 2015).

Por isso, Lessa Neto sustenta que a produção antecipada de provas (aqui defende-se autônoma ou incidental) passa a ser como uma técnica integrada com fins ao desenvolvimento do sistema multiportas, “funcionando de maneira complementar e, por vezes, conjunta com outras técnicas adequadas de resolução de conflitos”<sup>584</sup>. Ou seja, a relação “entre os meios extrajudiciais e o processo judicial na identificação dos fatos é de complementariedade”<sup>585</sup>. Victor de Paula Ramos assevera que o legislador processual acreditou, que a produção antecipada de prova poderia servir para viabilizar a autocomposição, ou outro meio adequado de solução de conflito, quando estipulou no artigo 381, inciso II, do CPC de 2015, que a prova antecipada poderia ser produzida quando fosse “suscetível de viabilizar a autocomposição”. Sob esse ponto, Ramos afirma que com “o resultado da prova produzida, (imagine-se, para facilitar, uma prova pericial, que indique a responsabilidade de uma construtora por vícios construtivos encontrados em um edifício)” as partes possuiriam melhores condições de firmar acordos<sup>586</sup>, pois estariam clarificadas dos fatos ocorridos, das responsabilidades de cada um, dos danos causados, sabendo o que pleitear no acordo para que esse fosse adequado e justo para solucionar o problema.

Vale destacar, que além da indefinição dos fatos envolvidos na controvérsia, o não esclarecimento quanto ao *quantum debeat* envolvido na ação também dificulta ao demandado decidir qual a melhor postura que ele adotaria diante da pretensão do autor. Isto é, quando o réu sabe de antemão qual o valor da pretensão do demandante, o réu pode, ao menos, “preparar-se para fazer uma proposta de acordo que colocasse fim ao processo”<sup>587</sup>. Sem o valor indicado na petição inicial, “o demandado se defenderia sem saber exatamente qual é a pretensão do autor

---

<sup>584</sup> LESSA NETO. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. 2021, p. 273.

<sup>585</sup> CARVALHO, Fabrício de Farias. A prova e sua obtenção antecipada no novo Código de Processo Civil. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, Wiliam Santos (Coord.). *Direito probatório*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 767.

<sup>586</sup> RAMOS, Victor de Paula. O procedimento de produção antecipada de provas sem requisito de urgência no novo CPC: a teoria dos jogos e a impossibilidade de acordos sem calculabilidade de riscos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 263, p. 313-332, 2017.

<sup>587</sup> NEVES. *Ações probatórias autônomas*. 2008, p. 444.

e somente conseguiria posicionar-se a esse respeito após a realização da prova pericial”<sup>588</sup>. Seguindo essa lógica, cita-se como exemplo, o caso do desabamento no condomínio Grand Parc Residencial Resort<sup>589</sup>, na Enseada do Suá, em Vitória/ES. Nesse evento, empregaram as premissas defendidas nesse trabalho, uma vez que a empresa e incorporadora Cyrela e os condôminos realizaram de forma antecipada a perícia técnica no local e verificaram os danos causados aos moradores atingidos por aquele desastre, permitindo a Cyrela propor às vítimas um acordo compatível com os danos sofridos. Ou seja, com o resultado das provas periciais, a empresa conseguiu analisar a relação custo-benefício e, percebeu que defender judicialmente uma demanda fadada ao insucesso seria mais oneroso, que indenizar as vítimas com base nos danos sofridos por elas. Na perspectiva da parte ré, a produção antecipada de provas é útil na medida em que possibilita essa análise econômica do direito, de modo que o demandado passa a ter condições de averiguar com maior precisão o que seria mais dispendioso a ele (i) contratar um advogado para impugnar a demanda, apresentando defesa fadada ao insucesso, acarretando gastos com custas judiciais, serviço advocatícios, honorários sucumbenciais, além de arcar, ao final, com a obrigação atualizada com os juros e correção monetária, sem contar o risco de ser considerado litigante de má-fé por estar apresentando resistência injustificada ao andamento do processo, ou (ii) propor um acordo, dando fim ao conflito com menos esforços e, possivelmente, de maneira menos onerosa.

Yarshell defende que o simples conhecimento da parte quanto ao ônus de provar, somados com a obrigação de adiantar as despesas dessa prova, que ainda pode não lhe favorecer, somados a dilação de tempo (fator que onera a parte) pode fazer com que a parte se engaje em buscar uma solução autocompositiva<sup>590</sup>. Até mesmo porque, com a “ausência de custas, a celeridade e a informalidade” do método autocompositivo há uma maior atratividade desse método para as partes<sup>591</sup>. Outro exemplo, possível de concretizar as ideias desse trabalho, é o caso das vítimas da tragédia do incêndio do Centro de Treinamento no Ninho do Urubu<sup>592</sup>.

---

<sup>588</sup> Nesse sentido, Daniel Neves complementa afirmando que “é justamente nessas circunstâncias que a ação probatória autônoma teria grande serventia, ao exigir-se que o autor antes de ingressar com o processo de conhecimento, afira judicialmente o valor do dano que entende ter suportado, de modo a permitir, na petição inicial, seja elaborada pedido certo e determinado, como exige art. 286, caput, do CPC” (NEVES. *Ações probatórias autônomas*. 2008, p. 444-445).

<sup>589</sup> GRAND Parc: R\$ 130 milhões de indenização e retorno em 2 anos. 2017. Disponível em: <<https://www.gazetaonline.com.br/noticias/cidades/2017/05/grand-parc-r-130-milhoes-de-indenizacao-e-retorno-em-2-anos-1014058898.html>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

<sup>590</sup> YARSHELL. *Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autônomo à prova*. 2009, p. 70-71.

