

A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NO CPC DE 2015 E A DIMINUIÇÃO DA LITIGÂNCIA¹

Juliano Locatelli Santos²

Resumo: Trata-se de estudo acerca da produção antecipada de provas, alterada pelo Código de Processo Civil brasileiro de 2015, e que passa a se configurar em uma ação probatória autônoma desvinculada do requisito da urgência. Através de análise comparativa com os sistemas dos países mais representativos do common law, se busca avaliar como a prova produzida antecipadamente, em um sistema que consagre condições mínimas de previsibilidade e unidade do direito através da força vinculante dos precedentes, pode influir na perspectiva de que as partes ponderem racionalmente sobre suas concretas possibilidades de êxito ou insucesso diante do conflito, potencializando-se a auto-composição e o exercício de uma litigância mais responsável.

Palavras-Chave: 1. Processo civil. 2. Produção antecipada de provas. 3. Common law. 4. litigância.

Abstract: This is a study about the anticipated production of evidence, modified by the Brazilian Code of Civil Procedure of 2015, which is now set up in an autonomous probationary action unrelated to the requirement of urgency. Through a comparative analysis with the systems of the most representative countries of common law, it is sought to evaluate how the evidence produced in advance, in a system that consecrates minimum conditions of

¹ Artigo publicado na Revista *Cognitio Juris*, ano VIII, nº 19, p. 93-122, jan-2018.

² Mestrando em Direito (PUC-PR), área de concentração Direito Socioambiental e Sustentabilidade. Pós graduado em Direito Processual Civil (PUC-PR). Pós graduado em Direito Civil e Empresarial (PUC-PR). Graduado em Direito (PUC-PR). Advogado.

predictability and unity of law through the binding force of precedents, can influence the perspective that the parties should rationalize their concrete possibilities of success or failure in the face of conflict, enhancing self-determination and exercising more responsible litigation.

Keywords: 1. Civil process. 2. Previous production of evidence. 3. Common law. 4. litigation.

INTRODUÇÃO.



instituto da produção antecipada de prova, descrito no Código de Processo Civil de 1973 como um procedimento cautelar específico, possuía requisitos ligados essencialmente à urgência do ato, ligada ao perecimento da prova. Estava portanto a produção antecipada de prova ligada ao conceito de urgência fundamentada. Ocorre que com o advento da Lei 13.015/2015, o novo Código de Processo Civil, a produção antecipada de provas deixa de se afigurar apenas como um procedimento cautelar de nítido viés urgente, para se caracterizar também como um meio de se “conhecer” previamente a demanda, possibilitando-se assim uma melhor análise acerca das possibilidades de êxito de cada litigante.

Tendo como problema de pesquisa a investigação sobre as possibilidades que se revelam diante do novo instituto processual, e como hipótese a perspectiva de que, obtendo-se antecipadamente a prova, em um sistema que consagre a observância de precedentes judiciais, seja possível a partir de um patamar cognitivo qualificado, que as partes estejam em melhores condições para a tomada de decisões autocompositivas, o presente artigo primeiramente estabelece as linhas gerais doutrinárias da nova ação probatória autônoma prevista no art. 381, II e III do novo CPC, enquanto mecanismo desvinculado da urgência. Em

seguida, trata da produção antecipada de prova em cotejo comparativo com os sistemas mais representativos do common law, tipicamente marcados pela possibilidade de conhecimento prévio da prova e pela unidade do direito através da vinculação a precedentes judiciais. Se pretende assim, através de pesquisa bibliográfica e documental, uma análise comparativo-dedutiva, acerca das efetivas perspectivas da produção antecipada de provas prevista em nosso sistema processual, enquanto instrumento de diminuição e racionalização da litigância e de estímulo à autocomposição.

2 A EVOLUÇÃO DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS ENQUANTO AÇÃO DESVINCULADA DA URGÊNCIA.

Provar fatos ou circunstâncias relevantes para a comprovação das alegações jurídicas a serem levadas em juízo, é condição essencial a quem pretenda se ver exitoso diante da jurisdição. A sistemática da prova é um dos aspectos mais complexos do processo civil. E não raro, em diversas situações necessita-se da produção da prova antes mesmo da propositura da demanda.

Do ponto de vista do processo civil brasileiro tradicional, a produção antecipada de provas sempre foi um mecanismo apropriado para os casos em que, se não produzida imediatamente, a prova restaria fadada ao perecimento. Tratava-se, nestas situações, de demandas de natureza preparatória a outras, principais, nas quais o direito invocado e o pedido de mérito seriam então deduzidos. O fundamento para a pré-produção da prova estava portanto ligado à urgência instrutória.

Já se discutiu com profundidade na doutrina sobre se nestas situações haveria efetiva produção de prova, ou se apenas se asseguraria a prova a ser produzida em ação outra de conhecimento (SILVA, 1999, p.358). A respeito, Luiz Guilherme Marini (2015, p.277) destaca a falta de rigor terminológico, em

face de que antecipadamente apenas se fixa a prova, havendo a sua produção efetiva em momento posterior, dentro do processo para o qual a prova se destina. Por sua vez, Daniel Amorim Assumpção Neves (2008, p. 500) refutava o argumento, aduzindo que a prova era efetivamente produzida, ainda que antecipadamente:

A não valoração da prova no processo de antecipação de provas não torna o processo meramente assecuratório da prova, pois esta é efetivamente produzida, na sua forma oral ou pericial. Ao ser juntada ao processo principal, a prova será novamente produzida, sob a forma documental – a prova antecipada é espécie de prova emprestada e torna-se uma prova documentada.

Outro tema que permeou debates ainda durante a égide do Código de Processo Civil de 1973, se referia a natureza cautelar da produção antecipada de provas. A doutrina de então, majoritariamente se inclinou por reconhecer a natureza cautelar do instituto, sustentando que as hipóteses de cabimento da produção antecipada de provas cingiam-se à demonstração prévia dos requisitos próprios do processo cautelar, notadamente o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, sendo este último, como em relação a todo processo cautelar, fator primordial para o implemento da pré-produção probatória. O próprio conteúdo das referidas disposições processuais, nos artigos 846 e seguintes do CPC de 1973, localizavam-se topograficamente no Capítulo dos Procedimentos Cautelares Específicos.

Ainda durante os anos que antecederam o advento do Código de Processo Civil de 2015, crescentes e importantes posicionamentos na doutrina já defendiam o direito autônomo à prova, e portanto, da noção de que se há o direito da parte à produção probatória, este direito não deveria ser vinculado ao requisito da urgência, negando-se assim natureza cautelar ao instituto. De forma pioneira, Humberto Theodoro Jr (1988, p. 307) já cogitava de situações em que persistia o interesse da parte na prova visando a composição em futuro litígio, evitando-se demandas desnecessárias. Na mesma linha, Daniel Amorim Assumpção

Neves (2008, p. 496) ressaltava em sua obra específica sobre o tema, ainda sob a égide do CPC de 1973, que não é estranha à realidade forense os casos onde ausente a urgência, mas necessária a produção prévia da prova. Na mesma época, Flávio Luiz Yarshell (2009), já tratava do tema em sua obra de referência, onde de *lege ferenda*, discorria sobre a prova como um direito autônomo e à disposição das partes. E observava ainda ser incongruente, no CPC de 1973, a manutenção concomitante da produção antecipada de provas associada à urgência, e a justificação no art. 861, restrita à prova testemunhal, em que já se dispensava a urgência.

