

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA- PPCJ
CURSO DE MESTRADO COM DUPLA TITULAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA PELA
WIDENER UNIVERSITY – DELAWARE LAW SCHOOL/EUA.
ÁREA DE CONHECIMENTO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO
LINHA DE PESQUISA: DIREITO E JURISDIÇÃO

**TRANSPLANTE LEGAL DOS INSTITUTOS DA *DISCLOSURE* E
DISCOVERY POR INTERMÉDIO DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS
NO BRASIL**

ANDRÉ LUÍS HOLANDA GURGEL PEREIRA

ITAJAÍ-SC, junho de 2020.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA- PPCJ
CURSO DE MESTRADO COM DUPLA TITULAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA PELA
WIDENER UNIVERSITY – DELAWARE LAW SCHOOL/EUA.
ÁREA DE CONHECIMENTO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO
LINHA DE PESQUISA: DIREITO E JURISDIÇÃO

**TRANSPLANTE LEGAL DOS INSTITUTOS DA *DISCLOSURE* E
DISCOVERY POR INTERMÉDIO DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS
NO BRASIL**

ANDRÉ LUÍS HOLANDA GURGEL PEREIRA

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, e, Widener University – Delaware Law
School/EUA como requisito parcial à obtenção do título
de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Orlando Luiz Zanon Junior
Co-orientadora: Assistant Dean Eileen A. Grena-Piretti, RN JD

ITAJAÍ-SC, junho de 2020.

AGRADECIMENTOS

Começo por registrar minha gratidão aos professores da Universidade do Vale do Itajaí pelo esforço empreendido nessa tarefa mágica que é a geração de conhecimento, mais especialmente valorada porque ocorrida em língua inglesa, e, portanto, desfalcada de todo o ferramental que a língua materna proporciona.

Agradeço aos professores da Widener University – Delaware Law School que tão gentil e educadamente nos receberam durante o período de estada nos Estados Unidos, e, puderam tão brilhantemente nos apresentar uma perspectiva bastante sincera do Direito norte-americano, cujo estudo passei a amar.

Ao professor doutor Orlando Luiz Zanon Junior que sem saber foi minha referência intelectual pela didática, pela competência e profundo conhecimento. Sinto-me honrado por tê-lo tido como professor e orientador da minha pesquisa de mestrado.

Aos colegas da primeira turma de mestrado com dupla titulação pela Univali e Widener University, e, especialmente, aqueles que juntos estiveram durante o período no exterior, o agradecimento pela tolerância e estímulo mútuo assentado nos debates e nas profícuas divergências de pensamento.

Meu muito obrigado ainda aos meus sócios pela compreensão da minha ausência e pelo esforço de fazê-la menos sentida na rotina desafiadora que é a advocacia.

E, por fim, agradeço à minha família cujo suporte e apoio foram condição para que tudo isso se tornasse realidade.

Muito obrigado a todos!

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho a quem me deu mais do que jamais pude pensar, a quem ainda me dá mais amor, acolhimento, entendimento, uma razão maior para que o mundo se faça compreensível e aceitável, a quem traduz tudo que sou e tenho, minha família.

Meu amado pai, Celso José Pereira, exemplo que jamais alcançarei de homem público, líder e intelectual. Meu amor de mãe, Maria Lúcia Holanda Gurgel Pereira, a forma viva de carinho e ternura que se apresenta na minha vida. Meus irmãos, Carlos Henrique Holanda Gurgel Pereira e Daniel Felipe Holanda Gurgel Pereira, cuja força de vida é minha inspiração diária.

E ainda, minha família escolhida, Franciano Beltramini e Oscar Rodrigo Voit, seres humanos melhores de que eu, com quem Deus me abençoou pela convivência e aprendizado diário.

Na figura de todos vejo a face de Deus sorrindo pra mim.

“...a meditação sobre um tema qualquer, quando é positiva e autêntica, inevitavelmente aparta o meditador da opinião recebida ou ambiente, da que, com razões mais graves do que vocês supõem agora, merece ser chamada de ‘opinião pública’ ou ‘vulgaridade’. Todo esforço intelectual que o seja a rigor nos aparta, solitários, da costa comum e, por rotas recônditas que nosso esforço descobre precisamente, nos conduz a lugares remotos, colocando-nos sobre pensamentos insólitos”

José Ortega y Gasset

“To understand something is to understand what it can become”

Roberto Mangabeira Unger

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Widener University/EUA, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, junho de 2020.

André Luís Holanda Gurgel Pereira
Mestrando

DECLARAÇÃO DE RESPEITO AOS DIREITOS AUTORAIS

Com relação aos direitos autorais, o registro de que todas as transcrições e trechos citados de obras e publicações sujeitas à lei dos EUA estavam sob a autorização das seções 107 e 108 da Lei de Direitos Autorais dos EUA. Quanto às referências de autores nacionais, o trabalho é autorizado pelo artigo 46, inciso III, da Lei Brasileira de Direitos Autorais.

Itajaí-SC, junho de 2020.

André Luís Holanda Gurgel Pereira
Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO

MESTRADO

Conforme Ata da Banca de defesa de mestrado, arquivada na Secretaria do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica PPCJ/UNIVALI, em 16/06/2020, às 14h, o mestrando André Luís Holanda Gurgel Pereira fez a apresentação e defesa da Dissertação, sob o título “TRANSPLANTE LEGAL DOS INSTITUTOS DA DISCLOSURE E DISCOVERY POR INTERMÉDIO DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS NO BRASIL”.

A Banca examinadora foi composta pelos seguintes professores: Doutor Orlando Luiz Zanon Junior (UNIVALI) como presidente e orientador, Doutor Cássio Scarpinella Bueno (PUC/SP) como membro, Doutor Gilson Jacobsen (UNIVALI) como membro e Doutor Clovis Demarchi (UNIVALI) como membro suplente. Conforme consta em Ata, após a avaliação dos membros da Banca, a Dissertação foi aprovada.

Por ser verdade, firmo a presente.

Itajaí (SC), 16 de junho de 2020.



PROF. DR. PAULO MÁRCIO DA CRUZ
Coordenador/PPCJ/UNIVALI

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	- artigo
arts.	- artigos
Coord.	- coordenadores
Cf.	- conferir
CRFB	- Constituição da República Federativa do Brasil
CPC	- Código de Processo Civil de 2015
CPC-1939	- Código de Processo Civil de 1939
CPC-1973	- Código de Processo Civil de 1973
CNJ	- Conselho Nacional de Justiça
CTN	- Código Tributário Nacional
ed.	- edição
e.g.	- <i>exempli gratia</i>
Fed. R. Civ. P.	- Federal Rules of Civil Procedure
i.e.	- <i>Id est</i>
j.	- julgado em
org.	- organizadores
p.	- páginas
RT	- Revista dos Tribunais
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
v.	- volume

ROL DE CATEGORIAS

Acordos processuais – Trata-se de uma categoria fundamental para a compreensão do esforço do trabalho cujo conceito operacional foi emprestado, desde o início da pesquisa, da obra do Professor Antonio do Passo Cabral, que define os acordos processuais nos seguintes termos: “*Convenção (ou acordo) processual é o negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade da intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento*”¹.

Autonomia privada – Conceito que quer significar o espaço de liberdade assegurado pela ordem jurídica para que as pessoas possam criar, modificar e extinguir relações jurídicas sem qualquer interferência do Estado. Espaço dentro do qual também se exercita, por intermédio do negócio jurídico, o poder de criação de novas normas com validade e eficácia reconhecida pelo ordenamento jurídico².

Autoritarismo processual – É uma categoria fundamental que retrata a ideologia por detrás da abordagem do processo com ênfase à estatalidade, assegurando maior protagonismo ao juízo em detrimento das partes, e, tem por origem a obra do professor espanhol Juan Montero Aroca³. A expressão é utilizada em substituição à expressão comum do “publicismo” processual.

Benefícios processuais – São vantagens obtidas pelas partes e também pelo Estado no que se refere ao incremento qualitativo e tempestivo da prestação da tutela jurisdicional. Vantagens que possam fazer frente aos custos de transação envolvidos na análise econômica das decisões adotadas no processo pelas partes.

¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivum, 2018, p. 74.

² RAATZ, Igor. *Autonomia Privada e Processo Civil. Negócios Jurídicos Processuais, Flexibilização Procedimental e Direito à Participação no Caso Concreto*. Salvador: Ed. Juspodivum, 2017, p. 172-179.

³ MONTERO AROCA, Juan. *El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria*. In: MONTERO AROCA, Juan. *Proceso civil e ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

Culturismo – É termo cunhado pelo renomado autor Yuval Noah Harari em sua obra “21 Lições para o século 21”⁴ que quer significar a tendência de isolacionismo e de desprezo pelo outro a partir de um referencial de cultura dominante. Pelo culturismo, portanto, ideias e instituições são abandonadas, assintomaticamente, a partir de uma pretensa superioridade e utilidade da cultura local e prevalente.

Custo de transação – No contexto da pesquisa deve ser compreendido como toda e qualquer desvantagem ou obstáculo à uma transação ou prática de determinado ato por uma das partes do processo⁵. É conceito que transcende a ideia de custo econômico ou custo de produção⁶, e, para efeito prático da presente pesquisa pode ser um custo *ex ante*, é dizer, um custo que se apresenta antes do acordo processual⁷, ou, *ex post*, posterior à sua celebração.

⁴ HARARI, Yuval Noah. 21 lições para o século 21. 1ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 187-197.

⁵ MACKAAY, Ejan e ROUSSEAU, Stéphane. Análise Econômica do Direito. Trad. Rachel Sztajn. 2ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 201-211.

⁶ “Such costs are to be distinguished from production costs, which is the cost category with neoclassical analysis has been preoccupied. Transaction costs are the economic equivalent of friction in physical systems. The manifold successes of physics in ascertaining the attributes of complex systems by assuming the absence of friction scarcely require recounting here. Such a strategy has had obvious appeal to the social sciences. Unsurprisingly, the absence of friction in physical systems is cited to illustrate the analytic power associated with ‘unrealistic’ assumptions (Friedman, 1953, pp.16-19)”

“Tais custos devem ser distinguidos dos custos de produção, categoria de custo com que tem se preocupado a análise neoclássica. Os custos de transação são o equivalente econômico do atrito em sistemas físicos. Os múltiplos sucessos da física na verificação dos atributos de sistemas complexos, assumindo a ausência de atrito dificilmente requer lembrança aqui. Tal estratégia teve um apelo óbvio às ciências sociais. Sem surpresa, a ausência de atrito nos sistemas físicos é citada para ilustrar o poder analítico associado às suposições “irrealistas” (Friedman, 1953, pp.16-19)” (*tradução livre*)

(WILLIAMSON, Oliver. E. The Economic Institutions of Capitalism. New York: The Free Press. Collier Macmillan Canada Inc., 1985, p. 18-19)

⁷ “Transaction costs of *ex ante* and *ex post* types are usefully distinguished. The first are the costs of drafting, negotiating, and safeguarding an agreement. This can be done with a great deal of care, in which case a complex document is drafted in which numerous contingencies are recognized, and the appropriate adoptions by the parties are stipulated and agreed to in advance. Or the document can be very incomplete, the gaps to be filled in by the parties as the contingencies arise. Rather, therefore, than contemplate all conceivable bridge crossings in advance, which is a very ambitious undertaking, only actual bridge-crossing choices are addressed as events unfold.

[...]

Ex post costs of contracting take several forms. These include (1) the maladaptation costs incurred when transactions drift out of alignment in relation to what Masahiko Aoki refers to as the ‘shifting contract curve’(1983), (2) the haggling costs incurred if bilateral efforts are made to correct ex post misalignments, (3) the setup and running costs associated with the governance structures (often no the courts) to which disputes referred, and (4) the bonding costs of effecting secure commitments”

“Os custos de transação dos tipos *ex ante* e *ex post* são úteis em termos de distinção. O primeiro são os custos de redação, negociação e salvaguarda de um acordo. Isso pode ser feito com muito cuidado, caso em que é elaborado um documento complexo no qual inúmeras contingências são reconhecidas e as adaptações apropriadas pelas partes são estipuladas e previamente acordadas.

Desjudicialização da prova – É conceito parcialmente emprestado de Loïc Cadiet, que citado por Julio Guilherme Müller⁸, explica que desjudicialização da prova consiste na adoção de meios para retirar a produção da prova do âmbito do Poder Judiciário. Diz-se, todavia, que é “parcial” o empréstimo porque no presente trabalho a desjudicialização não implica na opção por uma alternativa à jurisdição estatal, senão uma alternativa à participação direta e presencial do magistrado na colheita da prova. Assim, a categoria se refere a todo o esforço de produção da prova que se dê pelo envolvimento direto das partes, ainda que dentro do processo, e, sob tutela indireta do juiz.

Disclosure – Categoria com assento na regra 26(a)(1)(2)(3) do estatuto processual civil norte-americano (Federal Rules of Civil Procedure) e que diz com a obrigação de revelação de documentos e informações relacionados a determinado caso à parte adversa, sem que se faça necessário qualquer requerimento prévio. Um instituto que concretiza um dever de boa-fé objetiva⁹.

Discovery – Instituto que compreende todo um título (título V) do estatuto processual civil norte-americano (Federal Rules of Civil Procedure) e quer significar o dever de exibição e produção compulsória de documentos e informações requeridas pela parte adversa no processo. É dotado de diversas ferramentas para efeito de operacionalização¹⁰.

Ou o documento pode ser muito incompleto, as lacunas a serem preenchidas pelas partes quando surgirem as contingências. Assim, ao invés de contemplar antecipadamente todas as passagens de ponte possíveis, o que é uma tarefa muito ambiciosa, apenas as escolhas reais de passagem de ponte são abordadas à medida que os eventos se desenrolam.

[...]

Os custos *ex post* da contratação assumem várias formas. Isso inclui (1) os custos de desadaptação incorridos quando as transações ficam fora de alinhamento em relação ao que Masahiko Aoki chama de ‘curva de deslocamento do contrato’ (1983), (2) os custos de negociação incorridos se forem feitos esforços bilaterais para corrigir desalinhamentos posteriores, (3) os custos de instalação e funcionamento associados às estruturas de governança (geralmente não os tribunais) a que as disputas se referiam; e (4) os custos de vinculação para efetivar compromissos seguros” (*tradução livre*)

(WILLIAMSON, Oliver. E. The Economic Institutions of Capitalism. New York: The Free Press. Collier Macmillan Canada Inc., 1985, p. 20-21)

⁸ MÜLLER, Julio Guilherme. Negócios Processuais e Desjudicialização da produção da prova. Análise Econômica e Jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 347.

⁹ GLANNON, Joseph W.; PERLMAN, Andrew M.; RAVEN HANSEN, Peter. Civil Procedure. A Coursebook. 3th Ed., New York: Wolters Kluwer, 2017, p. 824-829.

¹⁰ GLANNON, Joseph W.; PERLMAN, Andrew M.; RAVEN HANSEN, Peter. Civil Procedure. A Coursebook. 3th Ed., New York: Wolters Kluwer, 2017, p.830-831.

Escopo da *Discovery* – Significa o propósito e o intuito pelo qual a parte atua para conhecer a respeito do objeto de prova no processo. Guarda relação direta e umbilical com a extensão e a profundidade do que se pretende seja revelado pela parte contrária¹¹.

Fase de pré-julgamento (pretrial phase) – É a fase processual que se desenvolve extrajudicialmente (majoritariamente) a partir da atuação direta das partes na colheita da prova, e, cujo resultado permite a avaliação quanto aos riscos da continuidade da demanda, chance de êxito, e, principalmente, maiores condições de negociação e composição extrajudicial da lide.

Fatores teóricos de deformação de conceitos – Categoria proposta pelo presente trabalho e quer significar os fatores especulativos que sejam capazes de alterar e corromper o significado essencial de algum conceito ou instituto jurídico objeto de transplante legal (durante e após sua operacionalização). São assim constituídos: i) falso vanguardismo; ii) peculiaridades distintivas de cada país; iii) semântica; iv) tendenciosidade; v) história, e, por fim; vi) o ardil e a malícia.

Ferramentas da *Discovery* – Categoria cujo significado, para efeito da presente pesquisa, fica restrito aos institutos trazidos no título V das regras processuais federais dos EUA (Federal Rules of Civil Procedure), a saber: i) *interrogatories*; ii) *request for production*; iii) *depositions*; iv) *physical and mental examinations*; v) *expert opinion*, e; vi) *request for admission*.

Ideologia – É palavra tomada na acepção tão vigorosamente defendida pela Professora Marilena Chauí¹², traduzindo um ideário histórico, social e político, sempre oculto, com a funcionalidade de manter o *status quo*.

Ideologia do processo – Representa o ideário histórico, social e político predominante em determinado tempo e espaço, com reflexo direto nas normas de regulação do processo e nas relações jurídicas daí advindas.

Modelo cooperativo de processo – Modelo de abordagem do processo civil caracterizado pelas seguintes particularidades: i) assegura em igual medida um

¹¹ GLANNON, Joseph W.; PERLMAN, Andrew M.; RAVEN HANSEN, Peter. Civil Procedure. A Coursebook. 3th Ed., New York: Wolters Kluwer, 2017, p.786-817.

¹² CHAUÍ, Marilena. O que é ideologia (Coleção Primeiros Passos; 13). São Paulo: Brasiliense, 2012.

espaço de atuação para o juiz e para as partes, a fim de que a solução do litígio seja alcançada a partir da atividade colaborativa de ambos; ii) pressupõe a boa-fé objetiva das condutas processuais, e; iii) reconhece a possibilidade de convergência de interesses processuais, a despeito da contrariedade em face do direito material¹³.

Negócio Jurídico – No presente trabalho negócio jurídico é categoria que tem seu significado atribuído pela teoria do fato jurídico, segundo abordagem trazida por Pontes de Miranda¹⁴, e, explorada pela maioria significativa da doutrina civilista no país. Diz-se negócio jurídico o fato jurídico que levando em conta a voluntariedade dos agentes e expressando a autonomia da vontade permite às partes estabelecer os efeitos do seu ato (conteúdo eficaz¹⁵).

Processo civil e desenvolvimento – Foi adotada ao longo do trabalho a compreensão de que o processo civil mantém uma firme e direta relação com o desenvolvimento econômico e social de um país, na medida em que se traduz em um dos mais importantes instrumento de asseguuração do tráfego econômico. Para além do escopo de pacificação social (viés público), de solução de litígios e asseguuração de direitos (viés privado), o processo civil detém importante significação econômica na medida em que representa instrumento de concretização da segurança jurídica, respondendo pela previsibilidade e ordenação do ambiente social para efeito de investimentos e incremento da atividade empreendedora.

Prova – Para efeito da presente pesquisa o termo quer significar, na ampla maioria das vezes, quando não individualizado o seu conteúdo semântico, os documentos e informações (ainda que orais) produzidos pelas partes na etapa de pré-julgamento (pretrial phase). Não se está fazendo uso do termo para referir a produção de informações e documentos sob o manto do regramento de prova judicial estadunidense propriamente dito (Rules of Evidence). A opção se justifica diante do referente da pesquisa que impôs restrições à temática de abordagem.

¹³ CABRAL, Antonio do Passo. Convenções Processuais. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivum, 2018, p. 215-219.

¹⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. Negócios jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova. 2ª t. atual. por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, t. III., p. 55-61.

¹⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 4e. 2002, p. 49-61.

Situação jurídica processual – Categoria que corresponde a todo efeito decorrente de um fato jurídico, a partir da incidência de uma norma. Por assim dizer, representa a condição e o *status* de juridicidade vivenciado por alguém, ou, intersubjetivamente, pelas partes¹⁶¹⁷.

Tragédia da Justiça – Expressão forjada por Erik Navarro Wolkart em seu livro “Análise Econômica do Processo Civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça”¹⁸, a partir da paráfrase da parábola da *tragédia dos comuns* que ilustra como os recursos comuns (bens comuns) tendem a ser explorados individualmente em demasia com consequências perniciosas (não antevistas ou desprezadas) para todos. Trata-se de categoria que pressupõe seja o serviço judiciário (de prestação da tutela jurisdicional) considerado um serviço essencial e com capacidade finita de atendimento da demanda.

Transplante legal – Operação teórica por meio da qual se realiza a importação, por transposição de fronteiras, de conceitos e institutos teóricos originários de países e culturas diversas visando sua adaptação e aplicação no direito interno. Não se constitui em uma metodologia própria de trabalho científico, todavia, é instrumento que está sujeito a parâmetros de cuidados para que se resguarde o mínimo de cientificidade no seu manejo.

Tutela jurisdicional da fase pré-julgamento – Quer significar toda e qualquer atuação judicial, mediante tutela de urgência, que tenha por propósito salvaguardar a serventia e a eficácia da fase processual de pré-julgamento entabulada pelas partes em acordo processual. Seu pressuposto é a compreensão de que a funcionalidade da fase de pré-julgamento está vocacionada para a melhoria da qualidade e tempestividade da prestação do serviço jurisdicional como um todo, servindo como enfrentamento factível ao problema da tragédia da justiça.

¹⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivum, 2018, p. 72-73.

¹⁷ “[...] a situação subjetiva equivaleria, assim, à posição na qual se encontra um sujeito que detém todas as condições para a eventual prática de um ato ou exercício de um comportamento, o qual será valorado positiva ou negativamente, segundo a sua conformidade ou não com um modelo previamente estabelecido na norma.”

ABDO, Helena. As situações jurídicas processuais e o processo civil contemporâneo. *In* DIDIER JR., Fredie (org.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Editora Juspodivum, vol. 2, 2010, p.344.

¹⁸ WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, 85-89.

Tutela jurisdicional enquanto bem público comum – Também foi adotado ao longo do presente trabalho o entendimento segundo o qual o serviço judiciário (prestação da tutela jurisdicional) se qualifica como “bem comum” na acepção que lhe atribui a análise econômica do Direito. Assim, é um “bem” que ao mesmo tempo que deve ser assegurado a todos indistintamente, sofre uma diminuição e desgaste quantitativo e qualitativo na medida em que é usufruído¹⁹.

¹⁹ WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.81.

SUMÁRIO

RESUMO.....	p.21
ABSTRACT.....	p.22
INTRODUÇÃO.....	p.23
METODOLOGIA DA PESQUISA. ASPECTOS MATERIAIS E FORMAIS.....	p.30
1 TRANSPLANTE DE INSTITUTOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS NO PROCESSO CIVIL. UMA CONTRIBUIÇÃO PARA A SUPERAÇÃO DO CULTURISMO.....	p.32
1.1 O culturismo enquanto desafio social.....	p.32
1.2 A delimitação do tema ao âmbito do direito processual civil.....	p.34
1.3 O Processo Civil para além do Direito.....	p.35
1.4 O Processo Civil para além das fronteiras nacionais.....	p.37
1.5 A tragédia da Justiça na realidade brasileira. A responsabilidade da academia frente ao problema.....	p.39
1.5.1 O Direito comparado e o transplante legal. Para além das metáforas, uma ferramenta de trabalho científico.....	p.49
1.5.1.1 Um pouco de história.....	p.55
1.5.2 A defesa do transplante de institutos jurídicos internacionais como instrumento para a obtenção de respostas. A opção pelo direito norte-americano.....	p.57
1.5.3 Contribuições para correta operacionalização do transplante jurídico. Fatores teóricos de deformação dos conceitos.....	p.60
1.5.3.1 A sedução do modelo estrangeiro e o falso vanguardismo.....	p.60
1.5.3.2 Peculiaridades distintivas de cada país.....	p.63
1.5.3.3 Tradução cultural e o desafio da semântica.....	p.66
1.5.3.4 A esperança e a desilusão, dois lados da mesma moeda.....	p.70
1.5.3.5 Cultura, história e a natureza das coisas.....	p.71
1.5.3.6 Transplante malicioso. Quando as aparências enganam.....	p.76
1.6 Considerações conclusivas parciais.....	p.77

2 FASE DE PRÉ-JULGAMENTO E OS INSTRUMENTOS DO PROCESSO CIVIL NORTE AMERICANO.....p.79

2.1 Etapa de pré-julgamento e sua funcionalidade no processo civil americano...	p.79
2.2 <i>Disclosure</i> e <i>Discovery</i> . Diferenciação conceitual.....	p.83
2.3 Apontamentos históricos da etapa pré-julgamento.....	p.85
2.4 Escopo e limites da <i>Discovery</i> no Direito norte-americano.....	p.94
2.5 Conferências e calendarização.....	p.99
2.6 Revelações iniciais (initial disclosures).....	p.100
2.7 <i>Discovery</i> propriamente dita.....	p.102
2.7.1 Desenho atual do instituto. Conjunto de ferramentas de que dispõe o advogado.....	p.102
2.7.1.1 Questionamentos escritos formulados pelas partes (interrogatories).....	p.103
2.7.1.2 Produção de prova material (requests for production).....	p.104
2.7.1.2.1 Produção da prova eletrônica e suas particularidades.....	p.105
2.7.1.2.2 A produção de prova eletrônica a partir das redes sociais.....	p.111
2.7.1.2.3 A produção de prova eletrônica e os metadados.....	p.112
2.7.1.2.4 A produção de prova eletrônica e a posse do aparelho físico do usuário.....	p.113
2.7.1.3 Produção da prova oral (depositions).....	p.113
2.7.1.4 Perícia física e mental e inspeção médica (physical and mental examinations).....	p.117
2.7.1.4.1 Prova pericial em geral (expert opinion).....	p.118
2.7.1.5 Requerimento de admissão (request for admissions).....	p.120
2.7.2 Modalidades de impugnação.....	p.120
2.7.3 Tutela estatal da fase pré-julgamento.....	p.123
2.8 O porquê do estudo da fase de pré-julgamento.....	p.127
2.9 O porquê do modelo americano.....	p.128

3 A EXIBIÇÃO E DESCOBERTA DE PROVAS COMO OBJETO DE ACORDO PROCESSUAL ATÍPICO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. OPERANDO O TRANSPLANTE JURÍDICO.....p.130

3.1 Considerações iniciais.....	p.130
3.1.1 A Participação das partes no processo ao longo da história.....	p.131

3.1.2 As ideologias de Estado e a conformação do Processo Civil.....	p.133
3.1.3 Abandono do autoritarismo processual.....	p.135
3.2 A ambientação dos acordos processuais na teoria dos fatos jurídicos.....	p.138
3.3 Classificação dos acordos processuais.....	p.140
3.4 Regime jurídico dos acordos processuais atípicos.....	p.143
3.5 Limites ao objeto das convenções processuais atípicas.....	p.145
3.5.1 Quanto podem dispor as partes?.....	p.145
3.5.1.1 Limites constitucionais.....	p.145
3.5.1.1.1 Direitos Fundamentais.....	p.146
3.5.1.1.2 Direitos Fundamentais processuais.....	p.151
3.5.1.2 Limites legais.....	p.156
3.5.1.2.1 Competências reservadas à lei.....	p.156
3.5.1.2.2 Situações jurídicas de terceiros.....	p.157
3.5.1.2.3 Boa-fé e cooperação.....	p.164
3.5.1.2.4 Isonomia entre os acordantes.....	p.167
3.6 Controle pelo Judiciário.....	p.169
3.7 Desjudicialização dos meios de prova no Brasil.....	p.170
3.8 <i>Disclosure</i> e <i>Discovery</i> e a extensão do transplante legal.....	p.172
3.8.1 <i>Disclosure</i> e <i>Discovery</i> e as funcionalidades possíveis. Modos de operacionalização do transplante jurídico.....	p.177
3.9. Fatores teóricos de deformação dos conceitos. Adaptabilidade e operacionalização da <i>Disclosure</i> e <i>Discovery</i>	p.181
3.9.1 A colheita da prova documental e a serventia dos <i>interrogatories</i>	p.185
3.9.2 A colheita da prova oral por intermédio das <i>depositions</i>	p.186
3.9.3 A prova pericial nos padrões da <i>Discovery</i>	p.187
3.9.4 O papel do Juiz diante do acordo que aplica a <i>Disclosure</i> e <i>Discovery</i>	p.188
3.10 Benefícios havidos com a desjudicialização da prova nos moldes da <i>Disclosure</i> e <i>Discovery</i>	p.191
CONCLUSÃO.....	p.194
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	p.199
FONTES LEGISLATIVAS (REPOSITÓRIOS ELETRÔNICOS).....	p.207

REFERÊNCIAS INSTITUCIONAIS.....	p.208
REFERÊNCIA JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA.....	p.209
REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS ESTADUNIDENSES.....	p.210

RESUMO

Trata-se de dissertação de mestrado aderente à linha de pesquisa Direito e Jurisdição cujo objeto é responder à indagação quanto à possibilidade de se realizar o transplante legal (legal transplant) de institutos do direito processual norte-americano, notadamente a *Disclosure* e *Discovery*, para o direito brasileiro a partir da janela que se criou legalmente com a redação dada ao art. 190 do CPC. Referido artigo do código de processo civil brasileiro prevê uma cláusula geral de convencionalidade que assegura às partes amplo espaço de autonomia para firmar acordos processuais, de modo que a pesquisa examina a possibilidade de as partes estabelecerem mudanças no processo, em solo brasileiro, aplicando referidos institutos da *common law* estadunidense. A dissertação foi estruturada em três capítulos distintos, atendendo a uma linha natural de desenvolvimento identificando-se, primeiro, o instrumental teórico necessário para a realização do referido transplante legal, em segundo momento ocupando-se da descrição do objeto do transplante, para somente no fim trabalhar a operação em si, com a incorporação da *Disclosure* e *Discovery* ao Direito brasileiro. Assim, o primeiro capítulo busca ambientar o leitor quanto à serventia da pesquisa, sua alocação teórica no Direito, e, por fim, fazer uma análise dos parâmetros necessários e atuais para a operacionalização do *legal transplant*, que é a ferramenta básica pela qual se pensa a aproximação entre conceitos de jurisdições e tradições diversas. O segundo capítulo apresenta uma análise estrutural do processo civil norte-americano, e, seguidamente detém-se na exploração dos institutos da *Disclosure* e *Discovery*, de forma a permitir sua compreensão e estabelecer a extensão do seu regramento. Cuidou-se de abordar com a máxima didática possível tanto as referências estatutárias quanto a *judge-made law*. Por fim, o terceiro capítulo estreia com a análise das convenções processuais, que constituem a janela autorizativa para o transplante legal sugerido, e, passa, em etapa final, a examinar a operacionalização do transplante propriamente dito. Busca-se retratar a extensão do transplante, suas dificuldades, bem como, os benefícios potenciais decorrentes de sua operacionalização. A conclusão do trabalho apresenta a resposta à indagação formulada na etapa vestibular trazendo também ponderações sobre os pontos mais delicados da pesquisa que se mostraram no transcorrer dos trabalhos. A dissertação segue prioritariamente o método indutivo de pesquisa.

Palavras-chave: Processo Civil. *Civil law*. *Common law*. Tutela jurisdictional. *Legal transplant*. *Disclosure*. *Discovery*. Convenções processuais.

ABSTRACT

This master's dissertation is part of the line of research Law and Jurisdiction. It aims to investigate the possibility of legal transplant of North American procedural law institutes, notably Disclosure and Discovery, into Brazilian law, based on the window that was legally created with the wording given to Article 190 of the CPC – Brazilian Civil Procedure Code. This Article of the CPC provides for a general clause of conventionality that guarantees, for the parties, a broad space of autonomy to enter into procedural agreements. This study therefore examines the possibility of the parties establishing changes in the process, on Brazilian soil, applying the aforementioned institutes of North American common law. This dissertation has three chapters that progress in a natural line of development. Firstly, it identifies the theoretical instruments necessary to accomplish the legal transplant in question; secondly, it describes the object of the transplant; and thirdly, it describes the actual operation required to incorporate Disclosure and Discovery into Brazilian law. Thus, the first chapter seeks to acquaint the reader as to the usefulness of the research and its theoretical allocation in Law, before analyzing the necessary and current parameters for the operationalization of the legal transplant, which is the basic tool for bringing together the concepts of various jurisdictions and traditions. The second chapter presents a structural analysis of North American civil procedure, and explores the institutes of Disclosure and Discovery, in order to promote a better understanding of them and establish the extent of their rules. Care was taken to give as much didactic content as possible, including statutory references and judge-made law. The third chapter begins with an analysis of the procedural conventions, which constitute the authoritative window for the suggested legal transplant, and goes on to examine how the transplant itself is put into effect. It seeks to portray the extent of the transplant, its difficulties, and the potential benefits arising from its operation. In the conclusion, this work responds to the initial research question, and offers some considerations on the more delicate points of the research that arose during the work. The dissertation primarily uses the inductive research method.

Keywords: Civil Procedure. Civil law. Common law. Adjudication. Legal transplant. Disclosure. Discovery. Procedural contracts.

INTRODUÇÃO

O presente estudo está pautado pelo entendimento da importância que o sistema de solução de conflitos civis desempenha no desenvolvimento econômico e social de um país, e, pela constatação da circunstancial falência do sistema brasileiro, que vem se mostrando incapaz de dar uma resposta a altura dos desafios que se lhe apresentam.

O objetivo inicial era identificar no sistema processual civil norte-americano instrumentos que pudessem ao menos em tese contribuir para a superação dos problemas que mais gravemente alcançam a prestação do serviço jurisdicional no Brasil, a qualidade das decisões e o acúmulo de processos pendentes de julgamento¹.

Nesse caminhar os institutos da *Disclosure* e *Discovery* se destacaram como referenciais da história do processo civil norte-americano, que, moldados pelas regras processuais federais (Federal Rules of Civil Procedure) de 1938, até hoje, com pequenas e pontuais reformas, vem respondendo por uma das mais altas (senão a maior) taxas de composição de litígios do mundo. Disso resulta que no universo dos conflitos civis americanos apenas alguns poucos alcançam a fase de julgamento, que se dá, portanto, com maior detença propiciando a prestação qualitativa e tempestiva da tutela jurisdicional.

O desafio, logo, passou a ser a identificação, de *lege lata*, de mecanismos capazes de propiciar o uso desse ferramental aqui no Brasil, o que direcionou a pesquisa para as convenções processuais, autorizadas pela cláusula geral de convencionalidade trazida com o CPC de 2015 no art. 190. Assim, identificou-se uma “janela” de oportunidade para implementação em solo brasileiro dos institutos da *Disclosure* e *Discovery*, na medida em que referido dispositivo legal assegurou um amplo espaço para o autorregramento das partes, permitindo a adequação do processo às vicissitudes da causa.

Todavia, ainda faltava descobrir o método pelo qual se poderia implementar o diálogo entre países, que apesar de alguma similitude no desenho

¹ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: Ltr, 2014, p.16.

institucional, possuem tradições jurídicas diversas e culturas jurídicas distintas. Foi aí que a pesquisa se orientou para a análise do *legal transplant*, ferramenta por meio da qual se pode dar cabo da tarefa de transplante e importação dos institutos do direito norte-americano para o direito brasileiro.

Com todo esse panorama teórico passou-se, então, à fase final de investigação para efeito de se compreender o modo e a extensão pela qual se pode operacionalizar o *legal transplant* tornando real a adoção da *Disclosure* e *Discovery* em solo brasileiro.

É curioso notar, todavia, que o transcurso da pesquisa fez descortinar a incompletude do projeto que a impulsiona inicialmente, formalizado na academia por exigência de rigor metodológico e forma. E seria um contrassenso se assim não fosse, afinal de contas a experiência do conhecimento é adquirida a partir da pesquisa e não antes dela.

O projeto inicial, entretanto, serviu como um mapa na caça ao tesouro, cujas rotas ali indicadas nem sempre se provaram reais, o que exigiu ajustes e adaptações. Significa dizer, que a pesquisa não se aprisionou pelo referente, mas se propôs a explorá-lo da maneira mais adequada possível.

Os cortes metodológicos, todavia, foram mais do que necessários não apenas para condensar o resultado, mas principalmente porque cada um dos temas que compõem os capítulos justificaria uma pesquisa exclusiva, com maior profundidade vertical e horizontal.

Isso se registra para esclarecer que os temas foram abordados no limite do que se entendeu por necessário para a composição da estrutura textual deixando de lado, assim, diversos outros aspectos das matérias. Não há, portanto, pretensão de esgotamento de nenhum dos temas ou institutos suscitados pela pesquisa. A pretensão caminha no sentido de defender apenas a interconexão e diálogo entre os institutos da *Disclosure* e *Discovery* e a convenção processual no Brasil.

A estrutura textual buscou dar organização e uma sequência ordenada às descobertas emergidas durante a pesquisa.

Assim é que tem início, o primeiro capítulo, com a ambientação do leitor à serventia da pesquisa em seu propósito macro – permitir um diálogo de culturas. Em sequência a aproximação do conteúdo segue uma ordenação assemelhada a uma espiral decrescente, passando do seu propósito maior para a exposição dos propósitos mais específicos e próximos do núcleo da pesquisa, o enfretamento do que se identificou como “tragédia da Justiça”² - ou seja, o quadro deficitário do serviço de prestação da tutela jurisdicional no Brasil – a partir da adoção de mecanismos que possam contribuir para o incremento qualitativo e tempestivo da tutela jurisdicional, e, por fim, uma análise dos parâmetros necessários e atuais para a operacionalização do *legal transplant*, que é a ferramenta básica pela qual se pensa a aproximação entre conceitos e institutos de jurisdições e tradições diversas (Disclosure e Discovery e a convenção processual no Brasil).

O diálogo cultural é um fenômeno em crise no mundo de hoje diante da tendência isolacionista de governos conservadores, o que pode representar sensíveis prejuízos ao desenvolvimento da ciência (das ciências humanas e sociais, inclusive). O abandono, portanto, dos exemplos e experiências exitosas em modelos internacionais, não é uma opção.

De outro lado, o contato com a realidade dos números divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça atesta a incapacidade sistêmica do Poder Judiciário para dar fluxo efetivo à demanda (ações judiciais) que se lhe apresenta, em especial no que toca à Jurisdição civil. Há, sintomaticamente, um déficit de eficiência. Nesse contexto, se faz necessário repensar os métodos e meios de resolução de conflitos hoje vigentes, os paradigmas até então vigorantes, e, a cultura de "necessária" interferência do Estado em todo e qualquer estágio do processo para a composição de disputas. Isso implica, consequentemente, em revisitar criticamente a legislação processual civil brasileira a fim de lhe imprimir maior eficiência.

A importação das experiências externas, todavia, não é uma atividade que se possa desenvolver acriteriosamente. A muito se pensa e se escreve no âmbito internacional a respeito do transplante legal de conceitos e institutos entre

² Expressão colhida da obra, representativa da tese de doutoramento do Professor Erik Navarro. (WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019)

países. Por isso, além de compreender a ferramenta do *legal transplant* no transcurso do primeiro capítulo, sugerimos de modo próprio, sem reproduzir o esquema teórico de quem quer que seja, limites (nominados como fatores teóricos de deformação conceitual) a serem observados quando da sua operacionalização.

O segundo capítulo se propõe inicialmente a uma análise estrutural do processo civil norte-americano, de modo a permitir ao leitor a compreensão do contexto correto em que inserido os institutos da *Disclosure* e *Discovery*. Seguidamente detém-se na exploração dos referidos institutos, abordando detidamente todos os instrumentos contemplados pelos referidos institutos.

Detalha-se, assim, de forma didática, a partir de referências estatutárias e da *judge-made law* os instrumentos que viabilizam os meios de prova na etapa pré-julgamento do processo civil estadunidense: i) os questionamentos escritos (interrogatories); ii) requisição de documentos (request for production); iii) colheita da prova oral (depositions); iv) prova pericial (expert opinion), e; v) requerimento de admissão (request for admissions).

Cuidou-se, também, de se trazer um importante debate que hoje se apresenta no cenário americano a respeito da prova eletrônica (Electronic Stored Information – ESI) e dos desafios que se tem apresentado aos advogados para fazer frente às exigências da *Disclosure* e *Discovery*.

O terceiro e último capítulo estreia com a análise das convenções processuais, que constituem a janela autorizativa para o transplante legal sugerido. Detém-se o estudo sobre a origem da convencionalidade no Direito brasileiro, as ideologias que historicamente vem influenciando a conformação do processo civil no Brasil, a alocação teórica dos acordos processuais na teoria dos fatos jurídicos, classificação, e, ainda, os limites ao objeto das convenções.

Muitos foram os aspectos, todavia, que ficaram de fora da análise proporcionada pelo terceiro capítulo, menos por desinteresse e mais pela necessidade de manter o alinhamento do tema da pesquisa, cujo objeto não versa exclusiva e diretamente as convenções processuais, senão o seu diálogo com os institutos do processo civil americano.

Assegura a lei processual brasileira, pela redação do art. 190 do CPC/2015, a possibilidade de que as partes, para além do objeto controvertido, acordem entre si o procedimento que entendam mais adequado à solução do seu litígio, buscando ajustá-lo às especificidades da causa. Assim, as partes podem acordar sobre encargos, poderes, faculdades e deveres processuais, superando a ideia do processo como coisa pública e inflexível.

O estímulo à essa inovação processual trazida pelo art. 190 decorre, em poucas palavras, da migração do modelo autoritário (público) do Direito Processual Civil brasileiro para um modelo cooperativo que enfatiza a autopreservação da vontade das partes, e, que busca não só acelerar o tempo gasto na resolução das demandas judiciais, mas, também, atribuir maior legitimidade às decisões judiciais.

É a partir do atual modelo processual adotado pelo CPC/2015 que se pretende investigar a possibilidade de se implementar em solo brasileiro, nos limites do art. 190 do CPC, as medidas preparatórias de julgamento (pretrial) tal como aplicadas pelo Direito estadunidense a partir da regulação das regras federais de processo civil.

O mote da pesquisa encontra incentivo, também, no conteúdo do art.381, incisos II e III do Código de Processo Civil Brasileiro que autoriza expressamente a divulgação antecipada de provas para estimular a composição e prevenir conflitos judiciais, proporcionando às partes envolvidas no conflito os elementos necessários para avaliar o risco potencial de ação futura. Previsão legal que mostra similaridade com os valores encampados pelos institutos do direito norte-americano.

Em etapa final, a pesquisa examina a operacionalização do transplante propriamente dito. Busca-se retratar a extensão possível do transplante, quais suas dificuldades, bem como, os benefícios potenciais para as partes e para o Judiciário decorrentes de sua operacionalização.

Essa sequência textual tinha por pano de fundo o enfrentamento dos seguintes questionamentos formulados durante a pesquisa:

Problema 1 – O transplante legal de institutos do direito norte-americano, como esforço para melhoria do sistema processual brasileiro, mostra-se relevante

como medida de integração do Brasil e de resposta ao culturismo (fenômeno decorrente do isolacionismo)?

Problema 2 – A *Disclosure* e a *Discovery* justificam-se enquanto instrumentos de combate a “tragédia” vivenciada pela Justiça brasileira?

Problema 3 – É juridicamente possível a operacionalização do transplante jurídico dos institutos da *Disclosure* e *Discovery* para o Brasil a partir da regra geral de convencionalidade prevista art. 190 do CPC?

Problema 4 – Qual a extensão e o limite da aplicação dos referidos institutos do Direito norte-americano mediante convenção processual no Brasil?

Referidos questionamentos sugeriam as seguintes hipóteses, ao final confirmadas:

Hipótese 1 – O *legal transplant* é sim um mecanismo socialmente relevante para a integração do Brasil e para a importação de ideias e experiências já sedimentadas no exterior. Reveste-se, portanto, na condição de resposta efetiva ao macroproblema social do culturismo;

Hipótese 2 – A *Disclosure* e *Discovery* sim se justificam no combate a tragédia da justiça por representarem importantes instrumentos de desjudicialização da colheita da prova, assim contribuindo para a redução dos custos sociais e financeiros que a fase instrutória carrega para o processo (assumidos pelo Estado), e, auxiliando também com a redução da carga de trabalho dos juízes para que melhor passem a desempenhar a atividade final de julgamento dos feitos;

Hipótese 3 – Sim, é juridicamente possível a operacionalização do transplante legal da *Diclosure* e *Discovery* por intermédio da regra geral de convencionalidade prevista no art. 190 do CPC, dado os contornos de liberdade assegurados ao autorregramento da vontade, e, também, aos diversos indícios legais (vetores) que apontam para a desjudicialização de diversos atos processuais, enquanto opção política do legislador;

Hipótese 4 – A extensão e o limite de aplicação dos referidos institutos do processo civil americano ficam condicionados pela aplicação dos fatores teóricos de deformação dos conceitos identificados durante a pesquisa, fatores que analisados individualmente impõem a necessidade de adaptabilidade de cada um dos instrumentos da *Disclosure* e *Discovery*.

Tendo presente, porém, que o ineditismo da pesquisa não se basta como justificativa à pesquisa, buscou-se, sempre que possível, trazer conclusões gerais e consistentes, a partir de contribuições próprias.

METODOLOGIA DA PESQUISA E ASPECTOS REDACIONAIS

A pesquisa foi preponderantemente baseada em revisão de literatura a respeito do tema, envolvendo publicações em língua inglesa (essas de origens variadas, não apenas estadunidense) e língua portuguesa.

As referências e transcrições de doutrina estrangeira foram feitas, prioritariamente, com o propósito de testificar e corroborar afirmações de caráter geral, obtidas por método indutivo.

Um esclarecimento pontual se justifica nesse estágio do texto. A prática do transplante de institutos jurídicos internacionais (*legal transplant*) foi abordada nesse trabalho como ferramenta teórica de que dispõe a ciência jurídica, e, não se identifica, na perspectiva do autor, como um método próprio de trabalho científico³. A afirmação é feita sem desprezar o fato de que o propósito dessa ferramenta se revela, tão somente, a partir de sua exploração dinâmica (é dizer, a partir de sua operabilidade pelo pesquisador) com vistas a permitir a movimentação de conceitos e institutos entre sistemas jurídicos de nacionalidades diversas. Tal particularidade, todavia, não impede sua avaliação crítica a partir de uma perspectiva estática, tal como se pretendeu no presente trabalho, com a tentativa de parametrização da ferramenta mediante o apontamento dos obstáculos teóricos a serem desviados sempre que o estudioso buscar assegurar algum resultado útil à sua pesquisa (em escape às deformações).

Servindo, assim, a própria ferramenta do *legal transplant* como objeto de investigação científica, não se confunde com o método de fato utilizado (com ênfase ao método indutivo) para se alcançar a delimitação dos parâmetros levantados no presente trabalho.

Assinala-se, também, que o uso dos termos “lei”, “norma” e “regra” se deu indistintamente, sem levar-se em consideração a distinção teórica entre eles, sempre que referenciando a legislação americana (Federal Rules of Civil Procedure ou Rules of Evidence).

³ Interpretado o conceito de “método científico” como o modo de seleção de fontes, avaliação de seu conteúdo, levantamento dos pontos de conexão, e, descrição de resultados. (FONSECA, Ricardo Marcelo. Introdução teórica à história do direito. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2012, p.29.)

Mais do que isso, o adjetivo “convencional” foi usado para indicar o processo resultante de uma convenção ou acordo processual, em detrimento do termo “convencionado”. Portanto, o adjetivo tem significação técnica. A escolha se deve ao fato de que se está a falar de um processo em abstrato, genérico e indeterminado, melhor indicado pelo termo “convencional”, ao contrário do termo “convencionado” que parece sugerir um objeto em concreto e individualizado.

Outro ponto que precisa aqui ser anotado diz respeito à pessoa do discurso. A dissertação, em seu aspecto gramatical, enquanto forma textual, preconiza o uso da 3ª pessoa do singular, a sugerir a impessoalidade da fala enquanto fator potencial de convencimento. Todavia, são diversos os gargalos no transcurso do trabalho que suscitam a opinião e manifestação direta do autor, menos por pretensão e mais pelo ineditismo do tema, o que inviabiliza a existência de um extrato de opinião doutrinária e impõe a opção pela 1ª pessoa do plural. O texto, portanto, contém uma consciente e proposital alteração na pessoa do discurso para fazer frente a esses desafios.

Registra-se, ainda, que as passagens históricas transcritas ao longo do texto foram inseridas pelo interesse de tornar o texto mais atraente.

Por fim, a informação de que o texto segue a normatização fixada pela NBR 6023.

CAPÍTULO 1

TRANSPLANTE DE INSTITUTOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS NO PROCESSO CIVIL. UMA CONTRIBUIÇÃO PARA A SUPERAÇÃO DO CULTURISMO

No presente capítulo vamos entender o porquê é necessário pensar as soluções aos problemas jurídicos a partir de uma correta perspectiva crítica do momento histórico que se vive. Abordar também a temática do *legal transplant* enquanto ferramenta para operacionalizar a internalização de institutos jurídicos internacionais, em especial no Processo Civil, e, compreender como isso pode servir para o enfrentamento dos problemas vivenciados pela sociedade brasileira em relação aos serviços judiciários, e, de modo mais amplo, traduzir uma resposta socialmente relevante para a tendência política isolacionista e nacionalista que gravita no mundo de hoje.

1.1 O culturismo enquanto desafio social

É quase intuitiva, embora hoje intencionalmente ignorada, a ideia de que ninguém “cresce” sozinho. A dependência do outro, de uma boa equipe, de contribuições alheias é parêmia que também se aplica aos países, no que se refere à sua evolução e crescimento social.

Não foi por razões de ordem biológica, aliás, que o ser humano ofertou sua lealdade à grupos sociais que ultrapassavam a fronteira de seu clã ou sua tribo. O surgimento do Estado nação, assim como, em período posterior, das comunidades internacionais e supranacionais, funda-se prioritariamente no compartilhamento de esforços diante de problemas comuns.

Portanto, para além de razões meramente abstratas, o agir coletivo da humanidade sempre foi impulsionado por um propósito bastante claro de permitir a sobrevivência e o incremento da qualidade de vida do gênero humano.

Essa linha evolutiva, todavia, encontra hoje severa obstrução em razão da expansão do discurso nacionalista ufanista na seara política que tem grave projeção e impacto na vida das pessoas (em razão da implementação de barreiras físicas entre países, políticas de proteção de mercado e deterioração de laços

diplomáticos). Discurso que se faz impulsionar por argumentos e estratégias “maleáveis”, com grande impacto e penetração social, associados ao “culturismo”⁴.

O culturismo é um conceito explorado pelo Professor da Universidade Hebraica de Jerusalém, Yuval Noah Harari, que o define, em palavras diversas das originais, como uma prática substitutiva ao racismo pelo qual se busca acentuar as separações e prejulgamento dos seres humanos a partir, não mais de supostas diferenças biológicas, mas de diferenças culturais⁵.

Discurso que tem servido ao nacionalismo chauvinista, e, por suas peculiaridades impõe maior desafio de superação do que o racismo (ancorado em razões biológicas já hoje desmentidas pela ciência).

No ambiente contaminado pelo culturismo as soluções para os problemas sociais são sempre pensadas a partir de um único fator de legitimação: a cultura prevaiente de quem fala (de quem titulariza o discurso).

O culturismo, todavia, segundo Yuval N. Harari, apresenta fragilidades que devem ser identificadas e consideradas pelos atores sociais para evitar que se vejam inconscientemente vitimados por esse discurso. A primeira delas advém da confusão entre “superioridade local com superioridade objetiva”⁶, fragilidade que se soma à constante opção pelos discursos “genéricos”, com excessiva vagueza⁷. O maior problema dessa prática, porém, deriva do fato de que alegações culturistas,

⁴ A síntese histórica e o termo “culturismo” são devidas ao Professor da Universidade Hebraica de Jerusalém, Yuval Noah Harari, em seu livro “Lições para o século 21” (HARARI, Yuval Noah. 21 Lições para o século 21; tradução Paulo Geiger. 1ª. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p.187-197).

⁵ Atente-se bem, o debate ocorre quanto ao neologismo cunhado por Harari “culturismo”, e, não sobre o culturalismo enquanto ramo de estudo da antropologia e sociologia. Muito embora a conexão seja evidente, quer parecer que Harari buscou em seu trabalho entalhar as diferenças. O culturalismo é um conceito mais amplo, e, se traduz pela corrente de pensamento que defende a importância central da cultura como vetor organizador dos assuntos humanos.

(OPEN DEMOCRACY. Culturalism: culture as political ideology. Disponível em: <https://www.opendemocracy.net/en/culturalism-culture-as-political-ideology/>. Acesso em 13-02-2020)

⁶ A partir de um caso hipotético, porém, de ordem prática e factível, o historiador comprova em seu livro que o fato de que determinada cultura seja mais adequada para determinada situação (em determinado país) não implica, necessariamente, na afirmação de que se trata de uma cultura “superior” em toda e qualquer situação. (HARARI, Yuval Noah. 21 Lições para o século 21; tradução Paulo Geiger. 1ª. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 194)

⁷ A generalidade e abstração do discurso, afirma Yuval N. Harari, impede qualquer avaliação razoável quanto ao entendimento e confirmação dos pressupostos adotados pelo interlocutor, o que implica na impossibilidade de se confiar na veracidade do que se diz (HARARI, Yuval Noah. 21 Lições para o século 21; tradução Paulo Geiger. 1ª. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 194-195)

muitas vezes ancoradas em dados estatísticos reais, são usadas para prejudicar as pessoas⁸.

Assim, identificar esse fenômeno que permeia o discurso político hoje propagado com relativo sucesso pela extrema direita (com reflexos quase imediatos na vida de todos) é o primeiro passo para que a humanidade (e, nesse contexto, muito particularmente, a sociedade brasileira) possa caminhar no seu processo evolutivo consciente dos riscos e desafios que lhes são postos.

O momento, portanto, torna ainda mais relevante o esforço de sublinhar aquilo que de positivo a integração dos povos pode gerar à humanidade, a partir do compartilhamento de ideais em diversas áreas do conhecimento. É precisamente aí que entra a discussão sobre a transnacionalidade do Direito e a transferência dinâmica de institutos e conceitos jurídicos entre países e sistemas jurídicos diversos.

A ferramenta teórica do *legal transplant*, portanto, para além das fronteiras do Direito, é forma de reagir a esse momento de descrença e abandono das conquistas coletivas.

Contribuir para o uso qualitativo dessa ferramenta (legal transplant), que permite o aproveitamento de boas ideias em face de problemas comuns aos países, é uma forma singela, humildemente perseguida pelo autor, de combater, ao menos na seara jurídica, o culturismo denunciado por Yuval N. Harari.

1.2 A delimitação do tema ao âmbito do Direito Processual Civil

O esforço de interação entre os povos resultou na troca de informações, também, no que toca aos métodos de composição dos conflitos – conflitos, esses, decorrentes da própria convivência social *per se* - tanto na esfera civil quanto na esfera penal.