<sup>591</sup> YARSHELL. *Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autônomo à prova*. 2009, p. 71.

<sup>592</sup> TRAGÉDIA: Incêndio no Ninho do Urubu, CT do Flamengo. 2019. Disponível em: <<https://esportes.estadao.com.br/noticias/futebol/tragedia-incendio-no-ninho-do-urubu-ct-do-flamengo,70002717003>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

Nesse caso, o clube tem perdido patrocínios e tem manchado sua imagem, de modo que a aferição da culpa, nesse primeiro momento, não tem se revelado o principal objetivo do Flamengo. O clube vem propondo acordo junto aos parentes das vítimas, a fim de solucionar da melhor forma possível tal tragédia, assumindo a responsabilidade pela tragédia, mas não a culpa. Mas como não está totalmente esclarecido às partes os fatos ocorridos nem o *quantum debeat* cabível nesse caso, a celebração de um acordo tem se tornado um desafio aos envolvidos, porque diante dessas incertezas, é difícil as partes chegarem a um acordo<sup>593</sup>. Seria mais eficaz se as partes propusessem uma produção antecipada de prova (incidental ao processo já em curso), de modo a realizar perícia no local, a fim de identificar os fatos passados e quantificar os danos sofridos, para facilitar as tratativas de acordo entre os interessados. A realização de um acordo nesse caso, possivelmente, seria mais benéfica aos parentes, evitando assim, o desgaste emocional das famílias no processo judicial, rememorado em depoimentos e esclarecimentos judiciais necessários, além de poder ser mais vantajoso economicamente, caso os valores das indenizações sejam compatíveis com os fatos ocorridos (que seria comprovado com a prova técnica pericial e contábil). E, ainda, poderia ser mais célere que qualquer ajuizamento de ação.

Sendo assim, a análise precisa da matéria fática e da quantificação dos danos, desde o início da controvérsia, permite que os interessados utilizem as provas como forma de convencer a outra parte a celebrar um acordo, como ocorre no chamado *neutral expert factfinding*, que como verificado, é uma espécie de perícia produzida na fase do *discovery* do direito norte-americano, em que há uma prova técnica capaz de clarificar de forma imparcial e independente os fatos e os danos ocorridos em determinada controvérsia, o que tem se revelado como um otimizador na realização de acordos no direito dos EUA<sup>594</sup>, haja vista que “a iniciativa de submeter a situação ao escrutínio de um profissional tecnicamente capacitado, sob mediação do Poder Judiciário”<sup>595</sup>, tende a servir como forma de “elidir qualquer eventual suspeita que pudesse pairar quanto ao atendimento a um interesse legítimo do particular”<sup>596</sup>.

---

<sup>593</sup> LIMA, Thiago. Embora uma família já tenha acordado quanto à indenização. *Globo Esporte*, Rio de Janeiro, 1 mar. 2019. Disponível em: <<https://globoesporte.globo.com/futebol/times/flamengo/noticia/flamengo-fecha-primeira-indenizacao-com-familia-de-vitima-de-tragedia-no-ninho-do-urubu.ghtml>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

<sup>594</sup> NEVES. *Ações probatórias autônomas*. 2008, p. 436.

<sup>595</sup> PICCELLI, Roberto Ricomini. *Perícia judicial preventiva em contratos administrativos*. Disponível em: <<https://www.google.com.br/amp/s/www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pericia-judicial-preventiva-em-contratos-administrativos-02012017/amp>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

<sup>596</sup> PICCELLI. *Perícia judicial preventiva em contratos administrativos*.



Todavia, há quem possa suscitar a ideia de que ingressar com uma medida probatória, antes do ingresso da ação judicial ou mesmo incidentalmente ao processo, seria uma afronta aos princípios da economia processual e da razoável duração do processo (pelo equívoco de achar que essa prática acarretaria em medida judicial autônoma desnecessariamente ou em prolongamento do processo). Mas conforme já demonstrado nos tópicos anteriores, a produção antecipada de provas (autônoma ou incidental) apenas adiantaria a “prova pericial que seria feita de qualquer maneira durante o processo de mérito (na fase de instrução), de modo que não é correto apontar para qualquer dificuldade extra na proposta feita”<sup>597</sup>. Complementando, é certo haver dois ganhos com essa prática, “a possibilidade de um acordo”<sup>598</sup> e uma organização maior do processo (seja futuro, seja em curso). Sem contar que, com a resolução do conflito por meio de um método autocompositivo, há uma maior pacificação social, porque a solução encontrada seria resultado da opção das partes cientes e convencidas do que realmente aconteceu, revelando-se mais eficaz que a própria decisão imperativa do Poder Judiciário<sup>599</sup> (que muitas vezes, as partes não concordam, resultando em sucessivas interposições de recursos).

E, ainda que, a prova antecipada não tenha o condão de evitar uma ação judicial ou prolongamento de uma ação já em curso, promovendo uma solução autocompositiva para o conflito, essa medida também se demonstrará benéfica para justificar a propositura ou a continuidade da ação judicial, tendo em vista que a demanda, após a produção de provas, contará com provas mais robustas, dirimindo, assim, pretensões mal substanciadas, contribuindo com uma justiça mais célere e eficiente. Além disso, a prova produzida antecipadamente será aproveitada pelo réu e pelo autor, de modo que eles poderão ter um melhor desempenho na defesa dos seus direitos, concretizando melhor “o objetivo jurídico do processo de, por meio do contraditório e da busca da verdade, possibilitar a prolação de uma sentença justa e consentânea com a realidade dos fatos”<sup>600</sup>.