Desde o início da tramitação legislativa que ensejou a Lei 13.105/2015, o tema da produção antecipada de provas já continha os contornos que enfim restaram previstos no texto final. O PL 166/2010, no Senado Federal, fruto do trabalho de comissão de juristas nomeados para redigir o anteprojeto do Código de Processo Civil, conforme o Ato 379/2009, do Presidente do Senado Federal, já previa a produção antecipada de provas contendo três incisos, em redação muito semelhante ao texto final promulgado. Na Câmara dos Deputados, o PL 8046/2010 manteve redação similar, que se seguiu até a promulgação, com a inclusão, no item II, que versa sobre a prova produzida ser suscetível de viabilizar a tentativa de conciliação, para ao invés, substituir este termo por “autocomposição ou de outro meio adequado de solução de conflito”.

Com o advento da Lei 10.105/2015, neste aspecto como reflexo de sedimentado lastro doutrinário, a produção antecipada de provas enfim adquire novos contornos³, fundindo-a com a ação de justificação (DIDIER JR, BRAGA, OLIVEIRA, 2016b, p.146), ampliando-se sobremaneira as suas possibilidades de

³ Não pertine ao objeto deste estudo elencar demais questões de rito acerca dos parágrafos do art. 381, ou dos art.s 382 e 383 do CPC. Para uma visão geral das referidas normas codificadas, ver TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no código de processo civil de 2015. Revista de Processo. Vol. 260 ano 41 p. 75/101. São Paulo, ed. RT, out.2016.

utilização, especialmente para deixar de considerá-la como medida a necessitar da urgência como requisito. O instituto deixou inclusive de constar na parte do CPC que trata das medidas de urgência (NERY JR, NERY, 2015, p. 1012). Ou seja, as mesmas medidas em que se requeria imediata produção da prova, por fundado receio de impossibilidade futura, não se podendo aguardar o transcurso da etapa processual originária para tal, continuam sendo permitidas e previstas pela norma processual. Mas por outro lado, passa a se consagrar no comando legal a nova possibilidade de que a produção probatória antecipada se implemente, mesmo sem o requisito da urgência. Isto para se tornar medida hábil a possibilitar a autocomposição entre as partes, ou ainda, que viabilize a não propositura da ação, à míngua de elementos probatórios que a justifiquem.

Deste modo, com o advento da codificação processual de 2015, a produção antecipada de prova passa a ser técnica processual destinada a propiciar o elemento de certeza probatória para a parte a alimentar sua convicção quanto à propositura, delimitação ou desistência da ação de mérito. Uma evidente ampliação do leque de possibilidades passou a ser enumerada nos incisos do art. 381 do Digesto Processual, rompendo-se com a noção até então predominante de que, se ausente a urgência, incabível a produção antecipada da prova.

Se antes a prova possuía natureza meramente instrumental no processo, eis que alimento à convicção do juiz para o proferimento da sentença, passa a prova a ser concebida não mais como meio, mas como fim. O escopo da produção antecipada de provas, quando desvinculada da urgência, é a prova em si, ainda que sem a respectiva valoração, reservada ao momento propício. Não há que se confundir tais ações probatórias com ações que visem a declaração do direito, visto que naquelas não há qualquer atividade valorativa, tarefa reservada ao juiz do futuro processo, que receberá a prova de forma emprestada (NEVES, 2008, p. 447). Remanesce portanto o direito autônomo à prova,

que assume assim seu papel principal, conforme a expressão de Eduardo Talamini (2016, p. 76):

“Em outros termos; o ordenamento reconhece que um conflito pode estabelecer-se em torno da própria prova – e reputa importante resolvê-lo em caráter principal, e não como simples providência incidental no bojo do processo para o qual esta prova pode ser útil.

É, pois, uma ação que se esgota na produção da prova, cuja valoração será feita em outro momento, se assim necessário, pois o seu requerente pode não propor a ação futura. (DIDIER JR, 2016a, p. 648).

Importa observar que a nova formatação da produção antecipada de provas implica em se admitir que de fato também as partes, e não apenas o juiz, passam a ser os destinatários da prova produzida, uma vez que com o seu desvendamento, a prova é hábil a orientar as condutas das partes. (DIDIER JR, BRAGA, OLIVEIRA, 2016b, p. 57). A respeito, Flavio Luiz Yarshell já destacava (2009, p. 68):

Trata-se de ideia que precisa igualmente ser revista, porque as partes são, também, embora em forma diversa, destinatárias das provas existentes ou que possam ser pré-constituídas – mercê de atos praticados antes do processo ou pela instauração de processo para esta finalidade.

A premissa estabelecida pelo comando legal é de que, diante de um conhecimento maior da prova antes da ação judicial, as partes estejam em melhor condição para avaliar sua posição no conflito, e assim estabelecer com mais segurança a sua estratégia de atuação, podendo tomar a melhor decisão possível no resguardo de seus interesses. O que poderia significar pelo autor a propositura da ação decorrente ou a desistência de assim proceder, ou ainda o reconhecimento do direito, pela parte adversa, e até mesmo a adesão de ambos a um acordo.

2.1. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS E AUTO-COMPOSIÇÃO

As alterações na sistemática da produção antecipada de provas estão claramente relacionadas a profundas mudanças conceituais havidas em todo o processo civil, hoje constitucionalizado e interpretado à luz de normas fundamentais que o orientam. É central para o tema ora em comento estabelecer remissão aos meios autocompositivos, notadamente a conciliação e a mediação de conflitos, o que se conjuga com a norma fundamental do processo civil constante do art. 3º, parágrafo 3º, da Lei 13.105/2015, e também em face das disposições da Lei de mediação, nº 13.140/2015.

Os dispositivos contidos nos parágrafos 2º e 3º do art. 3º do CPC, consagram a ênfase ao estímulo da promoção da solução consensual de conflitos, o que se verifica ao longo de toda a codificação processual. Com efeito, o tema dos meios adequados de resolução de conflitos restou erigido a um protagonismo até então inédito. A partir da Resolução CNJ nº 125/2010, definidora da política judiciária de tratamento de conflitos, impulsionou-se a tramitação em paralelo das disposições da Lei 13.015/2015 e da Lei de mediação, nº 13.140/2015. O que permite considerar, como tem feito a doutrina, a existência de um marco legal (TARTUCE, 2016) da mediação, ou até mesmo de um minissistema (GRINOVER, 2016), composto pelas referidas leis e Resolução. Fernanda Tartuce (2016, p. 508) destaca ainda que ao longo do Código de Processo Civil, inúmeras são as remissões aos termos mediação, conciliação e autocomposição:

O novo Código de Processo Civil confirma a tendência de priorização de chances para entabular acordos, que vem se intensificando ao longo dos anos, ao contemplar muitas regras sobre o fomento a meios consensuais de abordagem de conflitos. Sob a perspectiva numérica, eis as ocorrências: no novo CPC, a mediação é mencionada em 39 dispositivos, a conciliação em 37, a autocomposição é referida em 20 e a solução consensual consta em 7, o que totaliza 103 previsões.