Por conta desse intercâmbio de ideias, a despeito das diferenças históricas, econômicas, sociais, e, até mesmo religiosas, é possível, ainda de hoje,

⁸ Vale sublinhar a lição trazida por Harari: “Mesmo sendo a cultura importante, as pessoas são modeladas por seus genes e por sua história pessoal única. Indivíduos desafiam estereótipos estatísticos” (HARARI, Yuval Noah. 21 Lições para o século 21; tradução Paulo Geiger. 1ª. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 195).

identificar pontos comuns que conectam institutos jurídicos de países cuja tradição jurídica tem origem em troncos distintos (“common law” e “civi law”)⁹.

Portanto, a definição e contornos dos instrumentos que se dispõe hoje na sociedade brasileira para resolução dos conflitos sociais deriva menos da originalidade dos nossos legisladores e mais do aproveitamento de ideias espalhadas e consolidadas mundo afora¹⁰.

Dentro dessa temática, o autor optou por abordar, em delimitação do objeto da pesquisa, somente o *legal transplant* em sua correlação com o Processo Civil. Não se dedica a pesquisa à abordagem do referido instituto em sua conexão com matérias diversas (Direito Civil¹¹, Direito Administrativo ou Constitucional). Para além da necessidade de contenção do esforço de investigação o recorte temático se justifica em razão do problema originariamente levantado, e, da hipótese a ser confirmada (ambos, estritamente limitados ao âmbito do Direito Processual Civil).

1.3 O Processo Civil para além do Direito

A justificativa para delimitação do estudo no âmbito do Direito Processual Civil está no fato de que a matéria tem relação umbilical com o pulsar da vida econômica e social de um país na medida em que, condicionando a aplicação do Direito a toda e qualquer relação civil e comercial, responde, em função direta, pela qualidade da prestação da tutela jurisdicional e do sistema de Justiça. E, assim, trabalha como uma válvula de controle, permitindo em maior ou menor escala, conforme o ajuste adequado, a operabilidade do sistema judiciário.

⁹ Exemplo prático disso pode ser observado na identidade dos métodos de comunicação dos atos processuais (citação e intimação) adotados no Brasil, cuja filiação histórica do processo civil se liga ao modelo europeu de *civil law*, e, aqueles adotados nos EUA, representantes máximos do modelo da *common law*. Sem maiores preciosismos, nos dois casos se tem sucessivamente: i) citação real (que se dá “pessoalmente” por oficial de Justiça ou serviço de correspondência), seguida de; ii) citação ficta (desdobrada em citação por “hora certa”, e, “por edital”). Para conferência vale a comparação entre os referenciais legais, artigos 238 a 259 do CPC, e, a regra 5 da Regras Federais do Processo Civil nos EUA (Federal Rules of Civil Procedure). (Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 19-07-2019; *Federal Rules of Civil Procedure*. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/sites/default/files/rules-of-civil-procedure.pdf>. Acesso em 19-07-2019)

¹⁰ Observação que se faz com as ressalvas críticas adotadas ao longo do texto.

¹¹ Termo que se usa dentro do significado admitido pelo Direito brasileiro.

A relevância do Processo Civil, portanto, para além do Direito, é inegável. Tanto assim que justifica o financiamento de pesquisas de âmbito internacional pelo Banco Mundial.

Em abril de 2002 quatro economistas ligados à Universidade de Yale e Harvard, sob o patrocínio do Banco Mundial, publicaram junto ao NBER¹² um estudo intitulado “Courts: The Lex Mundi Project”, estudo que veio a ser republicado em revista especializada no ano de 2003.

O estudo em questão resultou de uma pesquisa de coleta de dados de um total de 109 países, e, tinha por escopo analisar a relação entre formalismo processual e a qualidade do sistema de justiça (com ênfase na tempestividade da tutela jurisdicional e na equidade das decisões)¹³.

É curioso perceber que o estudo foi integralmente conduzido e formulado por economistas fato, que, pode soar estranho a alguns, porém, não ao estudioso afeito ao ambiente acadêmico americano. A algum tempo desenvolveu-se na Economia um campo de estudo particular intitulado “Economia Comparativa”, cujo esforço intelectual, anteriormente voltado para comparação entre economia de mercado e a economia planificada (própria dos regimes socialistas) hoje, se volta para a análise comparativa de institutos exclusivos do capitalismo. Assim, desenvolveram-se estudos sobre a regulação do mercado financeiro, sobre ambientes de desenvolvimento de empresas de tecnologia, concessão de crédito pelo/ao setor privado etc.

Em razão da relevância e centralidade que ocupa na vida das pessoas e das empresas, e, por ser (em acepção bastante restrita) instrumento de solução de conflitos, como não poderia deixar de ser, o Processo Civil também passou a constituir objeto de análise e estudo da Economia Comparativa. Isso significa, que

¹² De acordo com o site institucional o *National Bureau of Economic Research* - NBER é uma organização privada, constituída sob as leis americanas, de pesquisa sem fins lucrativos, comprometida em empreender e divulgar pesquisas econômicas imparciais entre os formuladores de políticas públicas, profissionais de negócios e a comunidade acadêmica (National Bureau of Economic Research – NBER. Abou NBER. Disponível em <https://www.nber.org/info.html>. Acesso em 20-07-2019).

¹³ As informações concernentes ao estudo explicitadas nesse tópico foram, todas, obtidas de fonte secundária, a partir da obra de Christoph Kern, cujo título em tradução livre é “Justiça entre simplificação e formalismo” (KERN, Christoph. *Justice between Simplification and Formalism*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007).

esse ramo do Direito, hoje, não conta apenas com a exclusividade do pensamento jurídico. Economistas, dentro do campo da Economia Comparativa, tem, até mesmo uma linha de pesquisa intencionalmente nominada de Legal Origins Theory (LOT), em reconhecimento científico da interdependência entre Processo Civil e Desenvolvimento¹⁴.

Portanto, é possível dizer, desde já, que o interesse pelo processo civil além dos limites da ciência jurídica atesta a inegável relevância social, econômica e cultural que referido ramo da ciência do Direito exerce na vida civil e econômica de um país.

Isso significa, em outros termos, que os países desenvolvidos já identificaram a correlação direta entre a escolha dos meios estatais de solução de controvérsias e o desenvolvimento econômico e social. De modo inteligível, quanto mais eficiente e efetiva seja a atuação do Estado na resolução de conflitos entre seus cidadãos melhor o ambiente, o planejamento e organização da vida social e econômica, e, por consequência, melhor a segurança para investimentos, para a atividade empreendedora etc.

1.4 O Processo Civil para além das fronteiras nacionais

Já na introdução do trabalho foi sublinhada a convergência natural de esforços que acontece entre países para compartilhar soluções exitosas no enfrentamento de problemas comuns, o que não é diferente no âmbito do Processo Civil, dada a relevância estratégica do assunto (como destacado no ponto precedente).

Assim, a despeito do natural intercâmbio havido entre países filiados à mesma tradição jurídica (a exemplo do Brasil, Itália, Alemanha etc), tem havido esforço incomum no cenário internacional para a uniformização do Direito Processual, a partir de adoção de um procedimento básico que assegure um núcleo mínimo de direitos aos atores processuais.

¹⁴ ENGELBREKT, Antonina Bakardjieva. *Legal and Economic Discourses on Legal Transplants: Lost in Translation?* p. 113. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/4668/1780ec4dcad585c3ff56262b48e241cdc89f.pdf>. Acesso em: 10-05-2019.

O exemplo mais ilustrativo está na adoção e promulgação pelo conselho executivo do Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado - UNIDROIT¹⁵, desde 2004, de um estudo que referencia princípios mínimos a serem adotados pela legislação processual de cada um dos países membros e compromissados (totalizando ao todo 63 países, dentre os quais o Brasil)¹⁶. Trata-se, mais detalhadamente, de um trabalho conduzido em parceria com o Instituto Americano de Direito (American Law Institute) intitulado “Princípios de Direito Processual Civil Transnacional”^{17/18}.

Esse esforço comum, todavia, ainda está longe de consolidar o impacto positivo que pode gerar. Existem muitas resistências a serem suplantadas por apego à conceitos de autoridade (tais como soberania) para o repúdio às mudanças.

No campo do comércio internacional, todavia, para escapar aos atrasos e às jurisdições mais ineficientes (a exemplo da brasileira), o princípio do *forum shopping*¹⁹ tem servido como alternativa inteligente ao vetusto princípio *lex fori*²⁰.

¹⁵ A sigla deriva da denominação em francês, *Institut International Pour L'Unification Du Droit Prive*, muito embora os trabalhos e produções patrocinadas pelo instituto ocorram também na língua inglesa, de acordo com o site da instituição (International Institute for the Unification of Private Law - UNIDROIT. About UNIDROIT. Disponível em <https://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>. Acesso em 21-07-2019)

¹⁶ Muito embora não se esteja a falar, propriamente, de obrigações com repercussão compulsória para o Direito interno de cada Estado membro, a autoridade do estudo deriva da qualificação do seu conteúdo. Padrões referenciais mínimos estipulados por especialistas não são novidade para ninguém (considere-se o exemplo mais evidente da International Organization for Standardization – ISO). É rigorosamente, um exemplo do que se qualifica hoje como “soft law” no Direito Internacional. (International Organization for Standardization. About Us. Disponível em <https://www.iso.org/about-us.html>. Acesso em 21-07-2019)

¹⁷ O estudo pode ser acessado no sítio eletrônico da instituição (International Institute for the Unification of Private Law - UNIDROIT. UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure>. Acesso em: 21-07-2019)

¹⁸ É digno de nota sublinhar o enquadramento do processo civil dentro do Direito Privado, como objeto de estudo de um organismo internacional vocacionado para o desenvolvimento do Direito Privado. Essa é uma abordagem, e, alocação teórica do Processo Civil com a qual concordamos a despeito da longa tradição a qual se filia o Brasil a partir da influência do direito alemão e italiano (de Processo enquanto coisa pública, afeta ao Direito Público). Afirmação que se sustenta sem prejuízo dos apontamentos críticos que a doutrina sinaliza quanto à dicotomia Direito Público *versus* Direito Privado (adiante devidamente explorados).

¹⁹ Trata-se de princípio, de Direito Internacional Privado, que autoriza as partes de um contrato internacional a pré-definirem a jurisdição responsável pelo processamento das demandas, em surgindo controvérsia contratual. (CAMARGO, Solano. Forum shopping: a escolha da jurisdição mais favorável. 1 ed. São Paulo: Intelecto, 2017)

²⁰ Princípio segundo o qual a lei aplicável é a lei do lugar em que ocorrido o fato, de clássica aplicação no Direito Internacional Privado (CAMARGO, Solano. Forum shopping: a escolha da jurisdição mais favorável. 1 ed. São Paulo: Intelecto, 2017, p.55-67).

1.5 A tragédia da Justiça na realidade brasileira. A responsabilidade da academia frente ao problema

Segundo últimos dados oficiais divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, por intermédio do relatório periódico “Poder Judiciário em números”, o Brasil conta com um acervo total de 80,1 milhões de processos que aguardam solução definitiva, tendo como tempo médio de encerramento (tempo médio de acervo) 7 anos e 11 meses na Justiça Federal, e, 6 anos e 9 meses na Justiça Estadual.

Não menos ruim, esses prazos traduzem apenas estimativas representativas da média. Quem guarda o mínimo de proximidade com o Poder Judiciário é incapaz de negar a existência de processos que contam com o dobro do tempo no seu desenrolar.

Abordado o problema sob a perspectiva do Juiz de primeiro grau, tem-se um retrato ainda pior. Cada magistrado julgou em 2017 um total de 1.819 processos, ou seja, 7,2 casos por dia útil de trabalho²¹.

Tais números fazem prova do colapso que alcança os serviços judiciários, e, que, por decorrência, impede a tempestiva e qualitativa prestação da tutela jurisdicional.

Antes de prosseguir um alerta: os números são explorados no presente trabalho para o fim de retratar a realidade considerada pelo autor como pressuposto fático para o desenvolvimento da pesquisa. Não faz o autor qualquer imputação de responsabilidade muito menos aos membros e servidores do Poder Judiciário, que, sofrem em primeira mão com as deficiências que alcançam os serviços judiciários. Não há, portanto, crítica com endereço certo.

Desse modo ficam, desde já, refreadas interpretações que dolosamente possam distorcer o propósito científico do trabalho, a fim de que não se coloque o autor em posição com a qual não compactua.

²¹ O detalhamento dos dados foi publicado no sítio eletrônico do CNJ (Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Justiça em números. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 20-07-2019.)

Retomando o enredo, quem bem explorou os números divulgados pelo CNJ²² e adequadamente qualificou a atual circunstância pela qual passa a Justiça brasileira, em recente publicação referente à sua tese de doutoramento pela UERJ, foi o brilhante Professor Erick Navarro Wolkart²³.

Partindo de conceitos próprios do campo afeto à microeconomia e referindo a obra de Gregory N. Mankiw “Principles of Microeconomics” e Jim Leitzel “Concepts of Law and Economics” o Prof. Erik Navarro qualifica a Justiça (enquanto serviço estatal) como *bem comum*, o que faz, baseado em duas especiais características sublinhadas: i) *impossibilidade de exclusão*, a significar que dentre aqueles interessados na fruição desse serviço estatal ninguém pode ser excluído (atributo que se ampara em disposição constitucional), e; ii) *concorrência no consumo*, aspecto que implica dizer que o bem (*rectius*, a oferta do serviço) sofre diminuição e desgaste quantitativo na medida em que é usufruído e disputado pelos interessados, vez que são finitos os recursos de financiamento para a referida atividade.

Essa qualificação da Justiça como *bem comum* se contrapõe à ideia de *bem privado*, que se caracteriza pela: (i) *exclusão*, vez o preço atribuído ao bem serve como fator de impedimento àqueles que não disponham de recursos ou não possam pagar e, pela; (ii) *concorrência no consumo*, conceito já explicado no parágrafo anterior, vez que idêntico.

Essa distinção, baseada em conceitos econômicos, tem por propósito imediato o reconhecimento de que os bens comuns, a contrário dos bens privados, em razão das características próprias não se fazem tutelar pelas leis do mercado, o que, invariavelmente, pode levar ao esgotamento do bem (*i.e.*, serviço)²⁴.

²² A única ressalva se deve ao fato de que o Prof. Erik Navarro desenvolveu sua análise com base no relatório 2016, período anterior ao explorado na presente pesquisa. (WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.45)

²³ WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.85-89.

²⁴ Para bem explicitar a ideia, e, sublinhar o modo pela qual as características dos bens privados autorizam a incidência as leis do mercado, o Prof. Erik cita o exemplo de uma confeitaria: “Confeitarias, por exemplo, fixam um determinado preço para uma torta de chocolate e automaticamente excluem do mercado todos que não valorizam aquele produto mais do que o preço fixado ou que, apesar de o valorizarem, não dispõem dos recursos necessários para sua aquisição.

A partir dessa abordagem conceitual o Prof. Erik fez a associação com os números divulgados pelo CNJ para chegar à conclusão de que a realidade brasileira, no tocante à prestação da tutela jurisdicional, revela, o esgotamento desse bem comum. Circunstância essa que o ilustre professor carioca fez associar, em feliz comparação, com a parábola “tragédia dos comuns”²⁵, a fim de afirmar que o Brasil vive hoje, uma “tragédia da Justiça”.

Vale o esclarecimento, entretanto, de que a expressão “tragédia da Justiça” busca apenas encerrar, sucintamente, a descrição dos problemas estruturais que vitimizam o Poder Judiciário, tal como acima descrito. Não é expressão “adjetiva” que sirva para retratar, titular ou descrever pejorativamente o Poder Judiciário, nem muito menos seus membros e servidores²⁶. A expressão é emprestada do Prof. Erik com total respeito ao âmbito de significação delineado na obra originária.

De outro lado, sempre que uma torta de chocolate é vendida, o que estoque desse tipo de torta diminui e só pode ser resposto pela produção de novas tortas. Sendo essas as regras, é relativamente simples para as confeitarias fixar um preço tal que proporcione um equilíbrio entre oferta e demanda. Tem-se assim um mercado eficiente, no sentido de maximizar os benefícios para ambos os lados (consumidor e produtor)” (WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 82).

²⁵ “The Tragedy of the Commons is an economic theory that describes how people often use natural resources to their advantage without considering the good of a group or society as a whole. When a number of individuals consider only their own welfare in this manner, it leads to negative outcomes for everybody, as the natural resource becomes depleted. [...]

Understanding this economic theory requires a working definition of what is meant by ‘the commons’. ‘The commons’ includes any natural resources that are not owned by an individual or corporation. Rather, these resources are available for public use. [...]

The Tragedy of the Commons describes how people often take advantage of resources that are freely available to them. Often, they don’t consider the fact that if everyone over-uses the resource, this will lead to negative effects for everyone, including themselves.”

“A tragédia dos Comuns é uma teoria econômica que descreve como as pessoas frequentemente usam os recursos naturais para seu benefício sem considerar o bem do grupo ou sociedade como um todo. Quando um número de indivíduos considera apenas seu próprio bem-estar desse modo, isso leva a resultados negativos para todo mundo, na medida em que os recursos naturais começam a se esgotar. [...]

Compreender essa teoria requer um trabalho de definição do que significa ‘os comuns’. ‘Os comuns’ englobam qualquer recurso natural que não constituem propriedade de um indivíduo ou corporação. Mas que sejam recursos disponíveis para uso de todos [...]

A Tragédia dos Comuns descreve quão frequentemente as pessoas obtêm vantagens dos recursos que estão livremente disponíveis para elas. Repetidamente, elas não levam em consideração o fato de que se todos usarem os recursos em demasia, isso vai resultar em efeitos negativos para todos, incluindo eles mesmos [...]

(ESTHERMSMTH. *The Tragedy of the Commons in Learning Theories*. September 11, 2017. Disponível em: <https://www.learning-theories.com/the-tragedy-of-the-commons.html>. Acesso em 15-06-19)

²⁶ O esforço de esclarecimento tem razão prática, por já termos testemunhado exemplo de incompreensão da expressão, mal-entendida como “rotulação” indevida do Poder Judiciário.

A contribuição que se registra a partir do presente trabalho se refere, unicamente, às causas da tragédia. Isso porque, identificamos causas diversas para o problema: i) não somente o alto índice de litigiosidade, recorribilidade, incumprimento das decisões judiciais, tal como enfatizado pelo Prof. Erick Navarro, mas também, e, com maior ênfase; ii) a deficiência qualitativa das decisões judiciais forjadas em um ambiente de cultura jurídica que resiste ao imperativo da fundamentação substancial dos atos decisórios (como que na defesa vaidosa de um espaço autoritário), e, que ainda se debate com conceitos elementares de coerência e integridade²⁷.

A resistência ao imperativo legal de fundamentação substancial dos atos decisórios, na forma do art. 489, *caput* e §1º do CPC ²⁸, talvez seja dentre todos o problema mais sintomático da prática judiciária no dia a dia, e, que mais gravemente contribui com o incremento dos índices de recorribilidade, insatisfação e incumprimento das decisões judiciais, resultando em menor respeitabilidade e efetividade do Poder Judiciário.

Trata-se de um problema real, e, sério, que apresenta como uma de suas facetas a ideia, equivocada, de que o magistrado pode abandonar o debate

²⁷ É sintomático como a pretensa “liberdade” do Juiz da *civil law* seduz a prática judiciária, e, mais gravemente estimula posturas voluntaristas e individuais de juízes aqui no Brasil. Esse efeito se dá em desprezo a fatores fundamentais e estruturantes e que necessariamente deveriam levar à resultado diverso, à compreensão de que a decisão judicial não é um ato de criação solitária do magistrado baseado no seu “livre convencimento”, mas, um ato do Estado, conformato substancialmente pelo debate processual, e, sujeito a limites e vetores principiológicos imperativos.

²⁸ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

(BRA. Planalto. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 23-07-2019)

processual a partir do momento em que “encontra motivo suficiente para proferir a decisão”. Prática estimulada por reminiscências autoritárias propagadas, inadvertidamente, como se apoio da lógica aristotélica tivessem no processo teórico de aplicação do direito ao caso concreto, a partir de julgados cuja ementa assim vaticinam “*o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão*”.

Sua segunda faceta, mais complexa e comprometedora, advém da incompreensão do que venha a ser a fundamentação substancial (e válida) do ato decisório, apegando-se o magistrado na ideia equivocada de que “a motivação seria o apontamento *pelo juiz* dos elementos que *e/e* – de modo individual e solitário – considerou mais relevantes no caso e que fizeram com que *e/e* tomasse tal decisão em determinado sentido – e não em outro”²⁹.

A fundamentação substancial, tal como exigida pelo Código de Processo Civil, obriga a mais, obriga a uma abertura dialógica, exige a compreensão de que o Juiz deve convencer as partes e a sociedade da correção de sua decisão, ou ao menos direcionar seu esforço nesse sentido, efetivamente valorando as provas, e, abandonando suas posições pessoais a respeito do problema que se lhe apresenta. Como afirma Ommati, recordado por Pedron:

[...] Ao juiz contemporâneo não pode bastar, ao dar cabo a uma discussão, a mera declaração do vencedor, repetindo as razões deste como quem enuncia uma equação matemática. Ao contrário, é preciso que o julgador, no mesmo passo em que diz por que acolheu as razões do vencedor, afirme as razões pelas quais rejeitaria a interpretação dada pela parte sucumbente.³⁰

A deficiência qualitativa das decisões judiciais, todavia, como previamente sinalizado, reside também na desvalorização pela cultura jurídica nacional dos

²⁹ PEDRON, Flávio Quinaud. A superação da tese do livre convencimento motivado do magistrado em face do dever de busca pela resposta correta na teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin. *O fim do livre convencimento motivado*. coordenação Dierle Nunes, George Salomão Leite, Lênio Streck. 1ª ed. Florianópolis (SC): Tirant Lo Blanch, 2018, p.79.

³⁰ PEDRON, Flávio Quinaud. A superação da tese do livre convencimento motivado do magistrado em face do dever de busca pela resposta correta na teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin. *O fim do livre convencimento motivado*. coordenação Dierle Nunes, George Salomão Leite, Lênio Streck. 1ª ed. Florianópolis (SC): Tirant Lo Blanch, 2018, p.79.

conceitos de coerência e integridade do ordenamento jurídico. Conceitos cuja tutela igualmente encontra respaldo na lei processual, *ex vi* do art. 926, *caput* do CPC³¹.

Desta feita, a fim de que se possa enfrentar o problema da tragédia da Justiça com utilidade os “quartos escuros” devem ser iluminados e deficiências inerentes a esse *bem comum* (serviço judiciário) confrontadas a partir de uma postura realista e racional, de modo que as soluções almejadas sejam o mais proveitosas possíveis.

Reside aí uma das críticas que sustentamos em face das conclusões alcançadas pelo Prof. Erick Navarro em seu livro, a despeito da qualidade e profundidade ímpar de sua pesquisa pioneira, vez que elenca soluções (vertidas em estímulos econômicos ao ambiente cooperativo no processo) direcionadas unicamente às partes, em um contexto de lide pré-estabelecida. O que implica a assunção de três pressupostos: *primeiro*, o de que reside unicamente no comportamento das partes (revisitado a partir dos parâmetros inovadores da economia do bem-estar e da neurociência da moralidade) a razão para o colapso vivenciado pelo Poder Judiciário; *segundo*, de que a oportunidade mais adequada para implemento de estímulos à atividade cooperativa no processo, e, assim, potencializar a solução tempestiva dos conflitos, dá-se após a triangularização da relação processual; *terceiro*, de que o cidadão comum é carecedor das competências necessárias à defesa de seus interesses e à construção de uma solução adequada e justa ao conflito, de modo que o Estado se apresenta como peça indispensável no tabuleiro do processo.

Equivocadamente, presume parte da doutrina que a atividade jurisdicional é dotada de neutralidade no que toca ao problema da tragédia da Justiça, a significar que não contribui (ao menos não sensivelmente) com as causas que levam, hoje, ao colapso do serviço judiciário. Trata-se de um pressuposto equivocado, que deriva de uma abordagem parcial e demasiadamente influenciada por uma ideologia do processo marcadamente pública.

³¹ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. (BRA. Planalto. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 23-07-2019)

A prova do erro assenta-se em duplo vetor: i) interpretação dos dados numéricos divulgados pelo CNJ em seus relatórios anuais (ponto que será detalhado com a profundidade necessária em capítulo avançado), e; ii) no volume de artigos e publicações científicas na área jurídica, que, buscam enfrentar racionalmente o que tem se tornado uma prática perniciosa - o insistente desrespeito ao dever de correta fundamentação dos atos decisórios.

Erroneamente, também, a doutrina acolhe o pressuposto de que o ambiente de litígio processual é o mais propício para a implementação de técnicas (estimuladas pela análise econômica do direito) visando a potencialização da solução dos casos, tais como, o refinamento das multas processuais e sua destinação à contraparte prejudicada, a intensificação e reforço dos casos de litigância de má-fé e abuso do direito de litigar, a valorização e tutela dos honorários sucumbenciais e recursais etc.

Em divergência de opinião entendemos que o ambiente do litígio processual, longe de ser o mais “propício” é o “último” em que se faz possível a implementação das técnicas processuais de estímulo à cooperação das partes. E, sendo o último, assim deve ser tratado, como foco secundário do esforço de melhoria do sistema processual.

De outro vértice, também é preciso registrar que muito embora as técnicas processuais encorajadas pela análise econômica do Direito inegavelmente guardem utilidade para o direcionamento do processo e estímulo ao comportamento cooperativo das partes na fase de litígio processual, tais técnicas gravitam a partir de um denominador comum, a ideia (já hoje tão fortemente superada nos demais campos do conhecimento humano) de que a gestão se faz melhor pela ameaça/medo do que pelo incentivo.

Isso porque, todas as sugestões numeradas e exploradas por essa linha doutrinária implicam em sanções patrimoniais com gravíssima repercussão no âmbito dos direitos fundamentais – a exemplo da proposta de incremento das custas judiciais e supressão do benefício da gratuidade da Justiça. São medidas ofensivas ao direito constitucional de acesso ao Judiciário, e, que caminham na

contramão do esforço de pacificação social, eis que, na prática, traduzem apenas a frustração da possibilidade que tem o cidadão comum de acessar o Poder Judiciário.

Essa perspectiva divergente, que se sustenta no presente trabalho, põe em suspeição o tratamento das ideias referidas pelo Prof. Erik em seu livro, ao menos no que toca à consideração de tais ideias como medidas inaugurais e primárias a serem implementadas pelo legislador. Sua serventia é secundária, de segunda ordem, e, assim deve ser considerada, como um soldado de reserva.

A dissociação com o pensamento do Prof. Erick Navarro, registre-se, advém de momento anterior, quanto às premissas (matrizes teóricas) apontadas no seu texto, a exemplo da ideologia do processo como mero instrumento do bem-estar social. Enunciado de flagrante matiz publicística, que adota uma abordagem construída sob a ótica estatal da administração da Justiça, centrada na figura do Juiz, e, que põe luz em apenas um aspecto do problema.

Basta que se adote uma ótica diversa, abordando-se o problema sob a perspectiva daquele para quem se destina todo o serviço judiciário, o jurisdicionado, que a conclusão muda. O Processo deixa de ser um instrumento serviu ao Estado, para ser antes, um instrumento serviu às pessoas. Aquele que vai ao Judiciário na busca de tutela de direito seu, visando a solução de um problema que se lhe alcança (que, por vezes, impede o desenrolar natural da vida), não tem, e, nem poderia ter qualquer ordem de preocupação quanto às implicações indiretas da atividade processual (bem-estar social), menos ainda com os interesses estatais afetos ao gerenciamento da prestação desse serviço. Portanto, em sua forma mais singela e rudimentar, o processo surgiu na história humana como meio de resolver uma contenda envolvendo duas pessoas, cujos interesses de preservação se esbarram.

Foi somente a partir do surgimento das aglomerações e grupamentos sociais ordenados e estruturados que se passou à consideração de um interesse “público” de pacificação, e, conseqüente bem-estar social. O processo, portanto, somente indireta e secundariamente na história humana revela sua roupagem pública. É antes coisa privada, forma de solução de conflito privado.

Sendo assim, é preciso destaque ao fato de que a abordagem trazida pelo Prof. Erick, a despeito do brilhantismo, profundidade e pioneirismo, se dá a

partir de uma matriz teórica acentuadamente publicística, que atribui indevida neutralidade à atividade do Juiz, e, acaba por dar ênfase exagerada à fase litigiosa do processo.

A contribuição que se busca com o presente trabalho é propor uma abordagem do problema da tragédia da Justiça a partir de uma visão privatística do processo, com realce ao momento anterior à fase litigiosa do processo, quando ainda útil a composição entre as partes sem os custos adicionais decorrentes da movimentação da máquina Judiciária.

Isso significa, portanto, buscar uma solução para o problema a partir de um ponto de vista diverso daquele adotado pelo ilustre Professor carioca. O tema, todavia, por sua complexidade, será aprofundado em capítulo posterior.

Por ora, em retomada do argumento, cabe destacar o quanto esse cenário de tragédia revela o descompasso entre os avanços que se consolidam no campo das ciências exatas, com especial ênfase na biotecnologia e tecnologia da informação, e, o caminhar lento das ciências humanas, dentre as quais o Direito, que sequer reativamente tem atendido aos anseios sociais.

A marcha arrastada do Direito, com especial ênfase nas formas de resolução de conflitos, faz com que se traduza hoje mais em empecilho do que em fator contributivo para o desenvolvimento social e econômico da sociedade brasileira.

Esse distanciamento entre o mundo de hoje e os instrumentos jurídicos de que dispõe a sociedade obriga ao esforço da academia de pensar soluções inovadoras e contemporâneas que possam fazer frente às demandas tecnológicas, e, reposicionar o Direito, notadamente o Direito Processual Civil, como agente de promoção do desenvolvimento.

Pensar soluções para um problema dessa natureza e magnitude, todavia, não é algo simples, e, no especial momento pelo qual passa o país (com tão pouco apreço pelas ciências humanas), revela-se um enorme desafio. Desafio que longe de refletir desencorajamento deve servir como estímulo ao pesquisador e ao

ambiente acadêmico (que em momentos difíceis da história nacional sempre guardou identidade com a resistência e com a rebeldia intelectual).

O avanço da ciência nas áreas humanas, aliás, é uma necessidade que a muito já foi identificado pelos países de primeiro mundo como *necessidade estratégica* diante dos desafios do século XXI. Eric Beinhocker, diretor executivo do Instituto do Novo Pensamento Econômico (Institute of New Economic Thinking) da prestigiosa universidade de Oxford (Inglaterra), lembrado pelo brilhante e premiado jornalista Thomas L. Friedmann³², fala em tecnologias sociais (social Technologies), em oposição às tecnologias físicas (physical technologies) para efeito de registrar o modo como hoje o pensamento econômico de vanguarda, no mundo, enxerga os desafios trazidos pelos avanços do mundo moderno:

[...] Social technologies are how we organize to capture the benefits of cooperation – non-zero-sum games. Physical technologies and social technologies coevolve. Physical technology innovations make new social technologies possible, like fossil fuel technologies made mass production possible, smartphones make the sharing economy possible. And vice versa, social technologies make new physical technologies possible – Steve Jobs couldn't have made the smartphone without a global supply chain³³.

Sem deixar de reconhecer a inexorabilidade das mudanças evolutivas, o professor de Oxford, chama atenção para a obrigação que remanesce a cargo dos cientistas e pesquisadores das áreas humanas:

[...] Physical technologies evolve at the pace of science – fast and getting exponentially faster, while social technologies evolve at the pace at which humans can change – much slower. While physical technology change creates new marvels, new gadgets, better medicine, social technology change often creates huge social stresses and turmoil, like the Arab Spring

³² FRIEDMANN, Thomas L. Thank You for Being Late: an optimist's guide to thriving in the age of accelerations. 1st. edition. New York: Picador, 2017, p.214.

³³ [...] Tecnologias sociais constituem o modo pelo qual nos organizamos para capturar os benefícios da cooperação – jogo de soma-zero. Tecnologias físicas e tecnologias sociais se desenvolvem conjuntamente. As inovações próprias da tecnologia física fazem novas tecnologias sociais se tornarem possíveis, como as tecnologias de combustível fóssil permitiram o surgimento da produção de massa, os telefones celulares fazem a economia do compartilhamento possível. E vice-versa, tecnologias sociais fazem novas tecnologias físicas possíveis – Steve Jobs jamais poderia ter construído um telefone celular inteligente sem uma cadeia global de suprimentos. (*tradução livre*) (FRIEDMANN, Thomas L. Thank You for Being Late: an optimist's guide to thriving in the age of accelerations. 1st. edition. New York: Picador, 2017, p.214)

countries trying to go from tribal autocracies to rule of law democracies. Also, our physical technologies can get way ahead of the ability of our social technologies to manage them – nuclear proliferation, bioterrorism, cybercrime – some of which is happening around us.

Our physical technologies won't slow down – Moore's law will win – so we're in a race for our social technologies to keep up. We need to more deeply understand how individual psychology, organizations, institutions, and society work and find ways to accelerate their adaptability and evolution³⁴.

O campo do Direito, e, em especial do Processo Civil (em razão da capilaridade e conexão com a vida real), não escapa a essa necessidade de evolução, não só como resposta necessária aos avanços tecnológicos, mas, prioritariamente, para fazer frente à tragédia da Justiça no Brasil.

1.5.1 O Direito Comparado e o legal transplant. Para além das metáforas, uma ferramenta de trabalho científico

Nesse desafio que se põe à academia o Direito Comparado desempenha um papel fundamental. Conforme destacou o professor Prof. Peter Gottwald, da Universidade de Regensburg na Alemanha, em artigo dedicado ao direito processual civil comparado:

There is no branch of science which may base its knowledge only on ideas and findings being born within national boundaries. [...] In looking what has been done beyond the own borders comparative law offers incentives and a broader scope of models of solving a problem that could be and have been developed within national boundaries. Comparative law thus may...enrich the "stock of possible solutions", and moreover offer the chance to find better solutions for the particular time

³⁴ [...] Tecnologias físicas se desenvolvem na velocidade da ciência – de modo rápido e com crescimento exponencial, enquanto as tecnologias sociais se desenvolvem no ritmo em que os seres humanos podem mudar – isso significa, muito mais devagar. Enquanto as mudanças próprias das tecnologias físicas criam novas maravilhas, novos dispositivos, remédios mais eficientes, as mudanças próprias das tecnologias sociais frequentemente criam enorme stress social e agitação do povo, como a Primavera Árabe que buscava transformar os países de autocracias tribais em Estados de Direito. Também nossas tecnologias físicas podem estar muito a frente da capacidade de nossas tecnologias sociais reagir e lidar com tais avanços – proliferação nuclear, bioterrorismo, crime cibernético – apenas alguns exemplos que nos circundam.

O progresso de nossas tecnologias físicas não vai reduzir sua velocidade – a lei de Moore prevalecerá – de modo que estamos numa corrida para manter nossas tecnologias sociais tão atualizadas quanto. Precisamos compreender mais profundamente como a psicologia individual, as organizações, as instituições interagem entre si para que possamos achar meios de incrementar sua adaptabilidade e evolução. (*tradução livre*) (FRIEDMANN, Thomas L. Thank You for Being Late: an optimist's guide to thriving in the age of accelerations. 1st. edition. New York: Picador, 2017, p.214.)

and the particular country than by restricting to local or national doctrinal disputes.³⁵

O Direito Comparado, portanto, pela riqueza das contribuições que se colhe mundo afora é fonte para pesquisa que não se pode descartar. Além disso, é praticamente impossível nos dias de hoje encontrar ordenamento jurídico que não tenha recepcionado, consciente ou inconscientemente, institutos de Direito com origem no exterior. Afirmação que também vem apoiada em transcrição do professor de Regensburg:

Most modern codifications or greater amendments are the result of comparative studies, even if the legislator did not reveal how and where he found his ideas. This is true even if most receptions are not the result of real comprehensive studies [...]

A legal system which is not open for new ideas and developments outside of the own country will fail to catch up with modern international standards.³⁶

Em verdade, as vantagens decorrentes da interconexão e o diálogo entre ordenamentos jurídicos mundo afora já a muito foram pontuadas por Rudolf V. Ihering³⁷, cujo ensinamento punha-se com total clareza:

[T]he reception of a foreign legal institution is not a matter of nationality, but a matter of usefulness and need. No one

³⁵ Não existe ramo da ciência que possa basear seu conhecimento somente em ideias e descobertas nascidas apenas dentro das fronteiras de um dado país. Permitindo o conhecimento do que acontece para além dos limites de um país, o direito comparado oferece incentivos e uma ampla gama de instrumentos para resolver problemas que podem ou tem se desenvolvido nacionalmente. O direito comparado, por isso mesmo, pode ... enriquecer o “estoque de possíveis soluções”, e, ainda mais, oferecer a chance de se encontrar uma solução melhor para o país e para o momento em que vive, do que a solução alcançada a partir da limitação da pesquisa aos parâmetros da doutrina nacional. (tradução livre) (GOTTWALD, Peter. *Comparative Civil Procedure*. Ritsumeikan Law Review, n. 22, 2005, p.23. Disponível em <http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr22/GOTTWALD23-35.pdf>. Acesso em 20-06-2019).

³⁶ “A maioria das codificações modernas ou das grandes reformas são o resultado do estudo comparado, mesmo que o legislador não revele como e aonde foi buscar suas ideias. Isso é verdade mesmo que a recepção dessas ideias não resulte diretamente de um estudo muito abrangente [...] Um sistema legal que não é aberto para novas ideias e desenvolvimentos originários de outros países certamente vai falhar no propósito de se manter atualizado com os padrões internacionais.” (tradução livre)

(GOTTWALD, Peter. *Comparative Civil Procedure*. Ritsumeikan Law Review, n. 22, 2005, p.23. Disponível em <http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr22/GOTTWALD23-35.pdf>. Acesso em 20-06-2019)

³⁷ Recordado por George MOUSOURAKIS (MOUSOURAKIS, George. *Legal Transplants and Legal Development: A Jurisprudential and Comparative Law Approach*. ACTA JURIDICA HUNGARICA. Akadémiai Kiadó: Budapest 54, No 3, 2013, p.220. Disponível em <https://akademiai.com/doi/pdf/10.1556/AJur.54.2013.3.2>. Acesso em 10-06-2019).

bothers to fetch a thing from afar when one has one as good or better at home, but only a fool would refuse a good medicine just because it did not grow in his own back garden.³⁸

Mesmo quando se põem em destaque países tradicionalmente avessos à incorporação de institutos e conceitos externos, a exemplo dos Estados Unidos da América, não se há de deixar de registrar o quanto se tem avançado no uso do Direito Comparado.

A honorável e estimada Magistrada da Suprema Corte Americana, Ruth Bader Ginsburg, em sua recente obra *Minhas Próprias Palavras*³⁹ (*My Own Words*) dedica um capítulo especial, intitulado *Um Respeito Digno às Opiniões da Humanidade: O valor do Direito Comparado na interpretação e aplicação do Direito Constitucional*” (*A Decent Respect to the Opinions of Humankind: The Value of Comparative Perspective in Constitutional Adjudication*)⁴⁰, para sublinhar a relevância do Direito Comparado na história americana e o progresso que fez a Suprema Corte Americana nas últimas décadas para implementar seu uso na jurisdição constitucional.

Começa o capítulo, didaticamente, explicando a razão da escolha do título:

I have titled this lecture ‘A Decent Respect to the Opinions of Humankind: The Value of Comparative Perspective in Constitutional Adjudication’. The ‘Decent Respect’ quotation, you likely noticed, comes from our Declaration of Independence. To explain why the thirteen colonies were severing their ties with the British Crown, Thomas Jefferson declared, at some length, the causes of “The Separation”. He did so prompt by “a decent Respect to the Opinions of Mankind”. The aim was to expose our reasons for becoming the ‘United States of America’ to the scrutiny of a “candid World.

³⁸ “A recepção de um instituto de direito estrangeiro não é uma questão de nacionalidade, mas uma questão de utilidade e necessidade. Ninguém se incomoda em buscar algo de longe quando se tem algo tão bom ou melhor em casa, mas somente um tolo se negaria um bom remédio apenas porque não foi desenvolvido no seu quintal de casa.” (*tradução livre*)

(MOUSOURAKIS, George. *Legal Transplants and Legal Development: A Jurisprudential and Comparative Law Approach*. ACTA JURIDICA HUNGARICA. Akadémiai Kiadó: Budapest 54, No 3, 2013, p.220. Disponível em <https://akademiai.com/doi/pdf/10.1556/AJur.54.2013.3.2>. Acesso em 10-06-2019)

³⁹ GINSBURG, Ruth Bader. *My Own Words*. New York: Simon & Schuster Paperbacks, 2018.

⁴⁰ GINSBURG, Ruth Bader. *My Own Words*. New York: Simon & Schuster Paperbacks, 2018, p. 248.

The founding generation recognized that becoming part of the world of nations meant that we would become a participant in the formulation, recognition, and, enforcement of international law.^{41/42}

No ponto alto do capítulo a hon. Magistrada faz questão de anotar uma passagem de autoria de seu colega de plenário, saudoso e resoluto Juiz Antonin Scalia, que nada obstante tenha sido fervoroso defensor do isolacionismo do Direito americano, fez constar valoroso voto dissidente - por ocasião do julgamento em que se discutia a exigência constitucional de que o acusado fosse assistido tecnicamente por um advogado durante as negociações com a promotoria no que toca aos acordos penais pré-processuais (aliás, passagem que guarda muita serventia em tempos em que tanto se fala em “plea bargaining” no Brasil) – em que acaba por se render à serventia do Direito Comparado. Disse o então Juiz da Suprema Corte Americana, Antonin Scalia:

In many – perhaps most – countries of the world, American-style plea bargaining is forbidden [...] In Europe, many countries adhere to what they aptly call the “legality principle”, by requiring prosecutors to charge all prosecutable offenses [...] Such a system reflects an admirable belief that the law is the law, and those who break it should pay the penalty provided⁴³.

⁴¹ “Eu intitulei essa palestra como “Um Respeito Digno às Opiniões da Humanidade: O valor do Direito Comparado na interpretação e aplicação do Direito Constitucional. A expressão entre aspas “respeito digno”, como se nota, decorre da Declaração da Independência. Para explicar por que as treze colônias estavam desatando os laços com a coroa britânica, Thomas Jefferson declarou, a certa altura dos acontecimentos, as causas da ‘Separação’. Ele fez isso compelido por ‘um respeito digno às opiniões da humanidade’. O propósito era expor as razões pelas quais nos tornarmos os “Estados Unidos da América” ao escrutínio do mundo livre. A geração fundadora reconheceu que se tornar parte de um mundo de nações significava que nós também seríamos participantes na formulação, reconhecimento, e, aplicação da lei internacional.” (*tradução livre*) (GINSBURG, Ruth Bader. *My Own Words*. New York: Simon & Schuster Paperbacks, 2018, p. 248).

⁴² É relevante dar destaque também ao fato de que há, no Direito Americano, clara distinção entre o Direito Internacional, que recebe especial adjetivação na constituição americana “Direito das Nações”, e o Direito estrangeiro propriamente dito, que tem origem em outra nação soberana. A constituição americana tutela apenas o Direito Internacional, cf. artigo VI. (USA. United States Senate. *Constitution of the United States*. Available on: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Access: jul. 2019)

⁴³ “Em muitos – talvez na maioria – dos países do mundo, o estilo americano de negociação prévia de pena com a promotoria é proibido [...] Na Europa, muitos países aderem ao que apropriadamente eles intitulam como ‘princípio da legalidade’, que requer que os promotores ofereçam a denúncia penal em face de todas as ações criminosas que preencham os requisitos legalmente impostos [...] Esse sistema reflete uma admirável crença de que a lei é a lei, e aqueles que a ofendem devem ser submetidos às suas penas.” (*tradução livre*) (GINSBURG, Ruth Bader. *My Own Words*. New York: Simon & Schuster Paperbacks, 2018, p. 254)

A passagem merece destaque porque revela a indispensabilidade do Direito Comparado, reconhecida até mesmo por quem tanto se opôs ao seu uso.

A utilidade de uma fonte de pesquisa, todavia, está atrelada a metodologia de que se vale o pesquisador. O que significa em termos simples, que a extração de dados e a destinação que se dá ao material extraído devem atender a cuidados mínimos. De um lado porque a extração de informações sem critério resulta em um punhado de dados não correlacionáveis, e, conseqüentemente, sem serventia científica. De outro lado, ainda que o acaso contribua na obtenção de dados úteis (correlacionáveis), seu manejo (i.e., classificação, comparação, decomposição etc), para o fim permitir a produção de conhecimento científico, deve se dar a partir de um passo a passo possível de ser aferido e confirmado por terceiros.

Com isso em mente, cabe fazer as distinções e delimitações de conceitos essenciais na pesquisa, a fim de que se possa isolar a ferramenta de trabalho científico sobre a qual foca o presente capítulo.

O primeiro conceito a ser trabalhado é o de “transnacionalidade” que serve à adjetivação do Direito transnacional. Transnacionalidade, no âmbito da ciência jurídica, quer significar aquilo que transborda as fronteiras nacionais, seja em razão da expansão da jurisdição nacional (quando, tendo origem interna, a norma expande seu âmbito territorial para além das fronteiras do país – hipótese que compreende o conceito de extraterritorialidade), sejam em razão da sujeição da jurisdição nacional (quando, tendo origem externa, a norma invade o território nacional, mantendo sua autoridade).

O Direito transnacional, assim, é aquele que sujeita a jurisdição de um país, porém, não se limita a ela, alcançando demais países e organizações. O exemplo mais didático nos dias de hoje é o Direito da Comunidade Europeia, que, a partir de parlamento próprio (de caráter supranacional) edita normas cuja obediência é imposta indistintamente a todas as nações integrantes.

Transferibilidade, ou, transplantabilidade, entretanto, são coisas bem diversas. Trata-se de vocábulos cujos significados estão ligados ao traslado de institutos de um sistema jurídico para outro. Em essência, os termos sinônimos,

identificam uma ferramenta teórica⁴⁴ que autoriza o pesquisador do Direito Comparado a importar soluções para problemas comuns (pensadas e testadas em solo alheio). Fala-se aqui em *legal transplant*, ou seja, transplante de conceitos jurídicos, objeto sobre o qual centra esforços o presente capítulo.

O transplante de institutos jurídicos é uma ferramenta complexa que deita raízes em concepções filosóficas bastante abrangentes do Direito, como o universalismo cultural⁴⁵, linha de pensamento segundo a qual a humanidade goza de conceitos e valores únicos, partilhando assim de uma mesma cultura. Por decorrência o Direito, enquanto expressão cultural, guarda elementos ínsitos de identidade (mesmo DNA) podendo assim ser transplantado de um lado a outro⁴⁶.

Tal linha de pensamento se opõe ao relativismo, segundo a qual a cultura é algo próprio, individualizado e particular de cada grupo social, de modo que seu núcleo consiste em diversidade, e, não em identidade. Por decorrência, o Direito estaria sempre umbilicalmente ligado à estrutura social de uma determinada sociedade, fato que impediria o trânsito de ideias.

Foi somente quando a ciência jurídica evoluiu nessa análise que se passou a admitir o uso desse ferramental condizente ao transplante de conceitos jurídicos entre nações⁴⁷.

Além da distinção conceitual acima é de rigor, também, referir as demais expressões que aparecem na literatura internacional sobre o tema, a saber: *legal circulation*, *cross-fertilisation*, *diffusion or migration*, *borrowing*, *influence*, *transmission*, *transfer and reception*. Todos esses são termos utilizados nas

⁴⁴ A expressão “ferramenta teórica” foi por nós adotada por compreendermos que o *legal transplant* não se constitui, por si só, em método individualizado e autônomo de pesquisa jurídica. Ao contrário, é ferramenta que depende dos métodos existentes (dedutivo, indutivo, hipotético-dedutivo, dialético, sistêmico) para dar utilidade às informações e dados que são obtidos a partir de seu uso.

⁴⁵ Vale advertir o leitor que “universalismo” é conceito com plurisignificado que se espalha por diversas áreas da vida humana. Sua projeção sobre a religião e sobre a ética(moral) antecede em muito tempo a discussão sobre o universalismo cultural (conceito esse utilizado no presente trabalho). Daí o cuidado para bem identificar o assunto sobre o qual se fala.

⁴⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. Revista Crítica de Ciências Sociais. Nº 48, junho, 1997, pp.11-31. Disponível em http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RC48.PDF. Acesso em 24-06-2019.

⁴⁷ Maior detalhamento desse processo histórico consta do tópico subsequente.

publicações estrangeiras para significar essa mesma operação de transplante legal⁴⁸.

Essa variação terminológica, contudo, não significa mais do que uma batalha de locuções e metáforas⁴⁹, que não afasta a enorme utilidade científica dessa ferramenta investigativa.

1.5.1.1 Um pouco de história

O transplante jurídico enquanto ferramenta teórica foi utilizado pela primeira vez com essa denominação (legal transplant) em 1974, quando um pesquisador e professor da Universidade da Virgínia-EUA, de nome Alan Watson, publicou uma pesquisa com o título: “Transplante Legal: uma Abordagem para o Direito Comparado” (Legal Transplant: an Approach to Comparative Law)⁵⁰.

Watson afirmava que a tarefa primordial da Direito Comparado, como disciplina acadêmica, era justamente explorar a relação existente entre sistemas jurídicos. Afirmava, ainda, que os sistemas jurídicos, ao contrário do que imagina o senso comum, não guardam necessariamente conexão íntima e umbilical com a sociedade na qual vigoram. Alegava ser muito comum, já ao tempo da publicação do seu trabalho, que as leis existentes em dado país, em sua maioria, derivassem menos das particularidades e individualidades do local e mais da reprodução e cópia de textos legais originários de outros países.

O pressuposto filosófico por detrás de tal assertiva conectava-se, claramente, com tudo quanto prega o universalismo cultural. Assim, para o ilustre professor da Universidade de Virgínia o Direito fazia-se independente do seu seio

⁴⁸ PERJU, Vlad. *Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations*. In Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, edited by M. Rosenfield and A. Sajo, 1304-1327. Oxford: Oxford University Press, 2012. Disponível em <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1365&context=lsfp>. Acesso em 28-05-2019.

⁴⁹ PERJU, Vlad. *Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations*. In Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, edited by M. Rosenfield and A. Sajo, 1304-1327. Oxford: Oxford University Press, 2012., p. 5. Disponível em <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1365&context=lsfp>. Acesso em 28-05-2019.

⁵⁰ CAIRNS, John W. *Watson, Walton, and the History of Legal Transplants*. GA. J. INT'L & COMP. L., Vol. 41, pg. 644-645. Disponível em <https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1049&context=gjicl>. Acesso em 17-05-2019.

social, de modo que troca e intercâmbio de conceitos e institutos jurídicos internacionalmente, era, na verdade, sua fonte primeva. Essa a síntese do pensamento que embalou os escritos de Watson:

According to Watson, the nomadic character of rules proves that the idea of a close relationship between law and society is a fallacy. Law is largely autonomous and develops by transplantation, not because some rule was the inevitable consequence of the social structure, but because those who control law-making were aware of the foreign rule and recognised the apparent benefits that could derive from it.⁵¹

Essa concepção defendida por Watson sofreu enorme resistência pelos estudiosos e acadêmicos, com múltiplas publicações que buscavam pontuar as falhas e equívocos das premissas de raciocínio do Prof. da Virgínia, a exemplo dos trabalhos de Marcel Ancel, Charles Maechling, Robert. B. Seidman, e, Otto Kahn-Freund. É desse último autor, todavia, a crítica mais séria e profunda que foi produzida, gerando intenso debate acadêmico. Com esse viés crítico afirmava Kahn-Freund, na lembrança de John W. Cairns:

[W]e cannot take for granted that rules or institutions are transplantable [...]. [A]ny attempt to use a pattern of law outside the environment of its origin continues to entail the risk of rejection. The consciousness of this risk will not, I hope, deter legislators in this or any other country from using the comparative method. All I have wanted to suggest is that its use requires a knowledge not only of the foreign law, but also of its social, and above all its political, context. The use of comparative law for practical purposes becomes an abuse only if it is informed by a legalistic spirit which ignores this context of the law.⁵²

⁵¹ “Segundo Watson, as regras nômades provam que a ideia de uma relação estreita entre lei e sociedade é uma falácia. A lei é largamente autônoma e se desenvolve por transplante, não porque alguma regra era a consequência inevitável da estrutura social, mas porque aqueles que controlam o processo legislativo estavam cientes da regra estrangeira e reconheciam os benefícios aparentes que dela poderiam derivar.” (*tradução livre*)

MOUSOURAKIS, George. *Legal Transplants and Legal Development: A Jurisprudential and Comparative Law Approach*. ACTA JURIDICA HUNGARICA. Akadémiai Kiadó: Budapest 54, No 3, 2013, p.230. Disponível em <https://akademai.com/doi/pdf/10.1556/AJur.54.2013.3.2>. Acesso em 10-06-2019.

⁵² “Não podemos assumir como certo que regras e instituições sejam transplantáveis [...] Qualquer tentativa de se usar um padrão de leis fora do seu ambiente de origem continua a implicar em risco de rejeição. A consciência desse risco não ira, eu espero, impedir os legisladores nesse ou em qualquer outro país de se valerem do método comparativo. Tudo o que tenho a sugerir é que o seu uso requer um conhecimento não apenas do Direito estrangeiro, mas também do seu ambiente social, e, sobretudo, político. O uso do Direito Comparado para propósitos práticos se torna um abuso

O ceticismo durou aproximadamente até 1985 oportunidade em que o estudo de Watson, a despeito das críticas, recebeu apoio intelectual e passou a contar com centenas de citações em trabalhos científicos.

Maiores detalhamentos do processo histórico evolutivo não são difíceis de encontrar na rede mundial de computadores, ademais, a pesquisa histórica mais acurada transborda o propósito e desviaria o foco do presente trabalho.

1.5.2 A defesa do transplante de institutos jurídicos internacionais como instrumento para a obtenção de respostas. A opção pelo direito norte-americano

O *legal transplant* embora não constitua em si mesmo um método científico é ferramenta indispensável do Direito Comparado que serve para identificar soluções propostas por outros países para problemas comuns, soluções essas que já tenham sido implementadas e submetidas ao teste da vida e do tempo. Por isso, o correto manuseio e controle dessa ferramenta teórica pode contribuir para evitar percalços desnecessários no esforço de melhoria do serviço jurisdicional e no enfrentamento dos gargalos e obstáculos que se impõe à tutela jurisdicional tempestiva e efetiva.

Àquele que compreende, na linha do que historicamente defendeu Watson, que o Direito brasileiro guarda intrínseca conexão com o mundo parece intuitivo o recurso ao *legal transplant* para o enfrentamento de problemas.

