

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

**THIAGO FERREIRA MARCHETI**

**PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS: Um estudo sob a ótica da análise  
econômica do direito e o princípio da eficiência**

**MARÍLIA**

**2022**

THIAGO FERREIRA MARCHETI

**PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS: Um estudo sob a ótica da análise econômica do direito e o princípio da eficiência**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a Orientação do Prof. Dr. Rogério Molica

**MARÍLIA**  
**2022**

M317p Marcheti, Thiago Ferreira  
Produção antecipada de provas: um estudo sob a  
ótica da análise econômica do direito e o princípio da  
eficiência / Thiago Ferreira Marcheti. - Marília: UNIMAR,  
2022.  
132f.

Dissertação (Mestrado em Direito – Empreendimentos  
Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social) – Universidade  
de Marília, Marília, 2022.

Orientação: Prof. Dr. Rogério Mollica

1. Análise Econômica do Direito 2. Produção  
Antecipada de Provas I. Marcheti, Thiago Ferreira

CDD – 341.378

THIAGO FERREIRA MARCHETI

**PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS: Um estudo sob a ótica da  
análise econômica do direito e o princípio da eficiência**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília,  
como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a Orientação do  
Prof. Dr. Rogério Molica

Aprovado pela Banca Examinadora em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

---

Professor Doutor Rogério Molica  
Orientador

---

Professor Doutor Elias Marques de Medeiros Neto

---

Professor Doutor Thiago Caversan Antunes

## AGRADECIMENTOS

O desenvolvimento do presente trabalho, que resultou da minha participação no programa de mestrado vinculado a Universidade de Marília contou com a ajuda de diversas pessoas às quais gostaria de prestar minha singela homenagem.

Primeiramente, gostaria de agradecer aos meus pais Jorge Marcheti Junior e Regina Aparecida Ferreira Marcheti, que não mediram esforços para proporcionar o acesso a toda a educação necessária para minha formação básica desde o meu início da vida escolar até o término de minha graduação.

Não poderia me esquecer também dos meus estimados avós Antonio Ferreira e em especial a Alice Mosqueti Ferreira, que apesar de não estarem mais presente fisicamente, sei o quão se orgulham de minha caminhada e de tudo que conquistei até hoje.

A minha irmã Thais Leite Marcheti por todo seu carinho e amor, que mesmo com a nossa distância sempre busca estar presente em todos os momentos importantes.

A Sonia Mara Brito e Gabriel Uri Brito Davansso, com os quais apesar de não possuírem vínculos sanguíneos os considero como se assim o fossem, que tanto contribuíram desde o início de minha vida acadêmica na Faculdade de Direito de Bauru sempre me estimulando e acreditando em meu desenvolvimento estando presente em minhas derrotas e vitórias.

A Estela Virgínia Ferreira Bertoni, que antes de tudo, é minha melhor amiga e confidente, sempre me estimulando e buscando atenuar minhas cobranças internas buscando me mostrar que estou no caminho certo e nunca sair dele.

A minha amiga irmã Thais Precioso Gomes Vilela por sempre me ouvir e aconselhar e muitas vezes até mesmo dar as broncas com todo seu jeito delicado de ser, que foram mais do que necessárias para essa caminhada.

Ao meu amigo, professor e economista Eduardo Ruiz, que muito contribuiu com a estruturação do primeiro capítulo do presente trabalho o qual possui embasamento teórico na contribuição que o arsenal metodológico da economia pode contribuir para o direito.

Ao meu amigo, professor e egresso da Universidade de Marília Renato Menezes, que tanto contribuiu com discussões sobre as lamúrias da vida acadêmica

e com debates sobre as regras de metodologia que tanto são necessárias para o desenvolvimento de uma pesquisa séria.

A toda equipe do Marchetti Bertoni Advogados Associados, em especial as advogadas Dra. Paula e Dra. Laura, por toda dedicação e empenho nas atividades diárias relacionadas a confecção dos prazos processuais neste último ano. Sem isso não seria possível concluir mais essa etapa da minha vida acadêmica.