O movimento das *Alternative Dispute Resolution* ou ADR, que desde a década de setenta do século passado se impulsionou nos Estados Unidos, criou escolas de negociação

voltadas para a autocomposição, que floresceram ao longo do tempo. De forma crescente o Judiciário foi contemplando e implementando dispositivos voltados a autocomposição e que, não raro, sempre estiveram voltados antes para a diminuição da carga litigiosa que deságua no âmbito judicial, do que para a concreta pacificação social. O que, a nosso ver, em grande medida desnatura e artificializa a solução adequada do conflito, relegando-a a mero afluyente de diminuição do volume de processos. A respeito, Fredie Didier Jr (2016c, p. 280) alerta para a necessidade de que a autocomposição não se estabeleça como algo forçoso ou não livremente deliberado pelas partes, o que está associado a se conceber a autocomposição como mero *iter* para a diminuição de litígios submetidos ao Judiciário.

A pactuação de acordos quando as partes não dispõem de acesso razoável à informação referente ao conflito, seja a informação fático-probatória, seja o conhecimento acerca de como as Cortes Judiciais decidem em relação ao caso, bem como se há mínima unidade de entendimento em relação à questão, tornam a autocomposição volátil, pois via de regra não se termina a relação conflitiva. Flávio Galdino (2005, p. 179) observa que:

Na verdade, normalmente, os litígios somente existem porque os litigantes possuem informações incompletas. Se ambos (re-ctius todos) os litigantes dispusessem sempre de todas as informações necessárias às análises de riscos, custos e benefícios, teriam condições de prever com excelente grau de acerto as soluções dos litígios, evitando-os. Mas as informações não são dominadas de modo completo pelos litigantes.

Neste sentido, a diminuição da litigiosidade, quando há assimetria de informações, é apenas aparente. Conflitos não adequadamente resolvidos tendem a persistir, e não raro retornar ao Judiciário. Seja através de novas demandas, seja pelo descumprimento do que antes acordado. Nos parece ser exatamente neste aspecto que a obtenção antecipada da prova possui a perspectiva de influir na celebração de acordos. Com a prova obtida previamente, há maior domínio dos fatos, o que permite em tese que se possa projetar a decisão judicial a ser aplicável.

Discussão das mais candentes em relação a autocomposição vem se referindo à audiência de conciliação e mediação prevista no CPC. Ao consagrar as formas autocompositivas como norma fundamental, o código trata ainda de instituir a audiência de conciliação ou de mediação, no art. 334 e seguintes, a qual salvo se houver dispensa pelas partes, se realizará. Sem a pretensão de adentrar com profundidade em tais questões, paralelas ao presente estudo, nos permitiremos apenas mencionar um aspecto que chama à reflexão. Na sistemática estabelecida pelos artigos 334 e incisos, do CPC, a audiência é realizada antes de estabelecido o contraditório, com a defesa sendo oferecida em até 15 dias após a realização da audiência (art. 335, I). A parte autora comparece à audiência desconhecendo o teor das alegações do réu. No caso de ações de família, inclusive, conforme o art. 695, parágrafo 1º do CPC, a parte demandada sequer recebe, embora se assegure o seu acesso a qualquer tempo, a contrafé contendo as razões de fato e de direito da parte autora. Isto sob o singular pretexto de manter-se o espírito desarmado (WAMBIER, MELLO, RIBEIRO, 2016) ou o resguardo da intimidade do réu (NERY JR, NERY, 2016) e assim haver em tese maior propensão a um acordo.

Entretanto, esta opção legislativa quanto ao momento da realização da referida audiência traz como consequência a assimetria de informações entre as partes (PINHEIRO, 2016, p. 49). Observe-se, a fixação da audiência de conciliação e mediação quando ainda não estabelecido o contraditório, é destoante do que se está a tratar, acerca da premissa de que o conhecimento prévio do campo fático-probatório possibilitaria melhores possibilidades para a autocomposição. Se operam, nestes casos, lógicas diversas, o que está a revelar uma certa desarmonia sistemática. Sob a égide do CPC de 1973, o antigo art. 285 determinava que recebida a petição inicial, o juiz ordenasse a citação. Já o art. 334 do CPC de 2015 prevê a designação da audiência, salvo se desnecessária.

Se a referida audiência conciliatória ou de mediação fosse realizada após o saneamento, quando já estabelecido o contraditório e a delimitação dos pedidos, dentro da perspectiva tratada neste estudo, seriam maiores as possibilidades de um acordo? A reflexão interna e a ponderação das partes, a partir do conhecimento dos seus limites argumentativos, impulsionaria a pactuação? A nosso ver, a resposta é afirmativa. Nesse sentido, PINHEIRO (2016, p. 50) observa que teria agido melhor o legislador se fixasse para a realização da referida audiência o momento logo após a decisão de saneamento e organização do processo, quando o juiz delimita as questões de fato sobre as quais recai a prova, e as questões de direito. Ressalte-se ainda que o juiz possui outras prerrogativas quanto a designação de audiência para tal finalidade, durante o curso do processo, conforme a norma fundamental do art. 3º, parágrafo 3º do CPC. Ou também poderia se valer da audiência de saneamento, prevista no parágrafo 3º do mesmo art. 357 do Código, restando também a audiência de instrução, conforme previsão do art. 359 do mesmo CPC. A crítica de Douglas Antonio da Rocha Pinheiro (2016, p. 50) é ainda mais contundente:

Ocorre, porém, que isso explicita certo planejamento jurisdicional ineficiente: se o novo Código de Processo Civil amplia os custos administrativos ao prever a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos (art. 165), por que situar processualmente a conciliação ou mediação num momento em que as partes estão menos abertas ao acordo? Ou, de outro modo, se o juiz pode oportunizar tal acordo numa ocasião mais adequada com menor custo, para que criar, então, tais centros de conciliação ou mediação?

A direta remissão do comando legal do inciso II do art. 381 do CPC aos meios autocompositivos de solução do conflito, vem como decorrência da opção legislativa e política de promoção das vias de solução adequada de conflitos no Brasil. Nesse sentido, a produção antecipada de prova se insere concretamente como uma técnica processual que enseja a melhor condição das partes em conflito de, detendo o conhecimento mais acurado

acerca das questões fático-probatórias, exercer de forme livre e cooperativa sua busca pela pacificação social.

2.2. A ANTECIPAÇÃO DA PROVA E MICROSSISTEMA DE PRECEDENTES ENQUANTO MECANISMOS DE PREVISIBILIDADE.

Diversas são as situações ao longo do processo em que se revela pertinente e adequado o manejo prévio de uma ação probatória, visando a antecipação da obtenção da prova. Algumas destas situações inclusive advém de período anterior a vigência da Lei 13.105/2015, e que permanecem reclamando a perspectiva de plena utilidade da produção antecipada da prova no sentido de otimizar a atividade processual e o leque de técnicas processuais disponível à parte interessada. Em seu livro “Ações Probatórias Autônomas”, Daniel Amorim Assumpção Neves (2008, p. 359) já defendia ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, a pertinência de *lege ferenda* de uma ação probatória autônoma sem que a parte estivesse adstrita à demonstração do perigo da demora como requisito. Referido autor dedica todo o capítulo oitavo de sua referida obra a investigar acerca dos benefícios advindos da admissibilidade de uma ação probatória autônoma geral, listando várias situações nas quais se bem observa acerca da efetividade da produção antecipada de provas sem o requisito da urgência, sendo que tais situações, embora descritas em referência ao CPC/73, permanecem atuais e relevantes.