Todavia, mesmo quem certa resistência oponha ao argumento de que o ordenamento jurídico brasileiro se comunica intimamente com o exterior, não há de negar a acentuada influência histórica que sempre exerceu o direito continental europeu, notadamente, o Direito alemão e italiano (esse último mais acentuadamente no processo civil) sobre o Direito brasileiro.

somente se for adotado por um espírito que ignore esse contexto do Direito.” (tradução livre) (CAIRNS, John W. Watson, Walton, and the History of Legal Transplants. GA. J. INT’L & COMP. L., Vol. 41, pg. 645. Disponível em <https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1049&context=gjicl>. Acesso em 17-05-2019).

Acrescente-se a isso o particular movimento que vive o Direito Processual brasileiro de aproximação com sistemas jurídicos da *common law*⁵³ (a partir da adoção de um mal trabalhado sistema de precedentes), e, não é difícil perceber os veios de comunicação com o mundo que guarda o Direito brasileiro.

Reconhecer a conexão havida entre o Direito brasileiro e o Direito estrangeiro, todavia, não significa, em outro extremo, negar as particularidades da legislação pátria, que é sim dotada de características distintivas e exclusivas, em especial no Direito Processual Civil.

Dentre essas especificidades a que mais vigorosamente obriga o registro deriva do assento constitucional de preceitos processuais (consequência de uma Constituição analítica). Tal circunstância bota em realce valores e princípios processuais acolhidos pelo legislador constituinte em detrimento de opções legislativas circunstanciais e populistas. O fenômeno jurídico, aqui, pode ser descrito como “*constitucionalização por juridicização das normas constitucionais*”⁵⁴, *in casu*, “juridicização” das normas processuais acolhidas pelo texto da Constituição. Isso significa, em termos mais claros, que as disposições constitucionais aplicáveis ao processo são dotadas de plena juridicidade (leia-se, normatividade), e, “*não podem deixar de ser cumpridas, sob o argumento de que elas seriam meros programas políticos, envolvidos em uma forma jurídica*”.

Esse fenômeno é inegavelmente um importantíssimo fator de distinção quando se leva em conta que as Constituições dos demais países mundo afora (ainda que Constituições analíticas) não chegam ao capricho e minudência da

⁵³ Antes de avançar, uma explicação necessária. Não defendemos e não aprovamos a conclusão de que o Direito brasileiro já vive a *common law* por ter adotado o *stare decisis* a partir da vigência do CPC/2015, na linha do que fez assentar o Min. Edson Fachin em seu controverso pronunciamento no RE 655.265. Tanto a conclusão quanto a premissa adotada pelo Ministro estão equivocadas, com todas as vênias.

A uma porque não se tem implementado no Brasil *stare decisis*. Nem mesmo o Código propugna tal conceito. O que se tem é algo bastante diverso, e, aquém do significado do instituto. A duas porque a *common law* não é resultante de um único vetor, sua configuração é multifacetada e guarda complexidade, de modo que tal afirmação do Min. Fachin é debitada mais à sua tradição de civilista do que uma fundamentada opinião processualista.

⁵⁴ A identificação desse fenômeno é atribuída ao Prof. Otávio Luiz Rodrigues Jr. em sua brilhante obra *Direito Civil Contemporâneo*. (RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 1ª ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 220-221).

Constituição brasileira de 1988. O Processo Civil, portanto, na grande maioria dos países é assunto para a legislação infraconstitucional.

Assim, sem apagar as diferenças, foi a partir da consideração de que o ordenamento brasileiro não nasceu e floresceu em apartado do mundo que esse autor optou pelo uso do *legal transplant* de institutos e conceitos do direito processual civil norte-americano para o enfrentamento do problema que a pesquisa trouxe.

Vale sublinhar, no entanto, que o presente trabalho não explora o direito processual inglês, nem mesmo as normas processuais adotadas por demais países integrantes da *commonwealth*. Muito embora se valha o autor, pontualmente, de fatos históricos atrelados aos britânicos e suas ex-colônias, não há qualquer exploração do Direito inglês na pesquisa.

A opção pela análise da escola americana de processo civil, está calcada, *primeiro*, pela inegável importância que o Direito americano exerce no comércio mundial em razão não somente do seu alcance geográfico (atribuído às peculiares normas de extensão de competência jurisdicional das Cortes federais americanas), como, prioritariamente, pela efetividade da tutela estatal. A ascendência do Direito americano faz com que a jurisdição americana constitua escolha óbvia em contratos internacionais quando da eleição de foro entre negociantes (*forum shopping*)⁵⁵.

Em *segundo* lugar, a escolha se deve ao fato de que o Direito processual civil americano, é, dentre as referências mundiais, aquele que apresenta maior taxa de composição entre as partes, de modo que apenas um ínfimo percentual dos litígios é resolvido por sentença. Isso prova grande êxito no esforço de pacificação social.

Como *terceira* razão, deve-se destacar o fato de que o Direito processual americano, desde a reforma que resultou na edição das Regras Federais do Processo Civil (Federal Rules of Civil Procedure), em 1938, obteve enorme sucesso na redução dos custos estatais com a prestação jurisdicional, ao atribuir ao

⁵⁵ Não se desconhece a longa tradição e qualificação dos tribunais arbitrais britânicos que servem de referência inescapável quando se está diante de *Alternative Dispute Resolution – ADR*, em especial da arbitragem. Todavia, a pesquisa está voltada para o procedimento estatal de resolução de conflitos, razão pela qual, deliberadamente o assunto ficou de fora.

particular, e, à iniciativa privada a responsabilidade prioritária pelos custos do processo. Com isso, fez deslocar a obrigação financeira dos ombros do Estado para os ombros dos litigantes.

A *quarta* razão a justificar a escolha do autor se ampara na existência no Direito americano de ferramental jurídico que inibe a postura de resistência e renitência contra o cumprimento das decisões judiciais, o que garante a autoridade das decisões judiciais e o respeito à Corte. São reduzidíssimos os percentuais de incumprimento dos provimentos judiciais de mérito em solo americano.

Como *quinta* justificativa, sob a perspectiva do autor, talvez, a mais relevante, a escolha do modelo processual americano advém do respeito que tem os legisladores (e os próprios membros do Poder Judiciário) a valores básicos daquela sociedade, valores que foram cunhados com sangue, suor e lágrimas ao longo da história democrática americana: i) segurança jurídica, e; ii) a singela compreensão de que se vive sob o manto do Estado de Direito e não Estado dos homens (*rectius*, juízes).

Como *sexta* e última razão a amparar a escolha desse autor está o fato de que os EUA são a origem histórica do realismo e do utilitarismo (conceitos reavivados pela Análise Econômica do Direito), bem como, das modernas teorias ligadas à Economia comportamental e neurociência da moralidade que hoje, necessariamente, compõe o cenário sobre o qual se debruça a doutrina processual.

Todos esses motivos quando associados à demanda que tem a sociedade brasileira por soluções inteligentes para a superação dos obstáculos e disfunções que o processo civil apresenta põem em evidência que o Direito norte-americano é fonte que não pode ser desprezada.

1.5.3 Contribuições para correta operacionalização do transplante jurídico. Fatores teóricos de deformação dos conceitos

A partir de então passam-se às contribuições que se busca fazer para parametrização e uso qualificado desse recurso de pesquisa (legal transplant), de modo que o pesquisador possa antever os obstáculos que, de regra, se consolidam, e, assim, operar o intercâmbio de institutos e conceitos legais com maior destreza.

1.5.3.1 A sedução do modelo estrangeiro e o falso vanguardismo

O fato de o processo civil compor o objeto de pesquisa de outros campos do conhecimento humano gera, por si só, um risco que precisa ser antevisto na operação de intercâmbio de conceitos legais. O risco de que o leitor se deixe seduzir por um cenário de alegadas “inovações” sem se aperceber das eventuais fragilidades das propostas e conclusões apregoadas. Sobre esse ponto, cabe bem a advertência trazida pelo brilhante Professor da Universidade de São Paulo, Otavio Luiz Rodrigues Jr., em sua obra “Direito Civil Contemporâneo”, quando escreve:

Vinho velho em taças novas.

O título deste capítulo é um duplo trocadilho, com dupla inspiração. O primeiro sentido (e a primeira inspiração) encontram-se no primeiro capítulo da obra de Reinhard Zimmermann (The New German Law of Obligations Historical and Comparative Perspectives. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 1-38, item 10), quando ele comenta sobre a interpretação do BGB pelos tribunais da Alemanha no século XX, que teria gerado uma “revolução do direito pretoriano”, com um número significativo de “descobertas jurídicas” a partir desse olhar lançado pela jurisprudência sobre o texto legal, segundo alguns comparatistas por ele citados. A ironia de Zimmermann, que gerou o trocadilho, está em dizer que “frequentemente nós também encontramos vinho velho sendo servido em novas taças” (no original, “old wine being poured into new vessels”). Com isso, ele quer dizer que parte significativa dessa revolução produzida pelos tribunais na verdade era uma reelaboração de antigas doutrinas dos séculos XVIII e XIX, remoçadas pela mera circunstância de virem em novas “taças”, embora não fosse dado o crédito a seus verdadeiros criadores. O trocadilho dentro do trocadilho está em que Reinhard Zimmermann fez, com seu habitual refinamento, uma paráfrase irônica à “parábola do vinho novo em odres velhos”, referida nos Evangelhos de S. Mateus IX:14-17, S. Marcos II:18-22 e S. Lucas V:33-39. A mensagem bíblica possui interpretações diferentes, conforme a filiação teológica do intérprete. Uma delas, que este autor considera mais próxima de suas convicções, é a de que a boa nova de Jesus Cristo não seria adaptável aos preceitos do Antigo Testamento. Zimmermann ironiza ao afirmar que antigas doutrinas e teorias eram apresentadas como novidades pela jurisprudência ao interpretar o BGB. É este o segundo trocadilho.⁵⁶

⁵⁶ RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 147-148.

Esse mal, de se propagar soluções inovadoras, a partir de um discurso de fácil adesão é ainda mais evidente nos dias de hoje com as apressadas exaltações às soluções tecnológicas para o mundo do Direito, e, em especial para enfrentar a tragédia da Justiça.

Lawtechs e Inteligência Artificial (A.I.) ocupam o lugar da moda, programas de computador formatam petições, recursos, antevêm em percentuais as chances de êxito e perfil decisório do Juiz X ou Y, tudo em prol da agilização da prestação da tutela jurisdicional, e, o mais importante, tudo vendido como “novidade”, com ar de “originalidade”.

O problema é que tal proceder não traz nada de novo em sua essência, a não ser na forma (no que diz respeito à plataforma de trabalho, ao instrumental, aos os códigos de programação). As novas tecnologias quando escrutinadas, em essência, revelam apenas a rendição ao realismo jurídico e ao consequencialismo, enquanto correntes antigas de pensamento, fazendo com que juristas e advogados fiquem prostrados diante de decisões formatadas e replicadas em um fluxo mecanicista de trabalho ⁵⁷.

Perceba-se que o que de mais essencial há na atividade judicante – a valoração *subjetiva* de elementos de prova e teses jurídicas individualizadas ao caso – é a primeira providência abandonada por essas novas tecnologias, na medida em que calcadas no cruzamento *objetivo* de dados e informações estatísticas. Trata-se de um esforço, portanto, voltado à categorização e replicação de modelos, em que os detalhes e minudências correm o risco do descarte.

A I.A., no atual estágio não propõe solução para isso, ao contrário, parte dessa deformação para sugerir soluções à “tragédia” que se impôs à realidade da Justiça no Brasil.

⁵⁷ A concepção da inteligência artificial, em sua essência, parte da ideia de superação do processo mecanicista pela máquina, que, dotada de capacidade de apreensão crítica da realidade e aprendizado responderia por novos conhecimentos. Por assim dizer, capacita-se o computador ao raciocínio e à criação. Tal ordem de ideias poderia revelar eventual equívoco no texto ao optarmos pelo uso da palavra “mecanicista”. Todavia, o significado que se quer atribuir à palavra “mecanicista” alcança as operações de I.A. que estejam baseadas unicamente em raciocínios associativos e comparativos de dados e valores, cálculos de probabilidade e raciocínios matemáticos de qualquer outra ordem. Assim, a despeito de entusiastas como Nick Bostrom, compreendemos que no atual estágio evolutivo a I.A. ainda está presa ao termo “mecanicista”.

O mundo jurídico assiste hoje, sob a ótica da crítica mais apurada, a versão colorida de um filme antigo (em preto e branco). A empolgação de autores, professores e operadores do Direito não se justifica. Sem se aperceber, estão por beber “vinho velho em taças novas”. E isso vindo sendo denunciado pelo Prof. Lênio Streck, em um esforço por vezes mal compreendido⁵⁸.

No que interessa ao *legal transplant* esse é o primeiro desafio a ser superado, identificar o pesquisador se o modelo ou instituto referido não é representativo, apenas, de um falso vanguardismo.

1.5.3.2 Peculiaridades distintivas de cada país

O segundo fator de deformação que demanda atenção para operacionalização do *legal transplant* é de ordem objetiva: são as particularidades do processo penal e civil de cada país.

Essas particularidades vêm listadas, a seguir, a partir de esforço de aproximação, partindo-se de conceitos macros para micros, como se estivesse o leitor a ajustar a lente de seu microscópio visando apurar a acuidade visual na busca de mais detalhes do objeto investigado.

São elas: i) a distinção entre sistemas processuais de *common law* – com traços marcantes, tais como, o *stare decisis* (a privilegiar a segurança jurídica e a tutela sistêmica do Direito), a formação orgânica e natural de precedentes vinculantes, o debate sobre a questão fática do caso etc – e *civil law* - por sua vez, construído a partir da ideia central de plena autonomia judicial (*rectius*, individualidade judicial) no processo decisório; ii) as variações que alcançam os ritos e procedimentos legais prioritários, e, de aplicação genérica, a exemplo do processo penal e do processo civil; iii) a subsistência de procedimentos específicos em razão da especialização das Justiças, especialização muitas vezes baseada dos valores envolvidos, ou mesmo, no objeto sobre o qual versa o processo, e, por fim; iv) também, as alterações que sofrem os procedimentos a partir da atuação dos

⁵⁸ STRECK, Lênio. Lawtechs, startups, algoritmos: Direito que é bom, nem falar, certo? Site Consultor Jurídico, coluna Senso Incomum. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-16/senso-incomum-lawtechs-startups-algoritmos-direito-bom-nem-falar-certo>. Acesso em 18-06-19.

Tribunais, que, pelo trato diuturno do direito acabam por detalhar o desenho final de um procedimento legal.

Dentre os aspectos anunciados, uma palavra sobre o item “iv”. Advém daí a distinção entre *law in the books* e *law in action*, ou seja, a distinção entre a forma como o Direito existe na teoria (nas leis e produção acadêmica), e, a forma como é aplicado, na realidade da vida, pelos Tribunais, que o fazem a partir do espaço de discricionariedade garantido ao juízes na condução do processo.

Ter isso em conta não significa, todavia, aderir à concepção (que julgamos equivocada) defendida por Richard Posner, escritor e Juiz Federal (U. S. Court of Appeals for the Seventh Circuit), que, por presumir que Direito se resume ao ofício do Juiz, acusa a academia e os pesquisadores por excesso de “abstração” na escolha dos temas e problemas enfrentados, na medida em que estariam por interpretar mal as necessidades e os problemas que os Juízes enfrentam⁵⁹.

O que se quer, de fato, sugerir com a pontuação dos aspectos distintivos acima, e, com a percepção do direito real (*law in action*) é que as soluções e inovações propugnadas pela comunidade acadêmica, para além de teoricamente sustentáveis, sejam factíveis, de modo a assegurar uma melhoria genuína na vida das pessoas. E, nesse ponto, resta alguma razão na afirmação do Richard Posner:

A good deal of academic legal writing seems intended less to alter the legal system than to demonstrate the ingenuity of the author. [...] And much of the academic writing that does seem seriously concerned with changing the legal system is too impractical, too otherworldly, to have any chance of succeeding – the authors seeming not to realize which reforms of the legal system are both needed and feasible, what kind of level of analysis, including empirical analysis, are necessary to lay a solid foundation for a proposed reform, and how to justify

⁵⁹ [...] much academic writing misperceives what judges need in the way of academic analysis, as I can illustrate with a recent article by law professor Elizabeth Porter [...].

“[...] muitos dos escritos acadêmicos tem uma equivocada percepção do que os juízes precisam em termos de análise acadêmica, como eu posso ilustrar com um recente artigo produzido pela professora de Direito Elizabeth Porter [...]” (*tradução livre*) (POSNER, Richard. *Divergent Paths: The Academy and the Judiciary*. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 279).

reform to those (whether judges or others) empowered to implement it.⁶⁰

Nesse *iter* a que se sujeita o transplante de um conceito jurídico há, todavia, uma vicissitude que precisa ser assinalada, que diz com a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado. Essa famigerada diferenciação nem sempre conta com a concordância da comunidade jurídica quanto à delimitação de suas fronteiras. Aliás, não é incomum que se constate opiniões divergentes quanto à correta alocação de uma dada matéria.

O Prof. Otávio Luiz Rodrigues Jr., quando enfrenta o debate quanto a “distinção sistemática” faz observar a deficiência da produção científica quanto ao tema⁶¹. Nada obstante, em esforço didático de compilação, traz elenco de argumentos contemporâneos que amparam a tese pelo fim da diferenciação:

Os argumentos podem ser assim organizados para explicar o fim da dicotomia Direito Público – Direito Privado, quanto a suas causas: a) interpenetração das regras de Direito Público e Direito Privado; b) eficácia dos direitos fundamentais em relação aos particulares; c) a constitucionalização do Direito Privado; d) superação do patrimonialismo; e) proteção à dignidade da pessoa humana; f) solidariedade social; g) função social dos institutos jurídicos; h) humanização do Direito Civil; i) sujeição da vontade das partes contratantes ao interesse público; j) publicização do Direito Privado; k) socialização do

⁶⁰ “Uma boa parte da produção acadêmica parece ter menos a intenção de alterar o sistema jurídico do que demonstrar a ingenuidade do autor. [...] E grande parte da produção acadêmica que parece seriamente preocupada em mudar o sistema jurídico é muito impraticável e sobrenatural para ter alguma chance de sucesso - os autores parecem não perceber quais reformas do sistema jurídico são necessárias e viáveis, que tipo de nível de análise, incluindo análise empírica, é necessário para estabelecer uma base sólida para uma reforma proposta e como justificar a reforma para aqueles (juízes ou outros) com poderes para implementá-la.” (*tradução livre*)

POSNER, Richard. *Divergent Paths: The Academy and the Judiciary*. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 284.

⁶¹ “Diferentemente do debate europeu ou latino-americano, no Brasil esse tema ficou confinado aos manuais, tratados e cursos de Direito Civil, com relativamente poucas publicações em revistas científicas, monografias ou capítulos de livros.

É especialmente interessante observar que, nas últimas duas décadas, os administrativistas assenhoraram-se do tema, o que provavelmente se deu pelo desconforto de alguns (e entusiasmo de outros) com o avanço dos institutos privados sobre o território publicístico. Ressalte-se, ainda, que parte dos textos não trata como objeto central da discussão a dicotomia entre si, seus fundamentos e sua possibilidade histórica ou científica. A maior parte deles tem como finalidade analisar os efeitos dessa diferenciação ou como se dá a retroalimentação de conceitos, institutos e figuras jurídicas entre o Direito Público e o Direito Privado.”

(RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 83-84).

Direito Privado, I) o caráter puramente ideológico da dicotomia⁶².

Esse acumulado de argumentos serve para bem demonstrar a seriedade com que se contesta a mera existência dessa “grande dicotomia” entre Direito Público e Privado.

Se assim é, impõem-se cuidado redobrado na operacionalização do *legal transplant*, não só para que o pesquisador deixe clara a premissa teórica que adota em seu trabalho, mas, prioritariamente, para que leve em consideração, no país de origem e no país de destino, a correta alocação do instituto jurídico transplantado.

Esse tema fica ainda mais delicado no Processo Civil, espaço do Direito em que a confluência de interesses públicos e privados é caudalosa. Essa queda de braço encontra especial repercussão no atual momento da história da Teoria do Processo Civil, tendo em vista o debate entre o incremento da estatização do processo de um lado (a partir de instrumentos gerenciais atribuíveis aos juízes “*case management*”), e, a privatização do processo de outro (que sublinha a necessidade de maior valorização das partes na condução do feito, incremento do sistema multiportas, transferência de custo de colheita de prova para os particulares etc).

A despeito das dificuldades de identificação de padrões na operacionalização do *legal transplant*, os aspectos acima apontados acabam por funcionar como sinalizadores no caminhar da pesquisa, a fim de que haja correta ambiência entre origem e destino do objeto transplantado.

1.5.3.3 Tradução cultural e o desafio da semântica

A terceira dificuldade para a importação de institutos e conceitos no processo civil advém da divergência no âmbito de significação das palavras.

Para além da natural dificuldade que a diferença de idiomas implica na abordagem de determinado assunto jurídico, dada as especificidades linguísticas e o jargão técnico empregado⁶³, o âmbito de significação, o espectro semântico,

⁶² RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 92-93.

⁶³ Essa dificuldade fica bastante evidenciada na passagem intitulada “Observações Preliminares” subscrita pela Prof. Teresa Arruda Alvim Wambier, em obra na qual atuou como revisora da tradução:

também é uma barreira que exige especial atenção de quem se propõe a trabalhar com instrumentos transnacionais.

O risco também já foi devidamente apontado na doutrina internacional pelo esforço de Antonina Bakardjieva Engelbrekt: *“some problems of ‘translation’ are identified, that can lead to conceptual and analytic fallacies and possibly to misguided normative advice in legal development cooperation”*⁶⁴.

Como ilustração didática do problema, novamente, vale invocar a obra do Prof. Otávio Luiz Rodrigues Jr., quando faz a narração da “metáfora das Ilhas do Canal”⁶⁵:

As ilhas do Canal, também conhecidas como Ilhas da Mancha ou Ilhas Anglo-Normandas, são a parte que restou do Ducado da Normandia sob domínio dos sucessores de Guilherme, o Conquistador, a saber, os soberanos do que hoje se conhece por Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte. Essas ilhas gozam de relativa autonomia no concerto dos domínios britânicos, possuindo algumas delas governo próprio, embora sob a chefia de Estado da Rainha Elizabeth II. Durante a Segunda Guerra Mundial, até por sua proximidade à costa francesa, as Forças Armadas alemãs ocuparam essas ilhas, as quais foram a única parte do território britânico efetivamente invadidos em todo o conflito bélico de 1939 a 1945. Não houve

“Quando me comprometi a ajudar os tradutores, que eu ainda viria a contratar, a passar para o português a obra O moderno processo civil, de Neil Andrews, professor das Universidade de Cambridge, eu não fazia a mais pálida ideia do tipo de dificuldades que iria encontrar. Não há adjetivos suficientemente expressivos para qualificá-las.

O texto passou por vários tradutores e os resultados foram todos gritantemente insatisfatórios. Acabei assumindo integralmente a “revisão” final, que, na verdade, foi muito mais do que uma mera revisão, redigindo as subseqüentes ‘notas à tradução’ e o glossário, assim como as N.T. que constam dos rodapés.”

(ANDREWS, Neil. O Moderno Processo Civil. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 13)

⁶⁴ “Alguns problemas, identificados, podem levar a falácias conceituais e analíticas, e, possivelmente resultar em uma orientação jurídica equivocada no âmbito da cooperação internacional” (*tradução livre*)

(ENGELBREKT, Antonina Bakardjieva. *Legal and Economic Discourses on Legal Transplants: Lost in Translation?*. p. 113. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/4668/1780ec4dcad585c3ff56262b48e241cdc89f.pdf>. Acesso em: 10-05-2019).

⁶⁵ As Ilhas são: Jersey, Guernsey e outras ilhas menores próximas. Com cerca de 160.000 habitantes, juridicamente as ilhas são constituídas por dois bailiados: Guernsey e Jersey.

Guernsey tem como capital St. Peter Port, e, como dependências, as ilhas de Alderney (capital St. Anne), Brechou, Great Sark, Herm, Jethou, Lihou, Little Sark, Ortac, Petit Burhou. Jersey, por sua vez, tem como capital St. Helier. Os dois bailiados são dependências da coroa britânica, tendo, cada qual, parlamento e sistema administrativo próprios.

(ENCYCLOPEDIA BRITANNICA. *Channel Islands*. Disponível em: <https://www.britannica.com/place/Channel-Islands-California>. Acesso em 13-02-2020)

propriamente combates na ocupação pois a maioria dos ilhéus foi transferida para a Grã-Bretanha ou os domínios do Canadá, e não havia forças militares britânicas nessas ilhas. Por questões estratégicas, os Aliados não retomaram as ilhas, mesmo após a Operação Suserano, nome dado à Invasão da Normandia em 1944. Somente em 8 de maio de 1945, quando se deu o fim oficial do conflito, é que os oficiais alemães se renderam. Uma história apócrifa narra as circunstâncias exóticas com que se deu tal rendição: a mais alta patente militar alemã dirigiu-se ao governador britânico pro tempore das ilhas de Jersey, que permanecera durante toda a ocupação para defender os interesses dos que ali ficaram, e apresentou a rendição formal. O governador, com uma fleuma que se atribui aos britânicos daqueles tempos, reagiu desse modo: “Nunca as Ilhas do Canal foram invadidas por potências estrangeiras desde Guilherme, o Conquistador. Os senhores são estrangeiros sob a hospitalidade de Sua Majestade. Se quiserem sair da Ilhas, que o façam de maneira oficial e apresentem seus passaportes”. O alemão, sem entender bem o que ocorria, insistiu: “Não temos passaportes. Somos militares e agimos sob ordens superiores para ocupar estas ilhas”. O governador prosseguiu, com crescente indignação: “Sem passaportes? Isso é ainda mais grave. Os senhores são, portanto, imigrantes ilegais”. A paciência do alemão atingira seu limite. “Eu não estou entendendo nada. O senhor bem sabe quem nós somos e o que viemos fazer aqui. Vamos ser objetivos: onde podemos depor nossas armas?”, disse o alemão. A resposta do governador deixou-o estupefato: “Imigrantes ilegais e ainda por cima armados! Só há uma alternativa: os senhores serão deportados! Aguardem os navios da Marinha Real para leva-los de volta à Alemanha. Mas, preparem-se, seu Governo ou os senhores terão que arcar com os custos da deportação!”⁶⁶

Essa metáfora foi trazida pelo ilustre professor da Universidade de São Paulo para demonstrar, com a inteligência que só o humor tem, quão dificultosa e esdruxula pode ser a conversa entre dois atores que não partilham da mesma perspectiva e compreensão da realidade.

O mesmo pode se dar na pesquisa científica quando ausente os “acordos semânticos” (expressão também emprestada do Prof. Otávio Luiz Rodrigues Jr.) previamente explicitados pelo autor.

⁶⁶ RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 148-149.

Para fazer frente a essa possível perda de conteúdo e a deficiência no processo de comunicação que envolve a confluência de línguas e culturas diversas tradutores profissionais criaram o conceito de tradução reversa (reverse translation, ou, back-translation), que, em breve palavras, significa interpretar e traduzir para a língua de origem (e.g., inglês) um texto previamente traduzido para outra língua (e.g., português), fazendo o conteúdo retornar à sua língua materna para efeito comparativo⁶⁷.

A possibilidade de comparar o texto original com a versão que resultou do processo de imersão em caldo cultural diverso permite enfatizar as diferenças e nuances conceituais e culturais, e, mais pormenorizadamente, identificar o conteúdo que se perdeu durante o processo de tradução. Trata-se de uma ferramenta poderosíssima, que, todavia, exige trabalho e dedicação.

A expressão “tradução reversa” (reverse translation), conquanto, tem ela mesma, seu âmbito de significação expandido, e, vem sendo usada na Teoria do Direito para simbolizar a interpretação que os pesquisadores do Direito buscam realizar de teorias econômicas, resultantes (essas teorias) de prévia interpretação dada pelos economistas a respeito de temas do Direito.

Recorde-se a referência que já se fez, precedentemente, quanto ao desenvolvimento da linha de pesquisa, dentro da Economia Comparativa, denominada de Teoria da Origem do Direito (Legal Origins Theory - LOT) que versa a relação entre Processo Civil e Desenvolvimento.

A contribuição interdisciplinar que os economistas têm dado ao estudo e desenvolvimento do processo civil a partir da LOT, todavia, também está sujeita às mesmas perdas de conteúdo ocorridas na tradução linguística, em especial, quando juristas se propõem a explorar e trabalhar com os referenciais alcançados pelos economistas:

The LOT has been subject to a massive critique by lawyers who have made earnest attempts to penetrate the professional jargon and the methodology of the discipline of economics.

⁶⁷ The OneHour Translation. *The concept of “back-translation” – definition and what it is used for.* Disponível em: <https://www.onehourtranslation.com/translation/translation-knowledge-base/concept-back-translation-definition-and-what-it-used>. Acesso em 23-07-2019.

Nevertheless, also legal scholars can easily fall in the trap of simplification and selectivity. It is inevitable, that in the interdisciplinary communication some intricate nuances in meaning and in intra-disciplinary economic discourse are lost on lawyers.⁶⁸

Tratando-se de *legal transplant* a explicitação dos conteúdos semânticos e compreensão das perdas que circundam a tradução linguística e interdisciplinar são ações indispensáveis a fim de que se possa dar aproveitamento aos conceitos e institutos transplantados sem que esteja o pesquisador, inconscientemente, no contexto da metáfora “Das Ilhas do Canal”.

1.5.3.4 A esperança e a desilusão, dois lados da mesma moeda

Como quarto obstáculo que se põe à operacionalização do *legal transplant* está o fato de que muitos institutos e modelos legais acabam abordados a partir de uma visão limitada, com foco unilateral, sem a necessária detença sobre os pontos de crítica e insucesso no país de origem. Significa, pois, que se faz necessário considerar a integralidade da experiência presentemente vivida no cenário internacional, levando-se em conta todos os seus aspectos, sem se descurar das fraquezas e imperfeições do modelo adotado.

Tome-se como o exemplo a temática da regulação da prova no Direito estadunidense, que se encontra na centralidade do modelo processual adotado por aquele país desde a edição da Lei Federal de Processo Civil americano (1938), quase que integralmente baseado na fase pré-litigiosa, não estatal, nomeada como *pretrial phase* ou *discovery phase*.

Embora muitos países tenham se referenciado na *discovery* americana, implementando reformas ao longo dos anos para o especial fim de absorver tais institutos processuais, tal modelo encontra hoje severas críticas dentro da

⁶⁸ “A LOT tem sofrido uma crítica massiva de juristas que, por sua vez, tem feito um esforço efetivo de quebrar a barreira do linguajar e terminologia própria dos economistas e da metodologia usada por eles. Apesar disso, também os juristas podem cometer erros da simplificação ou seletividade com que abordam os temas. É inevitável, que na comunicação interdisciplinar algumas nuances de significado e afetas à essência do discurso econômico seja incompreendida pelos juristas.” (*tradução livre*)

ENGELBREKT, Antonina Bakardjieva. *Legal and Economic Discourses on Legal Transplants: Lost in Translation?*. p. 113. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/4668/1780ec4dcad585c3ff56262b48e241cdc89f.pdf>. Acesso em: 10-05-2019.

comunidade jurídica nos EUA, em razão de dois problemas prioritários: i) a frágil, e, por vezes inexistente, delimitação do objeto de prova (o que se convencionou chamar de *scope of discovery*), e; ii) a inexistência de uma previsão legal que autorize o ressarcimento dos custos havidos com o processo pela parte vencedora. Esses dois problemas, aparentemente singelos, acabam por se desdobrar em diversos outros, dando origem a discussões e críticas variadas contundentes contra o modelo americano.

Portanto, o transplante de conceitos e institutos não pode e não deve se dar sem a devida detença sobre os dois lados da moeda, abordando-se os êxitos em igual medida aos fracassos.

Essa ponderação, aparentemente simples de ser implementada pelo pesquisador, encontra, na prática, barreiras por vezes gigantescas baseadas em fatores culturais, que, formatam a realidade com ares de inflexibilidade, sugerindo que esse ou aquele modelo (de países com preponderância no cenário econômico mundial) são essencialmente melhores do que os demais.

Em conexão o que já se disse, tem-se aqui exemplo vivo do “culturismo” a que alude Yuval Noah Harari, fator que, imperceptivelmente, obstaculiza a neutralidade e consequente cientificidade da operação do *legal transplant*.

O fenômeno foi constatado, desde muito, a partir da obra de Watson que o denominou como “transplante tendencioso” (*transplant bias*), na recordação de MOUSOURAKIS:

It refers to a system's receptivity to a particular foreign law as a matter distinct from acceptance based on a thorough assessment of all possible alternatives. This receptivity varies from system to system and its extent depends on factors such as the linguistic tradition shared with a potential donor system; the general prestige of the possible donor system; and the educational background and experience of the legal professionals in the recipient system.⁶⁹

⁶⁹ “Refere-se à receptividade de um sistema a uma lei estrangeira específica como uma questão distinta da aceitação com base em uma avaliação completa de todas as alternativas possíveis. Essa receptividade varia de sistema para sistema e sua extensão depende de fatores como a tradição linguística compartilhada com um sistema potencial de doadores; o prestígio geral do possível

Essa barreira (*rectius*, preconceito cultural), advindo da proximidade e ascendência de um país sobre outro, faz com que o transplante de institutos legais se dê de forma descompensada, e, assim, tendenciosamente (ainda que não conscientemente), o jurista acaba por prestigiar modelos e institutos jurídicos sem sopesar devidamente suas imperfeições.

1.5.3.5 Cultura, história e a natureza das coisas

O Quinto obstáculo identificado no presente trabalho advém das deformações que o ambiente cultural do país de destino provoca no modelo ou instituto que se busca importar.

Essa talvez seja observação que transcenda ao processo civil, e, se faça calhar no debate de hoje quanto a regulação do *plea bargaining* no processo penal brasileiro⁷⁰. Inevitavelmente, no momento atual, de crescente autoritarismo, intolerância, e, desconstrução de conquistas democráticas, com a revelação de abuso de poder e compadrio entre membros do Poder Judiciário e Ministério Público, a aplicação do *plea bargaining* no Brasil resultaria em catástrofe.

As particularidades da cultura jurídica nacional, em especial, a abissal diferenciação do desenho institucional e dos poderes de que são dotados, Ministério Público brasileiro e a promotoria americana, certamente, levaria a distorções profundas na implementação prática do *plea bargaining*, em prejuízo dos direitos fundamentais e da cidadania.

sistema de doadores; e o histórico educacional e a experiência dos profissionais do direito no sistema de beneficiários.” (*tradução livre*)

MOUSOURAKIS, George. *Legal Transplants and Legal Development: A Jurisprudential and Comparative Law Approach*, p.231. ACTA JURIDICA HUNGARICA. Akadémiai Kiadó: Budapest 54, No 3, 2013, p.230. Disponível em <https://akademiai.com/doi/pdf/10.1556/AJur.54.2013.3.2>. Acesso em 10-06-2019.

⁷⁰ É digno de nota o registro que fez constar em voto divergente, em março de 2012, o brilhante Justice Antonin Scalia, no julgamento sobre o direito de assistência jurídica ao acusado na etapa de negociação com a promotoria (*plea bargaining*): “In many – perhaps most – countries of the world, American-style plea bargaining is forbidden...In Europe, many countries adhere to what they aptly call ‘legality principle’ by requiring prosecutors to charge all prosecutable offenses...Such a system reflects an admirable belief that the law is the law, and those who break it should pay the penalty provided”. A passagem consta da obra Ruth Bader GINSBURG, *My Own Words* (GINSBURG, Ruth Bader. *My Own Words*. New York: Simon & Schuster Paperbacks, 2018, p. 254)

No processo civil as dificuldades não são menores. O modelo da Discovery estadunidense⁷¹, que constitui objeto específico do presente trabalho, é dotado de particularidades que tornam especialmente desafiador a operacionalização do *legal transplant* para solo brasileiro, sem que se deforme sua configuração original.

O desafio que se põe, portanto, passa pelo esforço de acomodação do instituto à cultura jurídica nacional.

O conceito de “cultura jurídica”, todavia, não pode ser confundido com a concepção particular do pesquisador/leitor a respeito do que entende pelo Direito (ou seja, a leitura que faz a partir de sua ótica pessoal, de sua formação, as influências que recebeu, a experiência vivenciada e inclinação progressista ou conservadora).

Com maior cuidado é preciso, também, não confundir cultura jurídica com a vertente do Direito a que constroem os órgãos de poder estatal. O que significa reconhecer que o Direito não se constitui em monopólio dos juristas, e, menos ainda, se restringe ao que dizem os Tribunais.

Compreendendo-se que a delimitação de significado implica em perda colateral de conteúdo, para os domínios do presente trabalho, “cultura jurídica” é a expressão resultante de um processo histórico e social de consolidação e conformação do Direito. Portanto, produto de um processo complexo que é a própria História do Direito.

A História do Direito, todavia, não pode ser apreendida sem os avanços legados pela Escola de Annales⁷² e pelo Materialismo Histórico⁷³, contributos que,

⁷¹ É preciso ter presente que o processo civil americano embora inegavelmente amparado pela herança inglesa, desde os idos de 1938, quando da promulgação da atual “lei” processual federal, conta com particularidades e nuances que individualizam o modelo americano.

⁷² Movimento intelectual inaugurado na primeira metade do século XX na França que propugnava um rompimento com a “história tradicional” – que priorizava a análise de fatos políticos, militares e diplomáticos – sugerindo um enfoque diverso, que considere os fatos em sua complexidade. A análise do historiador, portanto, passava a alcançar a narrativa não formal, os depoimentos involuntários, os eventos da economia, sociedade e da cultura.

(FONSECA, Ricardo Marcelo. Introdução teórica à história do direito. 1ª ed., 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p. 75-81)

⁷³ Denominação que se dá aos conceitos operacionais de Karl Marx e Friedrich Engels sobre a história. Conceitos que afirmam não haver neutralidade entre o sujeito e a história, mas, sim uma relação dialética com repercussão atuante na realidade. Em outros termos, para Marx e Engels não é

por seus próprios méritos fizeram a humanidade entender a nociva limitação do estudo da História pela perspectiva positivista. Ricardo Marcelo Fonseca, que hoje (ao tempo em que se registra essas palavras) exerce o cargo de Reitor da Universidade Federal do Paraná, expõe essas limitações⁷⁴:

[...] a abordagem historiográfica positivista [...] reduz a realidade histórica a um encadeamento dos fatos [...] a história é vista como uma sequência linear e harmônica dos fatos, que se encadeiam de modo lógico no tempo [...] uma lógica de exclusão de todas as perspectivas e possibilidades históricas, ocorridas ou frustradas, mas que acabaram ficando ao largo do projeto que regeu o encadeamento dos fatos eleitos.

[...]

A linearidade construída dessa forma, assim, torna-se uma deformação grave do passado pelo filtro desta lógica da exclusão⁷⁵

A irradiação do positivismo sobre a História estabeleceu seu próprio método cognitivo⁷⁶, tendo como resultante, na ciência jurídica, um conhecimento disforme e frágil da História do Direito, que, ainda hoje, implica em consequências funestas:

Por primeiro, tal história do direito cumpre um papel legitimador do direito presente ao pretender provar que determinadas características do discurso jurídico [...] pertencem à “natureza das coisas”. Os institutos contemporâneos são assim “naturalizados” [...]

Em segundo lugar, tal procedimento historiográfico cumpre papel legitimador na medida em que vislumbra a linearidade

a consciência dos homens que determina seu ser, mas, ao inverso, é o seu ser social que determina sua consciência.

(FONSECA, Ricardo Marcelo. Introdução teórica à história do direito. 1ª ed., 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p.91-96).

⁷⁴ FONSECA, Ricardo Marcelo. Introdução teórica à história do direito. 1ª ed., 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p. 60-61.

⁷⁵ Os decotes lançados na transcrição foram feitos com o propósito de facilitar a leitura sem comprometer o teor da mensagem original da obra.

⁷⁶ Procedimento que passava pelas seguintes características: a) independência e distanciamento entre o sujeito conhecedor (historiador) e o objeto de conhecimento (fato histórico); b) pré-definição de forma e estrutura da história (enquanto objeto cognoscível), aos moldes dos objetos abordados pelas ciências exatas e biológicas; c) passividade do historiador, que apenas registra os fatos de forma mecânica, e; d) neutralidade e dever de registro “contábil” dos fatos, impedido que estava o historiador de qualquer manifestação valorativa.

(FONSECA, Ricardo Marcelo. Introdução teórica à história do direito. 1ª ed., 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p.51-53).

histórica como algo que conduz, de modo necessário, ao progresso (no caso, o progresso jurídico)”⁷⁷

Tendo tais apontamentos presentes, faz-se justa e correta a afirmação do Prof. da Universidade de Regensburg na Alemanha, que em opinião bastante franca faz revelar a complexidade da cultura jurídica processual da Alemanha (de que tanto herdou o Direito brasileiro):

My own German law is in the end a mixture from old German, Roman, Italian, French, Dutch, English and American influences. And it is not easy to say what is really German in it. This is not much surprising as Germany is geographically situated in the centre of Europe⁷⁸.

Portanto, o esforço de integração de conceitos e institutos, no contexto do *legal transplant*, não pode ser um esforço acrítico, que parta de uma apreensão equivocada da realidade, tendo como referenciais unicamente o Direito (do vencedor) imposto pelos órgãos de Estado e as simplificações estimuladas pelo positivismo histórico.

A preocupação com a correta ambiência cultural dos institutos e conceitos no país receptor, não por acaso, tem razões precedentes e ineludíveis, conforme recorda o Prof. Lênio Streck:

No Brasil, a Jurisprudência dos Valores, como tantas outras correntes, foi importada e recepcionada de forma equivocada, sem consideração de nosso contexto histórico. Veja-se que, na Alemanha, a existência da jurisprudência dos valores encontra-se explicada na busca de uma fuga da legalidade estrita imposta por países vencedores da guerra⁷⁹, ao passo que no

⁷⁷ FONSECA, Ricardo Marcelo. Introdução teórica à história do direito. 1ª ed., 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p. 62-63.

⁷⁸ “O próprio Direito germânico é, no fim, uma mistura de influências do antigo Direito alemão, romano, italiano, francês, inglês e americano. E nesse contexto não é fácil dizer o que efetivamente guarda a essência germânica. O que não é muita surpresa em razão da localização geográfica da Alemanha” (*tradução livre*)

GOTTWALD, Peter. *Comparative Civil Procedure*. Ritsumeikan Law Review, n. 22, 2005, p.25. Disponível em <http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr22/GOTTWALD23-35.pdf>. Acesso em 20-06-2019.

⁷⁹ A afirmação advém do contexto de que no pós-guerra, precisamente em 1949, os Aliados impuseram a Lei Fundamental à Alemanha. Após esse fato, como modo de aproximar a prática jurídica ao povo, e, assim, superar o déficit de legitimidade, a doutrina alemã, representada pelo expoente Karl Larenz, passa a sujeitar a interpretação da referida norma aos “valores” do povo alemão. Portanto, o Direito, a partir da atividade interpretativa deve ir além do texto legal, absorvendo valores sociais. Surge daí, a jurisprudência dos valores.

Brasil, a mesma teoria serviu – e ainda serve – para fugir da legalidade de um texto constitucional democraticamente construído.”⁸⁰

Esse equívoco, percebido por parcela da academia, traduz um exemplo didático da relevância e da contínua necessidade de incremento e melhoria dos referenciais metodológicos referente ao *legal transplant*, a fim de que se evitem erros decorrentes da operacionalização equivocada desse instrumental gerando efeitos jurídicos (e, por consequência, sociais) indesejados.

1.5.3.6 *Malicious transplant*. Quando as aparências enganam

O sexto obstáculo se identifica com o que a doutrina difundida pelo Prof. Mathias Siems da Universidade de Durham, no Reino Unido, identifica como *malicious legal transplant*⁸¹.

Trata-se de um fenômeno novo na literatura internacional identificado com as práticas de transplantes de conceitos ou institutos jurídicos estrangeiros com o fito de impor uma restrição ao exercício de determinado direito ou liberdade de um grupo social em dado país.

Com maior detença, afirma o professor inglês, que para se concretizar, tal fenômeno exige a presença de um elemento *objetivo* (um dano causado a determinado grupo social), e, um elemento *subjetivo* (a consciência de ao menos um dos operadores, seja do país de origem ou destino, quanto às implicações de tal providência). Sua ocorrência é mais comum do que se pode imaginar, e, alcança núcleos de direitos afetos à convivência pacífica entre etnias e raças, limitações à profecia de fé, direitos dos homossexuais, restrições ao direito de família etc.

Certo que a operacionalização do *legal transplant* pode ter objetos variados (um texto legal, uma orientação interpretativa baseada em precedente de

(STRECK, Lênio Luiz. Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 115-118)

⁸⁰ STRECK, Lênio Luiz. Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2017, p.117.

⁸¹ SIEMS, Mathias. *Malicious Legal Transplant*. Research article. Durham, UK Legal Studies (2018), 38, p.103-119. Disponível em: https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/B44BF49B69693EA834273088FABE54B3/S0261387517000046a.pdf/malicious_legal_transplants.pdf. Acesso em 10.06.2019.

alta corte, uma política pública, uma ideia comum à cultura jurídica de determinada nação, métodos de ensino jurídico etc) a extensão do risco advindo de tal prática é inegável.

Seu caráter inovador, todavia, não autoriza uma catalogação estanque dos direitos e liberdades que se fazem alcançar por essa prática, de modo que o próprio Siems sugere que a ocorrência do *malicious legal transplant* pode convergir com a temática do “Direito e Desenvolvimento”:

In the discourse about the relationship between law and development, it is often argued that the influence of Western legal ideas has been harmful to countries of the developing world, for example, because ‘Western laws’ that protect property rights may be counterproductive when corruption and income disparity mean that these laws are mainly used by the current elites to the detriment of the poor.⁸²

Isso significa, que, também a importação de modelos para destravamento do fluxo de resolução das demandas privadas – fator de conexão umbilical com o desenvolvimento econômico – está sujeita a tal prática perniciosa.

No ponto, a despeito de entender que as sugestões para enfrentamento da tragédia da Justiça brasileira, de muitos os adeptos da Escola de Chicago (Law and Economics), de fato, implicam em ofensas a direitos fundamentais dos menos favorecidos financeiramente⁸³, não defendemos, cientificamente, o enquadramento dos transplantes sugeridos dentro da categoria (ou, subcategoria) desse conceito de *malicious transplant*.

Em verdade, nos filiamos à posição defendida pelo próprio Prof. Mathias Siems, quando afirma que a dificuldade e não adaptabilidade de eventual conceito

⁸² “No discurso sobre a relação entre lei e desenvolvimento, argumenta-se frequentemente que a influência das ideias jurídicas ocidentais tem sido prejudicial aos países do mundo em desenvolvimento, por exemplo, porque ‘leis ocidentais’ que protegem os direitos de propriedade podem ser contraproducentes quando a corrupção e disparidade de renda significam que essas leis são usadas principalmente pelas elites atuais em detrimento dos pobres” (*tradução livre*) SIEMS, Mathias. *Malicious Legal Transplant*. Research article. Durham, UK Legal Studies (2018), 38, p.107-108. Disponível em: https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/B44BF49B69693EA834273088FABE54B3/S0261387517000046a.pdf/malicious_legal_transplants.pdf. Acesso em 10.06.2019.

⁸³ A exemplo da insistente tentativa de extinção do benefício da gratuidade da justiça, providência que o Judiciário brasileiro tem implementado diuturna e gradativamente pela imposição de obstáculos ilegais e pela negativa não fundamentada de tal benefício. Isso, a despeito da plena vigência da lei e de sua redação, em bom português, regrando as condições para fruição dessa benesse.

extra muros nem sempre revela algum intento negativo. No mais das vezes, o esforço de autores e pesquisadores também é positivo, no intuito de estimular o desenvolvimento da sociedade.

Não fosse só por isso, a filosofia também aponta questionamentos cujas respostas ainda não se tem por completo, de modo que definir o justo e injusto é tarefa das mais difíceis.

1.6 Considerações conclusivas parciais

Apesar de todas as dificuldades e riscos que tal ferramenta teórica traz consigo, os benefícios decorrentes do *legal transplant* ainda estimulam sua prática, na medida em que o aproveitamento do esforço criativo do outro é próprio do evoluir humano.

É certo também que os estudiosos que se propõem a esse empreendimento intelectual não o fazem ingenuamente, com a vã expectativa de que o instituto transplantado seja replicado em perfeita similitude ao modo como opera no país de origem. O tão só fato de a literatura internacional denunciar os obstáculos que se opõe a essa ferramenta (reunidos no presente trabalho) contribui para uma prática mais realista do *legal transplant*, tornando mais útil e socialmente aproveitável o resultado.

Portanto, longe de servir como desestímulo, os obstáculos abordados no presente texto têm o fito de contribuir conscientemente com o incremento qualitativo desse intercâmbio de ideias, e, estimular o uso dessa ferramenta teórica (*legal transplant*) como meio de solução de problemas.

CAPÍTULO 2

FASE DE PRE-JULGAMENTO E OS INSTRUMENTOS DO PROCESSO CIVIL NORTE AMERICANO

No segundo capítulo vamos adentrar o processo civil norte-americano para compreender os institutos que se objetiva sejam transplantados para o direito brasileiro, a *Disclosure* e a *Discovery*, ambos regulados pelo Título V das Regras Federais de Processo Civil dos EUA (Federal Rules of Civil Procedure). Serão ainda detalhados todos os instrumentos processuais de colheita de prova que compõe a *Discovery*, a saber: *interrogatories*, *request for production*, *depositions*, *physical and mental examinations*, *expert opinion*, e, *request for admissions*.

2.1 Etapa pré-julgamento e sua funcionalidade no processo civil americano

A etapa pré-julgamento no processo civil americano corresponde à fase inicial do processo. Contempla, em ordem sucessiva, as etapas de requerimentos (pleadings), citação (service), apresentação espontânea de provas (disclosure) e de descoberta de provas mediante requerimento expresse (discovery).

É uma fase inaugurada a partir da propositura da ação (complaint) e consequente citação da parte contrária. Desse ponto em diante incide a regulamentação legal trazida na regra 26 das Regras Federais de Processo Civil, cujo propósito é, antes de estimular a composição, bem instruir as partes sobre os fatos e direito envolvidos, assim preparando os litigantes para o julgamento propriamente dito.

Por intermédio da inicial a parte autora (plaintiff) faz a afirmação das circunstâncias fáticas (issues of fact) e de direito (legal issues) com base no qual fundamenta seu pedido (prayer for relief). Há, portanto, em similitude com o modelo da *civil law*, a possibilidade de debate sobre duas questões distintas: questões de fato e questões de direito⁸⁴.

Diante da afirmação de fatos constitutivos pelo autor, o réu (defendant) tem a possibilidade de apresentar uma negativa direta, apenas infirmando a

⁸⁴ HAZARD, Geoffrey C. American Civil procedure: an introduction / Geoffrey C. Hazard, Michele Taruffo. New Haven: Yale University Press, Vail-Ballou Press, 1993, p. 105.

veracidade dos fatos trazidos na inicial. Alternativamente, pode o réu adotar defesa indireta, fazendo afirmações de fatos (*affirmative defenses*) que possam modificar, excluir ou de qualquer forma mitigar o direito do autor⁸⁵.

Emenda à inicial e à peça contestatória são amplamente aceitas pelo direito processual americano, seja para ampliar subjetivamente os polos da relação processual, seja para ampliar a causa de pedir (fundamentos de fato ou de direito) sobre a qual reside a controvérsia.

Essa possibilidade ampla de emenda decorre diretamente das particularidades da fase pré-julgamento, oportunidade em que as partes colhem e intercambiam informações e provas com o intuito de melhor conhecer o caso e as chances de sucesso ou insucesso da causa, e, assim decidir pela desistência, composição, ou, como raras vezes acontece, pela continuidade do feito a fim de obter julgamento de mérito. É somente após esse intercâmbio de documentos e informações que os advogados podem corretamente identificar os sujeitos que devem integrar o polo passivo da demanda, os fatos e fundamentos jurídicos que devem complementar a causa de pedir, e, mais importante ainda, avaliar as chances reais de êxito da demanda.

A grande maioria dos casos levados ao Judiciário gira em torno do debate fático. Questões exclusivamente jurídicas são raras, e, apenas costumam “vingar” quando a parte faz a asserção de um direito novo (*novel legal theory*), como é o exemplo dado por Geoffrey C. Hazard Jr. e Michele Taruffo:

[...] A legal issue is always involved when a party asserts a novel legal theory, as in *Brown v. Board of Education*. The plaintiff's legal theory was that as a matter of constitutional law a child's race could not be used as a basis for assigning the child to a public school. The facts in that case were not disputed; rather it was a “test case” seeking a determination, eventually from the appellate courts, that school segregation was inconsistent with the Equal Protection Clause of the Constitution.⁸⁶

⁸⁵ HAZARD, Geoffrey C. *American Civil procedure: an introduction* / Geoffrey C. Hazard, Michele Taruffo. New Haven: Yale University Press, Vail-Ballou Press, 1993, p.106-107.

⁸⁶ “[...] Uma questão jurídica está sempre presente quando a parte alega uma nova teoria jurídica, como no caso *Brown v. Board of Education*. A nova teoria jurídica do autor era no sentido de que a partir dos preceitos constitucionais a raça de uma criança não poderia ser utilizada como base para a

Do contrário, inexistindo direito novo como causa de pedir dificilmente a demanda (que versa questão exclusivamente jurídica) escapa ao pedido de indeferimento inicial por inépcia, suscitado pela parte adversa (motion to dismiss the case on the ground that the plaintiff has no case). Novamente, o exemplo didático dos autores citados:

[...] plaintiff's allegations could state that as an employee she was discharged without her employer having given reasons. These allegations imply the novel legal theory that an employer must give reasons in discharging employee, whereas traditionally an employer could discharge an employee without reason, so long as there was no violation of restrictions such as those against gender, race and age discrimination. To confront a complaint with these allegations, the defendant employer would no doubt move to dismiss [...]⁸⁷

Quando o debate gira somente em torno da norma jurídica a incidir no caso concreto, no mais das vezes ocorre o julgamento antecipado da lide, instituto que no direito norte americano vem regulado a partir da regra 56 da Norma Federal que versa sobre o *summary judgment*.