Também não poderia deixar de esquecer do estagiário Matheus Andrade, que com toda sua empolgação com a área acadêmica muito contribuiu para retomada na busca por um programa de mestrado. À Marielly Leticia que com toda sua leveza, encanto e amizade sempre deixa o ambiente mais leve e divertido, o que também se mostra extremamente considerando todas as etapas necessárias para o término de um programa de mestrado.

A todos a equipe do PROCON de Lins/SP, em especial para as estagiárias Mirian Aquilino Matos e Alessandra Sampaio, pelas atividades prestadas e amizade proporcionada que em muitos momentos dessa caminhada foram cruciais para minha perseverança.

Ao Programa de Pós Graduação da Universidade de Marília na pessoa de seus funcionários e professores, em especial ao meu orientador Dr. Rogério Mollica pelos conselhos e indicações realizadas durante a confecção deste trabalho.

A Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) pelo apoio financeiro concedido através da bolsa, que muito contribuiu para o desenvolvimento e finalização deste trabalho.

## RESUMO

A presente pesquisa busca analisar como a produção antecipada de provas pode contribuir para aumentar a eficiência do processo na resolução dos conflitos estabelecidos. O Código de Processo Civil prevê que as partes que integram uma determinada relação jurídica processual devem adotar uma conduta cooperativa pautada no constante diálogo dando prevalência para as formas autocompositivas em consonância com o conceito de justiça multi portas. Entretanto, mesmo após vários anos de vigência não se tem visualizado um aumento significativo no número de acordos realizados. Isto resulta, em um aumento no número de casos enfrentados pelo Judiciário, agravando ainda mais o problema da demora na solução dos conflitos. Em virtude disso, a proposta apresentada reside em enfrentar a questão sob a ótica da análise econômica do direito visualizando o processo como um ambiente em que a previsão de estímulos tendem a direcionar o resultado para o desejado resultando em uma melhor alocação de recursos. Para tanto partiremos de uma análise dos sistema das common law, em que há uma fase precedente ao exercício da jurisdição propriamente dita em que as partes devem apresentar todas as provas que possuem referente a questão posta em discussão. Isto acaba por contribuir para que se estabeleça as perspectivas em relação ao sucesso da futura empreitada contribuindo para o enriquecimento do debate. No Brasil, foi prevista a possibilidade da produção antecipada de provas sem que se exija a comprovação de urgência reconhecendo um direito autônomo à prova com o objetivo de se estimular uma postura cooperativa e aumentar o número de acordos realizados.

**Palavras chaves:** análise econômica do direito; produção antecipada de provas; princípio da cooperação; princípio da eficiência; justiça multi portas.

## ABSTRACT

The present research seeks to analyze how the anticipated production of evidence can contribute to increase the efficiency of the process in the resolution of established conflicts. The Civil Procedure Code provides that the parties that are part of a certain procedural legal relationship must adopt a cooperative conduct based on constant dialogue, giving prevalence to self-compositional forms in line with the concept of multi-door justice. However, even after several years of validity, a significant increase in the number of agreements has not been seen. This results in an increase in the number of cases faced by the Judiciary, further aggravating the problem of delay in resolving conflicts. As a result, the proposal presented is to face the issue from the perspective of the economic analysis of law, viewing the process as an environment in which the forecast of stimuli tend to direct the result to the desired result, resulting in a better allocation of resources. In order to do so, we will start from an analysis of the common law system, in which there is a phase preceding the exercise of jurisdiction itself in which the parties must present all the evidence they have regarding the question under discussion. This ends up contributing to the establishment of perspectives in relation to the success of the future undertaking, contributing to the enrichment of the debate. In Brazil, the possibility of early production of evidence was foreseen without requiring proof of urgency, recognizing an autonomous right to evidence with the objective of stimulating a cooperative posture and increasing the number of agreements made.

**Keywords:** economic analysis of law; anticipated production of evidence; principle of cooperation; principle of efficiency; multi-port justice.