Por exemplo, a obtenção antecipada da prova pode ser importante critério definidor da estratégia de atuação da parte já desde a petição inicial, onde poderá haver pedido de tutela de evidência que, se acolhido, será sobremaneira relevante para o transcorrer de toda a tramitação do processo (TALAMINI, 2016, p. 82), invertendo a lógica, ainda mantida em face da manutenção do efeito suspensivo como regra, de que à parte autora cabe

arcar com o ônus do tempo do processo. As tutelas provisórias, em especial a tutela de evidência, relacionam-se portanto com os mecanismos de produção de prova antes mesmo da instrução processual regular.

Raciocínio semelhante se pode permitir em relação às decisões parciais de mérito. Com efeito, o art. 356 do CPC prevê a possibilidade de fracionamento da decisão de mérito pelo juiz, quando parte dos pedidos mostrar-se incontroversa. Ou ainda, quando a causa encontrar-se madura para julgamento, no sentido de que não mais persistir a necessidade de dilação probatória, seja por falta de requerimento, seja pela revelia. Com efeito, se a prova já foi produzida em uma ação probatória autônoma, e já submetida ao contraditório diante da presença da parte adversa naquele feito, diminuem-se as possibilidades argumentativas da parte demandada, e por conseguinte aumentam-se as possibilidades de imediato proferimento da sentença, se não em relação a todos os pedidos, ao menos em relação a parte deles, cujo campo fático já foi esclarecido pela prova prévia.

Mas dentre as profundas alterações trazidas pela Lei 13.105/2015, uma das mais emblemáticas se refere ao advento de um microsistema de precedentes obrigatórios. As disposições dos artigos 926 e 927 do código, pontificam a uniformização da jurisprudência e a observância das decisões dos tribunais, em plena observância do *stare decisis* no Brasil. Está instituída no ordenamento jurídico brasileiro a disciplina do respeito a precedentes, que deixam de ser meramente persuasivos, para se tornar vinculantes ou obrigatórios (MITIDIERO, 2016).

A nova configuração do processo civil está a afirmar categoricamente que diante da existência de precedentes de observância obrigatória, a parte que litigar contra tais precedentes, ressalvadas as situações previstas de distinção (*distinguishing*) ou superação (*overruling*) do precedente, está fadada ao insucesso. Outrossim, o significado da prevalência do *stare decisis* no ordenamento civil brasileiro orienta para que predomine a

unidade do direito, e por conseguinte, que a pulverização de decisões em sentidos absolutamente dissonantes deixe de existir. O que, em nome dos postulados de segurança jurídica, orienta para que se possa vislumbrar um horizonte mais nítido em relação à previsibilidade dos julgamentos. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni (2016, p. 133):

No entanto, definir expectativas não é importante apenas para a economia de mercado, mas também para toda a sociedade. A consciência de como os tribunais decidem é importante para que as pessoas possam estabilizar suas vidas e, especialmente, para que os conflitos possam ser prontamente dissipados, a partir da simples intervenção dos advogados. A estabilidade pessoal e a dissolução de conflitos a partir da mera consulta do direito, isto é, das decisões dos tribunais, é fonte propícia para a harmonia da vida social.

Com efeito, em um cenário onde reste presente um patamar sólido de previsibilidade em relação ao direito, de modo que o jurisdicionado tenha concretas perspectivas de antever o conteúdo das decisões judiciais, tende o mesmo a efetivamente se curvar a tais comandos. Pode ainda, diante de um conflito, se auto-orientar em relação a suas condutas. E pode, sabendo como decide o Poder Judiciário, e sabendo que tal posicionamento tenderá a não se alterar facilmente, tomar decisões refletidas e calculadas acerca de litigar, não litigar ou buscar a autocomposição. Ainda Luiz Guilherme Marinoni (2016, p. 133) enfatiza que:

A previsibilidade das decisões judiciais certamente dissuade a propositura de demandas. A parte que se sente prejudicada, quando tem conhecimento de que o Judiciário não ampara a sua pretensão, certamente não tem razão para gastar tempo e dinheiro em busca de uma tutela jurisdicional que, de antemão, sabe que lhe será desfavorável.

É, portanto natural concluir que em se tratando de uma sistemática de observância obrigatória de decisões que formam precedentes, se está diante de uma condição de previsibilidade ligada à unidade do direito. O que permite com que, diante da prova previamente produzida, se possa prever minimamente como o Judiciário se pronunciará. Assim, se deduz que diante de

um microssistema de precedentes obrigatórios, e sendo possível a obtenção da prova antecipadamente, as partes em conflito podem alcançar um patamar cognitivo mais elevado, em relação a ser possível antever, diante do que provado, qual o precedente aplicável. A unidade do direito, possível quando se institui e se aplicam precedentes, releva importância à obtenção antecipada da prova. A relação entre os dois institutos, pois, está em que ambos permitem a previsibilidade. Conhecendo-se a prova, e conhecendo-se como decide o Judiciário diante de tal prova, efetivamente se pode elaborar projeções e avaliações sobre a pertinência de se propor ou desistir de demandas, bem como de se melhor avaliar sobre a celebração de acordos.

Esta dedução é, portanto, primordial. A antecipação da prova está, juntamente com a sistemática dos precedentes, relacionada a possibilitar maior previsibilidade, pois são mecanismos associados à informação. Informação sobre como a parte se comportou, no caso da prova antecipada. E informação sobre como a parte deveria ter se comportado, no caso do precedente. Com este cabedal de informação, se pode melhor orientar escolhas das partes em conflito.

3 O COMMON LAW E A ANTECIPAÇÃO DA PROVA. UMA ANÁLISE COMPARATIVA A PARTIR DA A DISCLOSURE INGLESA E DA DISCOVERY NORTE-AMERICANA

O estudo comparado entre sistemas da common law e da civil law, embora essencial para aquilatar doutrinariamente técnicas e mecanismos vários, e empiricamente avaliar os seus êxitos e fracassos, deve sempre vir acompanhado da necessária ponderação acerca das características próprias de cada país, para que se evite recair na retórica desenfreada da mera transferência de políticas públicas, ou de técnicas dissociadas dos pressupostos que as sustentam no país de origem, notadamente quando o

instituto em análise encontre além de suas fronteiras, terreno árido no que se refere a semelhante configuração dos pressupostos de utilização.

Frequentemente o legislador processual volta os olhos para experiências estrangeiras visando a importação de técnicas e mecanismos advindo de outros sistemas. Se no Brasil, por exemplo, diversos institutos podem ser definidos como oriundos da common law, tais como o microssistema de precedentes, nos países de sistema anglo-americano, onde a jurisprudência sempre foi fonte do direito por excelência, convive-se com leis de natureza processual, típicas de países do sistema romano germânico. Nesse sentido (GAJARDONI, 2015):

A distinção dantes tão expressiva entre os sistemas da common law e da civil law, todavia, acabou, com o passar dos anos, sendo atenuada pela influência recíproca das boas iniciativas adotadas em cada qual dos sistemas. Ora países adeptos do padrão continental implementam medidas típicas do processo da common law, adotando, entre outras providências, os precedentes judiciais como fonte primária do direito, ora os sistemas anglo-saxônicos se curvam ao direito escrito, de modo que não mais se conservam, de maneira geral, modelos puros, resistentes á saudável influência recíproca de outros sistemas.