Esse procedimento de prova antecipada (autônoma e incidental) é capaz de influir,

---

<sup>597</sup> NEVES. *Ações probatórias autônomas*. 2008, p. 445.

<sup>598</sup> NEVES. *Ações probatórias autônomas*. 2008, p. 445.

<sup>599</sup> “A autocomposição é sempre a forma mais efetiva de realização a justiça – porque tem por base uma solução negociada e aceita por ambas as partes” (VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 61-62).

<sup>600</sup> ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Notas sobre o projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 191, 2011, p. 299.

portanto, de duas formas para que o processo seja eficiente<sup>601</sup> (i) contribuir para a adoção de métodos adequados de solução de conflitos, contendo a litigiosidade, ou (ii) otimizar o deslinde processual para resolução justa e eficaz do mérito, caso a parte opte pelo ajuizamento ou pela continuidade da ação.

---

<sup>601</sup> “Haverá eficiência sempre que os meios adotados tenham pouco esforço e dispêndio e procedam no melhor resultado possível” (CUNHA. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo código de processo civil brasileiro. 2014, p.78-79).

## CONCLUSÃO

Ao final desta pesquisa e, em resposta aos problemas examinados, conclui-se que a técnica da produção antecipada de provas (autônoma e incidental) seria capaz de proporcionar uma maior elucidação dos fatos envolvidos na controvérsia, de modo a permitir que as partes conseguissem se convencer de quem tem razão, e tivessem condições de resolver seu conflito pelo método da autocomposição.

No desenvolvimento do tema, pode-se sintetizar as principais conclusões da seguinte forma:

1. No moderno Estado Democrático de Direito que se vive, não se pode mais compreender que o acesso à justiça estaria concretizado com o simples acesso ao Poder Judiciário. Para haver a efetivação desse direito (artigo 5º, XVVV da CRFB/1998), é preciso oferecer o acesso a uma tutela justa, efetiva e tempestiva, de modo que a contenda, em certos casos, pode (e deve) ser solucionada pelo acesso a outros métodos que resolvam de forma mais adequada os conflitos, que não a própria heterocomposição estatal.
2. O modelo de justiça civil fundado no que em doutrina se convencionou chamar de Tribunal Multiportas, emprega também o método autocompositivo para resolução de conflitos. Nesse método, há as técnicas da conciliação e da mediação, que por contarem com o apoio de um terceiro imparcial auxiliando a autocomposição, permitem que sejam empregadas pelo magistrado, no âmbito do Poder Judiciário, para induzir a celebração de acordos entre os contendores.
3. A partir do estudo do direito norte-americano, vislumbra-se que esse país revela um número expressivo de controvérsias que são resolvidas pelo método autocompositivo (diferentemente do Brasil, que possui baixos índices de obtenção de acordos). Isso torna os EUA um *case* de sucesso capaz de orientar as atividades dos intérpretes e operadores do direito brasileiro, a fim de tentar aumentar o número das contendas resolvidas de forma consensual.
4. A partir de fontes doutrinárias norte-americanas, estrutura-se três fatores que parecem contribuir para autocomposição naquele ordenamento. Analisa-se o fator da onerosidade processual, do pragmatismo jurídico dos interessados conjuntamente com a análise econômica do direito e do convencimento das partes.
5. A alta onerosidade processual do direito norte-americano, diferentemente do que se tem no

processo brasileiro, funciona como real inibidora de ajuizamento ou prolongamento de demandas com baixas perspectivas de êxito naquele país. Com isso, não se consegue incorporar esse fator no nosso ordenamento (como está positivado hoje), para ampliar a resolução de conflitos com base no método autocompositivo. Inclusive, essa vedação decorre do próprio dispositivo constitucional que impõe que as partes que não possuem condições de arcar com os custos processuais e com honorários advocatícios, teriam direito à assistência judiciária, disponibilizada pelo próprio Poder Público, sob pena de infringir o princípio da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, incisos XXXV e LXXIV da CRFB/1998).

6. Também não se cogita no Brasil, a mesma influência do pragmatismo jurídico que os Estados Unidos apresentam, pois como vislumbrado, além desse estudo no Brasil ser recente (quando comparado com o início da teoria nos EUA), ainda conta-se com as dificuldades de aplicação dessa teoria pelo traço cultural dos nossos litigantes.

7. O único fator (examinado nessa pesquisa) de indução a autocomposição do direito norte-americano que teria potencial de orientar a celebração de acordos, também aqui no Brasil, seria o convencimento das partes, em especial, quando percebe-se que o destinatário da prova, no nosso ordenamento, deixou de ser apenas o magistrado, compreendendo também as partes do processo, pois elas também possuem interesse na produção das provas para conseguirem elucidar os fatos ocorridos e pôr fim ao conflito.

8. O fator do convencimento das partes, nos EUA, concretiza-se a partir da técnica do *discovery*, etapa de investigação processual durante o *pretrial* (fase anterior ao julgamento), que permite um esclarecimento das partes sobre a matéria fática envolvida na controvérsia, possibilitando que elas convencidas de quem tem razão, consigam compor, mais facilmente, seu conflito.

9. A ação antecipada de provas (autônoma), desvinculada dos requisitos de urgência e da cautelaridade, como prevista pelo legislador do CPC de 2015, no seu artigo 381, inciso II, possibilitou que as partes consigam conhecer os elementos fáticos e probatórios relacionados ao seu caso, de forma prévia a demanda (de mérito), conseguindo, assim, decidir (a partir da análise do prognóstico de êxito do seu pleito) se seria melhor propor uma ação judicial ou celebrar um acordo.