## Sumário

<b>Introdução</b> .....	<b>9</b>
<b>1. Uma Breve abordagem sobre análise econômica do processo civil</b> .....	<b>16</b>
1.1 O surgimento da Análise Econômica do Direito.....	16
1.2 Como o pensamento econômico pode contribuir para o direito .....	23
1.3 Premissas metodológicas da Análise Econômica do Direito aplicada ao processo civil .....	28
1.4 A importância dos estímulos processuais para se cumprir com os princípios processuais.....	32
<b>2. Do princípio da eficiência no Código de Processo Civil</b> .....	<b>43</b>
2.1 O conceito de eficiência e o papel das normas jurídicas para sua consecução .....	43
2.2 Princípio da eficiência no Direito Administrativo .....	48
2.3 Princípio da eficiência no Direito Processual Civil .....	52
<b>3. O Sistema da Civil Law e da Common Law analisados sob a ótica da eficiência</b> .....	<b>59</b>
3.1 O sistema da civil law e o papel do juiz diante da produção probatória .....	61
3.3 Considerações sobre o sistema da common law.....	70
3.4 Da aproximação da civil law com a common law.....	75
<b>4 Produção Antecipada de Provas sem Urgência</b> .....	<b>80</b>
4.1 Do conceito prova, sua natureza jurídica e seu destinatário .....	80
<b>4.2 O ônus da prova e o papel do magistrado e das partes na produção probatória frente a um processo colaborativo.</b> .....	<b>88</b>
4.3 O Direito de Provar e o Direito a Prova como um direito autônomo e concreto .....	99
4.4 O dever probatório e seus limites.....	106
4.5 Da Produção Antecipada de Provas no Código de Processo Civil. ....	114
<b>Conclusão</b> .....	<b>125</b>
<b>Referências</b> .....	<b>128</b>

## **Introdução**

A Constituição Federal consagra como um direito fundamental o acesso à justiça em seu artigo 5º, XXXV, tendo, ainda, o Código de Processo Civil, em seu artigo 3º, quando dispõe sobre as normas fundamentais do processo civil, previsto dispositivo semelhante. O mencionado direito fundamental, segundo abalizada lição de Mauro Cappelletti, é analisado sob três ondas.

A primeira delas está relacionada ao ingresso propriamente dito devendo ser diminuídas as barreiras sociais e econômicas que dificultam o acesso aos meios estatais de resolução de conflitos. Possuem relação com esse marco teórico a previsão constitucional de gratuidade da justiça como um direito fundamental garantindo a todos os cidadãos que não detenham condições para arcar com as custas do processo sem prejuízo do seu próprio sustento, a previsão constitucional da instituição de defensorias públicas para defesa dos necessitados bem como a criação dos Juizados Especiais os quais dispensam o pagamento de taxa judiciária em primeira instância.

A segunda onda é apontada como ligada às demandas coletivas, tendo em vista que o desenvolvimento social fez eclodir ainda mais o número de conflitos em que a marca principal é a homogeneidade necessitando assim de uma atuação coletiva. Pode ser apontado como marcos a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, que funcionam como um estatuto das demandas coletivas no país.

Por sua vez, a terceira possui ligação com a efetividade, afinal não basta garantir o ingresso, seja no âmbito individual ou coletivo, se não tivermos uma solução efetiva com a entrega do bem da vida buscado perante o Judiciário. O Código de Processo Civil, preocupado com essa temática, prevê em seu artigo em seu artigo 4º o direito à resolução do conflito, incluindo a atividade satisfativa consistente na entrega do bem da vida discutido em juízo, em tempo razoável bem como em seu artigo 8º o dever do juiz de observar e promover a eficiência

Ainda com o intuito de propiciar o cumprimento dos objetivos e princípios previstos no ordenamento processual, é previsto como norma fundamental o dever de todo aquele de que uma forma ou de outra influa na relação jurídica processual o

dever de cooperar para que se obtenha uma decisão de mérito justa, efetiva e em tempo razoável.

A mencionada previsão vem em consonância com a Constituição Federal, a qual prevê logo em seu artigo primeiro que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel da União, Estados e Municípios, demonstrando, com isso, a adoção inexorável do federalismo, além de adotar o Estado Democrático de Direito, o que significa que no que pese ser adotado o império das leis não se pode perder de vista a característica democrática o que em sua essência pressupõe o exercício da cidadania com a confluência de um pluralismo de ideias que somente se mostra presente com o diálogo a cooperação entre os cidadãos.