Nos países do common law, berço da sistemática de precedentes vinculantes, é corrente a obtenção da prova de modo antecipado, e por este motivo convém adentrarmos da análise da realidade dos dois maiores expoentes da tradição jurídica anglo-saxã, a fim de melhor compreender e projetar a relevância da prova pré-produzida e sua relação com a litigância.

3.1 INGLATERRA.

O exame da realidade processual civil inglesa revela particularidades muito interessantes para o posterior cotejo com a sistemática brasileira da produção antecipada, e de regra com a reforma processual civil de 2015. Durante os anos setenta do século XX, inúmeras eram as críticas à estrutura de funcionamento

deste modelo do processo civil inglês. Barbosa Moreira destaca que até então, a máquina judiciária inglesa era criticada “pelo custo exorbitante, pela excessiva lentidão e pela complexidade de funcionamento” (MOREIRA, 2004, p. 76). O Civil Act, em 1972 trouxe maior controle, pelo juiz, na produção probatória pericial, e maior acesso e participação, pelo magistrado, antes mesmo da fase de julgamento.

Mas as reformas no modelo processual civil tiveram maior impacto a partir de 1994, quando através dos relatórios produzidos por Lord Woolf of Barnes, se buscou traçar um diagnóstico dos problemas então vivenciados, para a posterior elaboração de reformas. O que se sucedeu foi a edição, em 1998, para vigência em abril de 1999, do CPR, ou Civil Procedure Rules.

Eram historicamente característicos do processo civil inglês até então, a existência de duas fases, uma preparatória e outra de julgamento. A atuação do juiz era restrita à fase de julgamento, o que ensejava aos litigantes, por seus representantes, a prerrogativa de movimentação das atividades de produção e coleta de provas, marcadas pela forte oralidade. A este modelo se convencionou denominar *adversarial system* (GAJARDONI, 2016, p. 44).

No que pertine ao tema ora em questão, tem-se a destacar que com a CPR as normas processuais trazem para a figura do juiz o que se denomina de *case management*, ou seja, afastando-se a cultura adversarial, ou de controle autônomo pelas partes, onde o juiz exerce funções próximas a de um fiscal (GONÇALVES, BRITO, 2015), transfere-se a este o gerenciamento efetivo do processo. “Em resumo: os litigantes resolviam livremente que provas produzir e, em grande parte, quando e como produzi-las” (MOREIRA, 2004, p. 82). As alterações na norma processual tornaram mais presente e atuante o juiz no gerenciamento do caso.

E advém historicamente do modelo inglês o mecanismo

mediante o qual cada parte poderia previamente se municiar de provas as quais normalmente não teria acesso, vindas da parte adversa, tradicionalmente denominada *discovery*, mas que com a alteração da Rule 31, no CPR, tal nomenclatura alterou-se para *disclosure*, que se afigura como mais restrita, inclusive da *discovery* norte-americana. Nesse sentido (BEDENUZI, 2016, p. 464):

A *disclosure* inglesa, além de ter uma função diversa da *discovery* americana, serve também a uma finalidade mais restrita. (...) A *disclosure* é, assim, uma *disclosure* de documentos relevantes, enquanto a *discovery* americana compreende também *depositions*, *questions* e *admissions*. A confusão talvez se agrave porque o processo inglês, antes das *Civil Procedure Rules*, chamava também de *discovery* aquilo que hoje é a *disclosure*; mas a semelhança terminológica não deve esmaecer as substanciais diferenças entre os dois institutos.

Endossava-se até então críticas em relação à sua amplitude, o custo elevado, e em geral uma enorme captação de documentos sendo que poucos realmente seriam utilizados como prova efetiva, popularizando um procedimento que se costumou denominar de “*fishing expedition*”. Ou seja, uma investigação ampla, sem objetivo definido, alusiva a um procedimento de pesca de se jogar a isca. Trata-se de uma busca voraz a fim de provocar uma ação imaginada, mas que não passa de especulação (ANDREWS, 2012, p. 2016). Um verdadeiro desvirtuamento dos propósitos colaborativos do processo, para desviá-lo ao ardil e a deslealdade, eis que a fácil disponibilização de documentos poderia em tese ensejar acesso com fins meramente negociais ou econômicos, em que a informação privilegiada pode ensejar lucros e vantagens.

O juiz inglês assume, com o advento do CPR, função primordial na administração do processo. Diversas regras esparsas na codificação alteram o paradigma até então prevalente, para lhe conferir a efetiva gerência do caso, em todos os procedimentos. O processo civil inglês prevê três procedimentos, relacionados não raro com o valor da causa e a complexidade do feito.

São a) *small claims track* (Rule 27), mais simples, que pode ter limitação da atividade de instrução, dispensa de representação por advogado e condução mais informal); b) *fast track* (Rule 28), procedimento intermediário, e: c) *Multi track* (Rule 29) mais complexo. O *case management* pelo juiz inglês trouxe maior racionalidade, no sentido de manter a utilidade do instituto desviando-se de abusos.

Entre diversas possibilidades, inclusive de standard disclosure (Rule 31.10) e specific disclosure (Rule 31.12), a disclosure pode ser obtida antes do início do processo (Rule 31.16), assinalando-se neste caso que um dos dispositivos ali constantes tem feições muito próximas aos da norma processual brasileira acerca da produção antecipada de prova⁴ quando versa sobre a prova obtida ser suscetível de viabilizar a autocomposição. Conforme item específico na Rule 31.16, menciona-se que a disclosure antes do início do processo é desejável para, além de instruir a causa prevista, ajudar o litígio a ser resolvido sem procedimentos, e economizar custos.

Quanto ao requisito da urgência, a norma processual inglesa não alude à disclosure como mecanismo de conservação da prova (BEDENUZI, 2016, p. 467). Ausente assim o requisito da urgência como motivador da obtenção probatória prévia. Aliás, o sistema inglês consagra a obtenção da prova documental como regra na etapa da *disclosure*, pré-processual. Igualmente o faz para a prova pericial, em regra específica. No que se refere à prova testemunhal, esta via de regra é obtida no trial, ou etapa de julgamento, conforme dispõe a Rule 32.2. Entretanto, em caso de testemunho escrito apresentado pela parte, no *disclosure*, costuma se exigir o comparecimento da testemunha para que seja reinquirida na etapa de julgamento, conforme a Rule 32.5). A obtenção da prova portanto, notadamente a documental,

⁴ Rule 31.16. (...) (d) disclosure before proceedings have started is desirable in order to — (i) dispose fairly of the anticipated proceedings; (ii) assist the dispute to be resolved without proceedings; or (iii) save costs.

liga-se à noção de urgência, sendo o sistema inglês voltado para a prévia obtenção da prova e sua avaliação, pelas partes, na perspectiva da resolução do litígio sem que se adentre à etapa de julgamento. Tal e qual a recente norma brasileira.