Ainda é relevante dizer que o processo civil americano, por opção política e pelas vicissitudes da *pretrial phase* exige um ônus probatório muito pequeno da parte autora para efeito de admissibilidade da petição inicial em razão mesmo da amplitude da etapa processual de revelação e descoberta de provas.

designação de uma criança para uma dada escola pública. Os fatos do caso não estavam em disputa; tratava-se de um “caso teste” perseguindo a determinação, eventualmente de uma Corte de Apelação, de que a segregação na escolha da escola mostrava-se inconsistente com o princípio da igualdade constitucional.” (*tradução livre*)

(HAZARD, Geoffrey C. American Civil procedure: an introduction / Geoffrey C. Hazard, Michele Taruffo. New Haven: Yale University Press, Vail-Ballou Press, 1993, p.107-108).

⁸⁷ “[...] a alegação da reclamante pode assentar que como empregada ela foi demitida sem a exposição de qualquer motivo. Essas alegações implicam em uma nova teoria jurídica no sentido de que um empregador deve apresentar seus motivos quando estiver demitindo um empregado, enquanto que tradicionalmente um empregador está autorizado a demitir um empregado sem qualquer motivo, desde que não haja distinções e restrições baseadas em discriminação de gênero, raça ou idade. Para confrontar uma reclamação com essas alegações, o réu empregador pode, sem dúvida, pedir pelo indeferimento da inicial [...]” (*tradução livre*)

(HAZARD Geoffrey C. American Civil procedure: an introduction / Geoffrey C. Hazard, Michele Taruffo. New Haven: Yale University Press, Vail-Ballou Press, 1993, p.108).

O regramento fundamental das condições da ação e pressupostos processuais (pleading requirements)⁸⁸ está assentado na regra 8(a)(2) do Norma Processual americana⁸⁹, que exige, laconicamente, apenas, que a petição inicial contenha uma reivindicação curta e direta demonstrando que o requerente apresenta um direito potencialmente tutelável.

Tal previsão, contudo, tem gerado acalorados debates na doutrina processual americana e precedentes sucessivos na ordenação do tema⁹⁰.

Em dias atuais, a partir dos contornos interpretativos definidos pela Suprema Corte dos Estados Unidos, não basta, portanto, mera alegação genérica de fatos, exigindo-se do autor a individualização dos eventos e acontecimentos (que integram a causa de pedir) de modo a assegurar o conhecimento integral da lide pela parte adversa. Providência que guarda inegável conexão com tutela do direito de defesa.

⁸⁸ A referência que se faz às condições da ação e pressupostos processuais é apenas para que o leitor tenha a ambientação dos correspondentes institutos entre o processual civil americano e o brasileiro, sem que isso signifique a integral equivalência técnica entre os termos.

⁸⁹ Rule 8. General Rules of Pleading

(a) Claim for relief. A pleading that states a claim for relief must contain:

[...]

(2) a short and plain statement of the claim showing that the pleader is entitled to relief;

“Regra 8. Regras gerais da petição inicial

(a) Pedido de tutela judicial. A petição inicial que apresenta um pedido de tutela judicial deve conter:

[...]

(2) uma declaração curta e direta mostrando que o requerente é merecedor da tutela requerida”

(tradução livre)

(USA. United States Courts. Rules & Policies. Federal Rules of Civil Procedure. Available on: <http://www.uscourts.gov/sites/default/files/rules-of-civil-procedure.pdf>. Access: jan. 2019)

⁹⁰ O primeiro julgado de relevo é *Conley v. Gibson*, 355 U.S. 41 (1957), que estabeleceu o padrão de ampla flexibilização da análise das condições da ação e pressupostos processuais. A partir daí veio o caso *Swierkicz v. Sorema N.A.*, 534 U.S. 506 (2002), com importantes contribuições para o entendimento do assunto. Foi delimitada a diferenciação entre “pleading requirements” e “evidentiary standard”, e, complementarmente, a Suprema Corte dos Estados Unidos afirmou que na leitura da regra 8(a)(e) deve-se aplicar um “simplified pleading standard” afastando-se maiores exigências da parte autora.

O tema teve ponto de reviravolta no caso *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007) em que a Corte expressamente abandonou os termos utilizados no precedente de 1957 e passou a falar em “plausibility standard”, a significar que a inicial deve, necessariamente, discriminar os fatos de modo pontual e adequado para que seja assegurado o direito de defesa. Portanto, não basta a imputação aleatória e imprecisa dos eventos como mera aposta para subsequente colheita da prova.

Por fim, sobreveio o caso *Ashcroft v. Iqbal*, 556 U.S. 662 (2009) trazendo aprofundamento no regramento do assunto. Nesse episódio a Suprema Corte americana disse que afirmações conclusivas (agiu motivado por tal sentimento, por causa de tal circunstância, etc) não substituem a discriminação dos fatos, e, portanto, não atingem os parâmetros exigidos pela regra 8(a)(2) do Fed. R. Civ. P.

Assim, o juízo de admissibilidade da ação civil, cujos contornos finais constam do precedente *Ashcrof v. Iqbal*, 556 U.S. 662 (2009), é bastante particularizado no processo civil americano.

2.2 *Disclosure and Discovery*. Diferenciação conceitual

É fundamental que o leitor compreenda que a etapa de pré-julgamento no processo civil norte-americano é uma fase que antecede o julgamento propriamente dito (a partir de quando haverá o encerramento do processo). Para cada etapa/fase há um procedimento próprio, com institutos próprios, e, regulação própria.

Nada obstante a individualização de cada etapa, pode-se estabelecer uma inegável conexão entre uma e outra, servindo a primeira (pré-julgamento) como instrumento e meio para adequadamente se desenvolver a segunda e conclusiva fase (de julgamento).

A fase de julgamento, esclareça-se, é uma fase posterior em que há nova colheita e produção probatória, dessa vez, colheita de prova que se opera perante um Juiz, e, mediante regência de uma legislação especial, norma federal sobre provas (Federal Rules of Evidence) que se lê em complemento à norma processual federal (Federal Rules of Civil Procedure).

A fase pré-julgamento, ao seu turno, contempla dois institutos: i) Disclosure, e; ii) Discovery. Institutos que embora umbilicalmente ligados, e, alocados no mesmo tópico de regulamentação da norma processual civil federal estadunidense (Fed. R. Civ. P), possuem cada qual um bloco normativo próprio, permitindo sua diferenciação conceitual e prática.

“Disclosure” é o nome que se dá à obrigação de legal geral (que alcança ambos os litigantes) de exibir à parte adversa, sem a necessidade de prévio requerimento de quem quer que seja, os documentos mais relevantes e pertinentes ao caso. Sua regulação assenta nas regras 26(a)(1)(2)(3).

Portanto, “disclosure” significa revelar, apresentar, expor os documentos que mais diretamente se relacionam com o caso, unilateral e espontaneamente, porque assim está determinado em lei.

A lei, todavia, excepciona algumas poucas ações, na regra 26(a)(1)(B), em que tal obrigação fica afastada, a exemplo de: i) ação proposta sem o acompanhamento de advogado por alguém que esteja sob custódia do Estado; ii) ação ajuizada pela União para a cobrança de benefícios pagos indevidamente; iii) ação para execução de uma sentença arbitral, dentre outros casos.

“Discovery”, por sua vez, é um termo com dupla significação no inglês estadunidense. A primeira, e mais técnica, diz com o instrumento processual de exibição e produção compulsória de prova mediante prévio requerimento formalizado pela parte interessada. Assim, feita a solicitação formal, cada qual, autor e réu, se obriga a disponibilizar os documentos e franquear acesso às informações à parte contrária, nos termos em que solicitado. O assento legal (estatutário) desse instrumento está no conteúdo compreendido entre a norma 26 (b) e a norma 37 da Fed. R. Civ. P.

A segunda significação deriva da mera ampliação semântica do termo, e, guarda relação com a funcionalidade do instituto processual, de modo que “discovery” significa “descobrir”, “desvendar” ou “apurar” algo. Ou seja, significa aquilo que se busca mediante a obrigação de exibição dos documentos e informações.

Protocolizada uma petição inicial (pleading) e citada (served) a parte adversa, operam-se de imediato os deveres decorrentes da *Disclosure*, estando os litigantes, desde a ciência dos termos da ação, obrigados a revelar os documentos de que dispõem sobre o caso. Advirta-se, obrigação que alcança tanto o autor quanto o réu.

Somente após essa troca inicial e “espontânea” de documentos e informações é que as partes podem endereçar entre si os requerimentos de produção de prova que julgam pertinentes para o caso, tais como questionamentos escritos, depoimentos pessoais, perícia etc.

Tudo (Disclosure e Discovery) se dá sob gestão direta dos advogados das partes, sem a intervenção prévia do Poder Judiciário que atua apenas em caso de desatenção às regras, seja para compelir ao seu cumprimento, seja para obstar

eventual ilícito ou mesmo para ressarcir a parte prejudicada em face de eventual dano gerado.

2.3 Apontamentos históricos da etapa pré-julgamento

A origem histórica dos institutos da *Disclosure* e *Discovery* assenta raízes ainda em período colonial e está ligada às Cortes de Equidade (Courts of Chancery) que existiam no território americano até o ano de 1938.

As Cortes de Equidade (Courts of Chancery) foram uma criação da *common law* inglesa para fazer frente à necessidade de o Estado assegurar tutelas específicas (specific remedies) diante do ilícito, seja tutela mandamental - relacionada a um fazer, seja tutela inibitória - relacionada à obrigação de não fazer. Isso porque tais tutelas eram incompatíveis com o procedimento comum do júri popular, desenvolvido perante a Justiça comum, na medida em que com a conclusão do julgamento era dissolvido o conselho de sentença (júri popular), e, assim sendo, em caso de desdobramentos e ilícitos supervenientes que desafiassem a sentença, não mais subsistia a figura da autoridade que emanou a ordem para avaliar as medidas necessárias e adequadas à sua implementação. Dificuldade que também subsistia na fase anterior ao julgamento, eis que o conselho ainda não reunido era incapaz de pronunciar qualquer ordem de cunho acautelatório ou antecipatório.⁹¹

Foi essencialmente diante desse desafio, que em meados do século XIV e XV as Cortes de Equidade foram criadas pela *common law* inglesa. Justiça civil, também exercida pelo Estado, não sujeita ao procedimento do júri popular, e, conduzida pelo Chancellor, nome dado ao juiz designado pela realeza.

Assim, para tutelas condenatórias, discussões de posse e propriedade, reinava soberano o sistema processual civil baseado no julgamento mediante júri popular. Todavia, em casos mais complexos (envolvendo litisconsortes) e/ou que

⁹¹ LANGBEIN, John H. *The Disappearance of Civil Trial in the United States*. The Yale Law Journal. P.524. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5844&context=fss_papers. Acesso em: 12-10-2019.

demandavam tutelas de natureza diversa da condenatória, recorria-se ao sistema processual civil vigente para as Cortes de Equidade⁹².

Mas não só para criação de tutelas específicas serviram as Cortes de Equidade. Ancoradas no modelo romano-canônico de processo civil, menos concentrado e mais formalista, as *Chancery Courts* desenvolveram instrumentos até então inexistentes no processo civil tradicional da *common law* inglesa, permitindo ao litigante que: i) obtivesse respostas escritas juramentadas da parte adversa; ii) que submetesse as testemunhas da parte oponente à interrogatório sob juramento, e; iii) compelsse a parte contrária à produção de documentos relevantes para a causa. Foram precisamente esses instrumentos que deram origem à *Disclosure* e *Discovery*.

Diz-se que tais instrumentos inexistiam no procedimento civil do júri popular porque historicamente o júri era formado por jurados selecionados preferencialmente dentre aqueles cidadãos que guardavam proximidade ao fato investigado⁹³, de modo que o conhecimento pessoal e integral dos acontecimentos era algo que se presumia a partir da própria seleção dos jurados. Assim, sendo conhecedores dos fatos era despicienda a necessidade de produção de prova complementar para efeito de instrução do conselho de sentença.

Por conta disso os americanos, tanto quanto os ingleses, operavam dois modelos/sistemas de processo civil, um modelo baseado no julgamento do tribunal do júri, e outro, baseado no modelo romano-canônico (com maior proximidade à civil law), baseado em julgamento técnico por juiz singular (Chancellor).

A coexistência de duplo sistema de Justiça, com procedimentos distintos, era apenas parte do problema enfrentado pela sociedade americana dado que as

⁹² LANGBEIN, John H. *The Disappearance of Civil Trial in the United States*. The Yale Law Journal. P.525. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5844&context=fss_papers. Acesso em: 12-10-2019.

⁹³ Fala-se em “fato” no singular porque era somente sobre uma única questão que deliberava o júri popular. Todas as questões e fatos que a causa pudesse comportar eram filtradas e condensadas em questionamento único, esforço que se fazia pela participação dos profissionais do Direito (advogados e o juiz) na fase postulatória inicial (pleadings). (LANGBEIN, John H. *The Disappearance of Civil Trial in the United States*. The Yale Law Journal. P.523. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5844&context=fss_papers. Acesso em: 12-10-2019)

diversas cortes e tribunais federais estavam sujeitas às regras processuais próprias de cada estado. Não havia, portanto, uniformidade processual nas ações civis perante a jurisdição federal e nem estadual.

Isso era assim, por força do chamado *Conformity Act* editado pelo Congresso americano em 1872, segundo o qual:

That the practice, pleadings, and forms and modes of proceeding in other than equity and admiralty causes in the circuit and district courts of the United States shall conform as near as may be, to the practice, pleadings, and forms and modes of proceeding existing at the time in like causes in the courts of record of the State within which such circuit or district courts are held, any rule of court to the contrary notwithstanding.⁹⁴

Norma legal que se associava aos parâmetros delineados pela Suprema Corte no julgamento *Swift v. Tyson* 41 U.S. (16 Pet.) 1 (1842), por intermédio do qual foi fixado o entendimento (holding) de que as Cortes Federais, em processos envolvendo cidadãos de diferentes Estados (diversity of citizenship), não estavam sujeitas às determinações e parâmetros delineados pelas *common law* das cortes estaduais em matéria de direito comercial, estabelecendo a prevalência da legislação federal e fazendo nascer o que se convencionou chamar de “common law federal”.⁹⁵

⁹⁴ “A prática, os requerimentos, e formas e modos de procedimento à exceção das causas de Equidade e do Almirantado nos circuitos e distritos dos Estados Unidos devem se adequar o máximo possível à prática, requerimentos e formas e modos de procedimento existentes em causas semelhantes nas cortes dos Estados, dentro dos quais cada circuito ou corte distrital são mantidas, a despeito da existência de qualquer norma judiciária contrária.” (*tradução livre*) (PERSCHBACHER, Rex R. e BASSET, Debra Lyn. *The Revolution of 1938 and Its Discontents*. Oklahoma Law Review. Vol. 61:275, p.280. Disponível em <https://digitalcommons.law.ou.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1184&context=olr>. Acesso em 10.10.2019).

⁹⁵ Tyson emitiu uma letra de câmbio entregue a especuladores imobiliários como pagamento por um imóvel. Esses especuladores, por sua vez, entregaram a letra de câmbio a Swift, como parte do pagamento de uma dívida pre-existente. De posse do título de crédito, Swift tentou resgate do valor. Tyson negou o pagamento alegando que o imóvel pelo qual entregou a letra de câmbio não era de propriedade dos especuladores, de modo que pagou por coisa nenhuma. A emissão do título, assim, teria se dado sob fraude da qual foi vítima. Swift, ao seu turno, propôs uma ação perante uma corte federal alegando ser possuidor de boa-fé, e, detentor de um direito evidente, em face do qual não cabe defesa substancial do devedor indicado no título. Tyson estava amparado em precedentes das Cortes Estaduais do Estado de Nova Iorque que entendiam ser indevido o pagamento em razão da fraude. Swift pugnava pela aplicação dos precedentes federais que determinavam o pagamento em benefício do credor de boa-fé, possuidor do título de crédito.

Vigorava, portanto, antes de 1938, um verdadeiro caos normativo, com duplo sistema de Justiça, com leis processuais civis diversas (cada Estado adotando a sua) e com concorrência de legislação material entre Estados e a União.

Como reação a esse cenário o Congresso Americano editou o *Rules of Enabling Act* (1934), cujo teor, em essência, assegurava poder à Suprema Corte Americana para editar e promulgar a normas processuais federais (que haveriam de vigorar em todas as cortes federais do país), e, de unificar os procedimentos aplicáveis às causas de Direito e de Equidade. Era a redação à época:

Be it enacted by the Senate and House of Representatives of the United States of America in Congress assembled, That the Supreme Court of The United States shall have the power to prescribe, by general rules, for the district courts of the United States and for the courts of District of Columbia, the forms of process, writs, pleadings, and motions, and the practice and procedure in civil actions at law. Said rules shall neither abridge, enlarge, nor modify the substantive rights of any litigant. They shall take effect six months after their promulgation, and thereafter all laws in conflict therewith shall be of no further force or effect.

Sec.2. The court may at any time unite the general rules prescribed by it for cases in equity with those in actions at law so as to secure one form of civil action and procedure for both: Provided, however, That in such union of rules the right of trial by jury as at common law and declared by the seventh amendment to the Constitution shall be preserved to the parties inviolate. Such united rules shall not take effect until they shall have been reported to Congress by Attorney General at the beginning of a regular session thereof and until after the close of such session.⁹⁶

Detalhamentos do caso constam em diversos sites na internet (JUSTIA US Supreme Court. *Swift v. Tyson*, 41, U.S. 1(1842). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/41/1/>. Acesso em 24-11-2019).

⁹⁶ “Seja decretado pelo Senado e pela Casa dos Representantes dos Estados Unidos da América em Congresso reunidos, que a Suprema Corte dos Estados Unidos deve ter o poder de prescrever, por normas gerais, para as Cortes distritais dos Estados Unidos e para as cortes do Distrito de Columbia, as formas dos processos, writs, requerimentos, e moções, e a prática e procedimento da ação civis nos termos da lei. Referidas normas não devem, contudo, restringir, ampliar, nem modificar o direito substantivo de qualquer dos litigantes. Elas devem produzir efeitos seis meses após sua promulgação, e a partir de então todas as leis em conflito devem ser consideradas sem força ou efeito.

Sec.2. A corte pode a qualquer tempo unificar as normas gerais prescritas para os casos de equidade com aqueles casos de direito de modo a garantir uma única forma de ação civil e procedimento para ambos: Provido, entretanto, que nessa união de normas o direito ao julgamento pelo júri popular como tradicionalmente previsto pela common law e declarado pela sétima emenda à Constituição deve ser preservado às partes, de modo inviolável. Referidas normas não devem produzir efeitos até

Poucos anos depois, em 1938 a Suprema Corte, cumprindo com a determinação do Congresso Americano, promulga as Normas Federais do Processo Civil, oportunidade em que se delineiam formalmente os institutos da *Disclosure* e *Discovery*.

No mesmo ano a Suprema Corte também conclui o julgamento de um dos casos mais famosos e relevantes para o estudo do processo civil americano *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938), dando origem ao que se denomina hoje como doutrina Erie (Erie doctrine). Referido julgamento deu por superado os parâmetros jurisprudenciais fixados no precedente *Swift v. Tyson* 41 U.S. (16 Pet.) 1 (1842).

No caso Erie Railroad a Suprema Corte, em superação a seu antigo posicionamento (overruling), passou a determinar que as Cortes Federais precisavam, a partir de então, como regra, em julgamento de casos envolvendo cidadãos de Estados diferentes, aplicar a *common law* das Cortes Estaduais, *in casu*, do Estado com jurisdição prevalente. Isso em conjunto com o direito processual federal.

Tompkins era um cidadão da *Pennsylvania* que propôs ação de responsabilidade civil em desfavor da Companhia de Transporte Erie Railroad, do estado de Nova Iorque. O autor alegava que foi atingido por algo semelhante a uma “porta” de um dos vagões que se projetou para fora da linha de passagem enquanto ele transitava na lateral da ferrovia, em um caminho que percorria com regularidade no retorno do trabalho para sua residência. A Companhia Erie pugnava em sua defesa que o tratamento legal dispensado a Tompkins deveria ser o mesmo dispensado a todo e qualquer invasor de área cuja permanência era proibida, e, assim, amparando-se nos termos da jurisprudência do Estado da *Pennsylvania*, nenhuma responsabilidade era devida nos casos em que constatado qualquer ato de negligência (do invasor) na cadeia causal dos acontecimentos, sendo necessário provar que a empresa deliberadamente intencionava causar o dano.

que sejam devidamente comunicadas ao Congresso pelo Procurador Geral no começo de uma sessão regular, até que se conclua essa sessão.” (*tradução livre*) (PERSCHBACHER, Rex R. e BASSET, Debra Lyn. *The Revolution of 1938 and Its Discontents*. Oklahoma Law Review. Vol. 61:275, p.283. Disponível em <https://digitalcommons.law.ou.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1184&context=olr>. Acesso em 10.10.2019)

Tompkins insistia em sua tese autoral ao argumento de que inexistindo lei (estatutária) no Estado da *Pennsylvania* que disciplinasse a responsabilidade civil, o caso deveria ser julgado por uma Corte Federal como tema de Direito geral, escapando assim aos precedentes da *common law* estadual, e, por decorrência aumentando suas chances de êxito na demanda.

A companhia Erie, ao seu turno, argumentava que os precedentes da Suprema Corte da *Pennsylvania* deveriam ser observados por determinação de uma lei federal de 1789 (Federal Judiciary Act, ou, Rules of Decision Act) que assim dispunha em sua sessão 34:

The laws of the several States, except where the Constitution, treaties, or statutes of the United States otherwise require or provide, shall be regarded as rules of decision in trials at common law, in the courts of the United States, in cases where they apply.

A Suprema Corte conheceu do caso por intermédio de um *writ of certiorari*, e, a partir de premissas relevantes para o desenvolvimento do direito americano como um todo⁹⁷, fixou o entendimento de que a lei prevalente no caso haveria de ser a lei do Estado da *Pennsylvania*, nos seguintes termos:

Except in matters governed by the Federal Constitution or by acts of Congress, the law to be applied in any case is the law of the state. And whether the law of the state shall be declared by its Legislature in a statute or by its highest court in a decision is not a matter of federal concern. There is no federal general common law. Congress has no power to declare substantive rules of common law applicable in a state whether they be local in their nature or “general”, be they commercial law or part of the law of torts. And no clause in the Constitution purports to confer such a power upon federal courts.⁹⁸

⁹⁷ A mais importante delas, sem dúvida, a conclusão de que à exceção de matérias constitucionais ou que recebam tratamento direto de leis editadas pelo Congresso americano, inexistente *common law* federal geral para os assuntos da vida civil. A *common law* norte-americana, portanto, no direito substantivo, tem assento direto na jurisprudência das Cortes Estaduais.

⁹⁸ “Exceto em matérias governadas pela Constituição ou por atos emanados do Congresso, a lei a ser aplicada em qualquer caso é a lei do respectivo estado. E se a lei do estado deve ser declarada formalmente por um poder legislativo ou assentada nas decisões da respectiva suprema corte estadual é uma discussão que escapa ao interesse federal. Não existe *common law* federal. O Congresso não tem poderes para declarar as normas substantivas de *common law* aplicáveis em um determinado estado, sejam elas locais em sua natureza ou gerais, sejam elas normas de direito comercial ou afetas a temática da responsabilidade civil. E não há na Constituição cláusula que

Pôs-se fim, assim, a um caos normativo que havia se instalado desde o caso *Swift v. Tyson* 41 U.S. (16 Pet.) 1 (1842), dado que as Cortes Estaduais, em razão do próprio histórico de independência dos Estados americanos, continuaram a aplicar o seus entendimentos isolados, em detrimento da orientação jurisprudencial das Cortes Federais. Deste modo, para aqueles não cidadãos que podiam invocar a competência federal (baseada na diversidade de naturalidade) não mais havia o benefício de poder escolher o Direito material a ser aplicado (se federal ou estadual), pondo-se fim, assim, à discriminação entre cidadãos e não-cidadãos (de determinado Estado).

Com as leis processuais não era diferente, as Cortes Federais, à míngua de regras claras, por vezes, aplicavam as leis estaduais gerando um emaranhado de normas e procedimentos distintos para que fossem compreendidos pelos advogados e cidadãos.

Daí a importância do momento histórico vivido em 1938 pelo Direito americano, que viu em um mesmo ano serem resolvidos problemas diversos que alcançavam a jurisdição federal civil: i) concorrência de dois sistema de Justiça; ii) o problema afeto à existência de uma *common law* federal em matéria de Direito substantivo, e; iii) o problema condizente às normas processuais prevalentes na jurisdição federal.

Foram unificados os procedimentos das Cortes de Equidade e Cortes de Justiça em um único roteiro procedimental regulado pelas Fed. R. Civ. P., contemplando uma fase pré-julgamento com amplo instrumental investigativo. Fez-se nascer então, formalmente, os institutos da *Disclosure* e *Discovery*, tal como se compreende nos dias de hoje.

A existência de um processo único de ação, a despeito da natureza do direito em debate e da tutela requerida pelo caso em concreto é uma característica adjetivada tecnicamente como “transsubstantividade”, e, teve grande espaço de aplicabilidade diante do caos que vivia o cenário jurídico americano.

proponha a conferência de tal poder às cortes federais.” (tradução livre) (*Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 {1938})

A regulamentação da *Disclosure* e *Discovery* implicou também em uma intencional mudança na ênfase que dava o processo judicial civil da *common law* na fase postulatória em detrimento da fase investigativa (essa, capaz de municiar as partes com elementos suficientes para melhor tomada de decisão).

O esforço para o incremento dos instrumentos de investigação dos fatos era reflexo da preocupação com a qualidade da prestação da tutela jurisdicional e da justiça das composições entre as partes. Como recorda o Prof. da Universidade de Yale, John Langbein, apenas um quinto do total de casos que aportavam no Judiciário, ao tempo da reforma, eram efetivamente julgados, os demais encerravam antecipadamente por acordos, ou, mesmo por razões processuais (inobservância de formalidades e requisitos demandados pela legislação).

A despeito do reduzido percentual de casos que efetivamente alcançavam a fase de julgamento (apenas 20% do total), ainda assim, para o povo americano era essencial que tais casos recebessem a mais adequada e justa sentença possível, objetivo umbilicalmente ligado com a precisão da atividade investigativa. Da mesma forma constituía interesse social municiar os litigantes com as informações mais completas possíveis para que pudessem adequadamente tomar as decisões em negociações pré-julgamento. Foi assim, com esse mote, de robustecer a fase preparatória de julgamento que se desenharam os instrumentos da *Disclosure* e *Discovery*, franqueando às partes acesso quase irrestrito aos documentos e informações pertinentes ao caso.

Com o desenrolar da história a fase preparatória e investigativa revelou sua funcionalidade mais sintomática (servir de estímulo à composição dos casos) e o fomento do instrumental investigativo acabou por gerar a redução ainda maior do número de casos que alcançavam julgamento.

As partes, sabedoras das provas e documentos de que dispõem mais corretamente conseguem obter um juízo conclusivo quanto à ocorrência dos fatos, suas circunstâncias e o direito aplicável, permitindo o ajuste das expectativas a parâmetros factíveis e realistas resultando em maior índice de composição dos litígios.

É isso que revelam os números apontados pelo Prof. Langbein:

By 1940, the proportion of cases tried declined to 15.2%. In 1952, the figure was 12%; in 1972, 9.1%; in 1982, 6.1%; in 1992, 3.5%. By the year 2002, only 1.8% of federal civil filings terminated in trials of any sort, and only 1.2% in jury trials. At the state level, where most civil litigation takes place, trials as a percentage of dispositions declined by half between 1992 and 2005 in the nation's seventy-five most populous countries. Jury trials in 2002 constituted less than one percent (0,6%) of all state court dispositions. Thus, in American civil justice, we have gone from a world in which trials, typically jury trials, were routine, to a world in which trials have become "vanishingly rare".⁹⁹

Números esses que continuam a cair, quando avaliados os parâmetros mais atuais recordados por A. Benjamin Spencer relativos às Cortes Federais: "*For the twelve-month period ending June, 30, 2017, out of a total of 298,656 cases that were resolved during that period, only 2,752 were disposed of during or after a trial, a trial rate of 0,9%.*"¹⁰⁰

O declínio do número de julgamentos efetivos é tão evidente que a doutrina passou a falar no fenômeno real do desaparecimento do julgamento tal como se idealiza (ver, e.g., Marc Galanter, *The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts*, 1 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 459 [2004]).

É indubitável, portanto, que apenas uma pequeníssima parcela do total de casos que aportam no Judiciário norte-americano acaba com a prolação de uma sentença judicial. Isso torna o processo civil americano, com grande probabilidade,

⁹⁹ "Por volta de 1940, a proporção de casos julgados declinou para 15.2%. Em 1952, a figura era 12%; em 1972, 9.1%; em 1982, 6.1%; em 1992, 3.5%. Pelo idos do ano de 2002, somente 1.8% dos processos federais terminavam com julgamento de qualquer tipo, e somente 1.2% eram julgamentos realizados pelo júri popular. No âmbito estadual, aonde se ajuízam maior volume de litígios civis, julgamentos declinaram pela metade entre os anos de 1992 e 2005 nos setenta e cinco estados mais populosos do país. Julgamentos pelo Júri em 2002 constituíam menos de um por cento (0.6%) de todas as cortes estaduais. Assim, na Justiça Civil Americana, nós fomos de um mundo no qual julgamentos, tipicamente julgamentos pelo júri popular, eram uma rotina, para um mundo em que referidos julgamentos se tornaram bastante raros." (*tradução livre*) (LANGBEIN, John H. *The Disappearance of Civil Trial in the United States*. The Yale Law Journal. P.524. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5844&context=fss_papers. Acesso em: 12-10-2019).

¹⁰⁰ "No período de 12 meses findado em 30 de junho de 2017, do total de 298.656 casos que foram resolvidos durante aquele período, somente 2.752 foram concluídos durante ou depois de um julgamento, o que gera uma taxa de julgamento na ordem de 0,9% do total" (*tradução livre*) (SPENCER, A. Benjamin. *Civil Procedure. A Contemporary Approach*. 5 th edition. St. Paul [MN]: West Academic Publishing, 2018, p. 803).

aquele com a maior taxa de composição litígios no mundo, uma característica que, ao sentir desse autor, apenas faz realçar a serventia dos instrumentos processuais do Direito estadunidense para lidar com o alto índice de litigiosidade social existente nos dias de hoje.

2.4. Escopo e limites da Discovery no Direito norte-americano

A regra básica fundamental para compreender o escopo e os limites da *Discovery* reside na norma 26(b)(1) da Fed. R. Civ. P., segundo a qual:

(b) DISCOVERY SCOPE AND LIMITS.

(1) Scope in General. Unless otherwise limited by court order, the scope of discovery is as follows: Parties may obtain discovery regarding any nonprivileged matter that is relevant to any party's claim or defense and proportional to the needs of the case, considering the importance of the issues at stake in the action, the amount in controversy, the parties' relative access to relevant information, the parties' resources, the importance of the discovery in resolving the issues, and whether the burden or expense of the proposed discovery outweighs its likely benefit. Information within this scope of discovery need not be admissible in evidence to be discoverable.¹⁰¹

Tal regra encontra complemento em outro diploma normativo de relevo para o direito processual americano, *The Rules of the United States Court of Federal Claims* (RCFC) uma norma que conjugada com o Fed. R. Civ. P. forma um macrossistema processual federal (no mais das vezes servindo de modelo para os Estados da União)¹⁰².

¹⁰¹ ESCOPO E LIMITES DA DISCOVERY.

(1) Escopo em geral. A não ser que seja de outra forma disciplinado pela corte, o escopo da discovery é o seguinte: As partes podem obter a revelação da prova relativa a qualquer matéria não coberta por privilégio legal que seja relevante para qualquer argumento da parte autora ou parte ré e seja proporcional às necessidades do caso, considerando-se a importância dos assuntos em jogo na ação, o valor da causa, a relatividade de acesso a informações, os recursos das partes, a importância que a revelação prévia das provas tem na solução do problema, e se o ônus e despesas das revelações propostas compensam os prováveis ganhos. Informação dentro desse escopo não precisa ser admissível como prova na fase de julgamento para que seja objeto da discovery. (*tradução livre*) (USA. United States Courts. Rules & Policies. Federal Rules of Civil Procedure. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/sites/default/files/rules-of-civil-procedure.pdf>. Acesso em: jan. 2019)

¹⁰² "The Rules of the Court of Federal Claims and the Federal Rules of Civil Procedure track one another, making the interpretation and application of each body of rules instructive of the interpretation and application of the other. See *Pac. Nat'l Cellular v. United States*, 41 Fed. Cl. 20,24 n.3 (1998)"

Em sua regra 34, também pertinente à análise do escopo e limites da *Discovery*, a RCFC dispõe que:

Rule 34. Producing Documents, Electronically Stored Information, and Tangible Things, or Entering onto Land, for Inspection and Other Purposes

(a) In General. A party may serve on any other party a request within the scope of RCFC 26(b):

(1) to produce and permit the requesting party or its representative to inspect, copy, test, or sample the following items in the responding party's possession, custody, or control:

(A) any designated documents or electronically stored information— including writings, drawings, graphs, charts, photographs, sound recordings, images, and other data or data compilations—stored in any medium from which information can be obtained either directly or, if necessary, after translation by the responding party into a reasonably usable form; or

(B) any designated tangible things; or

(2) to permit entry onto designated land or other property possessed or controlled by the responding party, so that the requesting party may inspect, measure, survey, photograph, test, or sample the property or any designated object or operation on it.

(b) Procedure.

(1) Contents of the Request. The request:

(A) must describe with reasonable particularity each item or category of items to be inspected;

(B) must specify a reasonable time, place, and manner for the inspection and for performing the related acts; and

(C) may specify the form or forms in which electronically stored information is to be produced.¹⁰³

“As normas da Corte de Reclamações Federais e as Normas Federais de Processo Civil se auto referenciam, fazendo com que a interpretação e aplicação de um desses corpo de lei seja instrutiva em relação à interpretação e aplicação do outro” (*tradução livre*).

(SPENCER, A. Benjamin. *Civil Procedure. A Contemporary Approach*. 5 th edition. St. Paul [MN]: West Academic Publishing, 2018, p. 689).

¹⁰³ Regra 34. Produção de documentos, Informação Armazenada Eletronicamente, e Coisas Tangíveis, ou Entrada em Terras para Inspeção e outras Medidas

(a) Em geral. Uma parte pode citar a parte adversa com uma requisição dentro do escopo da regra 26(b) da RCFC:

(1) para produzir e permitir a parte requisitante ou seu representante inspecionar, copiar, testar, ou tirar amostras dos seguintes itens na posse, custódia ou controle da parte respondente:

(A) qualquer documento designado ou eletronicamente armazenado – incluindo escritos, desenhos, gráficos, planilhas, fotografias, gravações de sons imagens, e outra informação ou compilação de informações – armazenadas em qualquer meio a partir do qual a informação pode ser obtida seja

Trata-se de normas com amplo espectro de significação cujos contornos e limites interpretativos advém do detalhamento construído pela jurisprudência.

O *primeiro* e mais comumente limite invocado para a concretização da *Discovery* diz respeito à proibição das chamadas *fishing expeditions* – expressão que traduz a condição daquele que ingressa na fase de colheita e revelação da prova sem objetivo específico, buscando, de qualquer modo, obter qualquer prova, sobre qualquer assunto desfavorável à parte contrária.

Ou seja, o autor da ação, em casos assim, não tem uma “causa de pedir” minimamente séria em desfavor do réu (*probable cause*). Só o que tem é o desejo de litigar contra o réu, e, para tanto, se vale de qualquer ilicitude que venha a “pescar” dentre as provas aleatoriamente colhidas.

Tal proceder encontra a necessária resistência do Poder Judiciário que tem se mostrado refratário a essa estratégia, fazendo exigência quanto à pertinência e relevância que a prova perseguida guarda com o objeto da causa. E, não poderia ser diferente, tendo em vista que se trata de uma prática atentatória aos valores mais mezinhos de boa-fé. Mais ainda, transforma o judiciário em campo para pura agressão em detrimento da solução de conflitos.

Vale aclarar, por oportuno, que o *standard* de relevância exigido nessa fase do procedimento não se confunde com aquele aplicado pelo regramento processual da prova – *Rules of Evidence* – mais austero e incidente apenas na fase posterior, de julgamento. Na fase da *Discovery*, para efeito de admitir-se o requerimento de revelação, e, por consequência, para exercer o direito de acesso às

direta ou, se necessário, após tradução pela parte respondente dentro de uma forma razoavelmente usável e acessível; ou

(B) qualquer coisa designada tangível; ou

(2) permitir a entrada em qualquer terra designada ou outra propriedade na posse ou controle da parte respondente, de modo que a parte requisitante possa inspecionar, medir, pesquisar, fotografar, realizar testes ou retirar amostras ou qualquer objeto designado da propriedade;

(b) Procedimento

(1) Conteúdo da Requisição. A Requisição:

(A) deve descrever com razoável particularidade cada item ou categoria de itens a serem inspecionados;

(B) deve especificar um tempo, lugar e modo razoável de realizar a inspeção ou de executar os atos relacionados a isso; e

(C) pode especificar a forma ou formas nas quais as informações eletronicamente armazenadas devem ser produzidas. (*tradução livre*)

(USA. United States Courts. Rules & Policies. Federal Rules of Civil Procedure. Available on: <http://www.uscourts.gov/sites/default/files/rules-of-civil-procedure.pdf>. Access: jan. 2019)

provas, basta um início de relevância e pertinência (a *modicum* of support). Não se exige, nessa fase, juízos conclusivos.

O segundo limite advém do conceito de *proportionality* (proporcionalidade) exigida na *Discovery*, um conceito extremadamente aberto que se vale da quase integralidade dos parâmetros expostos na regra 26(b)(1), na medida em que impõe seja considerado no caso em concreto as necessidades do caso, a importância dos assuntos, o valor da causa, a facilidade de acesso a informações, as condições financeiras das partes, a importância estratégica da revelação prévia para a solução do problema, e, se os custos com as revelações propostas compensam os prováveis ganhos.

Trata-se, como se vê, de um conceito aberto, cujo preenchimento semântico se dá a partir de critérios elencados pela própria lei, a partir do conteúdo da norma 26(b)(1) em cotejo com os dados exurgidos do caso *sub judice*.

Sua inserção na legislação americana data de 1983, e seu propósito era estimular a tutela judicial contra a chamada *overdiscovery*, prática por intermédio do qual uma das partes intimida e coage a parte adversa, tão só, em razão dos custos excessivos para coleta e disponibilização de informações. Vale lembrar que de acordo com a lei americana cada parte deve arcar com seus custos afetos à recuperação, tratamento e disponibilização da informação à parte contrária (o que significa, muitas vezes, horas e horas de trabalho de especialistas e esforço logístico).

Com base nesses referenciais o Judiciário americano passou a se utilizar do chamado *proportionality test* (teste de proporcionalidade), que consiste precisamente em submeter a requisição aos filtros (critérios) elencados na norma 26(b)(1) a fim de verificar se o benefício perseguido no processo justifica os custos e prejuízos com a colheita e disponibilização das informações e documentos, ou, se a contrário, está-se diante de um ônus indevido imposto à parte adversa (undue burden).

Um terceiro, e, intuitivo limite a que se deve observância diz respeito às informações privilegiadas e protegidas pela confidencialidade profissional. Nessa categoria se tem: i) o privilégio contra a auto-incriminação, que impede o cidadão

(seja ele parte ou mera testemunha) de dispor de documentos e informações que lhe incriminem; ii) a confidencialidade advinda da relação cliente-advogado, médico-paciente, padre-penitente, e, como é sintomático nos EUA a confidencialidade afeta aos assuntos de segurança nacional (state secrets) etc.

Por fim, é possível identificar também um limite subjetivo, que circunscreve as obrigações da *Discovery* às partes do processo, assim, excluindo da obrigação de fornecer documentos e informações terceiros não associados (joinder) a qualquer polo da relação processual (*Gonzales v Google, Inc.*, U.S. District Court of the Northern District of California 234 F.R.D. 674 {N.D. Cal. 2006}).

Como modo de tutelar todos esses limites as Fed. R. Civ. P. franqueiam a possibilidade de a parte inocente buscar, por intermédio de uma moção, uma ordem judicial protetiva (protective order) desobrigando e invalidando os excessos cometidos pela parte requisitante, assim como, em sendo o caso, redistribuindo ou compartilhando o ônus financeiro decorrente da *Discovery*¹⁰⁴.

¹⁰⁴ 26(c) PROTECTIVE ORDERS.

(1) In General. A party or any person from whom discovery is sought may move for a protective order in the court where the action is pending—or as an alternative on matters relating to a deposition, in the court for the district where the deposition will be taken. The motion must include a certification that the movant has in good faith conferred or attempted to confer with other affected parties in an effort to resolve the dispute without court action. The court may, for good cause, issue an order to protect a party or person from annoyance, embarrassment, oppression, or undue burden or expense, including one or more of the following:

- (A) forbidding the disclosure or discovery;
- (B) specifying terms, including time and place or the allocation of expenses, for the disclosure or discovery;
- (C) prescribing a discovery method other than the one selected by the party seeking discovery;
- (D) forbidding inquiry into certain matters, or limiting the scope of disclosure or discovery to certain matters;
- (E) designating the persons who may be present while the discovery is conducted;
- (F) requiring that a deposition be sealed and opened only on court order;
- (G) requiring that a trade secret or other confidential research, development, or commercial information not be revealed or be revealed only in a specified way; and
- (H) requiring that the parties simultaneously file specified documents or information in sealed envelopes, to be opened as the court directs. (Fed. R. Civ.P.)

26(c) ORDENS PROTETIVAS

(1) Em geral. A parte ou qualquer pessoa de quem sejam requisitados documentos e informações (discovery) pode solicitar uma ordem protetiva junto à Corte em que corre a ação – ou como alternativa em assuntos relacionados a depoimentos, na Corte do distrito aonde o depoimento será tomado. A moção deve incluir uma declaração de que o requerente de boa-fé se reuniu ou tentou se reunir com a parte adversa na tentativa de resolver o problema sem a intervenção da Corte. A Corte pode, por uma boa causa, expedir uma ordem para proteger a parte de qualquer incomodação, constrangimento, opressão ou ônus financeiro indevido, incluindo uma ou mais das seguintes medidas:

- (A) proibição da disclosure e discovery;

2.5 Conferências e calendarização

Todavia, antes de proceder a qualquer providência prática a norma processual federal determina que as partes devem se reunir e estabelecer, de comum acordo, um plano e o respectivo calendário, detalhando quais as providências serão necessárias para a colheita das provas, de parte a parte. É o que se chama comumente no Direito norte-americano de *meet and confer*.

A regulamentação dessa audiência entre as partes tem assento na regra 26(f) da Fed. R. Civ. P., assim versada:

26(f) CONFERENCE OF THE PARTIES; PLANNING FOR DISCOVERY.

(1) Conference Timing. Except in a proceeding exempted from initial disclosure under Rule 26(a)(1)(B) or when the court orders otherwise, the parties must confer as soon as practicable—and in any event at least 21 days before a scheduling conference is to be held or a scheduling order is due under Rule 16(b).¹⁰⁵

A norma processual encontra maior detalhamento na sequência do estatuto legal, todavia, para efeito da presente pesquisa é suficiente compreender que se trata de uma audiência compulsória, que se dá entre as partes, sem a presença de qualquer agente público, e, que tem o propósito de estimular o diálogo e otimizar tempo e recurso dos envolvidos, fazendo com que ao menos se possa

(B) especificando seus termos, incluindo tempo e lugar ou alocação de despesas, para disclosure e discovery;

(C) prescrevendo um método diverso daquele pelo qual optou a parte que busca a discovery;

(D) proibindo investigações sobre determinados assuntos, ou limitando o escopo da disclosure e discovery a determinado assunto;

(E) designando uma pessoa que poderá estar presente enquanto a discovery é conduzida;

(F) determinando que um depoimento seja mantido sob sigilo até ordem em contrário da Corte;

(G) determinando que um segredo comercial ou qualquer outra pesquisa, desenvolvimento ou informação comercial confidencial não seja revelada ou somente seja revelada sob determinadas condições; e

(H) determinando que as partes simultaneamente protocolam documentos ou informações específicas em envelopes selados a serem abertos quando a Corte assim determinar (Fed. R. Civ.P.) (*tradução livre*)

(USA. United States Courts. Rules & Policies. Federal Rules of Civil Procedure. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/sites/default/files/rules-of-civil-procedure.pdf>. Acesso em: jan. 2019)

¹⁰⁵ 26(f). CONFERÊNCIA DAS PARTES. PLANEJAMENTO PARA A DISCOVERY.

(1) Prazo de conferência. Exceto em um procedimento em que dispensadas as revelações iniciais na forma da regra 26(a)(1)(B) ou quando a Corte ordenar de outra forma, as partes devem se reunir tão logo seja possível - e, em qualquer caso, pelo menos 21 dias antes da realização de uma conferência de agendamento ou de uma ordem de agendamento de acordo com a Regra 16 (b). (*tradução livre*)

(USA. United States Courts. Rules & Policies. Federal Rules of Civil Procedure. Available on: <http://www.uscourts.gov/sites/default/files/rules-of-civil-procedure.pdf>. Access: jan. 2019)

identificar quais os pontos sobre os quais há concordância (são incontroversos) e quais remanescem em disputa.

Como consequência deve ser elaborado um relatório conjunto informando à Corte qual o planejamento para execução dos instrumentos da Discovery e quais as datas para tanto, assim como, se ficam valendo ou não os limites presuntivos do estatuto processual.

Naturalmente muitos problemas podem advir de tal conferência, a começar pela intransigência de cada uma das partes para impor seu planejamento e calendário próprio. Em casos assim cada qual apresenta sua própria versão à Corte, que deve se pronunciar para fixar um planejamento e um calendário único e vinculante.

A Corte, todavia, se pronuncia em uma ocasião formal, em que autor e réu comparecem perante Juízo para argumentar e defender seus respectivos pontos de vista. Esse evento vem disposto na regra 16 da Fed. R. Civ. P. e é identificado como *pretrial conference*.

2.6 Revelações iniciais (initial disclosures)

Fixado o planejamento, o primeiro instituto a operar seus efeitos é a *Disclosure*, cujo conceito já foi trabalhado precedentemente, e, que também pode ser referido como *initial disclosures*.

Como primeira providência, assim, incumbe às partes, compelidas pelo dever de boa-fé, revelar, uma a outra, as provas que mais evidentemente suportam sua versão dos fatos sob pena de multa e/ou prisão por ato de desrespeito ao Poder Judiciário (contempt of court).

O assento do instituto se encontra na regra 26 (a) da Fed. R. Civ. P., e contempla os seguintes documentos elencados pelo estatuto:

(a) REQUIRED DISCLOSURES.

(1) Initial Disclosure.

(A) In General. Except as exempted by Rule 26(a)(1)(B) or as otherwise stipulated or ordered by the court, a party must, without awaiting a discovery request, provide to the other parties:

- (i) the name and, if known, the address and telephone number of each individual likely to have discoverable information—along with the subjects of that information—that the disclosing party may use to support its claims or defenses, unless the use would be solely for impeachment;
- (ii) a copy—or a description by category and location—of all documents, electronically stored information, and tangible things that the disclosing party has in its possession, custody, or control and may use to support its claims or defenses, unless the use would be solely for impeachment;
- (iii) a computation of each category of damages claimed by the disclosing party—who must also make available for inspection and copying as under Rule 34 the documents or other evidentiary material, unless privileged or protected from disclosure, on which each computation is based, including materials bearing on the nature and extent of injuries suffered; and
- (iv) for inspection and copying as under Rule 34, any insurance agreement under which an insurance business may be liable to satisfy all or part of a possible judgment in the action or to indemnify or reimburse for payments made to satisfy the judgment.¹⁰⁶

Assim, após a conferência de calendarização, ou, a expedição de decisão judicial nesse sentido, as partes estão obrigadas a informar o nome e o meio de contato de qualquer pessoa que possa contribuir com os esclarecimentos dos fatos (supporting witnesses), assim como, providenciar uma cópia de qualquer informação ou documento pertinente e relevante para a causa, franquear acesso às provas

¹⁰⁶ (a) REVELAÇÕES COMPULSÓRIAS.

(1) Revelações Iniciais.

(i) o nome e, se conhecido, o endereço e número de telefone de cada pessoa com probabilidade de ter informação revelável – juntamente com os assuntos de cada informação – que a parte que está por revelar possa usar para suportar seus pedidos ou suas defesas, a menos que o uso seja apenas para impeachment;

(ii) uma cópia – ou uma descrição por categoria e localização – de todos os documentos, informações armazenadas eletronicamente, e coisas tangíveis que a parte que está por revelar tenha em sua posse, custódia, ou controle e possa usar para suportar seus pedidos ou suas defesas, a menos que o uso seja apenas para impeachment;

(iii) o cálculo de cada categoria de dano reclamado pela parte que está por revelar – que deve também tornar disponível para inspeção e cópia nos termos da regra 34 os documentos e outras provas materiais, a menos que constituam privilégio legal ou estejam protegidas legalmente da obrigação de revelação, com base no qual cada cálculo está baseado, incluindo materiais relacionados à natureza e extensão dos danos sofridos; e

(iv) para inspeção e cópia nos termos da regra 34, qualquer contrato de seguro sob o qual uma companhia de seguro possa ser responsável por satisfazer toda ou parte de uma possível condenação em ação indenizatória ou ressarcitória. (*tradução livre*)

(USA. United States Courts. Rules & Policies. Federal Rules of Civil Procedure. Available on: <http://www.uscourts.gov/sites/default/files/rules-of-civil-procedure.pdf>. Access: jan. 2019)

complementares (supporting documents), categorizar e identificar a metodologia de cálculo dos danos perseguidos (damages calculations), e, por fim, revelar se subsiste algum contrato de seguro que acoberte, total ou parcialmente, os danos.

Trata-se de uma providência amparada na boa-fé processual que acentua a lógica de um processo justo e transparente, permitindo às partes, de largada, conhecer da extensão da demanda e dos limites probatórios envolvidos.

2.7 *Discovery* propriamente dita

A fase subsequente à *Disclosure*, ainda antecedente ao julgamento propriamente dito, como previamente esclarecido, é intitulada *Discovery*, e, guarda diversas funcionalidades para o processo civil: i) a primeira, diz com o fato de que permite aprofundar o conhecimento dos argumentos e provas de que dispõe a parte adversa para efeito de melhor avaliar a pertinência e serventia de uma disputa judicial efetiva – o que se dá, primordialmente, a partir da exploração dos documentos e informações essenciais já intercambiados entre as partes em razão da obrigação de *disclosure*; ii) a segunda está diretamente relacionada à própria “construção do caso” (case development) tendo em vista que o êxito de um dado processo judicial (e da narrativa que esse contém) guarda estreito vínculo com as provas que sustentam referida narrativa. Desse modo, se diz que a correta condução da fase preliminar de “colheita” das provas é o ponto alto da “construção do caso” pelo advogado; iii) Serve ainda a *Discovery* para que as partes possam selecionar, e, assim, delimitar o âmbito de discussão fática a respeito do caso. Isso porque, a antecipação das provas permite por em destaque o que há de relevante, e, do mesmo modo, o que de irrelevante o caso apresenta; iv) por fim, o procedimento ainda atende ao propósito de selecionar as provas que potencialmente podem ser usadas na fase subsequente de julgamento judicial.

É claro, que, pela própria natureza humana (ainda mais saliente em ambiente de conflito), é possível falar-se em usos e propósitos ilícitos da *Discovery* (improper and abusive *Discovery* tactics). São práticas como perseguição, protelação e incremento de custos de litígio, coação, perturbação que acabam ilicitamente sendo usadas pelos contendores como via indireta para obtenção do resultado. Todavia, são práticas explicitamente proibidas pelo Fed. R. Civ. P. e pelas regras de

conduta profissional da *American Bar Association* (Ordem dos Advogados nos Estados Unidos).

2.7.1 Desenho atual do instituto. Conjunto de ferramentas de que dispõe o advogado

Na sua última versão as Fed. R. Civ. P. preveem 5 (cinco) diferentes instrumentos para permitir o intercâmbio integral de informações e documentos entre as partes, instrumentos que em verdade, representam diferentes meios de prova: quesitação escrita, prova material, prova oral, prova pericial e pedidos de reconhecimento.

2.7.1.1 Questionamentos escritos formulados pelas partes (interrogatories)

Essa é, via de regra, a providência inaugural na coleta da prova pré-julgamento, regulamentada pela regra 33 da Fed. R. Civ. P.. Qualificada como *interrogatories* essa fase nada mais é do que o endereçamento de perguntas escritas e objetivas à contraparte.

Aparentemente simples essa etapa demanda precisão e alinhamento com a estratégia delineada pelo advogado. A colheita de informações escritas pelas partes atende a duplo interesse: de um lado pode servir como prova documental em etapa subsequente do processo (julgamento); de outro, pode servir para impedir (impeachment) eventual depoimento da parte ou testemunha na fase de julgamento quando evidenciada a contradição de informações e comportamento. Além do mais alguns questionamentos têm enorme poder de conflito, presente o fato de que as respostas podem exigir extensivas e custosas diligências da parte respondente.

O número de perguntas está limitado a 25 (vinte e cinco), e, só podem ser endereçadas a quem é parte. Não há, portanto, possibilidade de endereçamento de questionamentos a testemunhas e/ou terceiros, ainda que pudessem colaborar com o processo.

As respostas devem ser entregues à parte requerente dentro de 30 (trinta) dias a contar do recebimento formal dos quesitos. Ainda, as respostas devem ser individualizadas de modo que os questionamentos devem ser respondidos um a um,

não admitindo a legislação respostas que contemplem a um só tempo quesitos diversos.

É interessante observar também que os *interrogatories* podem ser meramente opinativos na medida em que a parte que redige os questionamentos está autorizada a indagar pela opinião do respondente, seja a respeito de fato, seja a respeito do direito aplicável ao caso. Liberdade essa que respeita e contempla a dinâmica da estratégia dos respectivos advogados.

Eventuais objeções aos questionamentos devem ser protocolizadas dentro do prazo de resposta, 30 (trinta) dias, sob pena de preclusão, e, devem ser redigidas de modo objetivo e fundamentado, evitando-se alegações conclusivas e vazias. Assim, e.g., a objeção de que o questionamento implica em ônus excessivo à respondente, deve ser acompanhada de fundamento e apontamento objetivo, sob pena de rejeição.¹⁰⁷

Exemplificativamente é possível imaginar objeções da seguinte ordem: questionamento ininteligível, questionamento meramente argumentativo, que implica em quebra de informação protegida por sigilo legal, questionamento que antecipa opinião técnica de perito etc.