No que pese a louvável presença principiológica se mostra necessário que se crie um ambiente em que se efetivamente se propicie o exercício cooperativo para que assim se atinja a efetividade. A ciência social que melhor se debruçou sobre as razões que levam a atuação humana em um ambiente em que os recursos são escassos foi a economia.

A análise do processo civil sob a ótica da economia permite ao intérprete perquirir acerca das consequência que os incentivos criados têm no comportamento humano propiciando que com isso o surgimento de um ambiente que propicie a cooperação, afinal a decisão sobre o ingresso ou não com uma determinada demanda judicial, de compor ou não compor ou mesmo de interpor ou não um recurso não deixa de ser uma decisão econômica a qual leva em consideração as consequências partindo da premissa da racionalidade humana.

Partiremos, então, o estudo acerca da análise econômica do direito, que tem como seu berço países em que o sistema jurídico é a common law, em que o papel do direito é visto como um instrumento para o desenvolvimento, sendo assim quando da construção da norma jurídica se deve observar quais são as consequências da tomada de uma determinada decisão para maximização dos recursos sem perder de vista, de igual modo, a proteção de bens jurídicos. Esse pensamento foi defendido por Richard Posner, após sofrer duras críticas de sua tese inicial defendida na obra *The Economics of Justice*, em que defende como uma das principais funções do direito a maximização da riqueza.

Seguindo essa linha de pensamento o direito passa a ser visto como um incentivo para o desenvolvimento, sendo assim um ambiente no qual o intérprete,

quando for construir determinada norma jurídica partindo de um determinado dispositivo legal, deve levar em conta quais incentivos serão criados no comportamento humano no intuito de que se crie um ambiente favorável à consecução dos axiomas valorativos previstos no ordenamento jurídico.

Quando transportamos esse pensamento de índole pragmática para o Processo Civil, núcleo central do nosso trabalho, percebemos que no que pese a previsão tanto na Constituição Federal como no próprio diploma processual acerca do direito à razoável duração do processo, segundo o último relatório divulgado pela pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça denominada "Justiça em Números" o tempo médio para resolução de um conflito é de quatro anos e três meses, sendo na primeira instância de um ano, na segunda instância de dez meses e na execução judicial da sentença de dois anos e cinco meses.

Não obstante os resultados apresentados não terem sido satisfatórios, os gastos despendidos pelo Estado com a manutenção do Poder Judiciário, os quais atingiram a marca de R\$ 100.000.000.000,00 (cem bilhões de reais) e o índice de produtividade dos servidores em cerca de 8,1 casos solucionados por cada magistrado por ano.

Esse cenário sugere que a solução da problemática não parece estar no aumento da estrutura do Poder Judiciário, o qual já consome parcela considerável do Produto Interno Bruto.

A mencionada pesquisa veio somente a ratificar o senso comum presente tanto no jurisdicionado, o qual vê com descrédito a atuação do Poder Judiciário na solução de conflitos em virtude de todo o lapso temporal necessário para que se obtenha uma resposta estatal aliada a pouca efetividade do processo executivo que também se arrasta por vários anos para se efetivar sem contar ainda o risco, o qual não é pequeno, de inefetividade do comando jurisdicional resultando na famigerada expressão "ganhou, mas não levou", como também daqueles que exercem o papel de atores nessa relação jurídica travada em um processo judicial seja na condição de advogado, defensores públicos, promotores de justiça, juízes ou até mesmo servidores.

Nesse mesmo sentido, no que pese a existência de princípios que determinam a cooperação das partes bem como a necessidade de se estimular a todo momento, durante o transcorrer do processo, o estímulo às formas alternativas de resolução de

conflitos se verifica um baixo índice de acordos realizados demonstrando a presença de um alto grau de litigância como algo endêmico em total confronto com os axiomas previsto no ordenamento processual o qual prevê o processo como um ambiente cooperativo pautado na confluência de ações das partes para rápida e efetiva solução do conflito.

Em comparação com o cenário brasileiro, nos deparamos com resultados diversos em países marcados pela experiência do sistema jurisdicional ligado a common law, como os Estados Unidos, em que o índice de acordos realizados chega a impressionantes números de 92%, sendo assim poucos são os casos que são de fato enfrentados pelo Judiciário já que a ampla maioria das demandas são resolvidas pelas próprias partes através da cooperação e do diálogo.