3.2 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

As características próprias do processo civil norte americano o distinguem, dentro do common law, da matriz inglesa. Inclusive no que se refere à etapa pré-processual, denominada *pretrial*. Se o processo civil inglês, como se disse, teve recentes transformações para mitigar a natureza adversarial do procedimento, com a integração da maior participação da figura do juiz, tal não se observa na mesma intensidade quando se trata do processo civil estadunidense. A característica de adversariedade mais presente, a sistemática mais ampla de obtenção da prova na fase pré-processual, e a convivência dúplice (CAMBI, PITTA, 2015, p. 429) entre a legislação federal (Rules of Civil Procedure - RCP) e regras processuais estaduais, em face do sistema federalista, trazem as linhas gerais do panorama processual civil dos Estados Unidos.

Mesmo em um sistema de common law, não é estranho o advento de lei para disciplinar o processo civil. A codificação norte-americana, de 1938, ainda que com alterações posteriores, convive com normas processuais em cerca de um terço dos estados, autônomos para disciplinar no campo normativo regras processuais, decorrência do sistema federativo. Assim, as fontes do direito nos Estados Unidos não se limitam aos precedentes judiciais, havendo a tendência crescente de valorização da lei como fonte de direito (CUNHA, 2015, p. 454).

Inserida nesta etapa pré-processual, a *discovery* engloba uma série de atos que vão sendo desenvolvidos pelas partes, em típico modelo adversarial de controle à distância pelo juiz acerca da observância das regras a serem cumpridas pelas partes. No

que pertine às provas, diversamente do modelo inquisitorial típico do modelo romano-germânico, em que o juiz conduz a etapa probatória, sendo ele via de regra o destinatário deste conjunto probatório, tem-se que o sistema adversarial americano tem como marca característica a não interferência do juiz, cabendo unicamente às partes a obtenção da prova.

É essencial na sistemática estadunidense a *discovery*, enquanto etapa prévia voltada para a investigação e apuração da prova. Composta de atos diversos de instrução (GODOY, 2005, p. 113), tem esta fase a precípua finalidade de disponibilizar acesso às partes de informações acerca do caso, possibilitando com o conhecimento pleno das informações, evitar-se a prova surpresa. Formulado o pedido, ou *pleading*, na fase de *pretrial*, dependendo do campo probatório relacionado ao caso, inicia-se a *discovery*. Conforme a Federal Rule 26, resta consagrado o dever de que as partes de plano indiquem eventuais testemunhas e forneçam as informações documentais relacionadas. Associado a este dever geral de informação, ou de revelação, estão os deveres de cooperação e boa-fé, no sentido de que salvo exceções especificamente elencadas (*privilege*) não podem as partes em conflito serem surpreendidas por provas até então desconhecidas (CAMBI, PITTA, 2015, p. 439).

Durante a *discovery* existem várias possibilidades probatórias disponíveis às partes. A *deposition* vem a ser o depoimento em âmbito privado, pelas partes ou testemunhas, são inqueridas diretamente pelos advogados das partes, não raro em seus escritórios de advocacia, podendo tais atos serem acompanhados por um funcionário do Poder Judiciário. Em causas complexas ou relevantes, a *deposition* adquire contornos espetaculosos diante da atuação provocativa dos advogados ao buscar extrair elementos e informações de seu interesse.

As partes podem ainda elaborar os *interrogatories*, por via escrita, onde conjuntamente com seus advogados, prestam informações remanescentes requeridas pela parte adversa. Outro

procedimento escrito é a admission, que visa a confissão, ou admissão acerca de fatos, mediante pedido escrito do demandante. Os pedidos de exame pericial físico e mental, por sua vez, estão adstritos à deferimento pelo juiz, sendo necessário no respectivo pedido a efetiva justificativa acerca da necessidade do exame.

Algumas características, associadas, permitem uma visão conjuntural do processo civil norte-americano, e a melhor compreensão sobre a sua apregoada eficiência, no que se refere a resolução de demandas e a menor litigância judicial, especialmente se comparada com outros países de dimensões territoriais continentais, como o Brasil.

Uma característica marcante do pretrial norte-americano está na contundente vertente autocompositiva do sistema. O que em um sentido está associado a obtenção da prova e do conjunto fático antes mesmo da etapa de julgamento, o que aliado a um modelo ainda calcado no *stare decisis* e na observância de precedentes, típico do common law, permite que diante de um conflito devidamente elucidado no campo probatório, as partes tenham acesso pleno a todo conjunto de informação necessária para avaliar sobre suas chances, e tornar possível a pactuação de acordos, evitando-se o transcurso da marcha judicial.

Mas no caso norte-americano, não se pode desconsiderar que a análise da questão da litigância deve necessariamente estar associada aos custos da demanda. Assim, a decisão de se aderir ao acordo, por certo contempla também o fator econômico-financeiro como essencial para orientar o comportamento da parte. Esta particularidade do elevado custo para o manejo de uma ação judicial nos Estados Unidos, deve ser devidamente sopesada quando se analisa o seu modelo e os elevados índices de solução autocompositiva dos conflitos. Nesse sentido (KERN, 2014, p. 262):

Também em razão de seu grande valor, os custos do processo não raras vezes impedem o acesso aos tribunais nos EUA. Em primeiro lugar, o montante das despesas deriva do fato de que os advogados podem, em princípio, negociar sua remuneração

quase livremente. Por outro lado, o pretrial discovery gera comumente custos imensos. Isso porque as partes, na discovery, revelam toda a causa de pedir e buscam e/ou conseguem meios de provas para sustentar a sua versão dos fatos, seus pontos de vista e suas respectivas posições processuais em um eventual trial, bem como atuam para enfraquecer a versão e a posição do adversário.

Desde a etapa da discovery, em que interrogatórios, intimações, reuniões e debates orais, atuação de peritos e fornecimento de documentos são efetuados pelas partes e seus advogados, bem se pode entender que o custo da advocacia para as partes assume proporções elevadas. Não havendo que se considerar da presença forte de um modelo de subsídio financeiro da atividade de litigância, tal qual a de gratuidade de assistência judiciária, ou de isenções específicas, bem se pode avaliar que para demandar em juízo é necessário estar munido de uma estrutura de advocacia complexa e ampla o suficiente para dar o suporte necessário à obtenção da prova e ao manejo da eventual demanda futura. O que por certo traz um custo elevado. A discovery não raro é palco para abusos, com a solicitação massiva de documentos, de interrogatórios desnecessários e numerosos, o que elevou o seu custo (FOLLE, 2012, p. 148). A respeito, CAMBI, PITTA (2015, p. 429) observam que no sistema estadunidense, é desaconselhável demandar quando as possibilidades de vitória não são evidentes, implicando em altas despesas com honorários advocatícios.