2.7.1.2 Produção de prova material (requests for production)

Esse meio de prova geralmente é requerido tão logo obtida as respostas aos questionamentos inaugurais da Discovery, e, está envolto em particularidades não apenas em razão da regulação estatutária como também pelas inúmeras contribuições da jurisprudência.

O requerimento de prova material deve, assim como os requerimentos afetos aos demais meios de prova, observar o escopo delineado pela regra 26(b) da Fed. R. Civ. P.

A parte requisitante tem sempre o ônus de especificar quais são os documentos requeridos, em que tempo e lugar devem ser apresentados, ou, de que modo serão inspecionados. E ainda, tratando-se, como regra geral acontece, de

¹⁰⁷ ROEN, Craig M. and PAULSEN, Sharon Reich. Civil Litigation. Pretrial Case Development and Discovery. St. Paul (MN): West Academic Publishing, 2016, p.122.

documentos eletronicamente armazenados, é preciso discriminar de que forma (meio) esses documentos serão produzidos.

Ao contrário dos questionamentos escritos, não há para esse meio de prova um limite presumido de requisições documentais, incidindo no caso apenas a limitação trazida pela regra da proporcionalidade inferida da redação do item 26(b).

O prazo de resposta, por sua vez, é o mesmo aplicado aos *interrogatories* (30 dias), salvo escolha conjunta das partes por prazo diverso.

A maior curiosidade aqui fica por conta das declarações e opiniões (statements and contentions) documentadas das partes que podem ser objeto de requisição, salvo o material qualificado como preparatório do julgamento (a exemplo das opiniões registradas por e-mail a partir do diálogo com o advogado responsável pela causa).¹⁰⁸

2.7.1.2.1 Produção da prova eletrônica e suas particularidades

Antes de mais nada o esclarecimento terminológico de que por “eletrônica” se quer significar toda e qualquer informação que não seja física, e, por consequência admita armazenamento em dispositivos eletrônicos, o que, compreende, por necessário, os dados digitais.

É intuitivo imaginar que a tecnologia digital veio para facilitar a comunicação entre empresas e entre pessoas, e, por consequência, facilitar e

¹⁰⁸ 26(b)(3) Trial Preparation: Materials.

(A) Documents and Tangible Things. Ordinarily, a party may not discover documents and tangible things that are prepared in anticipation of litigation or for trial by or for another party or its representative (including the other party's attorney, consultant, surety, indemnitor, insurer, or agent). But, subject to Rule 26(b)(4), those materials may be discovered if:

(i) they are otherwise discoverable under Rule 26(b)(1); and
(ii) the party shows that it has substantial need for the materials to prepare its case and cannot, without undue hardship, obtain their substantial equivalent by other means.

“26(b)(3) Preparação para julgamento: Materiais.

(A) Documentos e coisas tangíveis. Comumente, uma parte não deve requisitar e documentos e coisas tangíveis que foram produzidas em antecipação ao litígio ou julgamento pela outra parte ou seu representante (incluindo o advogado, consultor, fiador, indenizador, segurador ou agente da parte contrária). Observada, porém, a regra 26(b)(4), esses materiais podem ser objeto de discovery se:

(i) se eles forem de qualquer outra forma passíveis de descoberta sob a regra 26(b)(1); e
(ii) a parte demonstrar que tem necessidade substancial dos referidos materiais para preparação do seu caso e, sem maiores dificuldades, pode obter acesso a eles por meio diverso e equivalente.”
(tradução livre)

(USA. United States Courts. Rules & Policies. Federal Rules of Civil Procedure. Available on: <http://www.uscourts.gov/sites/default/files/rules-of-civil-procedure.pdf>. Access: jan. 2019)

baratear o processo de armazenamento e guarda dos comprovantes das operações comerciais. Essa facilidade, por consequência, fez aumentar em muito o número de documentos gerados nas mais diversas transações e armazenados das mais diversas formas.

O que não parece tão claro é que o aumento no número de documentos gerados e geridos pelas empresas e pessoas, trouxe a reboque, também, o aumento do número de documentos solicitados pela parte requisitante durante o processo judicial.

O raciocínio no ponto é simples: quanto mais informações se tem para revelar, mais custoso fica o trabalho de coleta e apresentação das provas. É nesse contexto que surge a preocupação com os documentos e informações digitais, eis que as tecnologias atuais permitem uma incessante e caudalosa comunicação entre empregador e empregado, vendedor e comprador, prestador de serviço e consumidor, entre familiares, amigos, entre membros de agremiações e clubes, etc.

A partir do momento em que a parte autora atesta em juízo a necessidade de acesso à integralidade da conversação entre interlocutores em determinado período de tempo, isso pode significar milhares e milhares de documentos, por vezes já não mais disponíveis para o usuário e cidadão comum (sem conhecimento técnico aprofundado sobre tecnologia da informação).

Assim, responder a uma requisição de documentos no curso de um processo passou a ser uma atividade hercúlea, que implica em coletar, categorizar e transferir um volume enorme de documentos.

Mais ainda, considerando as diferentes formas de armazenamento (hard drives, CD etc) e os diferentes formatos assumidos pela informação (PDF, DOC, XLS, TIFF, etc), passou-se a ter maior dependência de mão de obra especializada para que se possa responder às requisições.

Assim, tanto o aumento do volume de documentos quanto às particularidades técnicas que envolvem os documentos eletrônicos são causas que guardam relação direta com o aumento exponencial dos custos financeiros assumidos pelas partes para adimplir com suas obrigações legais.

As particularidades que alcançam a prova digital, entretanto, não se limitam ao alto custo. Subsistem diversas outras características que suportam a diferenciação de tratamento jurídico entre *Discovery* v. *e-Discovery*.

Uma outra particularidade distintiva das provas digitais é que ao contrário da prova documental em papel ela é, na maioria das vezes, guardada e tutelada por terceiros não integrantes do processo judicial (empresas de computação em nuvem, telecomunicações, provedores de internet etc). Isso significa inserir na equação jurídica do processo um terceiro que não guarda relação com o debate de fundo.

Surgem daí diversos questionamentos quanto à possibilidade ou não de se oporem as obrigações da *Discovery* a terceiros que não integram o processo, e, por essa razão, não estariam obrigados a incorrer em custos financeiros (muitas vezes exorbitantes) para adimplir com as obrigações legais de revelação da prova.

A própria discussão quanto à obrigatoriedade de guarda e conservação dos documentos eletrônicos é objeto de acirrada disputa no âmbito legal, dado que, diferentemente dos documentos e comprovantes físicos, os documentos digitais são muito mais numerosos (uma simples operação de compra e venda pode resultar em uma infindável troca de mensagens, e, assim, centenas de e-mail constituem um rastro documental relevante que surge em adição ao próprio contrato). Daí advém o questionamento: qual a extensão da responsabilidade de guarda e conservação das informações, a fim de que não se caracterize negligência?

Ainda, como particularidade distintiva vale referir a forma como se “produz” a prova. Explica-se. Em tempo anterior à *e-Discovery* duas eram as alternativas de produção da prova documental: i) ou se produzia a prova replicando a documentação na forma em que regularmente constituídos no curso das relações civis e comerciais, ou; ii) se produzia a prova rotulando e identificando-os em estrita observância às categorias e classificações da parte requisitante.

Pois bem, com a prova eletrônica surge uma terceira opção legalmente aceita: iii) a produção de documentos na sua forma de arquivo ordinário ou em forma de arquivo que permita o acesso ao seu conteúdo segundo critérios razoáveis.

A discussão ganha especial importância na medida em que a forma de “produção” da informação pode traduzir uma significativa limitação de acesso ao conteúdo. Veja-se, por exemplo, casos em que estão envolvidos metadados. O que aparenta ser apenas uma tela, em verdade, representa uma síntese de uma variedade de fontes.

O caso paradigma que levou à ambientação da mudança da legislação americana é *Zubulake v. UBS Warburg L.L.C.* (2003) por intermédio do qual foram fixados parâmetros indispensáveis para lidar com as informações e dados armazenadas e arquivados digitalmente.

Laura Zubulake processou o grupo empresarial UBS por discriminação de gênero e retaliação ilegal, e, na fase de *Discovery* requisitou todos os e-mails da empresa que de qualquer modo mencionassem seu nome. O UBS se negou a apresentar todos os e-mails sob argumento de que estavam arquivados apenas em mídias de *backups*, de modo que sua recuperação consumiria mais de US\$175.000,00 apenas em honorários advocatícios para seleção de referidos e-mails.

A despeito de tal resistência o UBS apresentou aproximadamente 350 páginas de documentos, sendo 100 delas, pelo menos, de e-mails internos da empresa.

Não sendo tal volume de documentos suficientes aos olhos da autora, ante a insistência de seu advogado, as partes acabaram por firmar um acordo em que a empresa se comprometia a disponibilizar a totalidade dos e-mails que referissem seu nome remetidos ou recebidos por 5 (cinco) pessoas nominadas pela autora.

Todavia, o UBS deixou de adimplir com os termos do acordo alegando que os custos para tanto seriam proibitivos. O caso então foi levado à Corte visando compelir o réu a apresentar referidos documentos.

Instaurou-se assim uma discussão entre dois valores relevantes: de um lado a amplitude investigativa da *Discovery* (um dos pilares do processo civil americano) e de outro os custos proibitivos da investigação e coleta de documentos.

Ante a ausência de detalhamento legal a Corte adotou alguns critérios para solução do impasse. O mais relevante deles: a redistribuição dos custos financeiros para obtenção da prova, assim, forçando a parte requisitante, em muitos casos, a suportar ela mesma os custos condizentes à produção da prova.

Para efeito de operacionalizar a mudança do ônus financeiro a Corte se valeu de parâmetros alinhavados a partir de uma conhecida decisão proferida pelo Juiz James C. Francis IV no caso *Rowe Entertainment, Inc. v. William Morris Agency, Inc.*, 205 F.R.D. 421, 429 (S.D.N.Y.2002). No referido caso o Juiz Francis IV identificou 8 (oito) diferentes fatores a serem analisados para a tomada de decisão:

(1) the specificity of the discovery requests; (2) the likelihood of discovering critical information; (3) the availability of such information from other sources; (4) the purposes for which the responding party maintains the requested data; (5) the relative benefits to the parties of obtaining the information; (6) the total cost associated with production; (7) the relative ability of each party to control costs and its incentive to do so; and (8) the resources available to each party.¹⁰⁹

Esses fatores constituíram o *legal standard* que passaria, a partir de então, a reger a discussão quanto à eventual mudança de responsabilidade diante do ônus financeiro das requisições de prova.

Em síntese, tais fatores de análise (para o “cost-shifiting”) buscam averiguar, em concreto, se as requisições de prova implicam em um ônus financeiro indevido e excessivo para a parte que tem o dever de produzir a prova. Circunstância que pode vir a ocorrer quando os custos de obtenção de prova forem significativamente maiores do que os prováveis benefícios para a solução da contenda, a vista dos valores em disputa.

A casuística tem mostrado, todavia, que o ônus financeiro excessivo e indevido ocorre quase que invariavelmente quando as informações eletrônicas são inacessíveis por meios ordinários, exigindo-se trabalho técnico especializado para a

¹⁰⁹ (1) a especificidade das requisições da *Discovery*; (2) a probabilidade de serem descobertas informações críticas; (3) a disponibilidade de tais informações por intermédio de outras fontes; (4) o propósito pelo qual a parte respondente mantém a informação requisitada; (5) os benefícios advindos a cada uma das partes em razão da obtenção da informação; (6) o custo total da produção da informação; (7) a habilidade de cada uma das partes de controlar os custos e seu incentivo em agir nesse sentido; e (8) os recursos disponíveis para cada parte. (*tradução livre*) (*Rowe Entertainment, Inc. v. William Morris Agency, Inc.*, 205 F.R.D. 421, 429 {S.D.N.Y.2002})

sua decodificação, leitura e compreensão. O que implica dizer, por palavras diversas, que a verdadeira discussão de fundo é saber se a informação é ou não considerada legalmente acessível ou inacessível.

O conceito de acessibilidade e inacessibilidade, todavia, não é o mesmo que a jurisprudência estadunidense havia construído historicamente para os documentos físicos, segundo o qual seria inacessível o documento sempre que: (i) estiver arquivado em depósito de difícil acesso físico; (ii) houver sido convertido em microfilme impedindo a leitura correta, ou, até mesmo; (iii) quando os documentos são arquivados aleatoriamente, sem qualquer ordem ou indexação que permita sua compreensão.

A discussão quanto à acessibilidade dos documentos eletrônicos leva em conta necessariamente o meio de mídia em que a informação é armazenada. A partir daí é possível identificar 5 (cinco) diferentes categorias de enquadramento das informações: 1. *Active, online data*; 2. *Near-line data*; 3. *Offline storage/archives*; 4. *Backup tapes*, e; 5. *Erased, fragmented or damaged data*.

Active online data são as informações que permitem uma busca ativa direta pelo usuário, sem intermediação de terceiros e de forma imediata. *Near-line data*, de forma abreviada, são informações cuja forma de registro, gravação, armazenamento, e, conseqüentemente resgate e acesso dá-se por meio de tecnologia robótica (*library storage*). Assim, *near-line* é o meio termo entre a informação *online* e *offline*, permite acesso rápido, porém, intermediado por uma tecnologia robótica. *Offline archives*, por sua vez, é conceito de fácil compreensão e diz respeito à informação que está momentaneamente fora do mundo digital, porque armazenada em meio físico diverso de qualquer terminal de acesso ao mundo digital (computador, tablete, celular etc).

Backup tapes são as informações arquivadas para efeito de segurança, também em meio diverso daquele em que são utilizadas. Por fim, tem-se as informações que foram apagadas, fragmentadas ou danificadas de qualquer forma.

As 3 (três) primeiras são categorias consideradas pela jurisprudência como informações acessíveis, ao passo que as 2 (duas) últimas, inacessíveis. O que significa dizer que o *standard* predefinido para análise do *cost-shifting* aplica-se

quando houver requisição de informações (ESI) inacessíveis. Fora dessa hipótese não se cogita da alteração do ônus financeiro de produção da prova.

No caso UBS os *standards* foram devidamente analisados (requeridos, aliás, pelas duas partes). Entretanto, a Corte entendeu pela manutenção da responsabilidade financeira com o UBS, que remanesceu com o dever de apresentar referidos e-mails, às suas expensas, a despeito da enormidade do custo/prejuízo financeiro gerado.

A vista do caso, em 2006, as Fed. R. Civ. P. sofreram uma série de emendas visando ajustar a legislação às particularidades e exigências próprias desse meio de prova. Feitas essas edições, a regra fundamental a regular a produção da prova eletrônica passou a ser a regra 34.

2.7.1.2.2 A produção de prova eletrônica a partir das redes sociais

A solicitação de documentos diretamente às empresas como Facebook e MySpace – nas hipóteses em que não estão no polo passivo, todavia, não é uma providência rotineira, a ser adotada mediante simples notificação extrajudicial produzida na fase de descoberta (subpoena).

Há uma legislação especial a regular o tema, a *Stored Communications Act* – SCA (o equivalente à Lei geral de proteção de dados no Brasil), segundo a qual a mera notificação é insuficiente, tendo em vista tratar-se de terceiros, alheios ao feito, e, com especial tutela do Estado.

A jurisprudência, assim, passou a exigir o cumprimento das formalidades estipuladas pela regra 34 do Fed. R. Civ. P, e, adicionalmente, na hipótese em que se perseguir informações não públicas – acessíveis para o público em geral - levar em consideração a exigência de limites bem delimitados quanto à serventia de tais informações para a obtenção de prova relevante e pertinente.

Por fim, a consideração de que a prática comum no Brasil de se passar por amigo da pessoa investigada nas redes sociais (em especial do réu) com o propósito de ter acesso às informações restritas do público em geral é uma prática vedada nos Estados Unidos, que esbarra no Código de Ética Profissional dos Advogados, e, pode levar à perda da licença para prática da advocacia.

2.7.1.2.3 A produção da prova eletrônica e os metadados

Em conexão com o debate afeto às redes sociais é possível alcançar-se, também, a discussão referente aos “metadados” (metadata) cuja definição vem trazida por Shira A. Scheindlin:

Metadata: data typically stored electronically that describes characteristics of ESI, found in different places in different forms. [...] Metadata can describe how, when and whom ESI was collected, created, accessed, modified and how it is formatted. [...] Some metadata, such as file dates and sizes, can easily be seen by users; other metadata can be hidden or embedded and unavailable to computer users who are not technically adept.¹¹⁰

Para efeito didático é possível colher da doutrina um exemplo de metadado para sua integral compreensão:

An example of metadata would be the information that appears when Microsoft Word user opens the “Properties” dialog box for a document. In that box one can find information such as the date on which the document was created, when it was last modified, printed, or accessed, and the identity of the author of the document.¹¹¹

Entender quando um metadado é relevante, ou seja, quando apresenta um valor probatório intrínseco, e, quando está sujeito aos limites legais é um dos grandes desafios da *Discovery* eletrônica, dado sua importância em casos envolvendo uso de informações privilegiadas, rackeamento de senhas, invasões de sistema de segurança, roubo de segredos comerciais e industriais, etc.

¹¹⁰ “Metadados: dados tipicamente eletronicamente armazenados que descrevem características das ESI, achados em diferentes lugares, em diferentes formas. [...] Metadados podem descrever como, quando e de quem é a informação que foi coletada, criada, acessada, modificada e como foi formatada. [...] Alguns metadados, como as datas e tamanhos de arquivos podem ser facilmente vistos pelos usuários; outros metadados podem estar escondidos ou embutidos e não disponíveis para usuários de computadores que não tenham aptidão técnica.” (tradução livre) (SCHEINDLIN, Shira A. *Electronic Discovery and Digital Evidence in a Nutshell*. 2nd edition. St. Paul [MN]: West Academic Publishing, 2016, p. 217)

¹¹¹ “Exemplo de metadado seria a informação que aparece no Microsoft Word quando o usuário abre a caixa de ‘Propriedades’ de um documento. Nessa caixa é possível achar informação como a data em que o documento foi criado, quando foi modificado pela última vez, impresso, ou acessado, e identificar o autor do documento.” (tradução livre) (SPENCER, A. Benjamin. *CIVIL PROCEDURE. A Contemporary Approach*. 5th edition. St. Paul [MN]: West Academic Publishing, 2018, p.760)

2.7.1.2.4 A produção de prova eletrônica e a posse do aparelho físico do usuário

Uma questão muito controvertida e recorrente no Judiciário americano diz respeito à posse que a empresa/empregador detém do aparelho (seja computador, notebook, tablete ou celular) em que praticada supostas condutas irregulares. Estaria a empresa autorizada a ter acesso às informações de cunho pessoal, a exemplo dos e-mails, do ex-colaborador?

A resposta passa pela análise de diversos fatores, tais como a política de uso do maquinário disponibilizado, a política de privacidade de dados, o fato de se ter senha pessoal para proteção (em adição à senha de acesso demandada pela empresa), e, até mesmo se tais informações recebem ou não privilégio de confidencialidade legal.

O tema assume especial relevância quando se considera a tutela legal da privacidade, e, em especial, a tutela constitucional – a partir da quarta emenda do *Bill of Rights* – contra buscas e inspeções (de cunho pessoal, inclusive) desarrazoadas.

2.7.1.3 Produção da prova oral (depositions)

Os depoimentos orais das partes e testemunhas (depositions) constituem ponto ótimo da colheita da prova pré-julgamento, e, via de regra, ocorrem como última providência estratégica demandada por um advogado em face da parte contrária. Isso porque os questionamentos e estratégias adotados na abordagem oral, na grande maioria dos casos, partem, necessariamente, do prévio conhecimento dos fatos.

Também, se apresenta relevante essa modalidade de colheita prova pelo fato de que o advogado pode usar o material colhido para impedir a exploração de determinado tema ou testemunha na fase processual subsequente.

Trata-se de uma modalidade de prova que gera enorme curiosidade para os países de *civil law*, notadamente, pelos filmes e seriados que o mercado cinematográfico norte-americano produz. Considerando que os depoimentos

(depositions) são a fase mais dinâmica e viva da *Discovery*, é sobre eles que recai a narrativa dos filmes e séries de TV e streaming.

Muito do que se tem nas telas ajuda a compreender o instituto e sua operabilidade. Os questionamentos são feitos oralmente, e, gravados em vídeo. O propósito da gravação é permitir sua apresentação ao Juiz ou ao Júri em oportunidade posterior, seja como meio de prova do debate de mérito, seja apenas para que se constate eventual irregularidade formal na colheita da prova durante a fase pré-julgamento.

Normalmente, não se faz necessário a presença de nenhum agente público em representação do Estado, porém, em sendo, um oficial é chamado para presenciar o depoimento e lavrar eventuais ocorrências (episódios de desrespeito às obrigações estatutárias pelos depoentes e/ou advogados).

A gravação é feita pela parte interessada (que requereu o depoimento), e, detalhes como local e data são acordados geralmente na conferência prévia de calendarização explorada precedentemente no item 2.5 (meet and confer).

Logo ao início, deve ser colhido o juramento do depoente, a fim de formalizar o ato, e, assim permitir a imposição de sanções penais e civis. Depois disso, tem a palavra o advogado requisitante que pode optar por começar com a qualificação e depois avançar sobre o mérito, ou, vice-versa.

Há, todavia, limites construídos pela jurisprudência, a serem observados na arguição que precisam ser destacados. Conforme síntese doutrinária, as questões não podem ser:

- Questions that are overly broad;
- Questions calling for an overly long narrative answer;
- Compound questions;
- Questions already asked and responsively and completely answered;
- Questions calling for speculation, conjecture, or an opinion regarding the veracity of another person;
- Questions that are ambiguous, imprecise, or unintelligible, or that call for a vague answer;
- Questions that are argumentative;

- Questions that contain improper characterization of evidence or that misquote prior testimony of the deponent or another;
- Questions that assume the truth of disputed facts or facts not in evidence;
- Leading questions that do not comply with FRE 611(c);
- Questions calling for an opinion that would not be allowed by FRE 701 or 702.¹¹²

Em todos esses casos os questionamentos são passíveis de objeções pelo advogado da parte respondente.

Há, todavia, esclarecimentos a serem feitos para que o leitor tenha a compreensão do que é realidade e do que é ficção.

Vamos aos exemplos.

A interrupção e o encerramento abrupto de um depoimento pelo advogado da parte depoente, por exemplo, é algo mais comum nas telas de TV do que na realidade. Isso porque é uma medida extrema e que só encontra respaldo legal – a evitar a incidência de penalidades – quando houver prova suficiente (na gravação) de que o advogado responsável pela condução do depoimento está agindo de má-fé, ou, com o propósito de agredir e perseguir o depoente. Não sendo essa a situação, ainda que se esteja em erro na forma de condução do depoimento, ou, mesmo na formulação dos questionamentos (em desrespeito aos limites da regra 30 da Fed. R. Civ. P.), não está autorizada a interrupção ou suspensão do ato. Bastaria, nesse caso (de suspensão indevida ou precipitada), uma ligação da parte

112

- Questões muito amplas e genéricas;
- Questões que demandem uma longa resposta narrativa;
- Questões compostas;
- Questões já perguntadas e completamente respondidas;
- Questões que demandem especulação, conjectura, ou uma opinião relacionada a veracidade ou não do que afirmou outra pessoa;
- Questões ambíguas, imprecisas, ininteligíveis ou que exijam uma resposta vaga;
- Questões que são, em si, argumentativas;
- Questões que contenham uma descrição errônea de uma prova ou que se refiram erroneamente ao testemunho ou depoimento de terceiros;
- Questões que assumam por verdade uma versão unilateral dos fatos em disputa, ou, de fatos que não constituem objeto da causa;
- Questões direcionadas;
- Questões que demandem uma opinião não autorizada pela regra 701 e 702 da FRE (norma federal de regência das provas). (*tradução livre*)

(SANDLER, Paul Mark. *Discovery problems and their solutions*. By Paul Mark Sandler, Paul W. Grimm, and Charles S. Fax. 3rd edition. Chicago: ABA Publishing, American Bar Association, p. 185).

adversa ao Juiz para que se aplicassem as penalidades incidentes, dentre elas o ressarcimento de todas as custas havidas, bem assim, aquelas necessárias à remarcação do ato, e, se obrigasse à continuidade do mesmo (ainda que em oportunidade diversa).

Outro exemplo da diferença entre ficção e realidade é o que se chama de *speaking objections*, que nada mais são do que objeções feitas pelo advogado do depoente, que, em sua essência, servem menos para objetar e mais para orientar o depoimento do cliente, sinalizando zonas de perigo. Tal forma de agir é inadmitida pela lei.

Fala-se de *speaking objections* sempre que o advogado se põe a fazer um discurso, em detrimento de uma abordagem simples e concisa, para dar notícia de alguma irregularidade. Portanto, mostra-se muito mais como ficção do que realidade as intervenções e discursos que os advogados (personagens dos seriados) fazem a todo instante na tomada dos depoimentos.

Ainda, uma terceira diferenciação entre o que se passa na vida real e o que se passa na TV diz respeito às objeções por alegada irrelevância. A irrelevância é temática que, regra geral, não autoriza a interrupção do depoimento da parte, o que significa dizer que objeções com tal fundamento são inapropriadas, e, tecnicamente incabíveis.

A lógica que permeia a lei é a seguinte: descabe à outra parte, bem como ao Juiz (quando chamado a avaliar o caso) valorar se relevante ou não o questionamento porque (i) desconhecem a estratégia do advogado responsável pela formulação das perguntas e consequentemente não podem exercer juízo adequado, e; (ii) o advogado, no exercício do seu mister, tem o direito mínimo de perseguir informações que, ao seu juízo técnico, possam levar a uma prova admissível na etapa judicial. A consequência prática disso, e, que acentua a diferença com a prática jurídica brasileira é que o advogado não está obrigado a fazer questionamentos cuja relevância se mostre óbvia ao juiz ou à parte adversa, e, subsequentemente não está obrigado a revelar sua estratégia no transcurso do processo.

2.7.1.4 Perícia física e mental e inspeção médica (physical and mental examinations)

Esse mecanismo da *Discovery* vem regulado na regra 35 da Fed. R. Civ. P., e, pode ser utilizado sempre que a aptidão física e mental de uma das partes (ou alguém sob tutela direta de uma das partes) estiver sob discussão como causa incidental ou mesmo principal.

São exigidos pela lei 3 (três) diferentes pressupostos autorizativos para que se possa conduzir extrajudicialmente: a) é necessário que a pessoa a ser examinada seja parte no processo, ou, como se disse acima, esteja sob cuidados e responsabilidade direta de alguém que se qualifique como parte processual; b) a saúde física ou mental da pessoa deve estar sob controvérsia, sendo objeto de específica discussão e divergência entre as partes, e, por fim; c) a parte requerente deve comprovar a existência do que se convencionou chamar de *good cause*, conceito delineado pela Suprema Corte a partir do precedente *Schlagenhauf v. Holder*, 379 U.S. 104 (1964).¹¹³

O precedente se refere a um acidente de trânsito envolvendo um ônibus que colidiu em um caminhão rebocador. Os passageiros do ônibus processaram a empresa proprietário do ônibus e o motorista, assim como o proprietário do rebocador e seu motorista. Em sua defesa, o proprietário do rebocador fez alegação de que o motorista do ônibus, Robert L. Schlagenhauf, era mental e fisicamente inabilitado para o trabalho, em razão, dentre outros fatores, de ser portador de uma deficiência em um dos olhos.

No caso em questão a Suprema Corte americana, reformando a decisão da Corte de Apelação do 7º Circuito, afirmou que para a determinação de um exame de aptidão física e mental, tendo presente a seriedade e gravidade do procedimento (invasivo à esfera da individualidade), não basta o requerimento de uma das partes sob alegação genérica de relevância do exame para o deslinde do feito. A providência deve ser analisada caso a caso e o requerente deve comprovar *good cause* a partir de elementos probatórios seguros que admitam um juízo de verossimilhança, ou, ao menos, convencer a corte de que inexistente meio de prova

¹¹³ SPENCER, A. Benjamin. CIVIL PROCEDURE. A Contemporary Approach. 5 th edition. St. Paul [MN]: West Academic Publishing, 2018, p.768.

diverso para colher as informações que guardem serventia para o deslinde da causa.

Caso interessante de aplicação do *Schlagenhauf standard* surgiu na Califórnia nos autos *Valencia v. By the Bay Invs. Inc.*, 2006 WL 2792866, at *1 (N.D. Cal. Sept. 28, 2006), em que se debateu o direito de um ex-empregador, processado por assédio sexual, de exigir na fase da Discovery a submissão da ex-empregada (Maria Valencia), autora da ação, a exame psiquiátrico. O Judiciário reconheceu a existência de *good cause* a partir dos elementos probatórios dos autos, e, da constatação de que a informação colhida com o exame não poderia ser alcançada de forma diversa.

2.7.1.4.1 Prova pericial em geral (expert opinion)

A prova pericial, à exceção daquela versada no capítulo anterior (examination), se perfaz de duas formas: i) mediante laudo periciais documentados, e/ou; ii) mediante o depoimento do perito, tomado ainda na fase da *Discovery*, na qualidade de testemunha.

Há uma diferença substancial entre o conceito de “perito” no Direito brasileiro, e, aquele de que se serve o Direito Americano, na medida em que o conceito americano mais se aproxima da figura do “assistente técnico” previsto na legislação processual brasileira. É dizer, inexistente nos Estados Unidos da América, a figura do perito enquanto expert “do Juízo”, que atua nomeado pelo Juiz, em nome do Estado, com equidistância das partes.

No Processo Civil americano os peritos são nomeados pelas partes, e, nessa qualidade podem ser arrolados como testemunhas para o julgamento (hipótese em que também ficam sujeitos a interrogatório prévio na fase da Discovery) como podem apenas atuar nos bastidores, na assessoria técnica das partes e advogados (hipótese em que a lei resguarda o sigilo de sua identidade).

Ou seja, existem peritos arrolados pelos advogados como testemunhas (testifying experts) para o julgamento, e, aqueles que não são autorizados a depor, atuando apenas nos bastidores, como assistentes de uma das partes (non-testifying experts, ou, consulting experts).

As disposições mandatórias da *Disclosure* – sob as vestes da regra 26(a) – sugerem ainda uma diferenciação importante dentre os peritos arrolados como testemunhas (testifying experts): i) de um lado aqueles contratados especificamente para atuar no processo, e, de outro; ii) aqueles que já mantém longa relação com os fatos da causa (a exemplo do médico assistente que de longa data acompanha o paciente sobre quem recairá a perícia).

No primeiro caso, as regras da *Disclosure* obrigam que se revele à parte adversa a identificação do perito e o conteúdo do laudo por esse elaborado. Assim permitindo a parte contrária o prévio conhecimento da essência do testemunho a ser dado no processo, inclusive. No segundo caso, a lei apenas exige a identificação do perito, sem que se faça necessário a entrega de laudo pericial em conjunto. Todavia, para não deixar a parte adversa “no escuro” incumbe ao advogado a elaboração de um resumo com a essência dos fatos e opiniões do perito, a fim de disponibilizar para a outra parte (previamente ao depoimento).

São somente os peritos arrolados como testemunhas, cujo laudo técnico, ou, resumo, é disponibilizado para a parte contrária, que poderão ser arguidos em depoimento oral, seguindo as mesmas regras gerais já referidas no capítulo 2.7.1.3 do presente trabalho.

O que se destaca por relevante é o fato de que não é todo aquele que se auto afirma especialista em determinado assunto que pode vir a ser aceito como expert para efeito de opinar em julgamentos. Suas credenciais, o cabedal de informações fáticas coletadas e a própria metodologia do trabalho será objeto de contraditório e criteriosa análise judicial.

Mais ainda, mesmo no caso em que se está diante de autoridade sob determinado assunto basta que sua opinião não constitua unanimidade para que a lei imponha a realização do que se chama de *Daubert hearing*, que nada mais é do que uma audiência preliminar perante o Juiz para que avalie “*whether the reasoning or methodology underlying the testimony is scientifically valid and of whether that reasoning or methodology properly can be applied to the facts in issue*”, cf. *Daubert*

v. *Merrell Down Pharm., Inc.*, 509 U.S. 579, 113 S.Ct. 2786, 125 L.Ed. 2d 469 (1993)¹¹⁴.

Por sua vez, os peritos não arrolados como testemunhas não são alcançados pelas regras da *Disclosure* ou *Discovery*, e, por consequência, gozam de sigilo legal (como regra geral). Sua participação no processo, dá-se, por intermédio do advogado que se vale de suas orientações para formulação de questões ao perito da parte adversa, impugnação ao laudo etc.

2.7.1.5 Requerimento de admissão (request for admissions)

Esse instrumento é aqui tratado de forma diferenciada, não apenas porque a legislação processual americana lhe dedica capitulação própria (regra 36 da Fed. R. Civ. P.), mas porque se trata de ferramental que difere na forma e conteúdo da quesitação feita por intermédio dos *interrogatories* (tal como abordado no tópico 2.7.1.1)

Todavia, não é necessário esforço para compreendê-lo. Trata-se de assertivas afirmativas endereçadas a parte adversa, em face das quais se pede para que o respondente confirme ou negue.

As afirmações podem alcançar fato, opinião ou até mesmo a originalidade de um documento, e, ao contrário dos *interrogatories* não existe um limite para o número de afirmações endereçadas a parte adversa.

2.7.2 Modalidades de impugnação

Existem basicamente 2 (duas) modalidades de impugnação às condutas adotadas pela parte adversa em descompasso com o regramento legal: a) moções (motions), e; b) objeções (objections).

A diferença entre moções (motions) e objeções (objections) é relevante para a exata compreensão das regras procedimentais do processo civil americano. As moções traduzem requerimentos formalizados por escrito para obtenção de

¹¹⁴ “se a motivação e a metodologia suportando o testemunho são cientificamente válidos e se a motivação ou metodologia podem ser aplicadas adequadamente aos fatos objetos do feito”. (*tradução livre*)

(ROEN, Craig M. and PAULSEN, Sharon Reich. Civil Litigation. Pretrial Case Development and Discovery. St. Paul (MN): West Academic Publishing, 2016, p.202)

ordem judicial determinando o adimplemento de obrigação processual prevista na fase de pré-julgamento (motions to compel), ou, assegurando proteção contra requisições de documentos e informações legalmente protegidas em face das quais não incidem as determinações de revelação (motions for protective orders). Traduz, portanto, uma tutela de urgência diante da inobservância das regras da *Disclosure* ou *Discovery*.

Sua admissibilidade está condicionada a prévia tentativa de composição extrajudicial mediante o que norma processual denomina como obrigação de conferência (meet and confer obligation). Somente quando inexitoso o esforço de negociação direta entre os advogados, é que se admite o processamento e seguimento formal da moção¹¹⁵. Após o ajuizamento da medida, haverá uma audiência para exposição oral do requerimento, audiência que se desenvolve sob contraditório, com a presença da parte contrária, perante o Juiz competente, mediante prévia intimação para o ato, com 14 (catorze) dias no mínimo de antecedência.

Como consequência regular o deferimento da moção implica o pagamento de honorários de advogado pela parte adversa recalcitrante (vencida), exceto situações específicas que autorizam o Juiz a excluir seu pagamento¹¹⁶.

¹¹⁵ Rule 37. Failure to Make Disclosures or to Cooperate in Discovery; Sanctions

(a) MOTION FOR AN ORDER COMPELLING DISCLOSURE OR DISCOVERY.

(1) In General. On notice to other parties and all affected persons, a party may move for an order compelling disclosure or discovery. The motion must include a certification that the movant has in good faith conferred or attempted to confer with the person or party failing to make disclosure or discovery in an effort to obtain it without court action.

“Regra 37. Falha na *Disclosure* ou na cooperação para *Discovery*. Sanções.

(a) MOÇÕES PARA UMA ORDEM OBRIGANDO A *DISCLOSURE* OU *DISCOVERY*.

(1) Em Geral. Dando conhecimento à outra parte ou às demais pessoas afetadas, uma parte pode solicitar uma ordem judicial obrigando sua submissão à *Disclosure* ou *Discovery*. A moção deve necessariamente incluir uma declaração de que o requerente de boa-fé tentou prévia composição extrajudicial.” (*tradução livre*)

(USA. United States Courts. Rules & Policies. Federal Rules of Civil Procedure. Available on: <http://www.uscourts.gov/sites/default/files/rules-of-civil-procedure.pdf>. Access: jan. 2019).

¹¹⁶ Fed. R. Civ. P. 37(a)(5).

(5) *Payment of Expenses; Protective Orders*.

(A) If the Motion Is Granted (or Disclosure or Discovery Is Provided After Filing). If the motion is granted—or if the disclosure or requested discovery is provided after the motion was filed—the court must, after giving an opportunity to be heard, require the party or deponent whose conduct necessitated the motion, the party or attorney advising that conduct, or both to pay the movant’s reasonable expenses incurred in making the motion, including attorney’s fees. But the court must not order this payment if:

Basicamente, subsistem 2 (dois) tipos distintos de moções admitidas na fase da *Discovery*: i) moções protetivas, baseadas na regra 26(c) da Fed. R. Civ. P., e; ii) moções de caráter mandamental e sancionatório, fundadas no comando 37 da Fed. R. Civ. P.

Como regra geral na *common law* estadunidense, cada moção levada ao Judiciário deve adimplir um determinado e específico *standard* argumentativo e probatório para que possa autorizar a intervenção estatal, *standard* formatado pela jurisprudência. Ademais, como qualquer requerimento que implique em consequências na esfera jurídica de terceiros, as moções se submetem ao *due process*, de modo que se garante à parte adversa o direito de ser ouvida antes da imposição de qualquer sanção.

Conhecer rigorosamente a hipótese de cabimento das moções e as sanções correlacionadas é fundamental para o desempenho eficaz da advocacia nos Estados Unidos, em especial, como forma de assegurar os provimentos cautelares necessários e evitar multas por alegadas falhas no cumprimento das regras da *Discovery*.

As objeções, por sua vez, via de regra, são manifestações orais realizadas pelos advogados para impedir a prática de ato irregular, corrigir erros de procedimento, e, principalmente, para evitar a preclusão de debates relevantes para a causa. São endereçadas precipuamente à parte adversa, como sinalização de oposição a determinada conduta processual.

(i) the movant filed the motion before attempting in good faith to obtain the disclosure or discovery without court action;

(ii) the opposing party's nondisclosure, response, or objection was substantially justified; or

(iii) other circumstances make an award of expenses unjust.

“(5) Pagamento de Despesas; Ordens de proteção.

(A) Se a moção for concedida (ou divulgação ou descoberta for fornecida após a apresentação). Se a moção for concedida - ou se a divulgação ou descoberta solicitada for fornecida após a moção ter sido apresentada -, o tribunal deverá, depois de dar a oportunidade de ser ouvido, exigir que a parte cuja conduta exigiu a moção, a parte ou o advogado, avisando que conduta, ou ambos, paguem as despesas razoáveis daquele que requereu a moção incorrida na proposta, incluindo honorários advocatícios. Mas o tribunal não deve ordenar este pagamento se:

(i) o movente apresentou a moção antes de tentar, de boa fé, obter a divulgação ou descoberta sem ação judicial;

(ii) a não divulgação, resposta ou objeção da parte contrária foi substancialmente justificada; ou

(iii) outras circunstâncias tornam injusta a concessão de despesas.” (*tradução livre*)

(USA. United States Courts. Rules & Policies. Federal Rules of Civil Procedure. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/sites/default/files/rules-of-civil-procedure.pdf>. Acesso em: jan. 2019).

É preciso, todavia, não confundir as objeções passíveis de serem arguidas em razão do descumprimento das regras da *Discovery* com aquelas somente passíveis de serem feitas em fase subsequente (julgamento), qualificadas como *evidentiary objections*, porque regidas somente pela normatização das provas (Rules of Evidence).

O exemplo mais comum trazido pela doutrina diz respeito à prova oral produzida por terceiro que apenas ouviu dizer e não presenciou o fato *probandum* (hearsay). Trata-se de uma restrição de prova regulada pelas *Rules of Evidence* e não pelas Fed. R. Civ. P., logo, está-se diante de uma hipótese não passível de objeção na fase da *Discovery*.

2.7.3 Tutela estatal da fase pré-julgamento

Esse é um tópico de intenso debate na academia americana nos dias de hoje, considerando o histórico de abuso que responde hoje pela quase integral deturpação do propósito para o qual foi pensada a fase pré-julgamento nos idos de 1938.

Precisamente, o Estado-juiz pode intervir diante das seguintes circunstâncias: i) quando as partes resistem à realização da audiência preliminar para apontamento dos documentos a serem revelados de início, e/ou, resistem à fixação do calendário para satisfação dos pedidos de parte a parte; ii) quando proposta moção pelo réu de encerramento do procedimento por ausência de justa causa (não satisfação pelo autor do ônus que lhe alcançava de trazer a juízo uma causa provável subsidiada em prova mínima); iii) quando proposta moção pelo réu tendo em vista tratar-se de documento não *discoverable* (sobre o qual não recai o ônus da revelação); iv) quando proposta moção pelo réu alegando que, apesar de *discoverable*, o documento não é exigível considerando sua inacessibilidade, e, por decorrência o alto custo (hipótese delineada em precedentes); v) quando verificado que o postulante está abusando do seu direito com o propósito de achacar a parte adversa, e, assim, compeli-la à uma composição extrajudicial.

É preciso dizer, todavia, como nota relevante, que a intervenção do Estado-juiz se dá com extrema contenção e discrição, a partir do reconhecimento de que compete às partes, legítima e precipuamente, a autotutela e a condução do

processo. Circunstância fundada não só na constatação da natureza do direito debatido (no mais das vezes, direito disponível) como prioritariamente no valor fundante da própria república americana, que, privilegia a liberdade, e, por consequência, a autonomia das partes em detrimento do intervencionismo estatal.

O assunto ganha relevo nos dias hoje porque tal estado de coisas, embora em teoria sugira um desenho perfeito e acabado, tem gerado situações bastante criticáveis. O reduzido intervencionismo tem gerado abuso de direito pelas partes, e, conseqüentemente, levado a um desvirtuamento do propósito inaugural do instituto da *Discovery*, ao menos no que toca às causas mais complexas. Dado o alto custo para cumprir com as demandas probatórias, por algumas vezes, as partes se veem sem condição de adimplir com suas obrigações processuais. Assim, para que não venham a ser mais gravemente penalizadas por multas judiciais, e/ou, sofrer reprimenda penal (*contempt of court*), as partes se obrigam a uma “rendição” por assim dizer. Sem fôlego financeiro para atender a todas as exigências probatórias formuladas pela parte adversa, e, sabedoras da impossibilidade de tutela judicial, a composição acaba por ser uma medida financeiramente racional, muito embora em prejuízo do debate de mérito e da justiça da causa.

A deformação do instituto, a partir dos elementos práticos que a doutrina fornece, todavia, é assunto para capítulo subsequente (tópico 4.1.1.4). O que convém à presente parte do trabalho é apenas esclarecer, com a necessária didática, as formas e limites da tutela estatal da fase pré-julgamento no processo civil americano.

Existem basicamente 3 fontes regulamentares das sanções incidentes na fase pré-julgamento, regra 11, regra 26(g) e regra 37 da Fed. R. Civ. P., que, em conjunto compõe um complexo e detalhado sistema de sanções às não conformidades.

As disposições regulamentares da regra 11, basicamente, afirmam que quaisquer requerimentos endereçados ao Judiciário, se presumem formulados a partir de diligente atuação do advogado ou da parte subscritora, com boa-fé e devidamente respaldados em provas. A constatação de violação aos preceitos

trazidos pela regra 11(b), mais especificamente, autorizam (porém, não obrigam) a Corte impor à parte infratora sanções de natureza obrigacional ou pecuniária.

Não se aplicam, contudo, as disposições da regra 11 às requisições, respostas, objeções ou moções que sejam formuladas durante a fase da *Disclosure* e *Discovery*¹¹⁷.

Por sua vez, a regra 26(g) em redação muito semelhante à regra 11 regulamenta os requerimentos endereçados à parte adversa, no que se refere à fase da *Discovery*, afirmando que tais pedidos também se presumem feitos com boa-fé e devidamente amparados em provas, após diligente atuação do advogado ou da parte.

É precisamente no tópico 26(g)(1)(b)(ii)(iii) que dispõe a lei quanto à proibição do *overdiscovery* – produção de prova requerida com o fito de incrementar os custos, perseguir a parte, ou mesmo procrastinar o feito como forma de inviabilizar o litígio e compelir a parte adversa a uma composição¹¹⁸.

¹¹⁷ Rule 11. Signing Pleadings, Motions, and Other Papers; Representations to the Court; Sanctions [...]

(d) INAPPLICABILITY TO DISCOVERY. This rule does not apply to disclosures and discovery requests, responses, objections, and motions under Rules 26 through 37.

“Regra 11. Assinatura das iniciais, Moções, e Outros Papéis; Representações à Corte; Sanções [...]

(d) INAPLICABILIDADE À DISCOVERY. Essa regra não se aplica às requisições, respostas, objeções e moções sob a regra 26 a 37 da fase de disclosure e discovery.” (*tradução livre*)

(USA. United States Courts. Rules & Policies. Federal Rules of Civil Procedure. Available on: <http://www.uscourts.gov/sites/default/files/rules-of-civil-procedure.pdf>. Access: jan. 2019)

¹¹⁸ Rule 26. Duty to Disclose; General Provisions Governing Discovery

[...]

(g) SIGNING DISCLOSURES AND DISCOVERY REQUESTS, RESPONSES, AND OBJECTIONS.

(1) *Signature Required; Effect of Signature.*

(B) with respect to a discovery request, response, or objection, it is:

[...]

(ii) not interposed for any improper purpose, such as to harass, cause unnecessary delay, or needlessly increase the cost of litigation; and

(iii) neither unreasonable nor unduly burdensome or expensive, considering the needs of the case, prior discovery in the case, the amount in controversy, and the importance of the issues at stake in the action.

“Regra 26. Dever de Disclose (revelar); Provisões gerais de regulamentação da Discovery

[...]

(g) Assinando das requisições, respostas, e objeções da Disclosure e da Discovery.

(1) Assinatura Requerida; Efeito da Assinatura.

(B) em relação às requisições, respostas, e objeções da Discovery, observa-se o seguinte:

[...]

(ii) não serão interpostas para nenhum propósito impróprio, tal como perseguição, para causar atraso desnecessário no processo, ou desnecessariamente aumentar os custos do litígio; e

Diversamente da regra 11, todavia, a infringência do comando trazido no 26(g) obriga a Corte à imposição de sanções em desfavor da parte que agiu ilicitamente.

Por fim, é necessário referir a regra 37, que é, por excelência, o principal *locus* de regulamentação das sanções aplicáveis àqueles (advogados e partes) que resistem ao cumprimento regular e cooperativo das obrigações de revelação da prova em favor da parte adversa¹¹⁹.

De tão minuciosa a regra detalha, até mesmo, a conduta da parte que resiste à participação e colaboração na audiência inaugural da *Discovery*, prevista no 26(f), por intermédio da qual se fixam o planejamento e calendário da colheita e revelação da prova em etapa pré-julgamento.

Também a regra 37, em identidade de comando com o que dispõe a regra 26(g), impõe à Corte a obrigação de sancionar a parte que age ilicitamente, opondo resistência ao regular desenvolvimento da *Discovery*.

Analisadas as sanções estipuladas pela regra 11, 26(g) e 37, é possível distinguir 2(dois) tipos de sanções: i) sanções de natureza compensatória, que buscam o ressarcimento de custas, p. ex., e; ii) sanções de natureza coercitiva, mais especificamente de caráter mandamental (assumindo o viés inibitório) e de caráter punitivo (sancionatório).

Assim como no Brasil a análise da carga eficaz dos provimentos judiciais é assunto no qual se chega por caminhos diversos - seja pelo estudo propriamente dito das decisões, seja pelo estudo dos pedidos formulados pela parte (na medida em que a carga eficaz dos pedidos predeterminam a eficácia das decisões judiciais). Assim também as sanções judiciais do processo civil americano podem ser abordadas a partir de tópicos de pesquisa diversos.

(iii) e nem mesmo para imposição desarrazoada ou indevida de qualquer ônus ou despesa, considerando-se as necessidades do caso, provas já coletadas, o valor total da controvérsia, e a importância dos temas considerados no feito" (*tradução livre*) (USA. United States Courts. Rules & Policies. Federal Rules of Civil Procedure. Available on: <http://www.uscourts.gov/sites/default/files/rules-of-civil-procedure.pdf>. Access: jan. 2019)

¹¹⁹ Regra 37 consta de transcrição trazida na página 113.

Ou seja, não é incomum que se aborde o assunto (das sanções) em conjunto com a análise das moções e requerimentos a que estão autorizados os advogados, conforme tópico 2.7.2. É, justamente, por intermédio das moções que se denuncia a prática de eventual ilicitude às Cortes.

2.8 O porquê do estudo da fase de pré-julgamento

A compreensão e o entendimento das linhas macro de tal instituto é uma etapa fundamental na presente pesquisa tendo em vista que os institutos da *Disclosure* e da *Discovery* constituem justamente o objeto do *legal transplant* que se pretende operar. Busca-se averiguar a possibilidade de internalização no direito brasileiro, de *lege lata*, dos instrumentos da *Disclosure* e da *Discovery*. Internalização que dar-se-ia a partir do espaço de movimentação assegurado pelo novo CPC para a formatação dos negócios jurídicos processuais.

O desdobramento final da pesquisa, contudo, resulta na identificação de uma sugestão prática, a ser implementada desde já pela comunidade jurídica, para incremento das composições e conciliações no curso (*rectius*, início dos processos), e, conseqüente redução dos números de processos pendentes no cenário jurídico nacional.

Assim, ter em conta os exatos contornos dos institutos da *Disclosure* e *Discovery*, e, dominar os limites possíveis dos acordos processuais, constituem etapas fundamentais para importação e operabilidade prática dos referidos institutos em território nacional.

Devemos esclarecer, contudo, para clareza metodológica, que a pesquisa foca no que se chama perante a doutrina alemã de *microcomparison*, dado a ênfase particular na análise do instituto da produção da prova no processo civil americano, em oportunidade anterior à fase de julgamento propriamente dita, e, sua aplicação no processo civil brasileiro a partir da janela legal do art. 190 do Código de Processo Civil.

Não há análises comparativas “macro” (sistemáticas ou principiológicas) entre os sistemas processuais brasileiro e estadunidense. Tudo o que se quer é afirmar a possibilidade de desestatização da prova, a partir da conjugação entre os

instrumentos do processo civil norte-americano e os instrumentos legais hoje vigentes no Brasil, com a consequente redução dos números que respondem pela “tragédia” da Justiça Brasileira (a partir do incremento das reais condições e estímulos à composição entre as partes).

É oportuno, portanto, reafirmar que nosso esforço é confirmar a hipótese sugerida (introdutoriamente) para que se tenha delineado os referenciais científicos necessários à incorporação e adoção prática da *Disclosure*, e, mais especificamente da *Discovery* no Direito brasileiro.

A pontuação da problemática envolvendo o transplante dos institutos da *Disclosure* e da *Discovery*, nos moldes em que desenhados pela legislação americana¹²⁰, é de fundamental relevância para que se tenha por sublinhado que o transplante sugerido deu-se de modo consciente e técnico, a partir da devida identificação e enfrentamento dos riscos e perigos que a literatura atual identifica em tal empreitada.

Do contrário, correr-se-ia o risco de afirmar a hipótese a partir de frágeis alicerces, com imensas rachaduras (vícios metodológicos), fazendo com que o trabalho ficasse excessivamente exposto às críticas.

2.9 O porquê do modelo americano

Importante esclarecer também a razão pela qual se optou pela sugestão de transplante do modelo americano da *Discovery* em detrimento das demais opções mundo afora, a exemplo do modelo japonês que conseguiu construir um procedimento harmonizado entre a *civil law* e *common law*, com exitosos resultados práticos. A dúvida é legítima e merece resposta.

A opção levou em conta inúmeros fatores: i) a circunstância de que a jurisdição americana nos dias de hoje ainda é, dentre todas, aquela mais buscada (*venue clause*) em contratos internacionais, em razão de dados objetivos (tais como a celeridade dos feitos, a efetividade das decisões, a riqueza do instrumental de tutela, alta capacidade de execução e implementação de medidas práticas em face

¹²⁰ Novamente enfatiza-se, por efeito didático, que a presente pesquisa não adota o modelo inglês como referência, bem como, em razão dos limites e propósitos do presente estudo, deixa de fazer qualquer estudo comparativo entre o modelo inglês e o modelo americano.

da parte recalcitrante); ii) o peso da escola de Direito americana – traduzida na influência cultural americana que ainda hoje se mantém em expansão, menos pelo governo, e, mais pela excelência da pesquisa em suas Universidades, assegurando a posição de vanguarda nas mais diversas áreas do conhecimento; iii) os valores da sociedade americana que detém significativa projeção sobre o modo de composição dos conflitos (estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência, participação direta das partes na construção e condução do processo, e, função de tutela do processo desempenhada pelo juiz), e, por fim, não menos importante; iv) a tradição no uso e aplicação dos institutos da *Disclosure* e *Discovery*, que desde antes de 1938, com os procedimentos das Cortes de Equidade, vem sendo implementados em solo americano.

CAPÍTULO 3

A EXIBIÇÃO DE PROVAS COMO OBJETO DE ACORDO PROCESSUAL ATÍPICO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. OPERANDO O TRANSPLANTE JURÍDICO

No terceiro e último capítulo vamos abordar, primeiramente, as convenções processuais atípicas, com assento no art. 190 do CPC, que constituem a janela por intermédio da qual se pretende a operacionalização do transplante dos institutos da *pretrial phase* para o processo brasileiro. Na sequência analisar o processo de desjudicialização da colheita da prova no Brasil, para, só então, nos debruçarmos sobre a operacionalização do *legal transplant* num esforço de identificação da sua extensão.

3.1 Considerações iniciais

Mais detalhadamente, o que se busca no presente capítulo é identificar os limites ao objeto das convenções processuais atípicas e se perquirir quanto à possibilidade de adoção da disciplina da *Disclosure* e *Discovery* enquanto mecanismo de privatização da prova no processo civil.

O propósito do capítulo não é esgotar a temática afeta aos limites do objeto dos negócios processuais em si, mas, apenas responder ao questionamento quanto à possibilidade de incorporação dos institutos regulados pelo Título V da Fed. R. Civ. P., e, nessa medida, sublinhar os parâmetros mínimos que a técnica do *legal transplant* imporia para tal empreitada.