10. A técnica do *discovery* e a ação antecipada de provas, como disposta no artigo 381, inciso II, do CPC de 2015, aproximam-se na medida em que ambas as técnicas possuem a função de clarear a matéria fática aos envolvidos no conflito, propiciando que eles solucionem o seu

problema de forma consensual.

11. Contudo, por uma questão cultural voltada à litigiosidade (e ajuizamento das ações), questiona-se havendo processo (de mérito) em curso, as partes, ou mesmo o juiz, percebendo que o conflito dependeria, especialmente, do esclarecimento dos fatos, poderiam solicitar a produção antecipada de provas de forma incidental (trazendo-a para início do processo em curso), viabilizando a resolução do conflito pelo método autocompositivo, de forma a concretizar a norma fundamental do processo civil que dispõe que o “Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (artigo 3º, parágrafo segundo do CPC de 2015).

12. Verifica-se que por meio da cláusula geral de negócio jurídico processual (artigo 190 do CPC de 2015) poderiam as partes convencionar, trazendo a produção das provas para o momento inicial do processo (incidentalmente), a fim de proporcionar uma tutela jurisdicional mais eficiente (nos moldes do Enunciado de nº 163 publicado na II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho de Justiça Federal), uma vez que com a prévia clareza do suporte fático, poderia permitir que as partes se convencessem de que o direito em discussão para alguma delas seria infundado, impulsionando, portanto, um pedido de desistência da ação indevida, ou a resolução do litígio por meio de um acordo, ou ainda, poderia contribuir para que a decisão adjudicada fosse mais célere, já que o contraditório das partes se limitaria aos pontos controvertidos envolvidos na lide.

13. Assim, a produção antecipada de provas de forma incidental, bem como a produção autônoma, tem a capacidade de induzir a autocomposição. Ocorre que, as partes podem não convencionar sobre a sua aplicação, tornando-se necessária a análise se haveria fundamentos jurídico-normativos para o magistrado conseguir decretar de ofício essa produção antecipada de provas de forma incidental, quando vislumbresse que a lide seria mais facilmente resolvida após o esclarecimento da matéria fática, inclusive, pelo método autocompositivo. Nessa oportunidade, verifica-se que, a partir de uma interpretação sistemática do artigo 139, inciso VI do CPC, que prevê que o juiz pode “alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito”, assim como, que o magistrado pode de ofício determinar as provas necessárias para a resolução do caso (artigo 370 do CPC), tem-se o respaldo para utilização dessa técnica *ex officio*.

14. Por óbvio, o juiz poderia decretar a produção antecipada de provas de forma incidental, desde que o fizesse observando os parâmetros elencados nesse trabalho em conformidade com as normas fundamentais do processo civil brasileiro.

## REFERÊNCIAS

28 U.S. Code § 1782 - Assistance to foreign and international tribunals and to litigants before such tribunals. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1782>>. Acesso em: 24 jan. 2021.

ADMINISTRATIVE Dispute Resolution Act. Disponível em: <<https://www.archives.gov/ogis/resources/the-ogis-library/administrative-dispute-resolution-act-adra-s1-p89>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 195, p. 185-208, 2011.

ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2012. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

ALVES, Cleber Francisco. *A estruturação dos serviços de assistência jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no acesso à justiça*. 2005. 606f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp067747.pdf>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Notas sobre o projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 191, 2011, p. 299.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Processual Civil*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

AMARAL, Letícia Silva. *Direito autônomo à prova*. 2017. 123f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017. Disponível em: <[http://portais4.ufes.br/posgrad/teses/tese\\_11369\\_LET%20CDCIA.pdf](http://portais4.ufes.br/posgrad/teses/tese_11369_LET%20CDCIA.pdf)>. Acesso em: 3 jun. 2021.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Jurisdição e arbitragem no novo Código de Processo Civil. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDEUZI, Renato Resende (Coord.). *A reforma da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ARAÚJO, Carlos André Luís; MADUREIRA, Claudio; RODOR, Fernanda Medeiros e Ribeiro. Autocomposição e ferramentas jurídicas. In: ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, 2., 2020. Florianópolis: CONPEDI, 2020.

\_\_\_\_\_. Autocomposição e ferramentas jurídicas. In: CAMPOS, Adriana Pereira; et al. (Org.). *Perspectivas jurídicas: estudos em homenagem aos 30 anos de magistério de Francisco Vieira Lima Neto*. Vitória: Edição dos Organizadores, 2021.

ARAÚJO, Thiago Cardoso. *Análise econômica do Direito no Brasil: uma teoria à luz da teoria dos sistemas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

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

ASHCROFT vs. Iqbal. Disponível: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/07-1015.ZS.html>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário*. 2014. 193f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <[https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27012015-163101/publico/DissertacaoMariaCecilia\\_de\\_AraujoAsperti.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27012015-163101/publico/DissertacaoMariaCecilia_de_AraujoAsperti.pdf)>. Acesso em: 3 jun. 2021.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *O uso da justiça e o litígio no Brasil*. Brasília: In Press Oficina, 2015, p. 26. Disponível em: <<https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Pesquisa-AMB-10.pdf>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. *Processo Civil pragmático*. 2013. 278f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31921/R%20-%20T%20-%20VICENTE%20DE%20PAULA%20ATAIDE%20JUNIOR.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

BASILIO, Ana Tereza Palhares; FONTES, André Ricardo Cruz. A teoria autonomista da arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 5, n. 17, p. 49-53, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BELL Atlantic Corp. vs. Twombly. Disponível: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/05-1126.ZS.html>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

BENEDUZI, Renato Resende. Substantiierung, notice-pleading e fact-pleading - a relação entre escopo das postulações e função da prova nos processos alemão, americano e inglês. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 245, p. 445-472, jul. 2015. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.245.17.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.245.17.PDF)>. Acesso em: 3 jun. 2021.