Mas não se desconsidere que o modelo do pretrial permite, com as técnicas de acesso e preservação da prova, a busca da verdade dos fatos. O que contribui sobremaneira para o deslinde do caso. E mais, permite ainda a delimitação do pedido ao que efetivamente apurado, pela coleta dos dados e informações relacionadas. Diversamente do sistema do civil law, alicerçado na formulação estanque do pedido quando da propositura da ação, e de adstrição ao que requerido na peça inaugural, mesmo com a coleta posterior da prova, tem-se que no sistema do pretrial há a possibilidade de que, uma vez que os pedidos

formulados na complaint não restem alicerçados no conjunto probatório, o pedido possa perfeitamente ser alterado, com vistas a ser adequado ao que efetivamente se refira à prova produzida. Analisando a discovery em cotejo com o processo civil brasileiro, ainda durante a tramitação legislativa do Código de Processo Civil de 2015, Francis Perondi Folle (2012, p. 150) defendia a pertinência de se permitir, no Brasil, a tardia alteração do pedido ou da causa de pedir para momento posterior, notadamente após o saneamento, a fim de se obter o conhecimento do conjunto probatório, permitindo-se a adequação:

Através do exame do instituto da Discovery norte-americana, percebe-se que a antecipação da prova sem urgência, proposta no Brasil, ensejaria um resultado prático em muitos aspectos equivalente ao sistema de descoberta de provas americana, já que permitiria às partes um conhecimento prévio maior da demanda, poderia levar à realização de acordos e auxiliaria em um melhor direcionamento da demanda em relação às partes e seu objeto. No entanto, o mesmo resultado prático poderia ser obtido com a flexibilização de algumas regras atinentes à fixação do objeto da demanda, que passassem a, por exemplo, permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir até o momento do saneamento da causa, quando houvesse elementos mais concretos a embasá-los.

A dimensão territorial e populacional⁵ dos Estados Unidos da América permite que se estabeleça uma comparação um pouco mais nítida com a realidade brasileira. Segundo dados oficiais das Cortes Judiciais nos EUA⁶, remanescem pendentes de julgamento 44.768 casos derivados de Cortes federais de apelação; 371.937 casos de Cortes civis distritais; 99.073 casos em Cortes distritais criminais. Ações pendentes relativas a créditos,

⁵ Segundo o United States Census Bureau, em 20 de fevereiro de 2017 a população norte-americana seria de aproximadamente 326 milhões de habitantes. Disponível em: <<http://www.census.gov/popclock/>>. Acessado em 12.10.2017. Já segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, na mesma data de 12.10.2017, a população brasileira estimada seria de mais de 208 milhões de habitantes. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acessado em 12.10.2017.

⁶ Dados referentes a junho/2016. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/statistics-reports/statistical-tables-federal-judiciary-june-2016>> Acessado em: 12.10.2017.

questões derivadas de relação de consumo e falências (bankruptcy) totalizam 1.204.717 casos, tendo havido neste caso específico redução do número de casos em 8,5%. Já segundo o Conselho Nacional de Justiça, através do Caderno Justiça em Números, relativo ao ano-base de 2016, aponta que o Poder Judiciário finalizou o ano de 2016 com cerca de 79,7 milhões de processos em tramitação⁷. O que torna facilmente constatáveis as diferenças evidentes entre as realidades dos dois países.

3.3 ANÁLISE COMPARATIVA

Como se viu, em maior ou menor grau, os dois países mais representativos do common law adotam como procedimento prévio e regular a obtenção da prova antes da oficialização da ação judicial. E em ambos, há que se destacar a presença conjugada de um sistema de observância de precedentes. Ou seja, tratam-se de sistemas que permitem a busca pela prova prévia e, uma vez obtida esta prova, e diante do maior grau de previsibilidade da decisão judicial, são mais concretos os elementos de análise sobre as possibilidades de êxito ou insucesso da demanda.

A despeito de particularidades típicas de cada país, tem-se muito claramente que diante de um patamar cognitivo prévio e qualificado, as partes estão em melhor condição de sopesar sobre suas chances no conflito. Permite-se ainda que nestes países, a autocomposição seja a regra, e a promoção do litígio judicial seja a exceção. É certo, entretanto, que não se pode desconsiderar o problema dos custos do processo judicial, verdadeiro desestímulo para a litigiosidade no panorama dos países do common law, principalmente os Estados Unidos da América. O que não desnatura a conclusão de que a sistemática de produção

⁷ BRASIL. Justiça em números 2016: ano-base 2015. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>> Acessado em 12.10.2017.

prévia da prova, aliada a um modelo de respeito a precedentes e previsibilidade das decisões favorece efetivamente a diminuição da litigância.

Em um sistema judicial em que diante do caso concreto, pouco se pode prever sobre qual será a decisão judicial aplicável, sobre quanto tempo será necessário para o deslinde do processo, ou ainda qual o custo aproximado do litígio, pouco ou nada se pode esperar no que se refere a se refrear a cultura de litigiosidade, própria da realidade brasileira cuja lentidão e a incerteza são elementos característicos. De outra banda, se presentes ao menos condições mínimas de previsibilidade da decisão judicial, maiores as possibilidades de alterar-se esta equação da litigiosidade. Luiz Guilherme Marinoni (2016, p. 134), analisando a realidade brasileira e a falta de unidade do direito, destaca que o autor de uma ação se comporta com a lógica de um apostador, sendo o distribuidor judicial uma espécie de roleta, de cujo resultado do sorteio dependerá o destino do litígio.

As partes não se conciliam por mero espírito cívico ou por razões altruístas (YARSHELL, 2009, p. 347). Há que se ter, diante do conflito, mínima ponderação sobre as perspectivas de sucesso ou fracasso, conveniência e dissabores. Afinal, a propositura de uma ação envolve implicações profundas, de ordem pessoal e econômica, e por isso a opção pela via judicial deve ser precedida de um processo de reflexão racional dos prós e os contras (MARINONI, 2016, p. 133).

Neste sentido, a análise da sistemática brasileira em comparação com a realidade dos países do common law permite antever um cenário mais propício à permitir, pelas partes, escolhas eficientes diante do pleno conhecimento do conflito e das possibilidades de êxito ou fracasso de suas postulações.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A perspectiva de uma visão menos litigiosa do conflito

diante da apuração da prova antes da propositura da demanda judicial, e da possibilidade de que as partes, possuindo melhores parâmetros de análise, possam tomar decisões mais racionais e fundamentadas diante do conflito, foi o objeto de análise do presente estudo. Exsurgiu a conclusão de que o conhecimento prévio do campo fático-probatório e a previsibilidade do direito aplicável são elementos primordiais para uma análise mais bem fundamentada pelas partes diante do conflito, acerca de quais as condutas que podem tomar. A antecipação da prova prevista de forma dissociada da urgência, quando associada a uma sistemática de precedentes vinculantes, permite que se sopesem fatos e suas respectivas consequências jurídicas, possibilitando-se assim escolhas melhor fundamentadas.

O presente estudo adentrou no exame do direito comparado para averiguar em que medida os países mais representativos do common law aplicam o conhecimento prévio da prova e a força vinculante dos precedentes enquanto fundamento racional para a decisão sobre os rumos do conflito. Adveio a conclusão de que nestes países, onde a despeito de certas particularidades, a prova se obtém antecipadamente e há consolidada vinculação a precedentes, a carga de processos judiciais submetida ao Judiciário é consideravelmente menor. Não se pode desconsiderar que diversas outras variáveis interferem nesta equação. O critério econômico, materializado nos elevados custos do processo no common law, quando comparados com a realidade brasileira de acesso à justiça que contempla em maior grau gratuidades, isenções e subsídios, deve ser considerado para se aferir em parte as razões da explosão da litigância no Brasil. Por rigor, não se pode creditar unicamente ao binômio antecipação da prova e precedentes vinculantes a razão pela qual nos países do common law a litigância judicial não atinge tão elevados patamares. Mas se pode deduzir que naqueles países, contribuem efetivamente para a racionalização da litigância.