*A priori*, este cenário pode levar à conclusão de que a o alto grau de litigiosidade encontrado no Brasil possui relação com questões culturais da sociedade, entretanto o objetivo central do nosso trabalho é aproximar os dois sistemas, common law e civil law, justamente para se analisar quais são os incentivos que podem ser extraídos para estimular uma melhora na prestação jurisdicional.

Em virtude de um corte metodológico, optamos por centrar nossa pesquisa no aspecto probatório, em institutos como a discovery, do direito norte americano, e a discolubre, presente no direito inglês, os quais, resguardadas as diferenças existentes, consistem em um procedimento de produção probatória em que os destinatários são as próprias partes, o qual tem como objetivo principal diminuir a assimetria informacional natural quando do ajuizamento de uma demanda.

Uma das principais características do ser humano, enquanto agente econômico, quando se tem um cenário de ausência de informação, é o excesso de confiança levando a um otimismo exacerbado de sucesso na empreitada. Quando estamos um determinado agente econômico está diante da decisão entre ajuizar ou não uma demanda e não detém todas as informações necessárias sobre os riscos e possibilidades de êxito o processo natural é que o otimismo e a esperança em vencer a disputa instaurada se sobreponha o que dificulta a postura cooperativa e conseqüentemente a realização de acordos.

Isso, aliado a um sistema de justiça como o brasileira em que não existe a cultura de respeito aos precedentes possibilitando a existência de decisões conflitantes, bem como a ausência de informações com relação às provas que

poderão ser produzidas acaba resultando no ajuizamento de demandas que poderiam ser resolvidas através da autocomposição ou mesmo através de outras formas de resolução de conflitos.

O Código de Processo Civil, atento a esse cenário, modificou o regramento com relação a produção antecipada de provas, que no ordenamento jurídico processual revogado, exigia como condição para sua utilização a existência de risco de se perecer a possibilidade de produção probatória e na sistemática atual, além da hipótese do risco, também prevê o manejo dessa ação para evitar o ajuizamento da ação ou até mesmo como forma de se possibilitar a autocomposição.

Com isso acabou se conferindo maior prevalência as partes podendo ser vista como destinatária da produção probatória, em contraposição com a visão clássica, em se via apenas o juízo como destinatário tendo, assim, o aspecto probatório apenas como meio para auxiliar na formação da convicção do julgador.

A produção antecipada de provas, como forma de evitar o ajuizamento de uma ação ou mesmo como estímulo à autocomposição, tem o condão de diminuir a assimetria informacional o que contribui para se estabelecer as possibilidades de êxito em eventual empreitada judicial fazendo com que as partes possam mensurar de maneira mais fidedigna quais são suas chances no caso de seguir com a demanda o que contribui para autocomposição.

Ao observarmos os institutos do direito alienígena da *discovery* verificamos um protagonismo das partes e dos seus advogados somente exigindo a interferência estatal de maneira excepcional para intervir quando não se mostrar presente a cooperação das partes na obtenção das provas.

Estabelecidas as premissas entre os institutos do direito estrangeiro e o pátrio iremos centrar a discussão em como a experiência decorrente da *common law* pode contribuir para o aperfeiçoamento do nosso ordenamento jurídico processual de forma a se criar estímulos para que as partes resolvam o conflito estabelecido de outras formas que não seja única e exclusivamente o Judiciário, o qual se vê a cada dia mais abarrotado de demandas a serem enfrentadas.

Quando nos deparamos com a exposição de motivos do Código de Processo Civil atual verificamos que dentre as finalidades principais estão: criação de um sistema em consonância com a Constituição da República aliado a simplificação do

procedimento com o objetivo de aumentar a eficiência do processo resolvendo os conflitos estabelecidos de maneira mais célere com menor esforço.

Nesse sentido, logo em seus primeiros artigos o legislador já dedicou um capítulo intitulado "*Normas Fundamentais do Processo Civil*", que tem como enfoque estabelecer as bases que devem ser observadas durante a interpretação das normas processuais.