BONIZZII, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil: teoria geral da prova e provas em espécie segundo o novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.



BRAGANÇA, Fernanda. Da cultura do litígio para ADR: os verdadeiros bastidores dessa mudança. *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos* do CONPEDI, Florianópolis, v. 6, n. 1, p. 40-54, jan./jun. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei n. 1.608, 18 de setembro de 1939. Rio de Janeiro, 1939. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm)>. Acesso em: 3 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. *Decreto n. 737*, de 25 de novembro de 1850. Rio de Janeiro, 1850. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm)>. Acesso em: 3 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 5.869*, de 11 de janeiro de 1973. Brasília, 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869impresao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impresao.htm)>. Acesso em: 3 jun. 2021.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUZUID, Alfredo. *Produção antecipada da prova: estudos e pareceres de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Flexibilização procedimental. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. VI, p. 135-164, 2010.

\_\_\_\_\_. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

\_\_\_\_\_. A evolução da conciliação e da mediação no Brasil. *Revista FONAMEC*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 368-383, mai. 2017.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CARVALHO, Frederico Ivens Miná Arruda de. A admissibilidade dos meios de prova ilícitos no processo civil: uma análise a partir da conformação contemporânea dos poderes instrutórios do juiz e da técnica de ponderação do art. 489, §1º do CPC/2015. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 25, n. 10, p. 366-384, jan./abr. 2020.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3.

\_\_\_\_\_. O direito à duração razoável do processo: entre eficiência e garantias. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 223, p. 39-53, set. 2013.

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

CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 245, p. 425-444, jul. 2015.

CAMPOS, Adriana Pereira; FRANCO, João Vítor Sias. A conciliação no Brasil e a sua importância como tratamento adequado de conflitos. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, n. 18, p. 263-281, 2017.

CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no Processo Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea bargaining e justiça criminal consensual; entre os ideais de funcionalidade e garantismo. *Custos Legis – Revista eletrônica do Ministério Público Federal*, Curitiba, v. IV, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

CARLOS, Helio Antunes. *O microsistema de autocomposição: possibilidades de um sistema mais participativo*. 2019. 348f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2019. Disponível em: <[https://repositorio.ufes.br/jspui/bitstream/10/11324/1/tese\\_13461\\_Dissertação\\_consolidada\\_revisada%20e%20formatada\\_pós%20banca\\_Helio%20Antunes%20Carlos.pdf](https://repositorio.ufes.br/jspui/bitstream/10/11324/1/tese_13461_Dissertação_consolidada_revisada%20e%20formatada_pós%20banca_Helio%20Antunes%20Carlos.pdf)>. Acesso em: 3 jun. 2021.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO, Fabiano. O princípio da eficiência no processo coletivo: Constituição, microsistema do processo coletivo e novo Código de Processo Civil. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação Civil Pública após 30 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CARVALHO, Fabrício de Farias. A prova e sua obtenção antecipada no novo Código de Processo Civil. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, Wiliam Santos (Coord.). *Direito probatório*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

CASAGRANDE, Cassio. *Campeão de ações trabalhistas*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/brasil-campeao-de-acoes-trabalhistas-25062017>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. A relevância do direito comparado e direito e desenvolvimento para a reforma do sistema judicial brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 41, n. 163, p. 51-68, 2004. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/977/R163-03.pdf?sequence=4&isAllowed=y>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

CHASE, Oscar. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Tradução de Sérgio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CINTRA, Antônio Carlos A; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado 32*. 2017. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/681>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. *Enunciado 50*. 2017. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/pesquisa/resultado>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. *Enunciado 118*. 2018. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1250>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. *Enunciado 129*. 2018. Disponível em: <[https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/i-jornada-de-direito-processual-civil/?\\_authenticator=801b4e763702c6aba5c82e57884109e257e3c59b](https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/i-jornada-de-direito-processual-civil/?_authenticator=801b4e763702c6aba5c82e57884109e257e3c59b)>. Acesso em: 3 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. *Enunciado 163*. 2018. Disponível em: <[https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?\\_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669](https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669)>. Acesso em: 1 fev. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 125, de 29/11/2010*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. *Resolução nº 326 de 26/06/2020*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3366>>. Acesso em: 3 jun. 2021

\_\_\_\_\_. *Justiça em números 2021*. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>>. Acesso em: 1 fev. 2022.

COSTA, Eduardo Cunha da. Prova argumentativa ou prova demonstrativa: uma questão de ordem. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul - RPGE*, Porto Alegre, v. 31, n. 65, p. 87-100, jan./jun. 2007. Disponível em: <<https://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201703/22172307-rpge65livro.pdf>>. Acesso em 03 jun.2021

COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. *Acesso à justiça e carência econômica*. 2011. 357f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <[https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-22042013-141734/publico/DISSERTACAO\\_COMPLETA\\_Jose\\_Wellington\\_Bezerra\\_da\\_Costa\\_Neto.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-22042013-141734/publico/DISSERTACAO_COMPLETA_Jose_Wellington_Bezerra_da_Costa_Neto.pdf)>. Acesso em: 3 jun. 2021.

CRAMER, Ronaldo. Artigo 16. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CRESPO, Mariana Hernandez. A dialogue between professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo: exploring the evolution of the Multi-Door Courthouse. *University of St. Thomas Law Journal*, Minnesota, ano 3, n. 5, p. 665-674, 2008. Disponível em: <<https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/151Resumendeundialogo.pdf>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Perspectiva sistêmica dos métodos alternativos de resolução de conflitos na América Latina: aprimorando a sombra da lei através da participação do cidadão. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2012. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 133, p. 65-84, jul. 2014.