A obtenção antecipada da prova na busca de

possibilidades mais híidas e de soluções mais objetivas ao processo, pode significar uma mudança de paradigmas. Essencialmente quando nos referimos a um modo diferente de atuação dos advogados, que diante de um conflito, passam a possuir novos mecanismos de atuação, deixando-se de pensar o litígio como um dever (FERREIRA, 2010, p. 10). Se a cultura dominante é a do litígio, tem-se que mediante a apuração prévia da prova, aliada a uma postura menos beligerante das partes, ampliam-se as possibilidades de que soluções pactuadas sejam construídas, através da convicção sobre os fatos e sobre como será a eventual decisão judicial diante destes fatos. A negociação direta, através de advocacia especializada, que no campo das ADRs recebe a denominação de *collaborative law*, ou resolução colaborativa de conflitos (CABRAL, CUNHA, 2016, p. 486), traz potencialidades que se encaixam perfeitamente com a nova sistemática processual, pois qualificam as partes para a tomada de decisões, o que traz equilíbrio e ponderação para a opção pelo litígio.

O curto tempo transcorrido desde o início da vigência da Lei 13.105/2015, não permite ainda a detida apuração de dados oficiais acerca de se detectar alguma alteração comportamental no panorama da litigiosidade no Brasil. Em 2017, a última edição do relatório estatístico Justiça em Números, do CNJ⁸, referente ao ano-base de 2016, passou a relacionar estatisticamente o índice de conciliação, indicando que 11,9% das sentenças foram de homologação de acordos. Pouquíssima variação em relação ao índice de 11% relativo ao ano-base de 2015.

Alterada a legislação, o que parece não ter se alterado significativamente é a mentalidade litigiosa em relação ao conflito e a incessante busca do Judiciário adversarial. Tanto a utilização da produção antecipada de provas, quanto a formação e observância plena dos precedentes judiciais, mostram-se ainda

⁸ BRASIL. Justiça em números 2017: ano-base 2016. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>>. Acessado em 12.10.2017.

iniciativas tímidas, longe de gerar índices maiores de conciliação. Entretanto, conforme se tratou, existem e estão disponíveis mecanismos tendentes a possibilitar escolhas mais fundamentadas, e por conseguinte, a diminuição da litigância.



REFERÊNCIAS

- ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de solução de conflitos na Inglaterra*. Trad. do autor. 2ª ed, São Paulo. Editora dos Tribunais, 2012.
- BEDENUZI, Renato Resende. Substantiierung, notice-pleading e fact-pleading – a relação entre escopo das postulações e função da prova nos processos alemão, americano e francês. *Revista de Processo* vol. 245. Revista dos Tribunais, São Paulo, Jul.2015. pág.464.
- BRASIL. *Justiça em números 2017: ano-base 2016*. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, CNJ, 2016
- CABRAL, Antonio do Passo. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): ‘mediação sem mediador’. *Revista de Processo*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, set.2016, Vol 259, p.471-489.
- CAMBI, Eduardo. PITTA, Rafael Gomiero. Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. *Revista de Processo*. Vol. 245. Jul-2015.
- CUNHA, Marcelo Garcia da. Notas comparativas entre os sistema adversarial norte-americano e o sistema inquisitorial: qual sistema está mais direcionado a fazer justiça? *Revista de Processo*, vol. 249. nov-2015.
- DIDIER JR, Fredie. Produção antecipada de prova; in *Novo cpc doutrina selecionada v. 3. Provas*. Coord. DIDIER JR, Fredie. Org. BURIL, Lucas; PEIXOTO, Ravi; FREIRE,

- Alexandre. Salvador: ed. Jurispodivm, 2016a.
- _____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; *Curso de direito processual civil; vol.2*. Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 18ª ed, Salvador. Ed. Jus Podivm, 2016b.
- _____; *Curso de direito processual civil; vol. 1*. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18ª ed, Salvador. Ed. Jus Podivm, 2016c.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Do Litisconsórcio*. 7ª ed. São Paulo, Malheiros, 2002.
- FERREIRA, Willian Santos. Responsabilidade objetiva do autor e do réu nas tutelas cautelares e antecipadas; esboço da teoria da participação responsável. *Revista de Processo*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, out.2010. Vol. 188, p.9-51
- FOLLE, Francis Perondi. A prova sem urgência no direito norte-americano. Um exame do instituto da discovery. *Revista de Processo*, vol.204. p. 101-152. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo. Fev-2012.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Gestão de conflitos nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista de processo comparado*. Vol. São Paulo, RT. 4, jul-dez 2016, p.43-63.
- GALDINO, Flavio. Introdução à Análise Econômica do Processo Civil. (I) – Os métodos alternativos de solução de controvérsias. *Revista Quaestio Juris- UERJ*, vol. 1. Nº 1, Rio de Janeiro, 2005. P. 169-201. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11755/9202>>. Acessado em 03/02/2017.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O minissistema brasileiro da justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades*. 2016. Disponível em: <<http://dirittoetutela.uniroma2.it/files/2013/03/Origens-e>

- evolu%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em 11.01.2017.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito Processual Civil nos Estados Unidos. *Revista de Processo*. Vol. 127. Set-2005. P.107-116.
- GONÇALVES, Glaucio Ferreira Maciel; BRITO, Thiago Carlos de Souza Brito. Gerenciamento dos processos judiciais; notas sobre a experiência processual civil na Inglaterra pós-codificação. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, nº 66, pp. 291-326, jan/jun/2015.
- JUNIOR, Humberto Teodoro. *Do Processo Cautelar*. São Paulo. LEUD. p. 307.
- _____. *Curso de Direito Processual Civil. Vol. II*. pp. 594-595
- KERN, Cristoph A, O processo civil dos EUA e da Alemanha numa análise comparativa. *Revista de Processo*, vol. 227, Revista dos Tribunais, São Paulo, jan-2014
- MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo Processo Civil*. São Paulo, editora Revista dos Tribunais. 2015.
- _____. *Precedentes Obrigatórios*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016
- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 2016.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A revolução processual inglesa. *Revista de Processo*. vol 118. RT, São Paulo, Nov/dez 2004. P.75-88.
- NERY JR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de; *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 16ª ed. 2016.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo, Saraiva, 2008.

- PINHEIRO, Douglas Antonio da Rocha. O Novo Código de Processo Civil e a redução dos custos sociais da litigância. *Revista de Processo*, vol. 253. Ano 41. P. 33-55. São Paulo, Ed. RT, mar.2016
- SILVA, Ovidio Baptista da. *Do processo cautelar*. 2ª ed, Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no código de processo civil de 2015. *Revista de Processo*. Vol.260 ano41 p.75/101. São Paulo, ed. RT, out.2016.
- TARTUCE, Fernanda. O novo marco legal da mediação no direito brasileiro. *Revista de Processo*. vol. 258. ano 41. p. 495-516. São Paulo: Ed. RT, ago.2016.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MELLO, Rogério Licastro Torres de. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: Artigo por Artigo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1ª ed. 2016.
- YARSHELL, Flavio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo. Malheiros, 2009.