Destaca-se que ao contrário dos trabalhos já hoje existentes que ensaiam apenas a privatização da prova oral, a presente pesquisa avança no sentido de se indagar pela possibilidade de incorporação, pela janela do art. 190 do CPC¹²¹, de

¹²¹ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

(BRA. Planalto. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10-10-2019)

tudo um bloco normativo já detalhado na legislação americana a partir da *Federal Rules of Civil Procedure*.

O interesse da pesquisa se põe a despeito dos limites trazidos pelo art. 13 do CPC¹²². É que, rigorosamente, não se está por perquirir a hipótese de sobreposição das normas processuais estadunidenses em face das brasileiras. O que se põe como objeto de pesquisa é coisa diversa. É avaliar a possibilidade de as partes, no limite autorizado pelo Direito brasileiro, no âmbito da autonomia privada¹²³, devidamente assistidas por seus respectivos advogados, dispor pela aplicação de um conjunto de regras já previamente escritas e detalhadas quanto à colheita da prova fora da esfera judicial. Em tal proceder, o Estado-Juiz age apenas como garante de um regramento auto imposto pelas partes, e que tem o fito de municiar a todos os atores processuais com informações suficientes para uma efetiva tomada de decisão quanto ao litígio.

É ponto fulcral, para que se tenha a correta compreensão do esforço empreendido com a presente pesquisa, a leitura do capítulo 2, que expõe os contornos da *Disclosure* e *Discovery*.

3.1.1 A Participação das partes no processo ao longo da história

Remonta ao direito romano a origem histórica da participação das partes na condução do processo. Conforme recorda com acuidade José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo é possível identificar 3 (três) diferentes fases do processo civil romano: i) fase da *legis actiones*; ii) fase *per formulas*, e, por fim; iii) fase da *extraordinario cognitio*¹²⁴.

Nas duas primeiras fases, a despeito dos maiores detalhamentos e diferenciações que guardavam entre si, sobrevinha oportunidade para que as partes

¹²² Art. 13. A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte.

(BRA. Planalto. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10-10-2019)

¹²³ As expressões “autonomia privada”, “autonomia da vontade” e “autorregramento da vontade” são utilizadas no presente trabalho de modo intercambiável e como expressões sinônimas, a despeito do preciosismo do debate quanto ao âmbito de significação de cada qual.

¹²⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de história do processo civil romano, São Paulo: RT, 2001, p.98-99.

firmassem o que ficou conhecido como *litis contestatio*, acordo firmado perante a figura do pretor, por intermédio do qual as partes delimitavam o objeto do feito (limites do litígio) e se comprometiam a aceitar a decisão do *iudex* (árbitro privado livremente escolhido por elas)¹²⁵.

Tinha-se, assim, com a *litis contestatio* sublinhada a relevância da participação das partes no processo, por intermédio de um negócio jurídico processual que legitimava a própria autoridade da decisão resolutiva de mérito ao final alcançada pela figura do *iudex*.

Tal estado de coisas foi alterado na terceira fase do processo civil romano, da *extraordinario cognitio*, a partir de quando foram implementadas mudanças de cunho fortemente publicístico.

Extingue-se a figura do pretor e do *iudex* (enquanto árbitro eleito pelas partes), com o consequente abandono da *litis contestatio*, e, passa a existir a figura única de juiz revestido de autoridade pelo Império. Portanto, na terceira fase do processo civil romano abandona-se a ideia de que o processo é um contrato, fazendo prevalecer o caráter público e a imperatividade das normas.

Em outras palavras, a partir do terceiro período da história romana, os governantes passam a titularizar a jurisdição em um fenômeno de absorção desse poder (jurisdicional) pelo poder político.

Tal estado de coisas (a jurisdição apropriada pelo poder político governante) assim se perpetua até os dias de hoje, passando pela Idade Média, Idade Moderna e chegando até a Idade Contemporânea¹²⁶.

Com o surgimento da figura do Estado, já na Idade Moderna, e, com a prevalência da tese de que jurisdição e soberania são inseparáveis¹²⁷ consolida-se

¹²⁵ Registra a literatura que não sendo possível a escolha do *iudex* por acordo entre as partes, tal atribuição restava sob responsabilidade do *praetor*.

(TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de história do processo civil romano, São Paulo: RT, 2001, p.101)

¹²⁶ GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. I, p. 65.

¹²⁷ Tese atribuída ao jurista alemão Samuel von Pufendorf, conforme recorda Diogo Assumpção Rezende de Almeida (ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. A Contratualização do Processo: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: Ltr, 2014, p. 60.)

vez por todas a aproximação entre o poder e a atividade jurisdicional, em abandono ao caráter privatístico exclusivo do processo.

3.1.2 As ideologias de Estado e a conformação do Processo Civil

Em que pese o monopólio do Estado na atividade de dizer o Direito e impor o Direito o processo civil sempre se fez sensível às ideologias de Estado predominantes em determinado momento histórico. Assim é que a onda de liberalismo que tomou conta da Europa durante a Revolução Francesa e nos anos que se seguiram impactaram as normas processuais, reduzindo, com a legislação Napoleônica, sobremaneira o caráter público do processo, sufocando qualquer iniciativa do Estado-juiz e incrementando o poder das partes e o princípio dispositivo.

Como bem acentua Diogo de Almeida:

“O código napoleônico, principal expoente dessa ideologia, confere à jurisdição o status de serviço essencial do Estado aos cidadãos, não mais funcionando como uma benesse do soberano, que se concedia ou não, dependendo da vontade do rei. Pelo contrário o processo passa a ser de domínio absoluto das partes, que nele podem “jogar” como queiram, buscando alcançar fins privados, ainda que de modo temerário ou como instrumento de negociações particulares estranhas ao processo”¹²⁸

Na sequência da historiografia oficial¹²⁹ sobrevém a teorização desenvolvida por Oskar von Büllow, a partir de sua obra *Processeinnreden und Processvoraussetzungen* (Exceções e Pressupostos Processuais), publicada em 1868, a partir da qual defende o processo como relação jurídica de direito público existente entre o Estado-juiz e as partes. Por essa particular natureza o processo não se confundiria com a relação de direito material havida entre as partes, essa, predominantemente de direito privado¹³⁰.

E se assim é, sendo o processo uma relação de direito público, sua fonte normativa por excelência só pode ser a lei (legicentrismo).

¹²⁸ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. A Contratualização do Processo: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: Ltr, 2014, p. 65.

¹²⁹ Referência que se faz com consciência de que a história real apresenta desalinhos e contornos denunciados pela escola de *Annales* (vide item 1.5.3.5 da capítulo 1).

¹³⁰ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. A Contratualização do Processo: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: Ltr, 2014, p. 66.

Essa teoria, em conjunto com os ideais defendidos por Anton Menger, tem influência direta no trabalho elaborado por Franz Klein, ideólogo do código de processo civil austríaco de 1895, responsável por uma virada ideológica no processo civil europeu (e, por consequência, no resto do mundo)¹³¹.

O código austríaco de Franz Klein inaugura o que a doutrina chama de socialismo, ou publicismo processual, e, que preferimos chamar de autoritarismo processual¹³². Tal modelo de pensar o processo reflete também a superação na economia e política do ideal liberal, e da superposição da doutrina do Estado do Bem-Estar Social (Welfare State).

Trata-se de um modelo processual que teve grande influência e repercussão na doutrina e legislação italiana e alemã¹³³, e, que se caracterizava pela presença de um juiz empoderado com poderes de impulsionamento do processo, pela ausência de liberdade das partes, pela outorga de poderes instrutórios ao juiz, e, certo apelo à oralidade¹³⁴.

Como pano de fundo do discurso do autoritarismo processual estava a alegação de que a ineficiência e demora dos processos judiciais era atribuível às partes e seus advogados, responsáveis por manobras protelatórias. Assim, passando a condução do processo ao Estado-Juiz a jurisdição seria prestada com

¹³¹ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A Contratualização do Processo: das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: Ltr, 2014, p. 67.

¹³² Terminologia adotada na companhia do ilustre Professor da Universidade de Valência, Juan Monteiro Aroca. (MONTEIRO AROCA, Juan. *El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria*. In: MONTEIRO AROCA, Juan. *Proceso civil e ideología: um prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 134-165).

Ademais, agrega-se a crítica de que a palavra "publicismo" atrai uma carga de significação que quer referir coisa pública, de todos, tratada com equidistância e neutralidade. E, não é isso, senão por ingênua ficção, que se têm com o papel de destaque atribuído aos juízes. Quem quer que tenha o mínimo de experiência forense sabe que o que de fato acontece, com honrosas exceções, é uma pessoalização da autoridade, voluntarismos e caprichos que nada se identificam com a coisa pública. Da mesma forma, a palavra "socialismo" também possui um núcleo semântico que sugere a socialização, o trabalho conjunto e cooperação, significados que se mostram contrários ao fenômeno do autoritarismo processual.

¹³³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo, as partes e a sociedade. In: *Temas de direito processual*. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 29-40, p. 34: "O fim do século XIX viu surgir o primeiro grande monumento legislativo inspirado numa concepção social, o código austríaco de 1895. Em boa parte sob sua influência, e ao longo de sucessivas modificações, o ordenamento alemão foi se inclinando no mesmo sentido. Na Itália, gigantes do pensamento processual esforçadamente pregaram a necessidade de reformas e trataram de concretizar em projetos arrojados as novas ideias. A doutrina italiana incumbiu-se de para outros países latinos, que se habituaram a buscar na península sua estrela-guia"

¹³⁴ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A Contratualização do Processo: das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: Ltr, 2014, p. 71.

maior celeridade, não sujeita aos percalços decorrentes dos interesses particulares que anteriormente prevaleciam.

No Brasil, a influência autoritária resvala na conformação do Código de CPC de 1939¹³⁵ e de 1973.

Vale referir, que o cenário norte-americano não se deixou influenciar por essa onda autoritária. Por lá, como se viu no capítulo 2 da presente pesquisa, na primeira metade dos novecentos a reforma que se operou foi a formalização da *Disclosure* e *Discovery*, sedimentando-se estatutariamente a prevalência do interesse privado (viés liberal) por intermédio da Fed. R. Civ. P.

3.1.3 Abandono do autoritarismo processual

O modelo publicista que influenciou as reformas legislativas processuais na Europa e América Latina no século XX, todavia, mostrou-se ao longo dos anos inoperante e incapaz de responder às expectativas sociais de solução dos conflitos com a tempestiva aplicação da lei. A função jurisdicional de dizer o direito fica, por assim dizer, inflada e o juiz passa a se ocupar de atribuições tão diversas e vastas que a atividade de julgamento resta prejudicada.

Assim, o mote que havia justificado a expansão do modelo autoritário de Franz Klein mostra-se falacioso. Ao contrário do que propagandeado não é a condução das partes e seus advogados que respondem pela ineficiência da jurisdição. O modelo autoritário acaba por burocratizar o processo e aumentar os problemas e a demora na prestação da tutela jurisdicional¹³⁶

¹³⁵ Daniel Mitidiero em obra conjunta com Michele Taruffo comenta a respeito do Código de Processo de 1939: “Sob o ângulo do conteúdo, em suas linhas gerais abraça a oralidade (concentração, imediação, identidade física do juiz e limitação da recorribilidade em separado das interlocutórias) e reforça os poderes do juiz, viabilizando a sua organização mediante o despacho saneador (arts. 294 e 295) e dotando o juiz de poderes para coibir a deslealdade processual, alinhando-se às tendências da *Zivilprozessordnung* austríaca de 1895 (que pauta igualmente as reformas do processo civil alemão na primeira metade dos Novecentos), do Projeto Chiovenda de 1919 e do projeto de Código de Processo Civil português elaborado por José Alberto dos Reis – aprovado também em 1939.” (TARUFFO, Michele. A Justiça Civil: da Itália ao Brasil, dos setecentos a hoje. Michele Taruffo e Daniel Mitidiero. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, p.297)

¹³⁶ “A jurisdição voltada a atender primordialmente a interesses públicos, deixando para um segundo plano a concretização dos interesses privados das partes, mostrou ineficiências, causadas pelo excesso de burocracia que decorre da aplicação desse viés ideológico e, consoante alerta a doutrina, pela formulação do sistema sob o ponto de vista dos juizes e tribunais, em detrimento dos anseios dos jurisdicionados. A reforma do CPC italiano na primeira metade do século XX, em que pese não

Com isso, tem espaço novamente o debate quanto à necessidade de melhorias nos modelos processuais, e, volta a carga o ideal liberal promovido pelo movimento encabeçado pelo jurista espanhol Juan Montero Aroca¹³⁷.

Todavia, nessa nova empreitada de debates e estudos acadêmicos e legislativos para identificação dos gargalos e soluções de continuidade, a despeito de mero reavivamento dos ideais liberais do processo, faz-se mais, e se começa a enfrentar alguns dogmas e pontos de inflexão de modo a permitir soluções inovadoras.

A primeira ideia combatida refere-se à falsa percepção de que as partes precisam ser tuteladas no transcurso do processo. Essa é uma inteligência atentatória ao bom senso e à ordem lógica da vida, na medida em que não há razão alguma para se imaginar que a figura do Juiz seja de algum modo superior às partes e seus advogados. A própria noção de capacidade postulatória é contraditória a esse modo de pensar.

Da mesma forma, tem sido superada a concepção segundo a qual a ampliação dos espaços de autonomia das partes no processo (mediante a redução do grau de intervencionismo estatal para contrabalancear os supostos desequilíbrios entre as partes¹³⁸) possa gerar um déficit de confiança dos jurisdicionados no Poder Judiciário. A verdade, pensada a partir do que o Prof. Cássio Scarpinella Bueno tem chamado de “neoconcretismo”, é que a falta de confiança deriva do estado atual das coisas, que revela, como já se disse uma “tragédia” na prestação de um serviço público que tem levado à própria negativa da prestação jurisdicional (vide item 1.5 do capítulo 1)¹³⁹.

contar com a simpatia da classe dos advogados, tornou-se possível por estar sustentada na ideia de que o processo na mão das partes é demorado e usado exclusivamente para alcançar objetivos privados. A mentalidade publicista aplicada ao processo iria acelerar a solução do litígio. Não foi o que se observou na prática. Ao investigar o momento histórico imediatamente posterior à entrada em vigor da nova lei processual italiana, Franco Cipriani noticia que, ao contrário do que se previa, o modelo tornava mais vagaroso o processo comparado àquele desenvolvido no código revogado [...]” (ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A Contratualização do Processo: das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: Ltr, 2014, p. 75)

¹³⁷ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A Contratualização do Processo: das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: Ltr, 2014, p. 77.

¹³⁸ Seja de natureza econômica, seja de natureza técnica.

¹³⁹ SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n.13.105, de 16.3.2015*. São Paulo: Saraiva, 2015, p.311.

Tem sido, também, combatido o mito de que todas as normas processuais seriam normas cogentes e inderrogáveis, estabelecidas a partir do “interesse público”, de modo que o processo seria imposto às partes, independentemente das vontades individuais. Sobre isso é categórico o prof. Antonio do Passo Cabral:

Ora, trata-se de uma concepção que se tornou uma profissão de fé mas que, com a devida vênia, hoje em dia não pode mais ser sustentada porque nem todas as regras e princípios processuais são imperativos e inderrogáveis. De fato, apesar dos interesses públicos, muitas normas não são cogentes, mas sim estabelecidas no interesse dos litigantes, e, portanto, dentro de sua esfera de disponibilidade. Hoje em dia, é tão absurdo pensar que no direito público não haveria flexibilidade, quanto que no direito privado não haveria regras imperativas. É possível haver direito privado cogente e direito público dispositivo.¹⁴⁰

Não é demais recordar que a fronteira entre o público e o privado nem sempre se mostra bem delineada, e, quiçá adequada para o debate científico (vide item 1.5.3.2 precedente)

Os Direitos fundamentais e as garantias processuais (direitos fundamentais processuais) também têm sido revisitados para efeito de se compreender os limites de sua disponibilidade (*rectius*, renunciabilidade), e, assim harmonizar soluções como a convencionalidade com o formalismo processual¹⁴¹.

Outra nota característica do autoritarismo processual, também hoje superada, era o legicentrismo, entendimento segundo o qual a única fonte normativa autorizada para as normas do processo seria a lei, um verdadeiro “culto à

¹⁴⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivum, 2018, p. 183-184.

¹⁴¹ Antonio do Passo Cabral citando Loïc Cadiet afirma: “[...] embora o formalismo processual – a garantia de formalidades prévias ao processo judicial – represente um direito fundamental dos litigantes, é errado associar esta proteção à necessidade de regras *legais*, com exclusão do regramento convencional. [...] a contraposição entre a lei e acordo é apenas aparente. Com efeito, deve-se rejeitar a hierarquia entre as fontes da norma processual, buscando um equilíbrio entre Estado e indivíduo. Não podemos cair no maniqueísmo de pensar que a produção normativa só advém da lei ou só do contrato; só do Estado ou só do indivíduo. A justiça não pode mais ser vista num sentido orgânico ou institucional; pode ser estatal, compreendida como ‘aplicação unilateral da lei’, mas pode ser também negocial, concebida como resultado de um esquema de cooperação. A contratualização do Direito e a tendência de fomento à colaboração mostram que acordo e processo podem ser instrumentos relacionados. Ao invés de uma contraposição entre lei e vontade da parte, existe complementariedade e convergência.” (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivum, 2018, p. 188-189)

estatalidade” como recorda o Prof. Robson Godinho¹⁴². Essa concepção também está superada, doutrinária e legislativamente, e aos acordos processuais passaram a ser considerados fontes normativas de igual hierarquia à lei, haurindo efeitos jurídicos de igual medida.

Por fim, e, no que toca mais de perto ao presente trabalho o ressurgimento do debate entre as ideologias do processo em ambiente de grande facilidade de troca de informações, em razão dos avanços tecnológicos, tem feito com que seja resgatada toda uma discussão quanto ao intercâmbio de experiências e institutos entre o modelo da *common law*, e o modelo da *civil law*.

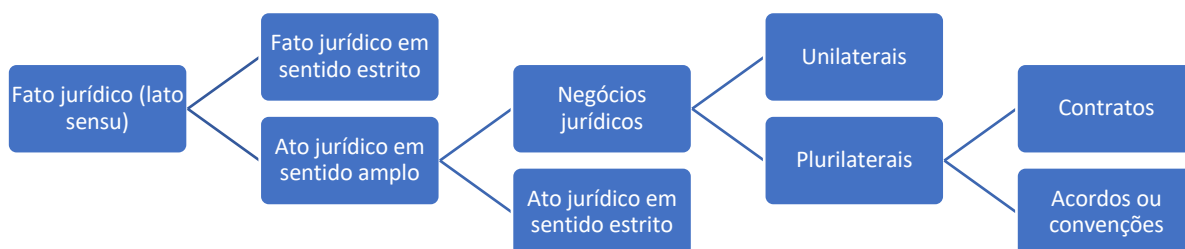
3.2 A ambientação dos acordos processuais na teoria dos fatos jurídicos

Para efeito de compreender a natureza dos acordos processuais autorizados pelo art.190 do CPC necessário a ambientação na teoria dos atos jurídicos.

Para tanto adotar-se-á como referência a categorização dos fatos jurídicos a partir da obra clássica de Marcos Bernardes de Mello¹⁴³ e da contribuição trazida pelo Prof. Antonio do Passo Cabral:

¹⁴² GODINHO, Robson Renault. Negócios processuais sobre o ônus da prova novo CPC. São Paulo, RT, 2015, p.15.

¹⁴³ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 18ª ed., 2012.



Os fatos jurídicos (*stricto sensu*) se diferenciam dos atos jurídicos em sentido amplo em razão da voluntariedade, é dizer, os atos jurídicos possuem elemento adicional volitivo em comparação aos fatos jurídicos carentes de qualquer querer humano.

Os negócios jurídicos, por sua vez, enquanto espécie de ato jurídico lato sensu se diferenciam dos atos jurídicos em sentido estrito em razão dos efeitos gerados (conteúdo eficaz). Esses, ao contrário daqueles, possuem efeitos predeterminados pela lei. Os negócios jurídicos possuem efeitos projetados pela autonomia da vontade, e, portanto, atrelado ao desejo das partes.

Classificam-se, também, os negócios jurídicos como unilaterais ou plurilaterais, terminologia com dupla significação que tanto quer denotar a existência de um ou mais sujeitos acordantes, quanto pode expressar a existência ou não de obrigações para uma das partes ou ambas (acaso bilateral o negócio).

Por fim, é preciso saber que os negócios jurídicos podem contemplar tanto os contratos, modalidade por excelência de negócio, quanto os acordos ou convenções. Os contratos são particularizados porque os interesses das partes envolvidas são majoritariamente contrapostos de modo a projetar para um dos polos benefícios ou ganhos excludentes daqueles perseguidos pelo polo oposto. Os

acordos ou convenções, ao seu turno, configuram-se a partir da convergência e concordância de interesses entre os convenientes.

Essa mesma categorização se faz transplantada para o Processo Civil, de modo que a partir da mesma estrutura conceitual é possível adjetivar os fatos, atos e negócios jurídicos como “processuais” uma vez constatada sua aptidão para produzir efeitos jurídicos no processo¹⁴⁴. Assim é que tendo o fato jurídico consequência processual pode ser qualificado como fato jurídico processual, funcionando tal lógica de raciocínio para todas as demais categorias conceituais expostas acima.

Tendo presente esse cenário conceitual entendemos que os negócios jurídicos processuais firmados com base no art. 190 do CPC se qualificam, em sua ampla maioria, como acordos ou convenções processuais¹⁴⁵, na medida em que os interesses se mostram convergentes para a definição de adequações procedimentais necessárias à tutela do direito em discussão. Não se exclui por completo, contudo, a referência terminológica aos contratos processuais eis que possível a coexistência de interesses opostos no negócio firmado sob a égide do art. 190 do CPC.

3.3 Classificação dos Acordos Processuais

Compreendendo-se que os acordos processuais constituem espécie de negócio jurídico (vide item 3.2 precedente) a doutrina submete os acordos processuais à mesma categorização e classificação que de resto se aplica também aos negócios em geral, e, em especial ao contrato. Assim é que se fala em acordos processuais dispositivos e obrigacionais, prévios ou incidentais, onerosos e gratuitos, comutativos e aleatórios, típicos e atípicos.

¹⁴⁴ “[...] Não importa se o fato ocorreu durante a litispendência, ou se foi praticado por sujeitos de um processo, tampouco se aplica norma processual. Relevante é a sua aptidão para produzir efeitos jurídicos processuais ou, em outras palavras, importante para a definição é a referibilidade a um processo. O ato processual, portanto, é o ato jurídico que produz ou é apto a produzir efeitos no processo.” (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivum, 2018, p. 47-48)

¹⁴⁵ Como recorda Antonio do Passo Cabral, convenção, “[...] No Brasil, é um termo utilizado no clássico texto de Barbosa Moreira a respeito do tema” a referir a obra BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*. in *Temas de Direito Processual – 3ª série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 89. (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivum, 2018, p.59-60)

No que toca ao objeto os acordos processuais podem ser acordos dispositivos (também intitulados acordos de procedimento¹⁴⁶) ou, acordos obrigacionais (igualmente identificados como prestacionais). São dispositivos quando implicam em alterações no rito procedimental, e, obrigacionais na medida em que impliquem em obrigação de fazer ou não fazer para as partes, criando, modificando ou extinguindo situações jurídicas processuais, sem alterações no procedimento.

Pedro Henrique Nogueira, lembrado por Lorena Miranda Santos Barreiros¹⁴⁷, ao referir os acordos de procedimento ainda os subdivide em estáticos e dinâmicos. De modo que nos acordos estáticos os acordantes se limitam a escolher um procedimento preexistente ao passo que nos acordos dinâmicos há maior liberdade para a autonomia da vontade, cabendo às partes desenhar e adequar o rito procedimental às peculiaridades da causa, conforme seu interesse.

São exemplos dos acordos de procedimento os ajustes que disponham sobre alteração no direito probatório, prorrogação de competência, etc. Funcionam como exemplos de acordos prestacionais a renúncia convencional ao recurso, o *pactum de non petendo*, *pactum de non exequendo* etc.

Quando se leva em consideração o momento da celebração dos acordos é possível falar-se em acordos processuais prévios (preparatórios ou antecedentes) e acordos processuais incidentais (interlocutórios ou subsequentes). Os acordos prévios são aqueles firmados antes da instauração da relação jurídica processual, é dizer, antes de inaugurado o processo propriamente dito. Já os acordos incidentais são aqueles firmados no bojo de um processo em andamento.

No que se refere às repercussões patrimoniais (vantagens ou desvantagens) as convenções podem ainda ser classificadas como gratuitas, acaso implique em vantagem patrimonial para apenas uma das partes, ou, onerosas, na hipótese em que as duas partes obtêm vantagem com o negócio celebrado.

¹⁴⁶ Terminologia acolhida por Antonio do Passo Cabral em sua obra (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivum, 2018, p. 79-82.)

¹⁴⁷ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções Processuais e Poder Público*. Salvador: Editora Juspodivum, 2017, p. 144.

Os acordos onerosos acomodam ainda outra subclassificação, na medida em que podem ser qualificados como comutativos (ou sinalagmáticos) e aleatórios. Os acordos comutativos são aqueles em que há equilíbrio entre as desvantagens e vantagens auferidas por cada parte da negociação. Por assim dizer cada contratante se submete à mesma extensão de sacrifícios para alcançar o objeto pretendido. Os acordos aleatórios são assim adjetivados porque há uma aleatoriedade, indeterminação ou variação na extensão dos sacrifícios de parte a parte. Ou seja, as vantagens e desvantagens não são equivalentes.

Por fim, uma categoria de grande relevo para o presente trabalho diz com os acordos processuais típicos e atípicos. Os acordos processuais típicos são aqueles que perfazem o juízo de tipicidade em face dos tipos (modelos de acordos) previstos e regulados pela legislação processual¹⁴⁸. Assim, fala-se em acordos típicos sempre que acordado um negócio prescrito e delineado pela lei processual.

Ao contrário, os acordos atípicos são aqueles não previstos em lei, conformados diretamente pela autonomia da vontade, dentro do amplo espaço de liberdade que assegura a lei.

Há, todavia, um aprofundamento necessário no ponto a fim de que se possa efetivamente realizar a categorização do negócio jurídico como típico ou atípico e diz com o entendimento de que o “tipo” é uma categoria jurídica com certo grau de abertura que não repudia por completo a dessemelhança. Assim, quando analisada a conduta (fato jurídico) a fim de se avaliar a tipicidade *in concreto*, é necessário que se leve em conta a variação acolhida pelo próprio tipo referenciado.

Quem bem explica o assunto é, mais uma vez, Antonio do Passo Cabral:

“Pois bem, o tipo ora reflete a média ou normalidade das situações concretas, retratando o que lhe é *recorrente*, ora procura descrever-lhe os traços característicos *homogêneos*.

¹⁴⁸ [...] deve-se deixar claro que não se pode confundir tipo, tipicidade e tipificação. O tipo (*Typus*) é um *modelo* resultante da ordenação dos dados da realidade concreta segundo padrões de semelhança. Essa ordenação, no que respeita aos tipos jurídicos, cabe ao legislador através da *tipificação*. Tipificação (*Typisierung*) é uma atividade de formação normativa do tipo, que consiste em buscar similitudes na realidade, agrupando-as na descrição típica. A tipificação, portanto, tem uma dimensão “ordenatória”. Já a tipicidade (*Typizität*) é uma qualidade do tipo (diz-se que algo é ‘típico’). Há tipicidade quando o tipo contém as características necessárias para sua configuração lógica.” (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivum, 2018, p. 86-87.)

De todo modo, o tipo mantém as chamadas ‘conexões de sentido’ com aquela realidade. Por isso, o tipo não se confunde com o conceito jurídico (*Rechtsbegriff*), que é uma representação abstrata, podendo romper as conexões de sentido, ‘violentando a realidade’. O tipo está relacionado com a natureza das coisas, e por isso tem uma proximidade com o concreto; porém, em alguma extensão o tipo também tende à generalidade, com certo grau de abstração. [...]

Por outro lado, o conceito é fechado, rígido, e qualifica a partir do critério da identidade: um ente pode ser subsumido a um conceito se houver uma total correspondência com seus elementos. O conceito repudia o que se diferencia dos elementos essenciais à sua definição. Já o tipo é normalmente aberto, ampliando as hipóteses fáticas que podem ser enquadradas no modelo geral.

Essas diferenças têm suas repercussões práticas relevantes. Primeiramente, o tipo não pode ser *definido* (tal como ocorre com o conceito), mas apenas *descrito* segundo as semelhanças concretas. Além disso, a abertura do tipo permite que uma situação concreta (um determinado suporte fático), embora não idêntica (com modificação de alguns de seus elementos), possa ainda ser referida ao tipo, sem que se comprometa sua tipicidade. Ao contrário do conceito, o tipo aglomera o comum e o diferente ao invés de abstraí-los ou os rejeitar. Portanto, os tipos afastam-se da técnica da subsunção, devendo ser aplicados por meio da *concreção*, porque uma situação pode se referida ao tipo mesmo podendo afastar-se dele em alguma medida.”¹⁴⁹

Isso quer dizer, por outra forma de se expressar, que o juízo de tipicidade não está afeto ao mesmo rigorismo que os juízos conceituais.

3.4 Regime jurídico dos acordos processuais atípicos

O artigo 190 do CPC de 2015 rompeu com uma tradição de longa data no Direito processual brasileiro inserindo no ordenamento uma cláusula geral para as convenções processuais atípicas¹⁵⁰.

¹⁴⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivum, 2018, p. 96-97

¹⁵⁰ “Cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa.” (DIDIER Jr., Fredie. *Cláusulas gerais processuais*. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/artigos/clausulas-gerais-processuais/>. Acesso em: 19-01-2020)

Essa cláusula geral contém os referenciais macros a que estão sujeitos os acordos processuais, bem como, as possibilidades de controle, *a posteriori*, pelo Poder Judiciário.

Todavia, é de fundamental importância ter presente que a doutrina tem destacado o diálogo que deve haver entre os acordos processuais típicos e atípicos. Aqueles desempenhando um papel complementar na identificação do regime jurídico desses.¹⁵¹

Assim, buscar o enquadramento dos acordos processuais atípicos a partir dos “índices do tipo”¹⁵², ainda que por aproximação, mostra-se útil na tarefa de dar concreção aos limites da cláusula geral do art. 190 do CPC.

Tal técnica permite ao intérprete ampliar os limites do regime jurídico do acordo atípico para além dos limites do art. 190 do CPC. Isso, todavia, não significa incremento de restrições ou obstáculos, mas, a ampliação das referências objetivas sobre as quais deve estar consciente o magistrado a fim de adequadamente dar concreção aos elementos normativos incompletos da cláusula geral.

Significa sim, mais de perto, em alinhamento com a pesquisa aqui desenvolvida, que as convenções processuais que admitam a incorporação da *Disclosure* ou *Discovery* como etapa procedimental podem ser referidas (*rectius*, enquadradas) no grupo convencional dos negócios processuais probatórios, e.g., a convenção típica autorizada pelo art. 357, §2º do CPC que permite que as partes

¹⁵¹ “[...] mesmo em se tratando de aplicação de cláusula geral de negociação do art. 190 do CPC, os demais acordos típicos não podem ser esquecidos ou ignorados. Deve haver, no sistema, algum diálogo entre o típico e o atípico. Assim como os parâmetros gerais de controle do art. 190, parágrafo único, podem ser utilizados para qualquer acordo processual (não apenas para os atípicos, como erroneamente se tem defendido), o raciocínio tipológico pode ser útil para o controle das convenções atípicas à luz da formação e descrição de modelos típicos. De fato, a existência de acordos processuais típicos sinaliza para balizamentos que aquela prefiguração formal operada pelo legislador quis estabelecer. E, quando pensamos em parâmetros de *controle*, não se pode simplesmente desconsiderar o regramento das convenções típicas porque a existência de previsões legais expressas apontam possíveis barreiras à negociação processual pretendidas e implementadas expressamente pelo legislador.” (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivum, 2018, p.382)

¹⁵² Terminologia usada por Antonio do Passo Cabral em referência Pedro Pais Vasconcelos, que quer significar indicadores, elementos indicativos ainda que indiciários e laterais. (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivum, 2018, p. 383)

negociem cooperativamente a delimitação do debate fático e especifiquem os meios de prova que entendam necessários¹⁵³.

Há, portanto, balizamentos próprios dos negócios probatórios (enquanto negócios típicos) que devem ser considerados no delineamento do regime jurídico dos negócios processuais probatórios atípicos.

3.5 Limites ao objeto das convenções processuais atípicas

Tendo como premissas que os convenientes são aqueles legalmente admitidos¹⁵⁴, que o acordo pode ser formulado antes ou durante o processo, e, que inexistente forma legal predeterminada para as convenções optamos por abordar unicamente os limites afetos ao objeto dos acordos processuais, dispensando maiores considerações sobre os sujeitos, forma e tempo das convenções processuais.

3.5.1 Quanto podem dispor as partes?

3.5.1.1. Limites constitucionais

Os negócios jurídicos processuais sabidamente estão sujeitos aos limites impostos pelo texto constitucional, que se somam àqueles trazidos pelo microssistema de negócios processuais (aí referida a cláusula geral da convencionalidade e as disposições próprias dos negócios processuais típicos).

¹⁵³ Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

I - resolver as questões processuais pendentes, se houver;

II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;

IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;

V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

§ 1º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.

§ 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

(BRASIL. Planalto. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10-10-2019)

¹⁵⁴ Lembrando que “[...] todo ato de disposição tem que partir do sujeito que titulariza a situação processual, ou ao menos daquele que se lhe afirma titular”. (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivum, 2018, p. 305)

Importa, todavia, no presente tópico, desvelar os limites constitucionais a que está sujeita a convenção processual que venha a operar o *legal transplant* sugerido na hipótese da pesquisa.

3.5.1.1.1 Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais constituem conquistas evolutivas do cidadão em face do Estado e sempre motivaram ao longo da história¹⁵⁵ debates acalorados acerca da sua legitimação e do seu conteúdo, de modo que até hoje inexistente consenso. Para alguns os direitos fundamentais traduzem a forma hodierna da doutrina dos Direitos Naturais¹⁵⁶, para outros constituem direitos positivados de especial estatutura constitucional, ainda para outros um mínimo existencial atrelado à dignidade da pessoa humana¹⁵⁷, condições de liberdade e participação da democracia deliberativa¹⁵⁸, e assim por diante.

A razão, todavia, da conexão dos direitos fundamentais com os acordos processuais passa pelo reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, de modo que não apenas na relação com o Estado se impõem sua observância, mas também, na relação entre particulares¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Marcado seu surgimento consciente enquanto categoria conceitual na época das revoluções liberais, notadamente da revolução francesa de 1789.

¹⁵⁶ “Os direitos fundamentais são a forma contemporânea da doutrina dos Direitos Naturais; constituem um objetivo ideal do ordenamento, que vai sendo atingido, progressivamente, até a positivação, nela introduzindo critérios de dever ser” (LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos de direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 144)

¹⁵⁷ “Não obstante a inevitável subjetividade envolvida nas tentativas de discernir a nota da fundamentalidade em um direito, e embora haja direitos formalmente incluídos na classe dos direitos fundamentais que não apresentam ligação direta e imediata com o princípio da dignidade humana, é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança. É o princípio da dignidade humana que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça. Nessa medida, há de se convir em que ‘os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana’” (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 271)

¹⁵⁸ TRAVASSOS, Marcelo Zenni. Minimalismo, Maximalismo e Jurisdição Constitucional dos Direitos Fundamentais. In “Jurisdição Constitucional e Política”, Coord. Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 645.

¹⁵⁹ “Hodiernamente, contudo, deve-se ter em mente que os agentes econômicos de soberbo porte podem ser ‘mais implacáveis que o próprio Estado na violação dos direitos fundamentais’”. Assim, no intuito de conferir maior proteção aos indivíduos na conservação das garantias individuais, passou a doutrina e a jurisprudência a preconizar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, compreendida enquanto a eficácia que esses surtem diretamente nas relações privadas entre os

Significa dizer que os direitos fundamentais se projetam sobre a relação entre os particulares em igual medida que o fazem na relação havida entre o particular e o poder público. E se assim é, a projeção dos direitos fundamentais opera uma filtragem constitucional do conteúdo e objeto dos acordos processuais.

Desse modo, a despeito do debate que se possa ter quanto à correta teoria de legitimação e o exato conteúdo dos direitos fundamentais, o reconhecimento de sua dimensão objetiva e a alocação dos particulares como sujeitos passivos dos referidos direitos¹⁶⁰, faz com que se ponham como inegável limite ao autorregramento da vontade das partes porque conceitualmente antecedentes e inegavelmente “superiores” juridicamente a quaisquer disposições de acordos ou convenções processuais.

Não é, entretanto, a mera referência ao conteúdo de um direito fundamental que gera a nulidade do acordo processual. Apenas em alguns casos envolvendo a supressão de direitos fundamentais é que se há de falar em nulidade. Todavia, para tanto, há que se atentar para a diferenciação que hoje põem a doutrina entre: disposição, renúncia, perda ou restrição de direito, suspensão e não exercício¹⁶¹.

A disposição é termo de sentido amplo que quer significar, em geral, a abdicação de uma situação jurídica de vantagem (transferindo, modificando, criando ou mesmo extinguindo) por intermédio de um ato de vontade calcado na ideia de liberdade e no poder de autorrestrição autorizado pelo ordenamento jurídico¹⁶².

indivíduos.” (BUCHMANN, Adriana. Limites Objetivos ao Negócio Processual Atípico. Belo Horizonte: Letramento, 2018, p. 195)

¹⁶⁰ “[...] Ao se desvendar o aspecto objetivo dos direitos fundamentais, abriu-se à inteligência predominante a noção de que esses direitos, na verdade, exprimem os valores básicos da ordem jurídica e social, que devem ser prestigiados em todos os setores da vida civil, que devem ser preservados e promovidos pelo Estado como princípios estruturantes da sociedade. O discurso majoritário adere, então, ao postulado de que ‘as normas sobre direitos fundamentais apresentam, ínsitas a elas mesmas, um comando de proteção, que obriga o Estado a impedir que tais direitos sejam vulnerados também nas relações privadas’” (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 310)

¹⁶¹ CABRAL, Antonio do Passo. Convenções Processuais. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivum, 2018, p.194.

¹⁶² CABRAL, Antonio do Passo. Convenções Processuais. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivum, 2018, p.196.

Renúncia, por sua vez, é termo com significação mais constricta, espécie de disposição, e traduz uma declaração de vontade pela qual o particular reduz sua esfera de direitos mediante compromisso de não exercer as faculdades e poderes que determinado direito lhe asseguraria¹⁶³.

Há quem fale ainda em restrição¹⁶⁴ enquanto categoria distinta dos demais termos, todavia, entendemos que seu significado se identifica com a palavra perda e traduz a supressão de determinado direito fundamental em virtude de lei (ope legis). A perda tem caráter definitivo, de modo que o particular não mais pode invocar ou fazer uso do referido direito que perdeu. Ao seu turno, a suspensão, também proveniente de lei, é instituto de caráter temporário, após o que o titular do direito retoma seu exercício na integralidade.

Ao fim, o não exercício de um dado direito é um ato de liberdade assegurado pelo direito em si, na medida em que nenhum direito existe somente como imposição ou ordem estatal, mas, como um espaço de prerrogativas e liberdades individuais¹⁶⁵. Tanto assim que Pedro Augustin Adamy, recordado por Adriana Buchmann¹⁶⁶, diferencia a renúncia ao direito da renúncia ao exercício do direito, essa perfeitamente aceitável no plano jurídico. Antonio do Passo Cabral, por sua vez, assevera:

O problema da renúncia ou disponibilidade é uma questão referente ao exercício da liberdade. Não se pode pensar que, ao estabelecer direitos (mesmo fundamentais) em favor dos indivíduos, estes deverão exercê-los impositivamente. Em se tratando de situações jurídicas de vantagem, o indivíduo tem a livre opção de delas abdicar, ou simplesmente não as exercer, tomando uma atitude passiva.¹⁶⁷

¹⁶³ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivum, 2018, p.196.

¹⁶⁴ MARTEL, Letícia de Campos Velho. Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1953/1021>. Acesso em 10-01-2020.

¹⁶⁵ Adriana Buchmann foi muito feliz em dizer: “[...] Com efeito, as liberdades albergam o direito-antítese, isto é: a liberdade de culto implica, necessariamente, a liberdade de não cultuar, sem que essa conduta importe em renúncia ao direito fundamental.” (BUCHAMANN, Adriana. *Limites Objetivos ao Negócio Processual Atípico*. Belo Horizonte: Letramento, 2018, p. 198)

¹⁶⁶ BUCHMANN, Adriana. *Limites Objetivos ao Negócio Processual Atípico*. Belo Horizonte: Letramento, 2018, p. 198-199

¹⁶⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivum, 2018, p.175.

Portanto, pondo em destaque o princípio constitucional da liberdade a doutrina especializada tem entendido que são perfeitamente possíveis acordos processuais que disponham sobre direitos fundamentais, desde que presente um ato válido de vontade que traduza uma autorrestrição em razão de benefício maior perseguido no interesse da parte conveniente.

Tem lugar aqui a invocação do brocardo latino *violenti non fit iniura* segundo o qual inexistente prejuízo àquele que consente com a conduta redutiva de sua esfera jurídica (i.e., com a ofensa).

Assim, em respeito à liberdade, que também constitui um direito fundamental, é válida a convenção mesmo se constatada a disposição de direitos fundamentais.

Entretanto, se por um lado é garantido espaço de liberdade ao cidadão para a prática de convenções processuais que impliquem em disposição de direito fundamental, por outro, é preciso registrar que tal espaço não é ilimitado, subsistem fronteiras a serem observadas.

Essas fronteiras são traduzidas em técnicas sugeridas pela doutrina a fim de auxiliar o Poder Judiciário no controle *a posteriori* das convenções. Ao menos duas técnicas podem ser referidas no presente trabalho. A primeira leva em consideração a distinção havida entre a dimensão subjetiva¹⁶⁸ e a dimensão objetiva¹⁶⁹ dos direitos fundamentais.

¹⁶⁸ “A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde à característica desses direitos de, em maior ou menor escala, ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou então essa dimensão se expressa no poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas.

Nessa perspectiva os direitos fundamentais correspondem à exigência de uma ação negativa (em especial, de respeito ao espaço de liberdade do indivíduo) ou positiva de outrem, e, ainda, correspondem a competências – em que não se cogita exigir comportamento ativo ou omissivo de outrem, mas do poder de modificar-lhe as posições jurídicas.” (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 300)

¹⁶⁹ “A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e diretriz para a sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos.

Pregam os doutrinadores alinhados a essa técnica que o espaço de liberdade para disposição dos direitos fundamentais vai até o limite em que eventual direito fundamental, em sua acepção subjetiva, encontre correspondência com sua dimensão objetiva¹⁷⁰. Assim, afirma-se que na prevalência do interesse estatal de tutela da dimensão objetiva (do valor que se projeta a partir do direito discutido) deve ser vedada a disposição do direito fundamental.

É uma técnica que a nosso sentir menos contribui e mais dificulta o delineamento casuístico dos limites à liberdade individual nas convenções, e, isso, por uma singela razão: em adição à ponderação que se deve fazer entre o direito de liberdade e o direito fundamental (objeto da convenção) passa-se a exigir do intérprete que proceda a um segundo nível de ponderação entre as dimensões do direito fundamental (objeto da convenção). Amplia-se assim o parâmetro de abstração e dificulta-se a identificação dos limites possíveis.

A segunda técnica, idealizada por Antonio do Passo Cabral, foi pensada originalmente para os direitos fundamentais processuais, todavia, entendemos que sua aplicação é de maior espectro, alcançando qualquer direito fundamental referido em uma convenção processual. Basicamente, envolve 3 (três) diferentes etapas: 1º - incumbe ao intérprete analisar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais; 2º - conciliar esse espaço de proteção com a autonomia das partes a partir da identificação do regime jurídico aplicável à convenção processual, e, por fim; 3º - proteger o núcleo essencial do direito fundamental em discussão¹⁷¹.

Com essa técnica, embora ainda se faça necessário juízo de ponderação e mantenha-se relativo grau de abstração, facilita-se o trabalho do intérprete e do juiz na análise casuística, ao menos se comparado com a sugestão anterior.

Os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-os para todo o direito positivo. Formam, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático.” (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 300)

¹⁷⁰ ADAMY, Pedro Augustin. Renúncia à Direito Fundamental. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 83. MARTEL, Letícia de Campos Velho. Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas, p. 169. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1953/1021>. Acesso em 10-01-2020.

¹⁷¹ CABRAL, Antonio do Passo. Convenções Processuais. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivum, 2018, p.380.

3.5.1.1.2 Direitos Fundamentais Processuais

Antes de sequenciar, um esclarecimento terminológico prévio. Muitos autores ao referir os direitos fundamentais processuais fazem uso da expressão “garantias processuais”. Entendemos, todavia, na companhia de Georges Abboud e Nelson Nery Jr.¹⁷², que a expressão “garantias processuais” refere com melhor precisão as ações constitucionais, que, por sua funcionalidade, correspondem às garantias do cidadão na implementação e tutela dos seus direitos fundamentais (a saber: habeas corpus, habeas data, mandado de segurança, ação popular etc.).

Por essa forma de pensar o que se tem de processual no texto constitucional são princípios que, a despeito da projeção de efeitos sobre o processo e a relação processual, podem ser qualificados, em sua maioria, como direitos fundamentais assim como os demais. Não há, portanto, a nosso sentir, qualquer motivo para adjetivações especiais aos direitos fundamentais de natureza processual.

Dentre esses direitos fundamentais um há que se sobleva pela amplitude de sua abrangência, e, por isso mesmo, precedente a todos os demais, o “devido processo legal” (*due process of law*). É por seu intermédio que versaremos o presente tópico.

Trata-se de um direito fundamental com assento literal no texto constitucional (art. 5º, inc. LIV da CRFB) que deita raízes históricas no direito inglês¹⁷³ e que tem seu significado ainda hoje debatido mundo afora.

No plano internacional se identificam ao menos 4 diferentes abordagens, modelos, do que se entende por *due process of law*: i) formal (formal); ii) processual (procedural); iii) processual-material limitado (procedural-privacy), e; iv) processual-material ou substantivo (substantive due process)¹⁷⁴. Portanto, mais uma vez se está diante de conceito fluido que demanda análise casuística.

¹⁷² NERY JUNIOR, Nelson. Direito Constitucional brasileiro: curso completo / Nelson Nery Jr. e Georges Abboud. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 326.

¹⁷³ Originalmente previsto na *Magna Charta* de 1215 pela expressão “law of the land”.

¹⁷⁴ “According to the formal model of due process, there are no constitutional limits on the ability of the state to deprive a person of life or liberty, provided that the deprivation is authorized by a duly enacted

law. The fairness of the process by which the deprivation takes place is not a matter of constitutional concern. Constitutional due process is meant only to ensure that there is some law that authorizes the deprivation. It is strictly a question of legality. [...]

The procedural due process model goes a step further. It requires that any deprivation of life or liberty conform to procedural-fairness norms. This model demands that the court go beyond a mere assessment of formal validity and inquire into the procedural fairness of the criminal process. It is the model perhaps most readily associated with the due process clauses in the Fifth and Fourteenth Amendments to the U.S. Constitution, which have been held to include the right to a fair trial, the right to counsel, the right to a public trial, the right against self-incrimination, and the right to confront and cross-examine witnesses. [...]

The procedural-privacy model holds that the limits imposed by due process on the ability of the state to deprive a person of life or liberty are not only procedural but are also substantive in the limited sense that they impose constraints on the ability of the state to interfere with individual privacy or autonomy. This approach is substantive because it is concerned both with the process by which a person is deprived of life or liberty and with the reason for depriving the person of life or liberty in the first place. [...]

With this model (the substantive model), the limits imposed on the state are not merely procedural but are also substantive in the sense that they impose constraints based both on individual privacy and on the principles of criminal fault. As with the procedural-privacy model, the courts following this model will inquire into the reasons for the deprivation of life or liberty but will not limit their inquiry to questions of privacy. They will also ask whether the deprivation of life or liberty is justified by the degree of moral blameworthiness of the defendant. The issue, then, is not only whether a particular course of conduct can properly be criminalized but whether the person who is to be deprived of life or liberty was sufficiently at fault as to justify the deprivation [...]"

"De acordo com o modelo formal do devido processo legal, não há limites constitucionais à capacidade do Estado de privar uma pessoa da vida ou da liberdade, desde que a privação seja autorizada por uma lei devidamente promulgada. A justiça do processo pelo qual a privação ocorre não é uma questão de preocupação constitucional. O devido processo constitucional visa apenas garantir que haja alguma lei que autorize a privação. É estritamente uma questão de legalidade. [...]"

O modelo processual do devido processo vai um passo além. Requer que qualquer privação de vida ou liberdade esteja em conformidade com as normas de justiça processual. Esse modelo exige que o tribunal vá além de uma mera avaliação da validade formal e investigue a imparcialidade processual do processo criminal. É o modelo talvez mais prontamente associado às cláusulas do devido processo nas Quinta e Décima Quarta Emendas à Constituição dos EUA, que foram consideradas como incluindo o direito a um julgamento justo, o direito a um advogado, o direito a um julgamento público, o direito contra a auto-incriminação e o direito de confrontar e interrogar testemunhas. [...]"

O modelo processual-material limitado sustenta que os limites impostos pelo devido processo à capacidade do Estado de privar uma pessoa da vida ou da liberdade não são apenas procedimentais, mas também substantivos no sentido limitado de que impõem restrições à capacidade do Estado de interferir com a privacidade ou autonomia individual. Essa abordagem é substantiva porque se preocupa tanto com o processo pelo qual uma pessoa é privada de vida ou liberdade quanto com a razão de privar a pessoa de vida ou liberdade. [...]"

Com esse modelo substantivo do devido processo os limites impostos ao Estado não são meramente procedimentais, mas também substantivos no sentido de impor restrições baseadas tanto na privacidade individual quanto nos princípios da culpa criminal. Assim como no modelo de privacidade processual, os tribunais que seguem esse modelo investigarão as razões da privação de vida ou liberdade, mas não limitarão sua investigação a questões de privacidade. Eles também perguntarão se a privação de vida ou liberdade é justificada pelo grau de culpa moral do acusado. A questão, portanto, não é apenas se uma determinada conduta pode ser adequadamente criminalizada, mas se a pessoa a ser privada da vida ou da liberdade foi suficientemente culpada para justificar a privação. [...]" (*tradução livre*) (RAMRAJ, Victor V. Four models of due process. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/2/3/492/789228>. Acesso em: 25-01-20)

Para efeito da presente pesquisa, entretanto, adotar-se-á como referência a delimitação que deu ao termo (*due process of law*) o direito processual estadunidense¹⁷⁵:

“No direito processual americano, a cláusula (*procedural due process*) significa o dever de propiciar-se ao litigante: a) comunicação adequada sobre a recomendação ou base da ação governamental; b) um juiz imparcial; c) a oportunidade de deduzir defesa oral perante o juiz; d) a oportunidade de apresentar provas ao juiz; e) a chance de reperguntar às testemunhas e de contrariar provas que forem utilizadas contra o litigante; f) o direito de ter um defensor no processo perante o juiz ou tribunal; g) uma decisão fundamentada, com base no que consta nos autos.”¹⁷⁶

Significa dizer, por conseguinte, que o *due process of law* contempla outros direitos fundamentais processuais, também acolhidos pelo texto constitucional brasileiro: o direito ao contraditório, à ampla defesa, imparcialidade do julgador, fundamentação das decisões judiciais etc. Todos esses direitos vocacionados para a garantir o máximo possível a segurança e justiça na prestação da tutela jurisdicional.

Sob o prisma exclusivamente processual referidos direitos acobertados pela cláusula constitucional do *due process of law* traduzem o respeito aos ritos e procedimentos legalmente definidos pelo legislador, que por sua amplitude (notadamente na via ordinária) oferecem as oportunidades de defesa, apresentação de provas, e, definem direitos e deveres das partes com segurança e previsibilidade. Portanto, o conceito de devido processo passa pelo reconhecimento dos procedimentos legais que atendam ao conteúdo mínimo acima referido. *Due process* é por assim dizer, o resultado dessa autorreferibilidade entre o conteúdo e a forma.

É na exigência de respeito aos ritos e procedimentos, todavia, que o referido princípio se conecta com o tema das convenções e funciona como fator de limitação ao espaço de autorregramento da vontade. Limitação que se faz de modo

¹⁷⁵ A despeito de o Estados Unidos da América adotarem apenas o modelo processual do devido processo legal, o fazem com significativa amplitude. Ademais, o aspecto substantivo do devido processo legal, nos termos em que referido pela doutrina internacional, se mostra estranho ao presente trabalho.

¹⁷⁶ NERY JUNIOR, Nelson. Direito Constitucional brasileiro: curso completo. / Nelson Nery Jr. e Georges Abboud. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 161.

flexível e casuístico em razão do fato de que os procedimentos legalmente definidos, a despeito de sua generalidade e abstração (e, também por conta disso) não são capazes de dar conta da realidade como um todo, e, diante das vicissitudes do caso concreto podem funcionar em contrariedade ao seu fim, legitimando injustiças.

Ou seja, as peculiaridades do caso concreto podem trazer desafios não previstos pelo legislador de modo que o procedimento legalmente imposto não se apresente compatível e congruente as particularidades do caso, impedindo assim a realização da justiça. Em vez de colaborar para a obtenção da solução rápida e eficaz da lide, contribui por exemplo, para a extinção do feito sem exame de mérito, impedindo que o processo atinja sua finalidade precípua que é de solução dos conflitos¹⁷⁷.

Isso é assim em toda parte do mundo e não escapa à crítica internacional:

“Real life, however, is such a many-faceted matter that it cannot be pictured in full in a network of rigid legal norms. Normally, legislation is constructed on the basis of typical examples. These typical examples always leave open the question of the applicability of the typical situation to the individual situation involved. Furthermore, the typical examples do not cover all possible situations. For this reason, flexibility is demanded of the application of law. The decision-making activity must adapt the rigid rules to the cases which could not be anticipated.”¹⁷⁸

Constatada essa limitação ínsita aos ritos e procedimentos legais não é difícil intuir que o ajuste procedimental feito em razão das particularidades da causa, suprimindo ou modificando o desenho legal, pode contribuir sensivelmente para a melhoria da prestação da tutela jurisdicional. O que significa dizer que as convenções processuais não encontram restrições *a priori* em face do devido processo legal. O diálogo entre os acordos processuais e a cláusula constitucional do devido processo é perfeitamente possível.