CURY, Cesar Felipe. Produção antecipada de prova e o disclosure no Direito brasileiro. *Revista FONAMEC*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 111-131, mai. 2017.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de Direito Processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 198, p. 213-225, ago. 2011, p. 213.

\_\_\_\_\_. Artigo 3º. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

\_\_\_\_\_. Artigo 16. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. (Coord). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil – parte geral e processo de conhecimento*. 20. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. v. I.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de provas e justificação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 218, p. 13-45, 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v.2.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Justiça Multiportas e tutela adequada em litígios complexos: a autocomposição e os direitos coletivos. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

\_\_\_\_\_. Justiça Multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: SOSA, Ángel Landoni; CAMPOS, Santiago Pereira (Coord.). *Estúdios de*

*Derecho Procesal*: em homenaje a Eduardo J. Couture. Constitución y Proceso. Principios y Garantías. Montevideo: La Ley Uruguay, 2017, p. 431. Disponível em: <[https://www.academia.edu/36151971/Justiça\\_multiportas\\_e\\_tutela\\_constitucional\\_adequada\\_autocomposição\\_em\\_direitos\\_coletivos](https://www.academia.edu/36151971/Justiça_multiportas_e_tutela_constitucional_adequada_autocomposição_em_direitos_coletivos)>. Acesso em: 3 jun. 2021.

DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. III.

D'MACÊDO, Juliana Maria. Pragmatismo jurídico no Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito e Humanidades*, São Caetano do Sul, n. 25, 2013. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/07.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/07.pdf)>. Acesso em: 3 jun. 2021.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Rules of Civil Procedure for the United States. Washington: U.S. Government Publishing Office, 2018. Disponível em: <[https://www.uscourts.gov/sites/default/files/cv\\_rules\\_eff\\_dec\\_1\\_2018\\_0.pdf](https://www.uscourts.gov/sites/default/files/cv_rules_eff_dec_1_2018_0.pdf)>. Acesso em: 3 jun. 2021

\_\_\_\_\_. Federal Rules of Civil Procedure for the United States. Washington: U.S. Government Publishing Office, 2020. Disponível em: <[https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal\\_rules\\_of\\_civil\\_procedure\\_dec\\_1\\_2019\\_0.pdf](https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_civil_procedure_dec_1_2019_0.pdf)>. Acesso em: 3 jun. 2021

EXECUÇÃO judicial demora três vezes mais do que o julgamento. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85351-a-demora-para-executar-decisao-e-maior-do-que-o-de-julgamento-na-justica>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

FARIA, Guiomar T. Estrella. *Interpretação econômica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

FEDERAL Judicial Caseload Statistics. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/statistics-reports/analysis-reports/federal-judicial-caseload-statistics>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

FERREIRA FILHO, Paulo Sergio. Análise econômico-comportamental do Direito versus análise comportamental do Direito: a necessidade do pensamento jurídico sob uma teoria geral do comportamento. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 171-207, 2019. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/31201/2802>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

FRIEDE, Roy Reis. Eficiência: um imperativo para o Poder Judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 68, p. 59-66, out./dez. 1992.

FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur. *Civil Procedure*. 4. ed. Saint Paul: Thomson/West Publishing, 2005.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo código de processo civil à luz da análise econômica do direito. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 269, p. 421-432, jul. 2017.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. 2007. 284f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <[https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06082008-152939/publico/FERNANDO\\_TESE\\_COMP\\_LETA\\_PDF.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06082008-152939/publico/FERNANDO_TESE_COMP_LETA_PDF.pdf)>. Acesso em: 3 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Gestão de conflitos nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista de Processo Comparado*, Brasília, v. 4, p. 43-63, jul./dez. 2016.

GIUSTI, Gilberto. O árbitro e o juiz: da função jurisdicional do árbitro e do juiz. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, ano 2, n. 5, p. 7-14, jan./mar. 2005.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. Barueri: Manole, 2004.

\_\_\_\_\_. *Processo civil dos EUA buscou excepcionalismo*. 2011. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2011-mar-16/tudo-eua-construcao-processo-civil-buscou-excepcionalismo?pagina=3#\\_ftn18\\_8360](https://www.conjur.com.br/2011-mar-16/tudo-eua-construcao-processo-civil-buscou-excepcionalismo?pagina=3#_ftn18_8360)>. Acesso em: 3 jun. 2021.

GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. *Tribunais multiportas: em busca de novos caminhos para a efetivação dos direitos fundamentais de acesso à justiça e à razoável duração dos processos*. 2011. 223f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2011. Disponível em: <<https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/1912-vinicius-jose-correa-goncalves/file>>. Acesso em: 3 jun. de 2021.

GRAND Parc: R\$ 130 milhões de indenização e retorno em 2 anos. 2017. Disponível em: <<https://www.gazetaonline.com.br/noticias/cidades/2017/05/grand-parc-r-130-milhoes-de-indenizacao-e-retorno-em-2-anos-1014058898.html>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GUERRA, Gustavo Rabay; ALMEIDA NETO, Luiz Mesquita de; MARCOS, Henrique Jerônimo Bezerra. Processo Civil Pragmático e o Constitucionalismo dialógico: pressupostos para uma discussão sobre ativismo judicial. *Revista Estudos Institucionais – REI*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 655-656, jul./2017. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/126/144>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

GUERRA, Sérgio. A palavra da FGV Direito Rio: centro de justiça e sociedade. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2012. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

GUIMARÃES, Filipe. A função tutelar da jurisdição. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. VIII, p. 352-366, 2011.