Com isso, princípios que antes só tinham previsão no âmbito constitucional passam a ter guarida infralegal, deixando certa a influência que as normas constitucionais devem ter sobre todo o ordenamento jurídico, bem como passa a se exigir das partes uma postura cooperativa focada na resolução dos conflitos, devendo-se observar a forma adequada.

Em resumo, o que pretendeu o legislador foi justamente através da simplificação do procedimento resolver os conflitos que lhe são apresentados da maneira mais adequada quebrando, assim, com a visão paternalista de que a jurisdição é o único meio para se solucionar a lide.

Exemplificando, deixou-se de exigir o procedimento de exceção para se arguir a incompetência do juízo, seja ela de natureza absoluta ou relativa, a reconvenção passou a ser admitida no bojo da contestação não necessitando mais de ser formulada em petição autônoma.

Isso demonstrou uma preocupação do legislador em diminuir as exigências formais centralizando a sua preocupação em resolver o problema e não na formalidade, afinal o processo só tem razão de existir quando nos deparamos com um conflito de interesse não se justificando por si só.

No que se refere aos estímulos criados para solução alternativa do conflito pode-se citar a alteração do procedimento, sendo elencado como primeiro ato processual após o recebimento da inicial a realização de uma audiência de conciliação somente se iniciando o prazo para apresentação da defesa após o término.

No mesmo sentido, deixou de exigir a demonstração de urgência para que a parte utilize da produção antecipada de provas reconhecendo um direito autônomo à prova possibilitando a utilização do procedimento para buscar informações que se façam necessárias para nortear a lide e conseqüentemente justificar o ajuizamento da demanda ou mesmo a resolução do conflito por outra modalidade como as formas autocompositivas.

Surgiram discussões sobre os limites do direito à prova, principalmente se considerarmos que o artigo 382, §4º estabeleceu que não cabe defesa ou recurso eclodindo, assim, questionamentos sobre a compatibilidade com as normas constitucionais.

Também se debruça sobre a natureza jurídica do procedimento, se deve ser considerado como de jurisdição contenciosa ou voluntária, o que consequentemente impacta sobre a postura do juiz e das partes.

O enfoque do trabalho será justamente demonstrar como a produção antecipada de provas pode contribuir para se estabelecer os limites da lide e consequentemente auxiliar na tomada de decisão entre ajuizar uma ação ou mesmo se valer das formas autocompositivas.



## **1. Uma Breve abordagem sobre análise econômica do processo civil**

### **1.1 O surgimento da Análise Econômica do Direito**

Ao analisarmos o direito sobre uma perspectiva mais objetiva pode-se concluir que se trata da ciência social em que se busca regular o comportamento humano, sendo que a economia tem como norte metodológico pesquisar como as decisões são tomadas considerando que as necessidades são infinitas e os recursos limitados.

Nessa toada, a análise econômica busca aperfeiçoar o direito, enquanto ciência que tem como objetivo regular comportamentos humanos, através da utilização de técnicas desenvolvidas nas ciências econômicas trazendo, com isso, uma visão mais pragmática da ciência jurídica.

O momento histórico da análise econômica do direito ocorre após o movimento pós positivista, que teve como principal consequência a reaproximação do direito e da moral decorrente da força normativa dos princípios que passaram a exigir do intérprete um exercício hermenêutico pautado nas premissas da proporcionalidade e razoabilidade resultando, assim, em uma aproximação do direito com a filosofia. (GICO JUNIOR, 2019)

O positivismo jurídico possui relação com a ideia de direito posto, o qual teve como berço o movimento iluminista buscando trazer mais cientificidade às ciências sociais. Nesse sentido, uma das principais conquistas do movimento positivista foi o de afastar o direito da moral reduzindo a atividade do intérprete a simples subsunção do fato à norma buscando que seja excluído qualquer valor moral ou axiológico por parte do aplicador do direito que deveria se limitar a simples atividade exegeta. (BOBBIO, 1999, pg. 135)

Em contraposição ao movimento positivista, há o jusnaturalismo em que há uma forte aproximação entre o direito e a moral, sendo assim destoante da ideia de cientificidade buscada pelo positivismo jurídico. Em um primeiro momento, o aludido sistema jurídico tem o condão de conectar o direito à divindade, tendo a decisão do intérprete orientada pelos deuses. Posteriormente, já influenciado no movimento humanista, afasta-se da divindade trazendo à baila a racionalidade humana para definir qual deve ser considerada a decisão mais justa, o que tem como consequência uma aproximação do direito e da filosofia. (DINIZ, 2005,p.23)

O jusnaturalismo, em sua fase racionalista, considera que o homem possui dentro de si a concepção do que é justo, logo não seria necessário a existência de normas para regular o comportamento humano.