¹⁷⁷ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: Ltr, 2014, p. 157.

¹⁷⁸ “A vida real, entretanto, é tão multifacetada que não pode ser apreendida e desenhada em sua totalidade em um sistema rígido de normas legais. Normalmente, a legislação é construída na base de exemplos típicos. Esses exemplos típicos sempre deixam aberto a questão afeta à sua aplicabilidade às situações individuais envolvidas. Além do mais, os exemplos típicos não cobrem todas as possíveis situações. Por essa razão, se exige flexibilidade na aplicação da lei. A atividade de tomada de decisão deve considerar a adaptação das regras rígidas aos casos que não podem ser antecipados” (*tradução livre*) (Aarnio, Aulis. The rational as reasonable: a treatise on legal justification. Dordrecht: D. Reidel, 1986, p. 7)

A análise do grau de compatibilidade, contudo, deve ser pontual, sendo de grande utilidade a metodologia sugerida por Antonio do Passo Cabral (conforme explicitado em item precedente).

Versando o acordo processual sobre direito probatório, como há de ocorrer em optando as partes pela aplicação da regra da *Disclosure* e *Discovery*, é preciso, primeiro, identificar o direito fundamental processual mais sintomaticamente afetado, *in casu*, o direito à ampla defesa (art. 5º, LV da CRFB) – a despeito de não ser o único direito (dado seu núcleo de significado). Em sequência, discernir o regime jurídico atraído pelo acordo (atentando-se para o diálogo entre as categorias de negócios típicos e a cláusula geral de convencionalidade). Por fim, como terceira etapa é preciso que atente o intérprete para a “intensidade” da restrição que se imponha ao direito fundamental da ampla defesa (assim como aos demais direitos).

Quanto a essa última etapa, bastante sensível, é preciso cautela do intérprete na ponderação entre o direito fundamental da ampla defesa e o direito fundamental da liberdade das partes, de sorte que apenas quando a supressão de direito for significativa ao ponto de gerar sua anulação (portanto, ofensiva ao seu núcleo essencial) é que entendemos presente a limitação constitucional.

Demais disso é preciso levar em conta que o procedimento predefinido pela Fed. R. Civ. P. é informado exatamente pelos mesmos valores e princípios eleitos pela constituição e legislação brasileira, dado o núcleo de significado do devido processo. Aliás, não é segredo para ninguém que todo o desenho institucional brasileiro mimetiza, naquilo que pode, os padrões americanos.

Quando lido com atenção o regramento processual estadunidense vê-se que há constante preocupação e respeito ao contraditório prévio, ao direito de defesa, ao dever de fundamentação, ao direito de impugnação da decisão judicial etc. O que implica em dizer que os direitos fundamentais processuais estão espelhados no regramento da *Disclosure* e *Discovery*.

Assim, mais do que permitir uma singela aventura regulatória em que as partes se lançam ao regramento da revelação e troca de provas entre si (o que certamente será superficial e lacunoso), a sugestão de aplicação da *Disclosure* e *Discovery* permite a adesão a toda uma gama detalhada e sedimentada de normas,

informadas por valores assemelhados ao da legislação brasileira e que contam com mais de século de desenvolvimento no Direito Americano.

3.5.1.2. Limites legais

3.5.1.2.1. Competências reservadas à lei

O primeiro limite legal às convenções processuais apontado pela literatura diz respeito às matérias reservadas à lei, é dizer, matérias cuja temática deve constituir objeto de lei formal não poderiam ser objeto de acordo ou convenção. É o caso, citado pela doutrina, dos recursos cíveis, que vem definidos, delimitados e detalhados pelo Código de Processo Civil.

O limite, segundo entendemos, é fluído e de pouca serventia para o trato do problema. Isso porque não são apenas os recursos cíveis que vem regulados pelo CPC, também os demais “ônus, poderes, faculdades e deveres processuais” referidos pela cláusula geral do art. 190 do CPC encontram-se todos definidos pela lei processual. Vai daí que se as demais disposições legais (a exemplo dos prazos processuais) podem ser alteradas pelos convenientes, também os recursos poderiam sofrer alterações no interesse das partes.

Estranho que pareça, a vedação a esse tipo de objeto não decorre desse limite, segundo entendemos. Decorre sim do risco que se teria de avançar indevidamente sobre o núcleo essencial do direito fundamental ao duplo grau de jurisdição. Portanto, estar-se-ia a discutir um limite constitucional, e, não propriamente legal.

Somado a isso a convenção que versasse sobre recursos também encontraria vedação em outro limite, esse sim, um limite verdadeiro e de grande valia, as situações jurídicas de terceiros (explorada no item subsequente).

Portanto, o limite da reserva de lei, a nosso pensar, é de pouca ou nenhuma utilidade no caso.

3.5.1.2.2 Situações jurídicas de terceiros

O segundo e mais evidente limite legal, a despeito das referências constitucionais, são as situações jurídicas de terceiros. Trata-se de limite ao objeto que, todavia, vem tratado por alguns autores como limites subjetivos.

Situações jurídicas processuais de terceiros, que estejam fora do limite de disposição das partes (a exemplo das atribuições do MP) não podem ser objeto de convenção processual por absoluta ineficácia.

É assim com as custas processuais cuja natureza de taxa impede que as partes convençionem a seu respeito para excluí-las ou distribuí-las de forma diversa entre elas, sem que a Fazenda Pública manifeste seu assentimento. O assunto, todavia, comporta uma crítica de *lege ferenda*.

Primeiro, porque não se mostra razoável que as partes possam dispor sobre assuntos mais “relevantes” e complexos processualmente, a exemplo do direito probatório, e encontrem limites em assuntos com relativo grau de simplicidade.

Segundo, porque as custas judiciárias desempenham um papel importante na equação financeira revelada pelo processo, e, qualquer composição processual (como de resto também os acordos sobre o direito material) só tem sentido prático se tal elemento puder ser manejado pelas partes para efeito de análise de riscos e oportunidades. Não é preciso o socorro de nenhuma teorização mais aprofundada economicamente para que se entenda que o principal estímulo à tomada de decisão no processo civil, notadamente nas causas de cunho patrimonial, é de natureza financeira. Assim, retirar essa grandeza da equação é uma medida de grave repercussão prática e que pode levar à frustração dos acordos processuais.

Terceiro, porque a norma tributária referida pela doutrina como causa obstativa (a saber, o art. 123 do CTN¹⁷⁹) não vai a tanto, e, não chega a coibir a prática de atos civis que possam, por hipótese, estabelecer uma solidariedade entre

¹⁷⁹ Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes. (BRA. Planalto. Código Tributário Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Acesso em: 08-02-2020)

autor e réu em face das custas (pelo interesse comum que guardam em relação ao objeto do litígio).

Como quarta razão é preciso recordar que a norma do art. 123 do CTN não é norma protetiva do interesse de qualquer das partes do processo. É norma que veio a lume como forma de tutela do crédito público, traduzindo apenas uma medida legal de facilitação da perseguição dos valores tributários, evitando subterfúgios e desvios de responsabilidade. Desse modo, pouco importa à Fazenda quem é que paga o valor devido pelo tributo, se devedor originário ou terceiro, o que importa é que pague. Somente na hipótese de atuação do fisco (mediante lançamento de ofício ou cobrança) é que tem operabilidade a norma do art. 123 do CTN.

Portanto, observando-se o limite do art. 123 do CTN – que se põe como regra protetiva dos interesses fazendários, e, nada tem a ver com a figura do autor e do réu no processo – o legislador poderia ter feito a opção de autorizar a disposição sobre a responsabilidade pelo pagamento das custas processuais.

Há, entretanto, um debate no item em questão que interessa mais de perto à presente pesquisa e diz com as disposições probatórias (ônus e deveres processuais atinentes à prova). Segundo entendemos, o tema recebe tratamento legal, e, portanto, as disposições regulamentares afetas a prova constituem potenciais limites legais a serem avaliados em face das convenções.

Diz-se potenciais porque existem pontos cinzentos na interconexão entre o espaço de autorregramento das partes com a disposições regulamentares probatórias, em especial no que se refere aos poderes do Juiz a partir do art.370 do CPC¹⁸⁰. Em referido artigo o CPC assegura a iniciativa probatória do julgador, a partir da ideia de que a participação do Juiz na colheita da prova seria vetor indispensável para se alcançar um processo justo.

¹⁸⁰ Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

(BRA. Planalto. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10-10-2019)

Há, todavia, a nosso sentir um arcaísmo por parte da doutrina que se mantém presa às ideias autoritárias do processo ao atrelar a concepção de um processo justo com a participação do juiz, ou, ainda mais além, com os poderes do magistrado do processo. Segundo essa linha de pensar o processo só é justo se assegurado um espaço de poder ao magistrado.

Dentre esses poderes aquele que mais estranheza causa é o poder instrutório do magistrado. É inegável que existam situações de vulnerabilidade e desequilíbrio entre as pessoas, e, que tal pode se espelhar no processo. Todavia, não são apenas em casos em que constatada alguma vulnerabilidade que age oficiosamente o juiz. O faz em todo e qualquer caso. Daí o problema.

Ao Estado compete agir em etapa antecedente ao processo, na oferta de assistência jurídica adequada, e, na adoção de procedimentos legais que possam contribuir para minorar as diferenças (a exemplo da própria *Disclosure* e *Discovery*). A intervenção do Estado, desse modo, ganharia em neutralidade, e, principalmente, evitaria os danosos efeitos colaterais que acabam por corromper o ambiente do processo e distorcer a ideia de decisão justa.

Do modo como ocorre atualmente a atuação do juiz, a pretexto de recompor o equilíbrio entre as partes do processo, altera, sempre (em favor de uma das partes), a correlação de forças, e o faz de tal modo que não é incomum que a parte se veja em um litígio com o Juiz sem que haja por parte do adversário, até mesmo, o devido interesse e cuidado na tutela do direito.

Dizendo de modo mais claro, o juiz quando intervém, intervém em favor de uma das partes, e o faz, por óbvio, imaginando (a partir de uma ficção aceita pela sociedade) que está por agir em espaço de neutralidade.

Os entusiastas do publicismo (autoritarismo) costumam ter apego a esse argumento (a necessidade de intervenção do Estado para supressão de desigualdades) como mote para a crítica do modelo americano. Michele Taruffo, por exemplo, ao criticar ao sistema adversarial não poupa adjetivos:

“O processo *adversary* é pouco eficiente, caro, complexo e imprevisível. Além disso, favorece as partes que podem se permitir ter a defesa mais eficaz, visto que se funda na

igualdade formal das partes, sem assegurar, todavia, a igualdade substancial, sem tutelar as partes fracas (fadas à sucumbência na maior parte dos casos), sem assegurar adequada representação dos interesses em jogo.”¹⁸¹

Ousamos discordar tanto das premissas quanto das conclusões. O processo civil americano é, certamente, dos mais eficientes do mundo e os números trazidos no presente trabalho, pensamos, comprovam matematicamente o argumento.

A complexidade, por sua vez, não é atributo que possa favorecer muitos sistemas processuais de *civil law*. O próprio processo civil brasileiro é matéria com especial carga de complexidade.

Quanto à imprevisibilidade, duas são as interpretações possíveis. Quanto às condutas e medidas de parte contrária o registro é oposto, a fase da *Disclosure* e *Discovery* permite um planejamento ainda maior que o sistema da *civil law*. Quanto ao resultado, é sintomático que se pense o contrário, que um processo possa ser previsível. Se assim for, é melhor que poupemos esforços e recursos de todos, e, passemos logo à imposição da decisão que autoritariamente se entenda por adequada.

Talvez reste razão ao mestre italiano quanto ao custo, todavia, parece ser para aí onde as coisas estão por caminhar também no Brasil (a prevalecer as sugestões dos defensores da análise econômica do Direito).

Fato é que no modelo americano as partes se põem em litígio uma contra a outra e não contra o Juiz. Ao contrário da jurisdição brasileira, em que, por ausência de garantias, a intervenção do juízo se dá quase sempre em dosagem inadequada para equilíbrio e isonomia das partes.

Por essas razões, assumir que a magistrado possa ignorar os limites do acordo probatório que disponha sobre os ônus e deveres, a partir do art. 370 (aplicável para o procedimento legal), significa sustentar uma interpretação rigorosamente contrária à ideologia liberal que restou acolhida pelo legislador na redação do art. 190 do CPC e que informa o procedimento convencional. A nosso

¹⁸¹ TARUFFO, Michele. Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 132.

pensar não há sentido prático em interpretar o art. 190 do CPC sob as lentes de uma ideologia autoritária (publicista), dado que o resultado não muda.

Persistem ainda outros fundamentos.

Admitir a possibilidade de o juiz determinar prova de ofício em face de procedimento convencional que tenha reequilibrado os ônus e deveres probatórios (em formato diverso daquele legalmente imposto) significa admitir a quebra do reequilíbrio que foi aceito pelas partes. É o mesmo que admitir, metaforicamente, que o magistrado ponha a mão na balança a seu bel prazer (de ofício) em total desrespeito à margem de liberdade constitucionalmente assegurada às partes para autorregramento.

Tirante a hipótese de vulnerabilidade versada no parágrafo único do art. 190 do CPC não é dado ao magistrado, a pretexto de uma ficção amparada por uma ideologia autoritária (de que sua atuação é garantia de justiça), desrespeitar a vontade das partes.

Em adição, é preciso que se tenha presente a noção de que o art. 370 em nada fala mais alto do que o art. 190 do CPC. Está-se a discutir normas de igual hierarquia cuja aparente antinomia se soluciona pelo critério da especialidade. A regra do art. 370 é regra geral para o procedimento comum, legalmente imposto. A regra do art. 190 é especial, versando o procedimento convencional. Deste modo, não há como se admitir a prevalência do art. 370 do CPC diante da especialidade do procedimento que tenha sido delineado pelas partes.

Não menos importante é o argumento afeto à situação jurídica de terceiros, segundo o qual as partes não poderiam versar sobre as prerrogativas do juiz. É um discurso que parece sensibilizar. Entretanto, a premissa do argumento é equivocada. Dispondo sobre ônus e deveres probatórios as partes não dispõem sobre o poder do juiz, mormente, sobre o poder do juiz diante do procedimento comum (ao qual se direciona o art. 370 do CPC). O contrário, todavia, é verdadeiro, admitindo-se que o juiz possa se imiscuir na produção da prova em procedimento convencional admite-se também que possa desrespeitar os termos da convenção em benefício de uma das partes.

Ainda, subsiste o argumento da verdade, segundo o qual somente ao juiz interessa a persecução da verdade¹⁸², e às partes interessa apenas a prevalência, a qualquer custo, dos seus interesses. Assim, somente o procedimento que assegure espaço de atuação oficiosa pelo juiz em tema probatório seria procedimento adequado para o trato da verdade, e, por conseguinte, procedimento vocacionado para a justa (e não apenas efetiva) prestação da tutela jurisdicional¹⁸³.

¹⁸² Acerca da adjetivação da verdade buscada no processo importantes observações são trazidas pelo Prof. Michele Taruffo: “De algumas distinções inúteis podemos nos liberar rapidamente. A principal dessas é a que contrapõe verdades absolutas e verdades relativas. Sendo evidente que a Verdade com letra maiúscula (ou seja, a verdade absoluta) não pertence ao mundo das coisas humanas, é também evidente que essa não pertence ao mundo da justiça e do processo. [...] De resto, dizer que nas coisas humanas (e, portanto, também no processo) se lide somente com verdades relativas (com letra minúscula), não significa de fato desvalorizar a função da verdade, nem mesmo adotar uma concepção subjetivista ou relativista dessa. [...] Essa pode ser considerada relativa não no sentido de depender das opções individuais dos sujeitos que dela se ocupam (visto que, desse modo, cair-se-ia em um relativismo radical inaceitável), mas sim no sentido de que o *conhecimento* da verdade relaciona-se com o contexto em que surge, com o método com que se desenvolve sua busca e com a quantidade e a qualidade de informações de que se dispõe (e sob as quais tais conhecimentos fundam-se). [...] O enunciado é verdadeiro ou não: não pode ser <mais ou menos> verdadeiro. O que pode variar, dependendo das circunstâncias, é o grau de confirmação que pode ser atribuído a esse enunciado, com base nos conhecimentos disponíveis: portanto, pode-se dizer que, em contextos determinados e de acordo com as circunstâncias, pode existir uma maior ou menor aproximação à verdade. Por conseguinte, é o conhecimento da verdade que se qualifica como relativo [...]”

Dando sequência à lição ainda preleciona o citado professor da Universidade de Pávia (Itália): “Outra distinção carente de fundamento que se pode rapidamente deixar de lado (não obstante se trate de um consenso bastante difundido) é aquela que se põe entre verdade *formal* ou *processual*, que se estabelece no contexto do processo, e verdade *real*, que seria apurada somente fora do processo. A justificativa dessa distinção parece consistir na circunstância de que no processo existem normas que concernem às provas (condicionando, portanto, de várias maneiras a apuração dos fatos) e regras (como aquelas sobre a coisa julgada) que põem fim à busca da verdade. Pelo contrário, fora do processo a busca da verdade <verdadeira> poderia desenvolver-se de forma livre e ilimitada.

Esse modo de pensar é, entretanto, falacioso. Por um lado, pode-se dizer que, em linhas gerais, não existem diferentes espécies de verdade, que dependeriam de se estar no interior ou exterior do processo [...] Quanto às regras que concernem à admissão, à produção – e, por vezes, até mesmo a valoração das provas – pode-se observar que essas podem limitar ou condicionar de modos diferentes a busca da verdade, isso não implica, entretanto, que essas determinem a descoberta de uma verdade *diferente* [...] O problema então não concerne à verdade, mas aos limites em que a disciplina do processo consente que essa seja apurada.” (TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O Juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 105-107)

¹⁸³ Tecendo críticas ao sistema adversarial do modelo norte americano o Prof. Michele Taruffo pronuncia: “Como já acenado a controvérsia é decidida com base no êxito do livre confronto das partes e, se o confronto desenvolver-se regularmente, esse êxito será considerado justo por definição, sendo aceito como tal. A decisão, por conseguinte, nada mais é do que uma espécie de registro do resultado da competição. Isso faz com que o conteúdo daquilo que é decidido e a qualidade da decisão não tenham qualquer relevância autônoma; interessa somente o fato de que a controvérsia tenha sido resolvida através do confronto entre as partes. Disso deriva a absoluta irrelevância da veracidade ou falsidade da apuração dos fatos em que a decisão se funda. Se há uma coisa que não interessa de modo algum ao processo *adversary* é justamente a verdade. Aliás: os intérpretes mais rigorosos da concepção adversarial do processo frisam que a verdade dos fatos não é um objetivo do processo, *não devendo* ser buscada.” (sic) (TARUFFO, Michele. Uma simples

Trata-se, segundo vemos, de mais um argumento de matriz ideológica publicista formatada e atrelada à tradição da *civil law* que parece brigar com os valores hoje presentes até mesmo na abordagem de quem defende uma posição cooperativa de processo. É dizer, a cooperação tem por pressuposto a concorrência de funções equivalentes (sob a perspectiva da relevância estratégica), caso contrário, é de hierarquização e imposição de que sealaria. Assim, para se admitir a cooperação há de se admitir, *ex ante*, a equivalência entre o interesse privado e o interesse público que gravitam em torno do processo.

Quem, todavia, recolhe a verdade apenas a um lado, esvaziando o interesse privado, como se fosse ausente de qualquer valor moral, faz opção por um sectarismo um tanto incompatível com a realidade.

Aliás, como resposta ao argumento da verdade, entendemos que a prática da vida denuncia justamente o contrário do que pregado pelo Prof. Michele Taruffo. É precisamente quando se abandona a fiscalização mútua das partes, dando poderes e protagonismo ao Juiz (como espécie de curador legal dos envolvidos) que a verdade também é abandonada, sujeita que está ao subjetivismo e voluntarismo de alguém que age inconsequentemente diante do conflito.

É ante o autoritarismo (que melhor define o modelo publicista de processo) que o “conteúdo” e a “qualidade” daquilo que é decidido perde relevância, e, não ante a maior ou menor participação das partes na condução do processo.

Por fim, há o argumento segundo o qual os negócios processuais que condicionem o juiz em matéria probatória levariam ao risco de comprometimento do livre convencimento motivado do magistrado, o que se diz “requisito imprescindível ao alcance de uma tutela dita justa”¹⁸⁴. Há nesse último argumento, para além de forte tinta ideológica o equívoco quanto à teoria de valoração da prova constitucionalmente aceita.

verdade. O Juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 133)

¹⁸⁴ BUCHMANN, Adriana. Limites Objetivos ao Negócio Processual Atípico. Belo Horizonte: Letramento, 2018, p. 240.

É que entendemos, juntamente com parcela da doutrina¹⁸⁵, que a retirada da expressão “livre convencimento” (art. 371 do CPC) do texto legal, associada à obrigação textual de respeito à integridade e coerência da produção jurisprudencial (art. 926 do CPC) seria razão mais do que suficiente para que se compreenda que o juiz não é “livre” para apreciação das provas (como em 1939 e 1973 se assegurava). Está ele vinculado legalmente aos parâmetros anteriores (que tenha construído a jurisprudência) e com base no qual a sociedade se referencia para as tomadas de decisões.

3.5.1.2.3 Boa-fé e cooperação

Um terceiro e relevante limite legal ao objeto das convenções processuais diz respeito ao dever de cooperação e boa-fé objetiva que se extrai da leitura conjunta da cláusula geral da convencionalidade com os artigos 5º e 6º do CPC¹⁸⁶.

Segundo entende Antonio do Passo Cabral as partes devem obediência a tais princípios de modo que haja prestação adequada de informações, com clareza e precisão, e, que o conteúdo da avença seja compreensível e nos seus limites assegure previsibilidade e segurança jurídica aos participantes¹⁸⁷.

Algumas palavras, todavia, se fazem necessárias quanto à boa-fé objetiva, não só pela sua relevância para o direito brasileiro, como para a operacionalização dos mecanismos da *Disclosure* e *Discovery* nos moldes em que propomos no presente trabalho.

O princípio da boa-fé *objetiva*, nada obstante tenha amplitude e aplicabilidade esparsa, repousa com maior harmonia no direito das obrigações, ambiente que permite definir os exatos termos de seu significado:

¹⁸⁵ STRECK, Lênio. O fim do livre convencimento motivado. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia...[et al.]; coordenação Dierle Nunes, George Salomão Leite, Lênio Streck. 1 ed. Florianópolis (SC): Tirante Lo Blanch, 2018.

¹⁸⁶ Art. 5º. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

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

(BRA. Planalto. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10-10-2019)

¹⁸⁷ CABRAL, Antonio do Passo. Convenções Processuais. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivum, 2018, p.363.

Ele compreende um modelo de eticização de conduta social, verdadeiro *standard* jurídico ou regra de comportamento, caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte.¹⁸⁸

Trata-se, portanto, de princípio que permite aferição concreta, a partir de elementos e comportamentos práticos e objetivos da vida real e que não se confunde com a ideia de boa-fé *subjetiva* enquanto conceito interno ao agente, de cunho psicológico. Aliás, é com base nessa elementar distinção que comumente se diz que “...alguém pode estar agindo de boa-fé (subjetiva), mas não segundo a boa-fé (objetiva)”¹⁸⁹. Sobre o ponto, vale nova referência à doutrina especializada:

Esse dado distintivo é crucial: boa-fé objetiva é examinada externamente, vale dizer, a aferição se dirige à correção da conduta do indivíduo, pouco importando sua convicção. O contrário da boa-fé subjetiva é a má-fé; já o agir humano desprovido de lealdade e correção é apenas qualificado como carecedor de boa-fé objetiva. Tal qual no direito penal, irrelevante é a cogitação do agente.¹⁹⁰

Tal princípio tem raízes profundas, ligadas às noções mais fundantes e essenciais ao convívio social, e, encontra sua justificação no interesse coletivo de que as pessoas pautem seu agir na cooperação e retidão, garantam a promoção do valor constitucional do solidarismo, incentivando o sentimento social de justiça social, com repressão a todas as condutas que importem em desvio aos parâmetros sedimentados de honestidade e lisura. Seria, em última instância, a tradução no campo jurídico do indispensável cuidado e estima que devemos conceder ao nosso semelhante¹⁹¹.

Assim, com esse alto teor de significado, a boa-fé *objetiva* foi expressamente introduzida no texto legal do Código Civil em artigos esparsos, desempenhando funções diversas, segundo a clássica lição enfatizada por Judith Martins Costa: a) função de otimização do comportamento contratual, conjectura em

¹⁸⁸ ROSENVALD, Nelson. Dignidade humana e boa-fé no código civil. São Paulo: Saraiva, 2005, p.80.

¹⁸⁹ ROSENVALD, Nelson. Dignidade humana e boa-fé no código civil. São Paulo: Saraiva, 2005, p.80.

¹⁹⁰ ROSENVALD, Nelson. Dignidade humana e boa-fé no código civil. São Paulo: Saraiva, 2005, p.81.

¹⁹¹ ROSENVALD, Nelson. Dignidade humana e boa-fé no código civil. São Paulo: Saraiva, 2005, p.81.

que o princípio impõe às partes deveres de conduta (especificamente, de proteção, lealdade e esclarecimento) e cooperação com os interesses da outra parte a fim de que o contrato tenha curso da melhor forma possível; b) função de limite ao exercício de direitos subjetivos, hipótese em que o princípio facilita a constatação do que venha a caracterizar abuso de direito, e; c) função de reequilíbrio do contrato, cenário em que o princípio autoriza a atuação do judiciário promovendo as *“necessárias rupturas sobre situações puramente formais como fundamental exigência de retribuição da prestação de um modo materialmente equivalente e socialmente justo”* ¹⁹².

Tal padrão de comportamento exigido pela lei como forma de garantir a “otimização” do comportamento contratual encontra maior detalhamento na doutrina e na jurisprudência nacional que referem os deveres acessórios de conduta, em especial, os deveres de proteção, lealdade e esclarecimento, assim categorizados tendo em vista o propósito e finalidade que objetivam.

Precisamente, o dever de proteção impõe a obrigatoriedade de comportamento que proteja a contraparte dos riscos de danos a sua pessoa e ao seu patrimônio na constância da relação contratual. Ou seja, a contraparte, embora guarde interesses parcialmente antagônicos em razão do acordo, não deve sabotar o outro acordante a fim de assegurar vantagens exclusivas e unilaterais.

O dever de lealdade, por sua vez, exige das partes a abstenção de qualquer conduta capaz de falsear o propósito final do contrato ou desequilibrar os ônus das obrigações (*rectius*, prestações) assumidas pelas partes. Mais ainda, tal dever impõe conduta comissiva, de cooperação para satisfação final do contrato.

É nesse *locus*, portanto, dentro do espectro de significado do dever de lealdade, que reside o dever de cooperação entre os acordantes, cujo conteúdo foi bem explicado pela lição de Rosenvald, conforme segue:

O dever de cooperar não se limita a uma atuação omissiva no sentido de não-obstaculização do cumprimento da prestação. A colaboração intersubjetiva poderá dar-se de forma ativa, de modo que as partes se facilitem, mutuamente, a entrega de

¹⁹² MARTINS COSTA, Judith. Diretrizes teóricas do novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 199.

documentos e a execução de serviços que sejam relevantes para o adimplemento da obrigação principal.¹⁹³

Por fim, o dever de esclarecimento, a demandar das partes o total compromisso com o tráfego de informações e a transparência necessária para a correta avaliação dos riscos e ônus que acompanham os negócios.

Tudo isso tem profundo impacto nas convenções processuais, dado que a despeito da previsão do art. 5º do CPC e do seu particular objeto (o processo), a natureza jurídica das convenções processuais (item 3.2) atrai consigo toda disciplina da boa-fé objetiva (tal como regulamentada pela lei material civil), trazendo a reboque os deveres acessórios que dali derivam.

3.5.1.2.4 Isonomia entre os acordantes

Rigorosamente a isonomia (igualdade) quando se relaciona com o processo assume dimensões ou feições diversas, de modo que se fala hoje em igualdade *ao* processo, igualdade *no* processo e *pelo* processo¹⁹⁴.

A igualdade *ao* processo traduz uma obrigação imposta ao Estado de assegurar a todos, indistintamente, a possibilidade concreta de acesso à Justiça, de modo que as partes possam dar início ao processo partindo de uma posição de igualdade. Implica atuar *ex ante* para superar as diferenças de ordem econômica, social e cultural a fim de que as partes atinjam uma posição de equilíbrio para o acesso ao processo.

Igualdade *no* processo significa assegurar aos litigantes identidade de meios para atuar e influenciar o julgamento, sem assimetrias técnicas, de modo a se alcançar posições processuais equilibradas. Trata-se, contudo, de um juízo desenvolvido pontualmente, que deve se conformado para cada situação específica (é dizer, para cada processo) e não abstrata e genericamente.

Por fim, a igualdade *pelo* processo informa a insuficiência da igualdade *inter partes* e *intra caso*. Para que se tutele de maneira efetiva a isonomia,

¹⁹³ ROSENVALD, Nelson. Dignidade humana e boa-fé no código civil. São Paulo: Saraiva, 2005, p.107.

¹⁹⁴ ABREU, Rafael Strangelo de. A Igualdade e os Negócios Processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Processuais*. Vol.1, Salvador: Juspodivum, 2015, p. 322-323.

necessário que todos sejam tratados de modo uniforme no que respeita à aplicação do Direito. Ou seja, todos os que titularizem condição jurídica assemelhada tem o direito de receber do Estado o mesmo resultado produzido no processo afeto aos demais casos. Ser igual nessa perspectiva é impedir que o Estado destine tratamento isolado e diferenciado a partir de voluntarismo e caprichos de seus agentes no tratamento de determinado caso.

A isonomia se põe como limite às convenções quando se considera a acepção da igualdade *no* processo. Nesses casos, aponta a doutrina, há a necessidade de que as partes estejam em condição de igualdade para que seja válida a pactuação, exigência que se assenta no solidarismo contratual que põs em perspectiva o dogma liberal do “contrato” enquanto produto inquestionável da autonomia privada¹⁹⁵.

Pela premência de lidar com a realidade, fala-se, todavia, em uma espécie de “desconto” que se admite em tema de isonomia, dado que os seres humanos são desiguais por natureza¹⁹⁶. Em razão disso, diferenças entre as partes e as condições que ostentam no processo são aceitas como naturais, de modo que não é qualquer dessemelhança e desigualdade que pode levar à nulidade do acordo.

Rigorosamente, nos termos referidos pelo art. 190 do CPC, é preciso que essa assimetria resvale para uma situação de vulnerabilidade processual evidente e efetiva de alguma das partes. Vulnerabilidade essa que não se encerra em casos de hipossuficiência econômica, mas, pode referir-se a fatores outros (tais como social, jurídica, etc).

O tema da vulnerabilidade, por sua vez, é porta de entrada para discussão sobre os contratos de adesão e eventual abusividade de cláusulas que disponham sobre acordos processuais. Nesse terreno há debate entre aqueles que não admitem os acordos em contratos de adesão (em razão de uma vulnerabilidade

¹⁹⁵ O solidarismo contratual é, em singela abreviação, um movimento fruto da publicização do Direito Privado (em especial, do direito das obrigações) que permite ao juiz fazer uso, na atividade interpretativa, de elementos e princípios (tais como a função social do contrato e da propriedade) em complemento à pura vontade manifestada pela parte.

¹⁹⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Processuais*. Vol.1, Salvador: Juspodivum, 2015, p. 69.

intrínseca)¹⁹⁷ e aqueles que admitem (por entender que são as circunstâncias do caso concreto que haverão de informar potencial vulnerabilidade)¹⁹⁸. A solução parece bem apontada por Antonio do Passo Cabral ao referenciar um julgado da Suprema Corte Americana, segundo o qual não haveria necessidade de intervenção (tutela) judicial nos casos em que exista uma alternativa viável de negociação para o consumidor (por ter esse agido na esfera de sua liberdade de escolha)¹⁹⁹.

3.6 Controle pelo Judiciário

Com o presente tópico queremos apenas enfatizar, por irrestrita relevância, que o controle do Judiciário se dá *a posteriori*, *post facto*, por expressa determinação legal²⁰⁰. Assim, ainda que se esteja a falar de um acordo processual incidental, havido no curso do processo, está vedado ao Juiz obstar a formalização e concretização da convenção processual.

Mais importante ainda é o fato de que restou proibido ao Juiz interferir com o mérito do acordo (sua pertinência e serventia para as partes). Sua atuação fica limitada a análise da validade *a posteriori* do acordo a partir de 3(três) referenciais: a) eventual nulidade (considerados os parâmetros constitucionais e legais até então referidos); b) inserção abusiva em contrato de adesão, ou; c) manifesta situação de vulnerabilidade de uma das partes.

3.7 Desjudicialização dos meios de prova no Brasil

Saber se é possível convencionar sobre os meios prova no Brasil é uma atividade investigativa que dele levar em consideração não apenas o modelo processual adotado pelo CPC (e os sinais que daí se pode retirar) como também os

¹⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil/ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhardt e Daniel Mitidiero. 3ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.537.

¹⁹⁸ CABRAL, Antonio do Passo. Convenções Processuais. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivum, 2018, p. 369.

¹⁹⁹ IFC Credit Corp. v. United Bus & Indus. Fed. Cred. Union, 512 F.3d 989, 993 (7th Cir. 2008).

²⁰⁰ Art. 190 [...]

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

(BRA. Planalto. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10-10-2019

problemas hoje vivenciados pela sociedade com a prestação jurisdicional e as soluções que se preconizam mundo afora.

Daí a absoluta relevância do quanto foi explorado no capítulo 1 do presente trabalho, assim como das ponderações do capítulo 3 precedentes ao presente tópico. A partir de referidos excertos é possível afirmar que o modelo processual brasileiro já abandonou o publicismo (autoritarismo) que marcava o CPC/73 fazendo clara opção por um modelo de processo cooperativo, a exigir das partes comportamentos objetivos de boa-fé e cooperação na condução do processo.

E dentro desse novo modelo foram implementadas algumas mudanças que podem contribuir com a conclusão da pesquisa, recordadas todas por Júlio Guilherme Müller²⁰¹.

A primeira delas foi a opção que fez o CPC, por intermédio dos artigos 165 e 334, de que as atividades de mediação e conciliação sejam conduzidas por outras pessoas e não mais pelo juiz (exceto quando da audiência de instrução e julgamento, art. 359 do CPC).

Outro exemplo bastante sugestivo do caminho para o qual se endereça o modelo processual brasileiro é a comunicação (intimação) para a audiência de instrução e julgamento. Nos termos do art. 455 do CPC essa passou a ser uma atividade prioritariamente desenvolvida pelos advogados, sem o envolvimento do aparato judicial.

Trata-se de uma clara opção do legislador pela desjudicialização de uma atividade que se dá dentro do processo e que não guarda correlação direta com a vocação prioritária do Juízo que é, apenas, julgar.

Também o saneamento compartilhado do processo (na forma do quanto regulado pelo art. 357 e parágrafos do CPC) embora aconteça em juízo, e, demande homologação, assim como pode contar com a participação do julgador em cooperação com as partes, é uma forma de o legislador sinalizar que a atividade não é exclusiva do magistrado, e, pode (a depender da opção política do legislador) ser

²⁰¹ MÜLLER, Júlio Guilherme. Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova. Análise Econômica e Jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 220.

desempenhada pelas partes. Trata-se, assim, também de um forte indicativo de desjudicialização no Brasil.

A própria ausência no CPC de norma vinculando o juiz da instrução ao julgamento da lide (não repetição do art. 132 do CPC/73) é outro indício que deve ser levado em consideração na presente pesquisa. Isso porque, se o código diz, de forma indireta, que o julgador não precisa ser aquele que realiza a instrução, está dizendo também (por necessidade de coerência e harmonia com o art. 190 do CPC) que a instrução pode ser realizada e conduzida por terceiros, nesse caso, particulares.

O raciocínio ainda se nutre dos exemplos de procedimentos que foram integralmente desjudicializados, tais como o inventário e a usucapião, para os quais se admite o processamento integral perante cartórios extrajudiciais.

Esses exemplos provam que é possível e aceitável pela legislação pátria a desjudicialização de atividades no curso do processo sempre que houver um ganho potencial de agilidade e eficiência.

Há críticos, entretanto, que afirmam haver uma perda de confiança da sociedade na atividade prestacional sempre que se caminha para a privatização do processo. Não há sentido na crítica. Como já explorado anteriormente a falta de confiança deriva do estado atual das coisas, que revela uma “tragédia” na prestação de um serviço público que tem levado à própria negativa da prestação jurisdicional (vide item 1.5 precedente).

A doutrina, na extensão em que acessada pela pesquisa, parece também sinalizar pela plena possibilidade de desjudicialização da prova²⁰², em especial da

²⁰² Julio Guilherme Müller citando Loïc Cadiet trabalha a diferença entre desjudicialização e desjurisdicionalização: “Loïc Cadiet explica que a primeira (desjudicialização) consiste na adoção de meios para retirar do âmbito do Poder Judiciário a solução de controvérsias entre litigantes, o que pode se dar através, por exemplo, da utilização de meios como a mediação, a conciliação, a arbitragem, e intervenção por agências reguladoras, entre outros. A desjurisdicionalização, a seu turno se opera com a transferência a terceiros (auxiliares ou outros sujeitos) de atividades antes atribuídas aos juízes.” (MÜLLER, Julio Guilherme. Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova. Análise Econômica e Jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.347)

prova oral. Fredie Didier, Paula Sarno Braga e Rafael de Oliveira²⁰³, juntamente com Paulo Osternack Amaral²⁰⁴ e Alexandre Freitas Câmara²⁰⁵, todos, afirmam a possibilidade de colheita da prova extrajudicialmente, mediante convenção processual, desde que o resultado seja apresentado por escrito ao órgão julgador.

Sem embargo de tais contribuições entendemos, em conjunto com Julio Guilherme Müller²⁰⁶, pela desnecessidade de apresentação por escrito do resultado da prova oral, colhida extrajudicialmente. Ora, não há razão prática que justifique a necessidade de degravação de oras de depoimento somente para atender uma formalidade ou desejo do Juiz. Já hoje em face do que prevê o art. 460, *caput* do CPC tal exigência se mostra despicienda. Ou seja, colhendo-se a prova oral por intermédio de gravação, em tempos de processo eletrônico, basta que se apresente o arquivo respectivo para anexação aos autos, respondendo o apresentante por eventual litigância de má-fé (na hipótese de defraudação do arquivo).

3.8 Disclosure e Discovery e a extensão do transplante legal

O primeiro ponto na análise da extensão do transplante legal da *Disclosure* e *Discovery* ao cenário brasileiro relaciona-se ao próprio objeto, e, nesse ponto vale recordar a classificação já antes referida no presente trabalho (vide item 3.3) que distingue entre acordos processuais dispositivos e prestacionais.

Eventual acordo processual em que as partes optem pela aplicação do Título V da Fed. R. Civ. P. teria, a nosso sentir, nos termos da classificação germânica, dupla carga eficaz, na medida em que ostentaria características evidentes de uma convenção dispositiva (alcançando o procedimento propriamente dito) sem abandono das características de uma convenção prestacional ou abdicativa (versando situações jurídicas processuais).

²⁰³ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10 ed. rev., ampl. e atual., Salvador: Juspodivum, 2015, p. 94-95.

²⁰⁴ AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 143.

²⁰⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 2 ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2016, p. 236-237.

²⁰⁶ MÜLLER, Júlio Guilherme. Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova. Análise Econômica e Jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 222.

A eficácia dispositiva é bastante nítida na medida em que se opera uma total desjudicialização da prova com os mecanismos da *Disclosure* e *Discovery*, portanto, o impacto procedimental é bastante claro.

A eficácia prestacional, por sua vez, embora menos perceptível é possível de ser constatada quando em destaque a renúncia à exercibilidade de situações jurídicas geradas pela regulamentação do direito probatório vigente. O exemplo mais próximo advém da análise da colheita da prova pericial. As partes abdicam do direito de obter uma opinião de terceiro, indicado pelo Estado-Juiz, e, assumem o comportamento de aceitação do resultado advindo do confronto de laudos e do interrogatório dos experts (indicados por cada qual).

Conforme detalhado em tópico precedente (item 2.7.1.4.1) não há pela Fed. R. Civ. P. a previsão de nomeação de terceiro *expert* que seja, a partir da ficção aceita no Brasil, de “confiança” do Juízo.

Veja-se, também, que não há supressão propriamente dita desse meio de prova, apenas abdicação de uma forma especial de realização (legalmente determinada).

Essa constatação leva a um segundo ponto da análise da extensão do transplante legal operado pela janela do art. 190 do CPC.

É que a opção pela *Disclosure* e *Discovery* alcança apenas o aspecto formal (procedimental) da garantia processual (*rectius*, direito fundamental) albergada pelo devido processo legal (procedural *due process of law*) e que assegura à parte o direito pleno de se desincumbir do seu ônus probatório sem restrições capazes de prejudicar a prova do direito.

Adriana Buchmann, em dissertação que mereceu a publicação em versão comercial, contribui para o entendimento:

“[...] necessário distinguir o viés formal do viés material das garantias processuais. Veja-se: as garantias, mesmo as processuais, possuem um aspecto formal (desenhado procedimentalmente visando protegê-las), e um aspecto material (consistente no valor protegido). Assim, por exemplo, a concessão de prazo para que a parte adversa possa se manifestar acerca das alegações ou

documentos colacionados pelo outro litigante é garantia ao contraditório em seu aspecto formal, enquanto a necessidade de essa parte ser ouvida e poder influenciar no resultado do processo é garantia ao contraditório material. Logo, ao se convencionar a restrição de prazo de resposta não se está suprimindo o contraditório, tampouco o flexibilizando. O direito material a participar e influenciar a lide instaurada permanece preservado, apenas com delineamentos diversos [...]

Exsurge, portanto, que a flexibilização da forma não implica, necessariamente, a mitigação da materialidade da garantia, sendo que a primeira é amplamente passível de negociação processual, uma vez que não repercute em violação à segunda.”²⁰⁷

Assim, a extensão do transplante legal aqui proposto, sob essa perspectiva, segundo compreendemos, fica limitada ao aspecto formal do direito fundamental ao devido processo legal, sem que haja risco de ofensa ao seu núcleo material.

Também é relevante ter presente que a adoção das regras da *Disclosure* e *Discovery* não significa de modo algum um distanciamento dos demais direitos fundamentais processuais antes referidos (vide item 3.5.1.1.2) dada a interpenetração e aproximação que hoje se constata entre os sistemas e famílias da *common law* e *civil law*. A tal ponto chega o intercâmbio entre as duas famílias que a doutrina sustenta o compartilhamento conjunto de princípios e a identificação de um mesmo escopo para atividade jurisdicional:

“[...] In a historical perspective, it may be easy to identify certain key differences between the two, which have contributed to the establishment of two models of procedure. [...]

By now, a general consensus has developed that the two models are less at odds than they have often been described; that they share de same fundamental principles (independence and impartiality of the adjudicator; right to be heard) and attribute the same purpose to civil procedure – the efficient and just dispatch of private disputes; and that they both stick to a private conception of procedure, based on the principle of party disposition in its various facets.”²⁰⁸

²⁰⁷ BUCHMANN, Adriana. Limites Objetivos ao Negócio Processual Atípico. Belo Horizonte: Letramento, 2018, p.206-207.

²⁰⁸ “[...] Em uma perspectiva histórica pode ser fácil identificar certas diferenças fundamentais entre os dois modelos (common law e civil law), as quais contribuíram para a própria delimitação de cada qual. [...]

E se é assim, se há identidade de escopo perseguido por ambos os modelos é intuitivo que haja o compartilhamento de valores e princípios, a despeito da ideologia prevalecente em cada um dos modelos de processo civil (Estados Unidos v. Brasil).

Aliás, sob nossa perspectiva, se o sistema processual americano como um todo é o exemplo máximo do modelo adversarial, não é assim que pode ser qualificado o procedimento quando recortado e analisado apenas na fase da *Disclosure* e *Discovery*.

Essas são fases em que o processo civil americano conseguiu com êxito criar mecanismos que condicionam a postura de boa-fé objetiva e cooperação entre as partes²⁰⁹. Tudo o quanto se disciplina no Título V da Fed. R. Civ. P. é um roteiro de atuação que sedimenta atos de compartilhamento de informações e provas, a bem informar e orientar a parte adversa.

Mais corretamente, portanto, essa fase do processo civil americano espelha o modelo cooperativo de processo. E, por essa razão é perfeitamente possível identificar uma convergência de propósitos entre os instrumentos da *Disclosure* e *Discovery* e a expectativa de comportamento que o CPC espera, hodiernamente, dos litigantes.

Uma terceira abordagem quanto à extensão do *legal transplant*, mais prática, refere-se ao fato de que a incorporação da *Disclosure* ou *Discovery* no Brasil pode ser pontual, versando a respeito desse ou daquele instrumento (dentre todos os previstos no Título V da Fed. R. Civ. P.), fazendo-se o transplante atomizado, por

Em tempos atuais desenvolveu-se um consenso de que os dois modelos têm menos diferenças do que tem sido descrito; de que eles compartilham dos mesmos princípios fundamentais (independência e imparcialidade do juiz; direito ao contraditório) e atribuem o mesmo escopo ao processo civil – a resolução justa e eficiente das disputas; e que ambos estão ligados à concepção privada do processo, baseado no princípio dispositivo a partir de suas várias facetas.” (*tradução livre*) CHASE, Oscar. et. al. *Civil litigation in comparative context*. St. Paul (MN): Thompson West, 2007, p.5.

²⁰⁹ Quanto às eventuais críticas relacionadas à *overdiscovery* ler o item 2.4 e seguintes do trabalho.

assim dizer. Nesse caso, dar-se-ia o enfrentamento e análise individualizada de cada meio de prova²¹⁰.

Sem embargo dessa possibilidade a extensão do transplante legal é quase total, dado que se está num amplo espaço assegurado à autonomia da vontade a partir da conjugação da cláusula geral dos meios probatórios (art. 369 do CPC), que afiança sua atipicidade, com a cláusula geral da convencionalidade (art. 190 do CPC).

Dizemos quase total porque possível que alguns fatores de deformação (identificados no início dessa pesquisa) ao incidirem no transplante jurídico funcionem como limitadores, impedindo o uso integral da regulação da *Disclosure* e *Discovery*.

Nem mesmo o limite que se diz aplicável somente às convenções dispositivas, segundo o qual as alterações de procedimento devem sempre buscar “ajustá-lo às especificidades da causa” (art. 190, *caput*, do CPC), seria óbice à aplicação da *Disclosure* e *Discovery* no Brasil. Isso porque os instrumentos previstos no Título V da Fed. R. Civ. P. identificam-se, na sua quase totalidade, com os meios de prova típicos (previstos pelo CPC para o procedimento comum). O que implica dizer que se trata de instrumentos adequados, em princípio, para todo e qualquer procedimento. Ou ainda, com maior precisão, que não é possível falar em incompatibilidade, *a priori*, entre o aparato previsto no Título V da Fed. R. Civ. P. e dado tipo de causa.

Bem vistas as coisas, as partes, a optar pela *Disclosure* e *Discovery*, estariam apenas preenchendo por convenção o espaço de atipicidade/liberdade que lhes garante a lei com um modelo privado de produção dos meios de prova típicos. Opera-se, portanto, apenas a desjudicialização da colheita da prova. Significa produzir de forma atípica prova típica.

3.8.1 *Disclosure* e *Discovery* e as funcionalidades possíveis. Modos de operacionalização do transplante jurídico

²¹⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. O projeto do novo Código Comercial e a proposta de permuta de documentos entre as partes: *discovery* brasileira? In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setogutti (coord.). Processo societário. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

Sabendo como funciona a *Disclosure* e a *Discovery* a partir da regulação do título V da Fed. R. Civ. P., cientes dos limites constitucionais e legais que perfilham o regime jurídico das convenções processuais, e, tendo tateado em que extensão se pode operar o transplante legal (em que medida se pode importar referidos institutos do direito americano por intermédio da janela que representa as convenções processuais) resta sabermos agora como funcionalmente dar-se-ia tal operação.

Por outros termos, se faz necessário tratar das seguintes questões: i) a *Disclosure* e a *Discovery* serão convencionadas para operar tal como funcionam nos EUA? Como etapa prévia à fase judicial propriamente dita? De modo que servirá apenas para racionalizar a tomada de decisão quanto ao seguimento ou não do processo; ii) ou, diversamente, a *Disclosure* e *Discovery* serão convencionadas, em desalinho com seu desenho original, para substituir a colheita da prova final do processo? Operando verdadeira desjudicialização da prova, como parece sugerir os indícios levantados precedentemente no item 3.7?

Apresentam-se algumas possibilidades que serão enfrentadas em resposta aos questionamentos.

A primeira seria a operacionalização do transplante em oportunidade anterior ao início de qualquer processo, é dizer, mediante uma convenção pré-processual as partes em momento anterior ao surgimento de qualquer desentendimento, no curso de uma relação contratual, firmam uma convenção estipulando a sujeição aos procedimentos da *Disclosure* e *Discovery* como medida prévia e mesmo preventiva ao ajuizamento de qualquer demanda judicial.

Nesse caso as partes estariam sujeitas à roteirização da *Disclosure* e *Discovery* por norma convencional em oportunidade anterior ao surgimento do litígio formal. Quem assim já cogitou a hipótese foi o Prof. Flávio Yarshell:

“é preciso considerar que o objeto do negócio processual não se limita a regular o processo jurisdicional (estatal ou arbitral) e pode se prestar a instituir e a regular processo extrajudicial, notadamente para a realização de atividade de instrução

preliminar, à semelhança do que se passa nos sistemas de common law”²¹¹

Nesse sentido, inclusive, como lembra o Prof. Julio Guilherme Müller, o Observatório de Reformas Processuais da UERJ, sob a coordenação do Prof. Leonardo Greco, já sugeriu, desde 2015, projeto de reforma da legislação processual contemplando a possibilidade de instauração de procedimento probatório extrajudicial em etapa anterior à demanda judicial, nos seguintes termos:

“Capítulo VI – Procedimento Probatório Extrajudicial

Art. 34. Independentemente de qualquer demanda judicial no seu curso ou antes dela, as partes de qualquer relação jurídica poderão instaurar procedimento probatório extrajudicial para a definição precisa dos fatos, a identificação e a revelação do conteúdo das provas que eles correspondem, com uma destas finalidades:

I – propiciar a tempestiva troca de informações entre as partes para o eventual esclarecimento da controvérsia;

II – favorecer a rápida solução amigável das divergências entre as partes, evitando custos e prejuízos em consequência da possível necessidade de submetê-las à apreciação judicial;

III – contribuir para uma adequada preparação da demanda futura”²¹²

Observe-se que o projeto formulado embora não se identifique *in totum* com a hipótese defendida no presente trabalho - na medida em que não faz referência à *Disclosure* ou *Discovery*, e, impõe às partes o ônus de formular o procedimento probatório que entendam adequado – sinaliza no mesmo sentido, quanto à possibilidade de que a colheita da prova possa se dar extrajudicialmente em etapa anterior à propositura de qualquer ação.

É interessante observar também que o projeto contempla as finalidades para as quais dar-se-ia a colheita da prova em etapa antecedente ao processo, finalidades que inegavelmente convergem com um ideal de prestação de tutela jurisdicional, e, por isso mesmo, devem contar com o estímulo estatal.

²¹¹ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Processuais*. Vol.1, Salvador: Juspodivum, 2015, p. 66.

²¹² MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova*. Análise Econômica e Jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 226.

Diga-se, aliás, que as finalidades indicadas no projeto não são auto excludentes na medida em que se pode imaginar uma perfeita combinação entre o inciso I e II, vez que a troca tempestiva de informações inegavelmente pode levar à solução de divergências havidas entre as partes na vigência de determinado contrato de longa duração (relacional²¹³).

É admissível, todavia, que surjam pendências (com alegações de descumprimento de algum dever comportamental de parte a parte), e, em tal situação haverá de alguém atuar (em composição ou conciliação), arbitrar ou decidir (resolvendo) o problema, nada obstante as disposições da regra 26 (a) contemplem por diversas oportunidades o dever de atuação espontânea pautada pela boa-fé. Assim, em tal hipótese, ou bem a convenção regula a forma de solução de controvérsias procedimentais ou o socorro ao Judiciário é necessário (mediante tutela de urgência).

Daí surge a dificuldade afeta a essa primeira possibilidade aventada, a tutela do regramento convencional. Dificuldade que vem do fato de que o modelo originário da *Disclosure* e *Discovery* prevê, em última instância, a intervenção (mediante reprimenda) judicial visando a estrita obediência ao roteiro procedimental. Todavia, no caso de se estar em etapa anterior ao ajuizamento do processo, buscar a tutela jurisdicional seria medida que traz consigo alta carga de custos transacionais (vide item 3.10), e, por decorrência, desestímulo à própria colheita da prova em etapa antecedente ao feito.

Alternativamente, sem embargo da adesão as regras da *Disclosure* e *Discovery*, as partes devem prever, no espaço de sua autonomia, uma forma rápida, eficiente e menos custosa para resolução das pendências que porventura possam surgir (a exemplo de uma cláusula compromissória cheia vocacionada para esse fim). Isso faria com que eventuais custos transacionais para solução de controvérsias procedimentais ficassem parcialmente contidos, mantendo ainda estimulante a possibilidade de colheita da prova extrajudicial antes do processo.

²¹³ Antonio do Passo Cabral, em nota de rodapé no seu livro, traz importante distinção: “[...]hoje começa a haver diferenciação entre os contratos transacionais ou os contratos relacionais, estes sendo representativos daqueles que compreendem ou planejam interações de longa duração ou repetitivas. O contrato relacional leva em conta incerteza, indefinição, informações imprecisas, e deve naturalmente ser flexível para dinamicamente adaptar-se.” (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivum, 2018, p. 192)

A segunda possibilidade que se propõe seria a operacionalização do transplante em momento posterior ao início do processo, por intermédio de uma convenção incidental²¹⁴. Nesses casos, convencionando-se em etapa antecedente à conclusão da fase probatória os instrumentos da *Disclosure* e *Discovery* ainda se mantêm úteis.

Todavia essa possibilidade desdobra-se em duas: i) quando a *Disclosure* e *Discovery* são usadas como substitutiva da prova judiciária, e; ii) quando a *Disclosure* e *Discovery* são usadas na sua forma originária, não substitutiva da prova judiciária.

A primeira dessas hipóteses parece ser a mais adequada e consentânea com o esforço de importação e transplante desses institutos, porque efetivamente implica em uma desjudicialização da prova, retirando do Estado o peso e o custo (financeiro, operacional e de pessoal) afeto a toda atividade de colheita de provas.