HILL, Flávia Pereira. A nova lei de mediação italiana. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. VI, n. VI, p. 294-321, 2010.

\_\_\_\_\_. A produção antecipada da prova para a busca de bens no patrimônio do devedor: rumo a uma execução mais efetiva e racional. *Revista eletrônica de direito processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 15, v. 22, n. 2, p. 302-322, 2021.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 6. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1971.

INTEL Corp. vs. Advanced Micro Devices Inc. Disponível: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/02-572.ZS.html>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

INTER. In: Dicio Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2022. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/inter/>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A behavioral approach to law and economics. *Stanford Law Review*, Califórnia, v. 50, p. 1471-1550, 1998. Disponível em: <[https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12172&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12172&context=journal_articles)>. Acesso em: 3 jun. 2021.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

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

LIMA, Caio César Carvalho. A produção antecipada de provas sem o requisito de urgência e o instituto da disclosure. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 76-92, 2012.

LIMA, Thiago. Embora uma família já tenha acordado quanto à indenização. *Globo Esporte*, Rio de Janeiro, 1 mar. 2019. Disponível em: <<https://globoesporte.globo.com/futebol/times/flamengo/noticia/flamengo-fecha-primeira-indenizacao-com-familia-de-vitima-de-tragedia-no-ninho-do-urubu.ghtml>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. *Prestação jurisdicional pelo Estado e meios alternativos de solução de controvérsias: convivência e formas de pacificação social*. 2006. 262f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <<https://repositorio.usp.br/item/001631085>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. *A cultura da litigância e o Poder Judiciário: noções sobre as práticas demandistas a partir da justiça brasileira*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=84117275be999ff5>>. Acesso em: 3 jun. de 2021.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Artigo 379. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. (Coord). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MADUREIRA, Claudio. *Advocacia pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do novo Processo Civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MADUREIRA, Claudio; MOREIRA, Aline Simonelli; MOREIRA, Aline de Magalhães Grafanassi. Autocomposição, conciliação e mediação do regime do CPC-2015: esforço teórico de sistematização dos conceitos. In: SICA, Heitor et al. (Org.). *Temas de Direito Processual contemporâneo: III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual*. Serra: Milfontes, 2019. v. II.

MADUREIRA, Claudio; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Formalismo-valorativo e o novo Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 272, p. 85-125, 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano. 12, v. 60, p. 66-67, 2010.

MARCUS, Richard L.; REDISH, Martin H.; SHERMAN, Edward F.; PFANDER, James E. *Civil Procedure: a modern approach*. 6. ed. Minnesota: West Academic Publishing, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. *Novo curso de Processo Civil: teoria do Processo Civil*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa – seis lições brasileiras*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.



MARQUES, Camila Salgueiro da Purificação; BONIFÁCIO, Artur Cortez; ARAUJO, Sylvia Maria Cortês Bonifácio. Acesso à justiça nos Estados Unidos e no Brasil: uma análise econômica comparativa entre a American rule e os honorários sucumbenciais. *Revista do Mestrado em Direito UCB*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 117-141, jan./jun. 2018. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/8657>>. Acesso em: 23 jun. 2021.

MARTINS, André Chateaubriand. A prova pericial no projeto do CPC: uma leitura a partir da experiência da arbitragem e do direito anglo-saxão. In: FREIRE, Alexandre et al. (Org.). *Novas tendências do Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 2.

MAZZEI, Rodrigo. Liquidação de sentença: breve ensaio a partir do CPC/15. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 605-639, jul./dez. 2015.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve diálogo entre os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 237, p. 223-238, nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. *Colaboração no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MONTEIRO, Isaías. *Execução judicial demora três vezes mais do que o julgamento*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85351-a-demora-para-executar-decisao-e-maior-do-que-o-de-julgamento-na-justica>>. Acesso em: 3 jun. de 2021.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY, Frank Gonçalves. A produção antecipada de provas no novo Código de Processo Civil. *Publicações da Escola da AGU*, Brasília, p. 163-186, abr./jun. 2017. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/download/1950/1687>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil comentado*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, Antônio Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993.

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

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016 (e-book).

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo Método, 2009.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Eficiência processual: algumas questões. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 169, p. 116-139, mar. 2009.

NUNES, Rafael Alves. O pragmatismo jurídico: sua influência na formação de juristas tecnicistas e os riscos para o Estado Democrático de Direito. In: FREITAS, Lorena de Melo; CATÃO, Adrualdo de Lima; SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da (Org.). *O pragmatismo jurídico: sua influência na formação de juristas tecnicistas e os riscos para o Estado Democrático de Direito*. Florianópolis: CONPEDI, 2014. v. 1.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 256, p. 129-163, jan./abr. 2011. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8496/7245>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

PASKIN NETO, Max; POLTRONIERI, Fernanda Maria. *Honorários advocatícios sucumbenciais à luz do Direito Comparado e seu papel como um dos fatores da Jurisdicionalização excessiva dos conflitos no Brasil*. 2014. Disponível em: <<https://maxpaskin.jusbrasil.com.br/artigos/118679456/honorarios-advocaticios-sucumbenciais-a-luz-do-direito-comparado-e-seu-papel-como-um-dos-fatores-da-jurisdicionalizacao-excessiva-dos-conflitos-no-brasil>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

PICCELLI, Roberto Ricomini. *Perícia judicial preventiva em contratos administrativos*. Disponível em: <<https://www.google.com.br/amp/s/www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pericia-judicial-preventiva-em-contratos-administrativos-02012017/amp>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

PIMENTA, Henrique de Souza. *A cooperação no CPC-2015: colaboração, participação ou cooperação para o processo?* 2018. 147f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2018. Disponível em: <[https://repositorio.ufes.br/bitstream/10/8845/1/tese\\_12175\\_Henrique%20de%20Souza%20Pimenta.pdf](https://repositorio.ufes.br/bitstream/10/8845/1/tese_12175_Henrique%20de%20Souza%20Pimenta.pdf)>. Acesso em: 3 jun. 2021.

POSNER, Richard Allen. *Problemas de filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *Para além do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RAMOS, Victor de Paula. O procedimento de produção antecipada de provas sem requisito de urgência no novo CPC: a teoria dos jogos e a impossibilidade de acordos sem calculabilidade de riscos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 263, p. 313-332, 2017.

REDISH, Martin H.; MCNAMARA, Colleen. Back to the future: discovery cost allocation and modern procedural theory. *The George Washington Law Review*, Washington, v. 79, n. 3, p. 773-822, abr. 2011.

RESNIK, Judith. Managerial judges. *Harvard Law Review*, Massachusetts, v. 96, n. 2, p. 374-448, dez. 1982. Disponível em: <<http://www.jstor.org/pss/1340797>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo Civil Ambiental*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

RULE 1 of Federal Rules of Civil Procedure. Scope and Purpose. Disponível em: <[https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule\\_1](https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_1)>. Acesso em: 3 jun. 2021.

RULE 1.5 Fees. *Model Rules of Professional Conduct*. Disponível: <[https://www.americanbar.org/groups/professional\\_responsibility/publications/model\\_rules\\_of\\_professional\\_conduct/rule\\_1\\_5\\_fees/](https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/rule_1_5_fees/)>. Acesso em: 3 jun. 2021.

RULE 27. Depositions to Perpetuate Testimony. Disponível em: <[https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule\\_27](https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_27)>. Acesso em: 3 jun. 2021.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem: mediação e conciliação*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SÉROUSSI, Roland. *Introdução ao Direito inglês e norte-americano*. Tradução de Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy Editora, 2006.

SIDOU, J. M. Othon. O sistema de *common law*. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 9, p. 121-139, 1996. Disponível em: <<http://www.ablj.org.br/revistas/revista9/revista9%20%20J.%20M.%20OTHON%20SIDOU%20-%20%20O%20Sistema%20de%20%27Common%20Law%27.pdf>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

SOARES, Guido Fernando Silva. Estudos de Direito Comparado (I) – O que é a "Common Law", em particular, a dos EUA. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, n. 92, p. 163-198, 1997. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67360>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

SOUSA, Diego Crevelin de. Segurando o juiz contraditor pela imparcialidade: de como a ordenação de provas de ofício é incompatível com as funções judicantes. *Revista Brasileira de Direito Procesual*. – *RBDPro*, Belo Horizonte, ano 24, n. 96, p. 49-78, out./dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Dever (ou direito) de (não) provar contra si mesmo? (!) O dilema em torno do art. 379, CPC. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, Wiliam Santos (Coord.). *Direito probatório*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

STERMAN, Maria Silvia Gomes. O duplo grau de jurisdição – uma reflexão. In: ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi; FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. *Brasil e EUA: temas de direito*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/i%207.pdf?d=636680440128651243>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

SUBRIN, Stephen N.; WOO, Margaret Y. K. *Litigating in America: Civil Procedure in context*. New York: Aspen Publishers, 2006.

TALAMINI, Eduardo. Artigo 381. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. (Coord). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

\_\_\_\_\_. Produção antecipada de prova no código de processo civil de 2015. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 260, p. 75-101, 2016.

TARTUCE, Fernanda. Artigo 165. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

TARUFFO, Michele. *Processo Civil comparado: ensaios*. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcia Pons, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 5.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do Direito Processual Civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. I

TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth; MACHADO, Rafael Bicca. O problema da morosidade e do congestionamento judicial no âmbito do processo civil brasileiro: uma abordagem de Law and Economics. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 290, p. 441-469, abr. 2019.

TRAGÉDIA: Incêndio no Ninho do Urubu, CT do Flamengo. 2019. Disponível em: <<https://esportes.estadao.com.br/noticias/futebol,tragedia-incendio-no-ninho-do-urubu-ct-do-flamengo,70002717003>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VENEGAS vs. Mitchell (1990). Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/495/82.html>>. Acesso em: 3 jun. 2021

VENTURIN, Eduardo Luiz. *Análise econômica do Direito Regulatório: a (des)regulação como defesa dos interesses do consumidor*. 2017. 187f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina,

Florianópolis, 2017. Disponível em:

<<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/179918/348337.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

VIEIRA, Christian Garcia. *Asseguração de prova*. São Paulo: Saraiva, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de provas no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 260, p. 75-101, out. 2016.

WATANABE, Kazuo (Org.). *Juizado Especial de Pequenas Causas: lei 7.244, de 7 de novembro de 1984*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

\_\_\_\_\_. O acesso à justiça e a sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

\_\_\_\_\_. Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2012. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Acesso à justiça e solução pacífica dos conflitos de interesses. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. Salvador: JusPodivm, 2018.

WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do Processo Civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

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

\_\_\_\_\_. O projeto de novo código comercial e a proposta de permuta de documentos entre as partes: “discovery” brasileira? In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012.

\_\_\_\_\_. Artigo 381. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.) *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

\_\_\_\_\_. O princípio da cooperação e o CPC: Cooperação para o processo. In: MOTTA, Carlos Alberto. *Processo Civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do prof. Humberto Theodoro Jr.* Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. Pós-positivismo 4: a versão pragmática de Posner. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 15, n. 3, p. 96-119, set./dez. 2013.