Quando as partes consentem em fazer uso da prova obtida por meios extrajudiciais, como prova final, sendo desnecessária a repetição de qualquer meio de prova perante o Juízo, é possível verificar enorme ganho de eficiência e agilidade. Entretanto, é preciso recordar que não é esse o desenho original dos institutos.

Dai porque poder-se-ia aventar a hipótese de transplante da *Disclosure* e *Discovery* rigorosamente nos moldes originários, fazendo com que as provas resultantes não fossem categorizadas como provas finais, servindo, como servem na *common law* americana, apenas para prognose de um embate judicial, e, estímulo à composição entre as partes.

Essa última hipótese, porém, sob a perspectiva temporal e financeira, pensamos, é praticamente indefensável. Lembremos que se está por pesquisar instrumentos e meios que possam combater a tragédia da Justiça visando a redução do tempo e do custo do processo. Pensar em uma configuração de processo convencional, ainda que ajustado às peculiaridades da causa (é dizer, ainda que complexidade da causa justifique), que leve ao incremento de tempo e custo (com a

²¹⁴ É possível também que a convenção pré-processual preveja a operacionalização dos institutos da *Disclosure* e *Discovery* apenas incidentalmente ao processo.

recolheita das provas perante autoridade Judiciária) é um aparente contrassenso. Ao menos o é sob a perspectiva de uma análise que leva em conta os custos envolvidos em cotejo com os benefícios gerados (*trade off* entre benefícios e custos).

Por fim, é preciso dizer que cada uma dessas hipóteses comporta uma análise mais detalhada de suas consequências sob a perspectiva da análise econômica do Direito, o que, todavia, não é o foco da presente pesquisa.

3.9. Fatores Teóricos de deformação dos conceitos. Adaptabilidade e operacionalização da *Disclosure* e *Discovery*

Identificamos no início da pesquisa alguns fatores potenciais de deformação dos conceitos manejados no transplante jurídico. Resta saber em que medida esses fatores podem incidir em eventual convenção processual que estabelecesse o uso dos instrumentos da *Disclosure* e *Discovery*.

O primeiro fator de deformação tem a ver com a sedução do modelo estrangeiro e o falso vanguardismo no enfrentamento de problemas de ordem estruturante. O que significa dizer, que os institutos da *Disclosure* e *Discovery*, apesar da sugestão havida com a hipótese da pesquisa, não podem ser vistos e abordados a partir de uma retórica excessivamente passiva ou ilusória no sentido de que sejam soluções definitivas para os problemas externos e sistêmicos vivenciados pela sociedade de hoje (a exemplo do incremento da litigiosidade, aumento da demanda da atividade jurisdicional e redução da qualidade e tempestividade dos provimentos judiciais).

Referidos problemas tem raízes profundas que demandam soluções que perpassam pelo processo civil, porém, aí não se esgotam. Questões de ordem econômica, social e cultural se interpenetram com tal profundidade na realidade brasileira nos dias de hoje que as soluções possíveis para a tragédia da Justiça demandam várias frentes de atuação. Por certo há serventia no modelo americano, entretanto, não parece ser a última solução de vanguarda.

O segundo fator de deformação dos conceitos no *legal transplant* decorre das peculiaridades distintivas de cada país. Trata-se de um fator de ampla incidência

na importação que se propõe com a presente pesquisa tendo em conta a necessidade de se considerar para além das características originárias dos institutos as peculiaridades do processo civil brasileiro – a exemplo da necessidade de que a prova colhida extrajudicialmente valha como prova final em substituição à prova judiciária²¹⁵ a partir de um critério econômico de avaliação.

Por outra forma de dizer, queremos significar que a janela por intermédio da qual se opera o *legal transplant* (convenções processuais) impõe necessariamente algumas restrições ou deformações no instituto originário, deformações que não podem ser olvidadas pelo operador jurídico.

Como terceiro fator de deformação a ser recordado está o cuidado com a linguística e a necessidade de tradução cultural dos institutos e instrumentos objeto do *legal transplant*. Isso significa que os dispositivos da regra 26 (a) da Fed. R. Civ. P., devem ser lidos e vertidos para o português, atentando-se o intérprete para além das especificidades técnicas-jurídicas, também, para uma abordagem cultural.

Trata-se inegavelmente de um custo de transação anterior à celebração da convenção que opte pela aplicação da *Disclosure* ou *Discovery*, e, que precisa ser devidamente valorado dado o potencial de deformação na hipótese de trato não profissional da tradução. A desatenção a esse ponto pode criar empecilhos indevidos, ou mesmo, incrementar indevidamente as alterações que se façam necessárias para operacionalização dos institutos.

É oportuno recordar que a lei processual impõe a tradução para a língua portuguesa por força do quanto disposto no art. 192, *caput*, do CPC. Todavia, defendemos o entendimento de que não se faz necessária a tradução por tradutor juramentado, a uma porque o documento base da convenção não deve ser “redigido em língua estrangeira”, a duas porque não é possível afirmação de que a fonte das obrigações seja a legislação americana, senão o acordo firmado entre as partes. De modo que ao juiz interessa apenas ter acesso ao teor do que convencionado entre as partes.

²¹⁵ A despeito de eventual iniciativa probatória do juiz na forma do art. 370 do CPC.

Obviamente diferente a hipótese em que as partes decidam por fazer mera remição ao texto legal do Título V da Fed. R. Civ. P, em casos tais há de se considerar também o custo financeiro com tradutor juramentado.

Ainda, versamos com o título “a esperança e a desilusão” no capítulo inaugural o quarto fator de deformação da operacionalização do *legal transplant* resultante da não percepção das disfunções da *Disclosure* e *Discovery*, denunciadas em razão do sensível número de publicações da doutrina americana que aborda criticamente o processo americano, em especial pelo problema da *overdiscovery*.

Assim, a despeito dos números reveladores da plena funcionalidade dos instrumentos da *Disclosure* e *Discovery* ainda são muitos os escritos que se concentram em críticas para os casos mais agudos, e, para os quais de fato o sistema não funcionou como deveria. Desse modo é possível dizer que subsistem problemas nos instrumentos processuais dos Estados Unidos ainda não bem resolvidos em face de desafios contemporâneos (tais como o manejo de dados e informações eletrônicas).

Apesar de se saber que parte das críticas endereçadas à *Disclosure* e *Discovery* não se sustentam em uma análise macro dos números a partir das pesquisas encomendadas pelo Comitê Consultivo de Reformas Processuais (Advisory Committee on Civil Rules), conforme considerações críticas de Linda S. Mullenix²¹⁶, o fato é que não se pode imaginar que tenham alcançado os americanos o estado ótimo e último da arte, de modo que os problemas inexistem. Isso simplesmente não dialoga com a verdade, por isso, a necessidade de aproximação dos institutos com o olhar crítico.

O quinto fator de deformação advém do risco de desconsideração da história e do ambiente cultural, tanto da origem como do destino, na prática do *legal transplant*. Ter consciência da ambientação cultural dos institutos da *Disclosure* e *Discovery* e da história que informa seus delineamentos, assim como também, da

²¹⁶ MULLENIX, Linda S. The Pervasive Myth of Pervasive Discovery Abuse: The Sequel. Disponível em: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=2098&context=bclr>. Acesso em: 19-01-2020.

cultura e história do processo civil brasileiro é fator decisivo para o êxito do transplante dos referidos institutos.

Desconsiderar as razões históricas que informaram a reforma processual de 1938 nos Estados Unidos, e, sugerir uma interpretação desatenta a esse fator certamente levará a equívocos na implementação dos institutos da *Disclosure* e *Discovery* no Brasil. Da mesma forma ignorar os movimentos históricos (e as ideologias) por detrás das reformas processuais brasileiras e o caldo cultural que acomoda o CPC de 2015 é receita para o insucesso da operação.

Por fim, o sexto e último fator de deformação provém da intenção pela qual se opera o *legal transplant*. Conforme apontamento da doutrina internacional, o transplante pode se dar de forma maliciosa, com o intuito de restringir determinada categoria de direitos ou mesmo de frustrar determinada política pública, e, por essa razão, haver uma deturpação do instituto objeto da importação legal. Trata-se de uma análise macro, que, segundo entendemos, pode ser replicada para o universo de um litígio individual. Ou seja, é possível que uma das partes no contexto de uma negociação processual que envolva os instrumentos da *Disclosure* e *Discovery* esteja agindo maliciosamente, com intuítos não informados pela boa-fé e dever de cooperação, visando a frustração de um direito da parte oposta ou benefício indevido.

Casos assim não são estranhos à literatura jurídica, e, muito menos à análise econômica do Direito que chega ao ponto de isolar tal fator (malícia, oportunismo) como gerador de custo de transação²¹⁷, e, portanto, como elemento de potencial desestímulo à negociação processual. Destaca Júlio Guilherme Müller que:

“O custo está embutido na desconfiança e na predição do comportamento malicioso, exigindo maior esforço do sujeito na fase pré e pós-negocial. A desconfiança gerada pela previsão de comportamento oportunista exige maior barganha, melhores

²¹⁷ Para além dos custos de transação regulares (ver 3.6 adiante) Oliver Williamson aponta ainda como fatores que repercutem na escolha das condutas (i) a racionalidade limitada, (ii) a complexidade, (iii) o oportunismo e a (iv) especificidade do ativo objeto da transação ou escolha. (WILLIAMSON, Oliver E. *The economic institutions of capitalism*. New York: The Free Press. Collier Macmillan Canada Inc., 1985, p. 30-46.)

informações, detalhamento preditivo nos contratos e controles eficazes de sua execução, todos os custos de transação.”²¹⁸

É fundamental, portanto, que as partes envolvidas na negociação processual avaliem com cuidado as vantagens e desvantagens envolvidas para que não se acabe por permitir um uso deturpado (malicioso) dos institutos da *Disclosure* e *Discovery*.

3.9.1 A colheita da prova documental e a serventia dos “interrogatories”

Já se viu no capítulo 2 que os *interrogatories* constituem-se de questionamentos endereçados à parte adversa a fim de que prestem informações escritas e pontuais a respeito de questões fáticas e jurídicas necessárias à integral compreensão da lide. A questão que se põe agora é saber a serventia desse meio de prova e o valor que se pode atribuir à prova (produto) daí resultante no direito brasileiro.

Antes de tudo é preciso sublinhar que no direito brasileiro se está a tratar de um meio de prova atípico que redunde em prova típica (documental), que pode conter versão de fato e declaração de direito com plena eficácia jurídica, e, vinculativa para o processo na medida em que as informações e declarações de direito são prestadas a partir do dever de cooperação processual, amparadas na boa-fé objetiva, e, produzidas num espaço de liberdade processual da parte.

O resultado dos questionamentos escritos pode servir, portanto, para confissão extrajudicial (art. 389 do CPC), e, quando assim não for, enquadram-se processualmente no art. 408 do CPC fazendo com que se presuma verdadeiro o conteúdo em relação à parte signatária.

Mais do que o seu valor intrínseco, aliás, as respostas aos quesitos formulados pela parte adversa ainda servem para impedir comportamentos contraditórios (*venire contra factum proprio*) que potencialmente possam ser classificados processualmente como comportamento temerário. A se imaginar uma discussão afeta a suposto inadimplemento contratual em que uma das partes, indagada a respeito de determinada obrigação informa o adimplemento parcial

²¹⁸ MÜLLER, Júlio Guilherme. Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova. Análise Econômica e Jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 361.

motivado por fato de terceiro. Essa declaração, por certo, deve impedir que se tome por verdade uma segunda versão, deduzida em peça processual, em que a parte venha a alegar adimplemento integral da obrigação²¹⁹.

O Judiciário, portanto, deve reconhecer especial valor às informações e declarações de direito produzidas a partir dos *interrogatories* porque o foram devidamente pensadas e formatadas (e informadas pelo dever de boa-fé e cooperação), o que elide, inclusive, em larga medida, o risco de respostas precipitadas, ocasionais e inconsequentes.

3.9.2 A colheita da prova oral por intermédio das “depositions”

Essencialmente as *depositions* se identificam com a prova oral (típica) prevista no CPC, aí incluído o depoimento pessoal e a prova testemunhal. A diferença, como detalhada precedentemente, reside no fato de que tudo se passa em ambiente privado, mediante condução própria dos advogados, sem a presença de um juiz.

Ante a possibilidade de desjudicialização da colheita da prova perfeitamente possível que as partes se submetam a regramento convencional que reproduza o *modus operandi* das *depositions*, senão ao próprio regramento do Título V da Fed. R. Civ. P. Assim será necessário que os advogados e as partes, por sua própria conta, deem cabo da colheita da prova oral.

Pode parecer audacioso sugerir que no Brasil advogados, que não recebem qualquer tipo de treinamento ou orientação para a condução de depoimentos extrajudicialmente possam concluir de maneira exitosa tal tarefa, todavia, é preciso recordar que se está no âmbito do autorregramento da vontade, e, que a complexidade desse tipo convenção serve (ela mesma) de filtro para os profissionais que venham a se envolver com isso.

²¹⁹ Exceção à circunstância em que, agindo de boa-fé, a parte se depara com prova nova a subsidiar seu novo relato.

Demais disso, é preciso abandonar, vez por todas, essa mentalidade paternalista, herança da ideologia autoritária, e, que faz menos das partes e dos advogados na condução do processo.

Solução intermédia passa pela indicação de um servidor, auxiliar da Justiça (dentre os muitos assessores de escrivão, chefes de secretaria ou tabelião) para acompanhar a tomada dos depoimentos junto ao escritório de advocacia em que ocorrerá a sessão. A tão só presença de um representante da Justiça, em muitos casos pode representar o fator de equilíbrio e respeitabilidade no trato entre as partes, mormente, em uma cultura não acostumada à independência de procedimentos, como é a brasileira. Complementarmente, o servidor designado pode servir ao Juiz na forma do art. 405 do CPC documentando eventual ocorrência.

Não tem sentido, todavia, que o juiz, em desprestígio a todo o trabalho desenvolvido extrajudicialmente determine o refazimento da oitiva das partes e testemunhas por mero capricho pessoal. Isso só se justifica se da resultante (vídeos contendo os depoimentos) não puder, efetivamente, o juiz sanar suas dúvidas para julgamento. Casos pode haver, é preciso reconhecer, em que a instrução seja realmente malfeita ou se desenrole de maneira conturbada, por limitações dos advogados condutores ou mesmo por mal comportamento das partes e/ou advogados (não denunciado ao Judiciário).

Daí a importância de o Judiciário agir em prestígio ao esforço das partes que denunciem o mal comportamento prestando tempestiva tutela jurisdicional em casos de desrespeito ao regramento convencional que discipline o comportamento das partes, seus deveres e obrigações durante as *depositions*.

Tudo deve ser registrado em vídeo e armazenado adequadamente para *upload* ao sistema dos processos eletrônicos assim permitindo que os interessados e o juiz possam ver e rever os depoimentos de todos para, em conjunto com as demais provas colhidas extrajudicialmente, proceder ao julgamento. Por fim, entendemos desnecessária a degravação dos depoimentos por escrito. A providência é de pouca utilidade, custosa e burocrática.

3.9.3 A prova pericial nos padrões da Discovery

Na prova pericial reside uma das maiores diferenças entre o Processo Civil norte-americano e o brasileiro. É que nos termos do art. 465 do CPC incumbe ao juiz, que detém iniciativa probatória para tanto (inclusive), nomear o perito enquanto profissional distante das partes para tecnicamente opinar sobre questões que exijam conhecimento especializado e digam com o objeto da lide²²⁰. Às partes resta a possibilidade de formular quesitos e combater o laudo pericial por intermédio de parecer dos respectivos assistentes técnicos.

No modelo processual americano tal desenho não existe. A prova pericial nos Estados Unidos, como detalhado no capítulo 2 do presente trabalho é colhida de forma diversa, sem que haja indicação de profissional pelo juízo. Tal atribuição compete exclusivamente às partes. Cada qual indica o profissional que entende adequado, que por sua vez, em razão do sistema adversarial, fica sujeito ao interrogatório (depositions) pela parte contrária. Por assim dizer, há um encontro, uma concorrência, entre laudos e exposições técnicas, a prevalecer aquele que, em associação com os demais elementos de prova, convença a Corte ou o júri.

Por essa razão esse talvez seja um dos pontos mais polêmicos da ideia trazida com a presente pesquisa tendo em vista que em última instância as partes ao convencionarem pela aplicação da *Discovery* - ao menos se o fizerem na forma substitutiva da prova judiciária - acabam por abrir mão do laudo pericial elaborado por terceiro indicado pelo juiz (meio típico, nos termos da lei brasileira).

Rigorosamente pensando as partes abdicam de uma situação jurídica de que são titulares (enquanto beneficiários desse meio de prova) para que remanesçam apenas com os seus respectivos laudos periciais. O esforço de prova nesse caso caminha no sentido de desconstituir tecnicamente o laudo do oponente, recordando-se a disciplina específica que tem a Fed. R. Civ. P. quanto a possibilidade de submissão dos experts às *depositions*.

²²⁰ A observação é feita a despeito do conteúdo do art. 471 do CPC, que trata da perícia consensual, e prevê hipótese de acordo processual típico admitindo que as partes possam escolher de comum acordo o perito responsável. Tal previsão legal não altera a linha de raciocínio que se desenvolveu para efeito de comparação com o modelo americano.

3.9.4 O Papel do Juiz diante do acordo que aplica a *Disclosure* ou *Discovery*

Para além do controle determinado pelo art. 190, par. único do CPC e pelas normas constitucionais quanto à validade da convenção, o juiz deve desempenhar um papel fundamental de garantidor das regras convencionais. É dizer, o judiciário deve ter total interesse na tutela tempestiva e efetiva das normas procedimentais convencionais como forma de legitimar e estimular a prática da desjudicialização da colheita da prova.

Mais do que eventual “perda” de poder no processo o judiciário como um todo ganha com a brutal redução da carga de trabalho e a redução dos custos derivados da etapa probatória do processo, permitindo assim que os juízes tenham mais tempo e condições de realizar os julgamentos.

No que pertine ao regramento da *Disclosure* e *Discovery* (como explorado no capítulo 2) a própria legislação prevê as formas pelas quais se pode denunciar o mal comportamento das partes e/ou advogados, as preclusões e as sanções. Em tais situações a pronta atuação do Poder Judiciário a fim de compelir o regular cumprimento é de fulcral relevância não apenas para o caso em concreto (cuja convenção está por ser desrespeitada) como também para os casos futuros, em razão do efeito pedagógico. Atuar para defender o pleno adimplemento das normas convencionais que adiram a *Disclosure* e *Discovery* significa atuar, em última análise, para defender a própria autoridade e respeitabilidade do Poder Judiciário, hoje envolto em tarefas tão múltiplas que obstaculizam a prestação da tutela de modo adequado.

Nessa linha é preciso dizer, a propósito, que o desempenho do papel de garante pelo juiz - durante a fase de colheita da prova mediante os instrumentos da *Disclosure* e *Discovery* - é uma atividade familiar ao modelo adotado pelo legislador brasileiro. Isso porque já hoje o juiz funciona como garantidor de que as partes ajam com boa-fé e de modo cooperativo (art. 81 do CPC). Bastaria que o fizesse no curso do procedimento convencional.

E não se diga que há muita distância entre o direito brasileiro e as previsões da Fed. R. Civ. P. (assim como da própria *common law* americana) como óbice ao argumento defendido no presente trabalho. A doutrina e os tribunais

superiores, em especial, não se cansam de se socorrer dos referenciais internacionais, seja dos escritos doutrinários seja das decisões das Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais mundo a fora como subsídio na atividade de interpretação e aplicação do direito. Assim também podem funcionar os juízes de primeira instância sempre que se fizer necessário perquirir por aprofundamentos ou *standards* referidos pelo Direito norte-americano e relacionados à interpretação e correta aplicação das disposições afetas a regra 26 e correlacionadas da Fed. R. Civ. P.

Aliás, está cada vez mais comum a referência a institutos e conceitos da *common law* no dia a dia da prática e tráfego jurídico no Brasil, ao ponto em que mesmo conceitos que contam com elaboração teórica nacional acabam sendo explicados e exemplificados por referências de julgados das Cortes americanas²²¹.

Demais disso, nada impede, e, ao contrário, seria até salutar que se formasse jurisprudência e precedentes²²² nacionais a respeito da *Disclosure* e *Discovery* como meio de se solidificar, de *lege lata*, a cultura de desjudicialização da colheita da prova em contribuição essencial para o enfrentamento do problema da tragédia da Justiça.

²²¹ Exemplo sintomático dessa dependência é a explicação trazida por Eduardo Cambi a respeito da técnica de ponderação: “A ponderação é uma técnica de decisão jurídica empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas tradicionais de hermenêutica. Por exemplo, em *Riggs vs Palmer* (ou caso Elmer), julgado pelo Tribunal do Estado de Nova York, era necessário decidir se Elmer poderia usufruir da herança que o avô lhe deixara em testamento, mesmo o tendo assassinado, já que as leis do Estado de Nova York não previam o homicídio como causa de exclusão do quadro de herdeiros. O Tribunal, indo além do que previam as leis estaduais, decidiu negar a Elmer a herança, com fundamento no princípio de que *não se pode obter vantagem de um ilícito*.” (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direito Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário*. São Paulo: Editora Almedina, 2016, p.197-198.)

²²² “Jurisprudência e precedentes judiciais não são expressões sinônimas. A jurisprudência resulta da uniformização do posicionamento reiterado dos Tribunais, em relação a vários e diversos casos concretos, e tem caráter retrospectivo. Já o precedente judicial é formado a partir de uma decisão relativa a um caso particular, a uma *fattispecie* concreta, decidida pelas Cortes Superiores, responsáveis por unificar o Direito Constitucional e o Direito Federal, que extraem um critério de decisão com caráter prospectivo para ser universalizado por todos os órgãos judiciais em relação a decisões de casos sucessivos similares.

É o juiz do caso sucessivo que estabelece se existe ou não o precedente, a partir da análise comparada dos fatos. Sendo os fatos semelhantes, o juiz aplicará ao caso em julgamento a *ratio decidendi* fixada pela Corte-Superior na decisão-paradigma. Por outro lado, na jurisprudência, via de regra, não se faz a análise comparativa dos fatos, mas apenas a subsunção da *fattispecie* sucessiva em uma regra geral, cuja interpretação foi consolidada pelo órgão judiciário responsável pela uniformização da exegese do enunciado jurídico.” (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direito Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário*. São Paulo: Editora Almedina, 2016, p.197-198.)

Mas não é apenas diante de condutas recalcitrantes das partes quanto às normas de conduta que sobreleva a função do juiz diante do modelo proposto na presente pesquisa. Igualmente relevante é o papel no controle da *overdiscovery*, prática (já versada anteriormente) que traduz abuso de direito na requisição de informações e documentos à parte adversa com o fito de onerar ao ponto de inviabilizar o prosseguimento da lide, constringindo e compelindo a parte à composição e celebração de acordo para encerrar a disputa.

Tal como na origem (EUA) aqui também no Brasil é perfeitamente possível que existam comportamentos abusivos que busquem desnaturar o propósito efetivo dos institutos da *Disclosure* e *Discovery* fazendo uso desse ferramental como meio de agressão e hostilização à parte adversa.

Casos assim são extremamente delicados e devem merecer atenção caso a caso dado que entram em confronto dois valores fundantes para a funcionalidade do desenho institucional sugerido: de um lado a necessidade de legitimação das regras convencionais (cuja autoridade não pode ser desafiada a todo instante, sob pena de esfacelamento de sua autoridade), de outro, a necessidade de coibir o abuso de direito e a má versação dos institutos da *Disclosure* e *Discovery*. Somente a análise do caso concreto permite a obtenção da resposta, atentando-se o julgador à farta produção judicial americana sobre casos dessa natureza.

3.6 Os benefícios havidos com a desjudicialização da prova nos moldes da *Disclosure* e *Discovery*

A literatura que aborda a desjudicialização no Brasil costuma trabalhar com referências da teoria econômica para justificar a tomada de decisão pelas partes no processo, e, nesse particular, o conceito de “custo de transação” ganha especial relevância.

Julio Guilherme Müller, a partir dos ensinamentos de Oliver Williamson²²³, afirma didaticamente que: “Os custos de transação são todas aquelas desvantagens ou ônus inerentes ao negócio (à transação). Qualquer tipo de fator que dificulta uma

²²³ Ganhador do prêmio Nobel de Economia de 2009, e, discípulo de Ronald Coase (um dos teóricos fundadores da análise econômica do Direito)

troca, atividade ou negócio, é um custo de transação.” E, em maior detalhamento, explica que os custos podem ser anteriores e posteriores ao negócio. Os anteriores são relacionados à seleção da proposta, negociação das condições e elaboração do documento de regência do interesse das partes. Os posteriores, ao seu turno, se identificam com os efeitos dos inadimplementos, alterações contratuais no transcurso da fase de execução, custos de monitoramento da execução, dentre outros²²⁴.

Quanto aos custos anteriores esclarece ainda o citado autor que esses tendem a ser menores sempre que o objeto da transação for comum, simples, habitual ou já experimentado pelas partes. Ao contrário, sempre que o objeto da barganha ganhar ares de complexidade os custos de transação tendem a aumentarem.

Ganho, por sua vez, é conceito econômico que se identifica com a vantagem resultante da comparação entre custos e benefícios (*trade off*). Sempre que os benefícios forem superiores aos custos, a vantagem sugere um ganho.

Postos esses conceitos e trasladados para o Processo Civil o primeiro benefício havido com a hipótese do transplante legal sugerido com a pesquisa resulta da sensível redução do custos de transação anteriores à celebração da convenção processual, na medida em que a etapa condizente à pontuação e tratativas preliminares entre advogados fica bastante simplificada em razão de se optar pela adoção de todo um bloco normativo, detalhado, e que conta com diversos precedentes para efeito de orientar as partes em sua interpretação. Significa dizer, aos advogados não pesa a necessidade de criarem individualmente regramentos procedimentais para a colheita da prova extrajudicial, ficam dispensados do esforço de previsão de contingências as mais diversas.

Demais disso, a habitualidade de tal prática pode levar a um efeito ainda mais benéfico no sentido de fazer germinar no país seus próprios precedentes (a partir de casos paradigma que venham a ser enfrentados pelas Cortes Superiores).

²²⁴ MÜLLER, Julio Guilherme. Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova. Análise Econômica e Jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 354-355.

O segundo benefício que se pode identificar, em parte decorrente do primeiro, é que com a redução dos custos de transação anteriores ao negócio jurídico processual incrementam-se os potenciais ganhos (e, por assim dizer, incentivos) para sua celebração. Constatando-se que a colheita da prova, segundos os parâmetros da *Disclosure* e *Discovery* apresenta custos de transação menores do que aqueles incorridos para colheita da prova judicialmente é nítido o estímulo daí advindo para a celebração de acordos processuais.

Ainda, tendo as partes conhecimento prévio e irrestrito do teor da regra 26 (a) da Fed. R. Civ. P., e, portanto, afastando-se debates e discussões quanto ao objeto da convenção, reduz-se o espaço de divergências, e, amplia-se o conhecimento das partes quanto às ações e condutas possíveis (e esperadas) da parte adversa. Ataca-se, assim, diretamente o problema afeto a assimetria de informações e custo de transação daí decorrente²²⁵.

Com a desjudicialização seguindo parâmetros seguros e já experimentados pelo país de origem (EUA) também ganha o Estado e a sociedade que desincumbe o Judiciário de atividades acessórias, fazendo com que sobre mais tempo e recursos para a atividade final do processo (julgamento do seu mérito).

Nessa linha de pensar, e, seguindo o jargão econômico, a desjudicialização nos moldes sugeridos, ainda contribui para redução do problema de assimetria de informações identificada pela Teoria da Agência, na medida em que se reduz o número de atividades em que envolvido o Juiz²²⁶.

Por fim, como benefício a ser elencado, a aplicação da *Disclosure* e *Discovery* ainda conta com outro ponto positivo. É que tal modelo de colheita de

²²⁵ Segundo a literatura de Oliver E. Williamson (WILLIAMSON, Oliver E. E. The economic institutions of capitalism. New York: The Free Press. Collier Macmillan Canada Inc., 1985, p. 30-46)

²²⁶ “Nas palavras de Francisco Pinheiro Filho, no ‘âmbito da Teoria da Agência, assimetria de informações significa que o principal não consegue saber se o nível de comprometimento do agente é compatível com o grau de maximização de utilidade desejada’.

Trazendo ao processo estes aportes teóricos, o Estado (principal) não dispõe de informações suficientes para saber se o juiz (agente) que ingressa na carreira se desincumbirá a contento de suas atividades, e tampouco tem ou utiliza mecanismos eficientes para monitorar se ele (o juiz) está desempenhando diretamente e de forma comprometida o seu mister para atender seus objetivos (atuação jurisdicional).” (MÜLLER, Julio Guilherme. Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova. Análise Econômica e Jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.342)

prova não implica em transferência de qualquer externalidade para o Estado²²⁷. As partes assim acordando acabam por gerar economia aos cofres públicos como também do tempo consumido pelo aparato judicial para a colheita da prova.

²²⁷ “Externalidade” é terminologia emprestada da economia e significa toda ordem de custos e despesas geradas para terceiros estranhos ao negócio de base.

CONCLUSÃO

Com grande probabilidade é possível dizer que inexista no mundo uma legislação que seja totalmente imune a influências externas. Ainda que essas influências sejam de pequena monta, e, diluídas na história, é fato que as ideias e soluções para problemas comuns, que alcançam indistintamente diversos países, em especial, aquelas já experimentadas e testadas com êxito, transbordam os limites do país de origem e ganham o mundo.

Assim funciona na vida como no Direito. Tanto se diz, aliás, que sistemas processuais ligados a tradições jurídicas distintas, como o sistema da common law e o sistema da civil law, tem apresentado tendência de convergência entre seus traços característicos. Aquele com maior incremento da participação do juiz, e, esse, com maior incremento dos poderes das partes.

Em tempos mais recentes, entretanto, o intercâmbio cultural tem sofrido com tendências políticas isolacionistas e nacionalistas, que deram origem a um fenômeno identificado na literatura de Yuval Noah Harari como “culturismo”, uma espécie de racismo imposto pela cultura econômica e socialmente prevalecente, baseado numa pressuposição de superioridade da cultura local sobre a estrangeira.

Trata-se de um fenômeno que se entranha em todas as áreas do conhecimento e não imuniza o Direito. Daí porque é necessário pensar as soluções aos problemas jurídicos a partir de uma correta perspectiva crítica do momento histórico que se vive, entendida a história com deve ser, menos ilusória e mais viva, como propugna a Escola de *Annales* e o materialismo histórico.

Nesse contexto é que se obteve o achado do *legal transplant* enquanto um mecanismo socialmente relevante para a integração do Brasil e para a importação de ideias e experiências já sedimentadas no exterior contra problemas que se mostram comuns, encetados na expressão “tragédia da Justiça”²²⁸, servindo em grande medida contra o culturismo que perniciosamente pode levar a falsa idealização de que problemas internos demandam apenas soluções internas.

²²⁸ Recordando tratar-se de expressão cunhada em trabalho de doutoramento do Prof. Erik Navarro, a partir da sugestão da parábola “tragédia dos comuns” (NAVARRO. Erik. *Análise Econômica do Processo Civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.83).

Para que não se pense, todavia, que o *legal transplant* conduz à margem oposta acriteriosamente, à ideia de submissão à cultura estrangeira e abandono às vicissitudes culturais e locais que desenham os problemas da realidade jurídica nacional, foram pensados limites para a prática e operacionalização do *legal transplant*, limites qualificados como “fatores teóricos de deformação dos conceitos”. Dentre esses fatores destaca-se, pontualmente, o risco da sedução pelo modelo estrangeiro e pelo falso vanguardismo que pode revestir as ideias originárias dos países social e economicamente mais desenvolvidos.

Outros fatores, todavia, também foram devidamente explorados, tais como a necessidade de atenção às peculiaridades distintivas de cada país, a atenção à necessidade da tradução cultural, etc. Todos, com o propósito de sugerir, dentro da prática do processo civil, uma resposta técnica adequada ao culturismo, o que se espera tenha sido alcançado.

Na análise do objeto do *legal transplant*, no capítulo 2, o foco foi o processo civil norte-americano, e, mais detalhadamente, os institutos da *Disclosure* e *Discovery* propriamente ditos. Em tal oportunidade foi possível aprofundar o conhecimento a respeito das regras processuais federais americanas (Fed. R. Civ. P.), assim como, sobre cada um dos instrumentos da *Discovery* trazidos pelo título V da Fed. R. Civ. P.

O primeiro ponto a que se chegou, nesse capítulo, foi a compreensão do escopo e dos limites da *Disclosure* e *Discovery*, um tema bastante polêmico no judiciário e na doutrina processual norte-americana, dado o risco potencial de que os institutos sejam manejados com propósitos escusos e contrários aos princípios que informam seu regramento.

Na sequência foi possível compreender os contornos que desenham os *interrogatories*, instrumento que equivale a uma quesitação endereçada a parte adversa sobre as circunstâncias fáticas e o direito que envolve o debate de fundo. Viu-se o que pode ser perguntado e como devem ser solicitadas essas respostas no contexto da regra 33 da Fed. R. Civ. P. De outro lado, também se viu em que medida as respostas vinculam a parte respondente no contexto da causa.

O entendimento quanto aos termos da produção da prova material (request for production) foi uma terceira conquista. Observou-se que referida ferramenta tratada na regra 26 e complementada na regra 34 implica em requisições de documentos e informações endereçadas a parte adversa, que, por sua vez, fica obrigada à disponibilização da documentação. Na produção dessa prova, todavia, são diversos os debates que surgem com os avanços tecnológicos e com a administração dos arquivos eletrônicos (ESI), que, por sua natureza demandam especial cuidado na transferência e disponibilização.

No capítulo 2 foi possível compreender, também, a colheita da prova oral (depositions) na *pretrial phase* do processo civil norte-americano, a modalidade de prova que mais se faz explorada pela indústria cinematográfica em razão do seu dinamismo, e, que acaba por representar a *Discovery* sempre que se caminha no Brasil no campo da desjudicialização da colheita da prova.

Ainda, se teve a oportunidade de investigar a prova pericial específica (physical and mental examinations) e geral (expert opinion), bem como, as modalidades de impugnação admissíveis no procedimento pré-julgamento em associação com as formas de tutela estatal.

Tudo isso, para que se pudesse alcançar a conclusão parcial quanto a correção da escolha da *Disclosure* e *Discovery* como instrumentos no combate a “tragédia da Justiça” por representarem importantes meios de desjudicialização da colheita da prova. Desjudicialização que leva a uma redução dos custos sociais e financeiros que a fase instrutória carrega para o processo (assumidos pelo Estado), e, acaba por auxiliar, também, na redução da carga de trabalho dos juízes para que melhor passem a desempenhar a atividade final de julgamento dos feitos.

Na última parte do trabalho foram alcançadas também respostas fundamentais para a confirmação da hipótese prioritária do trabalho - a possibilidade de operacionalização do transplante legal dos institutos da *Disclosure* e *Discovery* por intermédio da janela legal criada pelo art. 190 do CPC que constitui a cláusula geral de convencionalidade.

Depois de uma detida análise dos acordos processuais foi possível constatar que o regime jurídico das convenções processuais não impõe restrições à

celebração de acordo que contemple a adoção da *Disclosure* e *Discovery* em nenhum dos modelos (modos) antevistos e sugeridos pelo presente trabalho. Nem as disposições constitucionais, nem as legais, constituem obstáculos aprioristicamente definidos ao objeto da convenção que verse pela aplicação dos referidos institutos.

No que pertine aos direitos fundamentais, assim como, aos direitos fundamentais processuais, a nota conclusiva se refere ao método que entendemos adequado para o exame de compatibilização entre a convenção processual e o texto constitucional, método sugerido pelo Prof. Antonio do Passo Cabral em sua tese de doutoramento, calcado em três etapas fundamentais: i) análise do âmbito de proteção dos direitos fundamentais; ii) a conciliação desse espaço de proteção com a autonomia das partes a partir da identificação do regime jurídico aplicável à convenção processual, e, por fim; iii) a proteção do núcleo essencial do direito fundamental em discussão.

É importante registrar, todavia, que o delineamento do regime jurídico das convenções versado no presente trabalho ficou restrito ao plano constitucional e processual prescindindo de toda a parte de direito material (civil), escolha que foi por nós feita conscientemente. Nada obstante, não vemos nenhuma razão jurídica que pudesse, a partir da perspectiva do Direito Civil, alterar as conclusões que alcançamos, notadamente, quanto à compatibilidade das convenções processuais e os institutos da *pretrial phase* do direito norte-americano.

A operacionalização do transplante legal da *Disclosure* e *Discovery* por intermédio da regra geral de convencionalidade prevista no art. 190 do CPC, também fica assegurada pela indicação de inúmeros vetores da legislação processual que apontam para a desjudicialização de diversos atos do processo. Atos que a exemplo do disposto no art. 455 do CPC passaram a ser prioritariamente realizados pelas partes, diretamente, sem a necessidade de envolvimento estatal.

Assim, seja pelos contornos de liberdade assegurados ao autorregramento da vontade a partir do regime jurídico das convenções processuais seja, pelo encaminhamento que tem tomado a legislação processual civil, com clara

demonstração de vontade política do legislador pela desjudicialização na colheita da prova, a hipótese do *legal transplant* fica integralmente confirmada.

A conclusão final, por sua vez, adveio da inquietação quanto ao exame genérico da extensão e do limite de aplicação dos referidos institutos do processo civil americano. Constatamos que a extensão e o limite decorrem diretamente, e, ficam condicionados pela aplicação dos “fatores teóricos de deformação dos conceitos” identificados durante o capítulo 1 da pesquisa, que acabam por impor pontuais adaptações em cada um dos instrumentos da *Disclosure* e *Discovery*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AARNIO, Aulis. **The rational as reasonable: a treatise on legal justification**. Dordrecht: D. Reidel, 1986.
- ABDO, Helena. **As situações jurídicas processuais e o processo civil contemporâneo**. In DIDIER JR., Fredie (org.). Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial. Salvador: Editora Juspodivum, vol. 2, 2010.
- ABREU, Rafael Sirangelo de. **Igualdade e Processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia à Direito Fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil**. São Paulo: LTr, 2014.
- AMARAL, Paulo Osternarck. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ANDREWS, Neil. **O Moderno Processo Civil**. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 4e. 2002.
- BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O processo, as partes e a sociedade**. In: Temas de direito processual. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 29-40.
- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: Editora Juspodivum, 2017.
- BERALDO, Maria Carolina Silveira. **O Comportamento dos Sujeitos Processuais como Obstáculo à duração razoável do processo**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BUCHMANN, Adriana. **Limites Objetivos ao Negócio Processual Atípico**. Belo Horizonte: Letramento, 2018.
- BURNHAM, William. **Introduction to the Law and Legal System of the United States**. St. Paul, MN, 2006.
- CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivum, 2018.
- CAIRNS, John W. **Watson, Walton, and the History of Legal Transplants**. GA. J. INT'L & COMP. L., Vol. 41, pg. 644-645. Disponível em

<https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1049&context=gjicl>. Acesso em 17.05.2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2 ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2016.

CAMARGO, Solano. **Forum shopping: a escolha da jurisdição mais favorável**. 1ª ed. São Paulo: Intelecto, 2017.

CAMBI, Eduardo. **Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira**. Revista de Processo, n. 245, julho de 2015.

_____. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direito Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário**. São Paulo: Editora Almedina, 2016.

CARDOSO, César. **O pré-julgamento (pretrial) e a conciliação como instrumentos de desoneração do sistema judicial norte-americano: um paralelo com o sistema brasileiro**. Available on: <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/9923695>. Access: jan.2018

CARP, Robert A.; STIDHAM, Ronald; MANNING, Kenneth L. **Judicial Process in America**. 7 ed. Washington: CQ Press, 2007.

CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do Estático ao Dinâmico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia**. São Paulo: Brasiliense (Coleção Primeiros Passos;13), 2012.

CHASE, Oscar. et. al. **Civil litigation in comparative context**. St. Paul (MN): Thompson West, 2007.

COSTA, Henrique Araújo. **Pretrial e instrução probatória: a construção das provas judiciais nos Estados Unidos e no Brasil**. In: NETO, Olavo de Oliveira; NETO, Elias Marques de Medeiros; LOPES, Ricardo Augusto de Castro. A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Natureza e objeto das convenções processuais**. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedro (coord.). Negócios processuais. 2 ed. Salvador: Juspodivum, 2016, p. 23-29.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro**. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedro (coord.). Negócios processuais. 2 ed. Salvador: Juspodivum, 2016, p. 27-62.

DIDIER Jr., Fredie. **Cláusulas gerais processuais**. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/artigos/clausulas-gerais-processuais/>. Acesso em: 19-01-2020.

- _____. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória.** 10 ed. rev., ampl. e atual., Salvador: Juspodivum, 2015.
- _____. **Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento.** Genesis – Revista do Direito Processual Civil. Curitiba. n. 21.
- DODGE, Jaime L. **The Limits of procedural private ordering.** Virginia Law Review, vol. 97, n.4, jun., 2011.
- DAVIS, Kevin E. and HERSHKOFF, Helen. **Contracting for procedure.** William & Mary Law Review, vol. 63, n.2, 2011.
- ENGELBREKT, Antonina Bakardjieva. **Legal and Economic Discourses on Legal Transplants: Lost in Translation?** Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/4668/1780ec4dcad585c3ff56262b48e241cdc89f.pdf>. Acesso em: 10.05.2019.
- ESTHERMSMTH. **The Tragedy of the Commons** in Learning Theories. September 11, 2017. Disponível em: <https://www.learning-theories.com/the-tragedy-of-the-commons.html>. Acesso em 15-06-19
- FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano.** Trad. Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- FISCHER, Roger and URY, William. **Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões.** Trad. Ricardo Vasques Vieira. 3 ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito.** 1ª ed., 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.
- FRIEDENTHAL, Jack; MILLER, Arthur, SEXTON, John; HERSHKOFF, Helen. **Civil procedure: cases and materials.** 11 ed. Saint Paul: West, 2013.
- FRIEDMANN, Thomas L. **Thank You for Being Late: an optimist's guide to thriving in the age of accelerations.** 1st. edition. New York: Picador, 2017, p.214.
- GLANNON, Joseph W.; PERLMAN, Andrew M.; RAVEN HANSEN, Peter. **Civil Procedure. A Coursebook.** 3th Ed., New York: Wolters Kluwer, 2017.
- GINSBURG, Ruth Bader. **My Own Words.** New York: Simon & Schuster Paperbacks, 2018.
- GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no Novo Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- GOTTWALD, Peter. **Comparative Civil Procedure.** Ritsumeikan Law Review, n. 22, 2005, p.23. Disponível em

<http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr22/GOTTWALD23-35.pdf>. Acesso em 20.06.2019.

HARARI, Yuval Noah. **21 Lições para o século 21**; tradução Paulo Geiger. 1ª. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

HAZARD, Geoffrey C. **American Civil procedure: an introduction** / Geoffrey C. Hazard, Michele Taruffo. New Haven: Yale University Press, Vail-Ballou Press, 1993.

HORTON, David. **The shadow terms: contract procedure and unilateral amendments**. UCLA Law Review, vol. 57, 2010.

HUANG, Kuo-Chang. **Does discovery promote settlement? – An empirical answer**. Available on: <https://ssrn.com/abstract=995349>. Access: jan.2018.

KAGAN, Robert. **A. Adversarial legalism: the American way of law**. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Decision Analysis, game theory and information**. New York: Foundation Press, 2004.

KERN, Christoph. **Justice between Simplification and Formalism**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.

LANGBEIN, John H. **The Disappearance of Civil Trial in the United States**. The Yale Law Journal. P.522-572. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5844&context=fs_s_papers. Acesso em: 12-10-2019.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MACKAAY, Ejan e ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**/ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhardt e Daniel Mitidiero. 3ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas**. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1953/1021>. Acesso em 10-01-2020.

MARTINS COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado. Negócios jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma.** Prova. 2ª t. atual. por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, t. III.
- MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.** São Paulo: RT, 2009.
- MOFFIT, Michael L. **Customized litigation: the case for making civil procedure negotiable.** George Washington Law Review, vol. 75, 2007.
- MONTERO AROCA, Juan. **El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritária.** In: MONTERO AROCA, Juan. Processo civil e ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- MOUSOURAKIS, George. **Legal Transplants and Legal Development: A Jurisprudential and Comparative Law Approach.** ACTA JURIDICA HUNGARICA. Akadémiai Kiadó: Budapest 54, No 3, 2013, p.220. Disponível em: <https://akademai.com/doi/pdf/10.1556/AJur.54.2013.3.2>. Acesso em: 10.06.2019.
- MULLENIX, Linda S. **The Pervasive Myth of Pervasive Discovery Abuse: The Sequel.** Disponível em: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=2098&context=bclr>. Acesso em: 19-01-2020.
- MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Direito Constitucional brasileiro: curso completo /** Nelson Nery Jr. e Georges Abboud. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais.** Salvador: Juspodivm, 2016.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática.** 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- PEDRON, Flávio Quinaud. **A superação da tese do livre convencimento motivado do magistrado em face do dever de busca pela resposta correta na teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin.** In: O fim do livre convencimento motivado. coordenação Dierle Nunes, George Salomão Leite, Lênio Streck. 1ª ed. Florianópolis (SC): Tirant Lo Blanch, 2018.
- PERJU, Vlad. **Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations.** In Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, edited by M. Rosenfield and A. Sajo, 1304-1327. Oxford: Oxford University Press, 2012. Disponível em <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1365&context=lsfp>. Acesso em 28.05.2019

- PERSCHBACHER, Rex R. e BASSET, Debra Lyn. **The Revolution of 1938 and Its Discontents**. Oklahoma Law Review. Vol. 61:275, p.280. Disponível em: <https://digitalcommons.law.ou.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1184&context=olr>. Acesso em: 10-10-2019.
- POSNER, Richard. **Divergent Paths: The Academy and the Judiciary**. Cambridge: Harvard University Press. 2016.
- RAMOS, Vitor de Paula. **O procedimento probatório no Novo CPC**. Em busca de interpretação do sistema à luz de um modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). **Direito Probatório**. Salvador: JusPodivm, 2016.
- RAMRAJ, Victor V. **Four models of due process**. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/2/3/492/789228>. Acesso em: 25-01-2020.
- RAATZ, Igor. **Autonomia Privada e Processo Civil. Negócios Jurídicos Processuais, Flexibilização Procedimental e Direito à Participação no Caso Concreto**. Salvador: Ed. Juspodivum, 2017.
- REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015**. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedro (coord.). **Negócios processuais**. 2 ed. Salvador: Juspodivum, 2016, p. 269-278.
- RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 1ª ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.
- ROEN, Craig M. and PAULSEN, Sharon Reich. **Civil Litigation. Pretrial Case Development and Discovery**. St. Paul (MN): West Academic Publishing, 2016, p.122.
- ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SANDLER, Paul Mark. **Discovery problems and their solutions**. By Paul Mark Sandler, Paul W. Grimm, and Charles S. Fax. 3rd edition. Chicago: ABA Publishing, American Bar Association.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. Revista Crítica de Ciências Sociais. Nº 48, junho, 1997, pp.11-31. Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF. Acesso: em 24-06-2019.
- SCARPINELLA BUENO, Cássio. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n.13.105, de 16.3.2015**. São Paulo: Saraiva, 2015.

- SCHEINDLIN, Shira A. **Eletronic Discovery and Digital Evidence in a Nutshell**. 2nd edition. St. Paul (MN): West Academic Publishing, 2016.
- SCHREIBER, Anderson. **A Proibição de Comportamento Contraditório: Tutela da confiança e venire contra factum proprio**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- SCOTT, Robert E. and TRIANTIS, George G. **Antecipating litigation in contract design**. Yale Law Journal, n. 115, 2006.
- SIEMS, Mathias. **Malicious Legal Transplant**. Research article. Durham, UK Legal Studies (2018), 38, p.103-119. Disponível em: https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/B44BF49B69693EA834273088FABE54B3/S0261387517000046a.pdf/malicious_legal_transplants.pdf. Acesso em 10-06-2019.
- SPENCER, A. Benjamin. **Civil Procedure. A Contemporary Approach**. 5 th edition. St. Paul (MN): West Academic Publishing, 2018.
- STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2017.
- _____. **Lawtechs, startups, algoritmos: Direito que é bom, nem falar, certo?** Site Consultor Jurídico, coluna Senso Incomum. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-16/senso-incomum-lawtechs-startups-algoritmos-direito-bom-nem-falar-certo>. Acesso em: 18.06.19.
- _____. **O fim do livre convencimento motivado**. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia...[et al.]; coordenação Dierle Nunes, George Salomão Leite, Lênio Streck. 1 ed. Florianópolis (SC): Tirante Lo Blanch, 2018
- TALAMINI, Eduardo. **Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais**. Available on: (http://www.academia.edu/17136701/Um_processo_pra_chamar_de_seu_notasobre_os_neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais). Acesso em: set.2017.
- TARUFFO, Michele. **A Justiça Civil: da Itália ao Brasil, dos setecentos a hoje**. Michele Taruffo e Daniel Mitidiero. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.
- _____. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Trad. Vitor de Paula Ramos. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 132.
- TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. **Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil: aspectos teóricos e práticos**. Revista de processo, São Paulo, ano 41, n. 254, p.91-109, abr./2016.
- TRAVASSOS, Marcelo Zenni. **Minimalismo, Maximalismo e Jurisdição Constitucional dos Direitos Fundamentais**. In “Jurisdição Constitucional e Política”, Coord. Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de história do processo civil romano, São Paulo: RT, 2001.

URY, William. **The Third Syde: why we Fight and how Can we Stop**. Londres: Penguin, 2000.

WILLIAMSON, Oliver E. **The Economic Institutions of Capitalism**. New York: The Free Press, Collier Macmillan Canada Inc., 1985.

WOLKART, Erik Navarro. **Análise Econômica do Processo Civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?** In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedro (coord.). Negócios processuais. 2 ed. Salvador: Juspodivum, 2016, p. 63-80.

_____. **O projeto do novo Código Comercial e a proposta de permuta de documentos entre as partes: *discovery* brasileira?** In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setogutti (coord.). Processo societário. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS (REPOSITÓRIOS ELETRÔNICOS)

- BRA. Planalto. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10-10-2019
- BRA. Planalto. **Código Tributário Nacional**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Acesso em: 08-02-2020
- USA. The National Court Rules Committee. **Federal Rules of Civil Procedure**. Disponível em: <https://www.federalrulesofcivilprocedure.org>. Acesso em: jan. 2019
- USA. United States Courts. Rules & Policies. **Federal Rules of Civil Procedure**. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/sites/default/files/rules-of-civil-procedure.pdf>. Acesso em: jan. 2019
- USA. United States Senate. **Constitution of the United States**. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em: jul. 2019

REFERÊNCIAS INSTITUCIONAIS

- Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Justiça em Números 2018**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 22-07-2019
- ENCYCLOPEDIA BRITANNICA. **Channel Islands**. Disponível em: <https://www.britannica.com/place/Channel-Islands-California>. Acesso em: 13-02-2020
- International Institute for the Unification of Private Law - UNIDROIT. **About UNIDROIT**. Disponível em: <https://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>. Acesso em: 21-07-2019.
- International Institute for the Unification of Private Law - UNIDROIT. **UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure**. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure>. Acesso em: 21-07-2019.
- International Organization for Standardization. **About Us**. Disponível em: <https://www.iso.org/about-us.html>. Acesso em: 21-07-2019
- JUSTIA US Supreme Court. **Swift v. Tyson**, 41, U.S. 1(1842). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/41/1/>. Acesso em: 24-11-2019
- National Bureau of Economic Research – NBER. **About NBER**. Disponível em: <https://www.nber.org/info.html>. Acesso em: 20-07-2019.
- OPEN DEMOCRACY. **Culturalism: culture as political ideology**. Disponível em: <https://www.opendemocracy.net/en/culturalism-culture-as-political-ideology/>. Acesso em: 13-02-2020
- The OneHour Translation. **The concept of “back-translation” – definition and what it is used for**. Disponível em: <https://www.onehourtranslation.com/translation/translation-knowledge-base/concept-back-translation-definition-and-what-it-used>. Acesso em: 23-07-2019

REFERÊNCIA JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA

BRA. Supremo Tribunal Federal. RE nº 655.265, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2016, DJe-164 de 05-08-2016, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4132332>. Acesso em: 19-08-2019.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAS ESTADUNIDENSES

- Ashcroft v. Iqbal**, 556 U.S. 662, 129 S.Ct. 1937, 173 L.Ed.2d 868 (2009)
- Bell Atlantic Corp. v. Twombly**, 550 U.S. 544, 127 S.Ct. 1955, 167 L.Ed.2d 929 (2007)
- Brown v. Board of Education of Topeka, Shawnee County, Kan.**, 347 U.S. 483, 74 S.Ct. 686, 98 L.Ed. 873 (1954)
- Conley v. Gibson**, 355 U.S. 41, 78 S. Ct. 99, 2 L.Ed.2d 80 (1957)
- Daubert v. Merrell Down Pharm., Inc.**, 509 U.S. 579, 113 S.Ct. 2786, 125 L.Ed.2d 469 (1993)
- Erie Railroad Co. v. Tompkins**, 304 U.S. 64, 58 S.Ct. 817, 82 L.Ed. 1188 (1938)
- Gonzales v Google, Inc.**, U.S. District Court of the Northern District of California 234 F.R.D. 674 (N.D. Cal. 2006)
- IFC Credit Corp. v. United Bus & Indus. Fed. Cred. Union**, 512 F.3d 989, 993 (7th Cir. 2008).
- Riggs vs Palmer**, 115 N.Y. 506 (1889)
- Rowe Entertainment, Inc. v. William Morris Agency, Inc.**, 205 F.R.D. 421 (S.D.N.Y.2002)
- Schlagenhauf v. Holder**, 379 U.S. 104, 85 S.Ct. 234, 13 L.Ed.2d 152 (1964)
- Swierkewicz v. Sorema N.A.**, 534 U.S. 506, 122 S.Ct. 992, 152 L.Ed.2d 1 (2002)
- Swift v. Tyson**, 41 U.S. 1, 10 L.Ed. 865 (1842)
- Valencia v. By the Bay Invs. Inc.**, 2006 WL 2792866, at *1 (N.D. Cal. Sept. 28, 2006)
- Zubulake v. UBS Warburg, L.L.C.**, 217 F.R.D 309 (S.D.N.Y.2003)