O viés humanista resulta em uma subjetividade a qual possibilitou uma maior amplitude por parte do julgador, o que acaba por ser o seu ponto de maior crítica fazendo eclodir o positivismo, que possui como berço científico o iluminismo que busca, através da cientificidade, afastar a moral e o direito consequentemente resultando em uma interpretação mais objetiva das normas jurídicas. (MARINONI, 2012, pg. 25-26)

Vejamos a lição do doutrinador Luiz Guilherme Marinoni

“O positivismo jurídico nada mais é do que uma tentativa de adaptação do positivismo filosófico ao domínio do direito. Imaginou-se, sob o rótulo de positivismo jurídico, que seria possível criar uma ciência jurídica a partir dos métodos das ciências naturais, basicamente da objetividade da observação e da experimentação.” (MARINONI, 2012, p. 29-30)

Essa objetividade do direito resulta em uma modificação na estrutura das fontes, tendo em vista que com o afastamento da moral como fonte do direito se passa a conferir prevalência à lei como norma jurídica e fonte única capaz de justificar a edição de normas jurídicas. Os princípios valorativos deixam de deter força normativa servindo apenas como caminho para interpretação e integração do direito.

Nesse sentido é a doutrina de Norberto Bobbio.

“A doutrina juspositivista das fontes assume os movimentos da situação acima descrita, isto é, da existência de ordenamentos jurídicos complexos e hierarquizados, e sustenta que a fonte predominante, quer dizer, a fonte que se encontra no plano hierárquico mais alto, é a lei, visto que ela é a manifestação direta do poder soberano do Estado e que os outros fatos ou atos produtores de normas são apenas fontes subordinadas.” (BOBBIO, 1999, p. 32)

Essa característica acaba por afastar a força normativa dos princípios, que fica relegada à função secundária na interpretação das normas jurídicas, não incidindo diretamente como fonte de direito e obrigações como as regras dispostas no nosso ordenamento. Nesse sentido, o juiz tem a sua atividade limitada a um mero tradutor das regras jurídicas restringindo, assim, toda e qualquer função criativa do intérprete para que haja uma adequação do regramento aos axiomas valorativos dispostos no sistema.

Uma consequência de se limitar a atividade criativa do intérprete das normas jurídicas mediante a utilização dos princípios como fonte secundária do direito foi conferir legitimidade a regimes autoritários como o vivenciado na Alemanha com o nazismo, em que o direito foi um meio para autorizar a prática de atrocidades como o holocausto.

Essa foi, inclusive, a principal linha de defesa utilizada por agentes do nazismo no Tribunal de Nuremberg, alegando que as leis do Estado Alemão permitiam a prática a ser julgada, havendo apenas o seu cumprimento regular, o que não poderia ser, dessa forma, motivo de punição. (GICO JUNIOR, 2019, p.8)

Nessa toada, no processo de redemocratização da Europa após o término da Segunda Grande Guerra, na década de 40, surgiu o neoconstitucionalismo um processo de mudança da visão do direito conferindo força normativa aos princípios e não somente às regras, o que tem como consequência uma mudança na forma de interpretar o direito, se fazendo presente técnicas ligadas a razoabilidade e proporcionalidade, tendo em vista que quando estamos diante de valores principiológicos não há uma prevalência de um sobre o outro como ocorre com as regras. (BARROSO, 2012, p. 246)

Vejamos a lição do eminente Luiz Roberto Barroso (BARROSO, 2010, p. 249):

“A doutrina pós-positivista inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas.”

Regras e princípios, ao contrário do que era visto no positivismo em sua matriz clássica, passam considerados como normas jurídicas, logo, a diferenciação entre elas se refere a duas espécies do mesmo gênero. (ALEXY, 2015, p. 87)

Os princípios são intitulados como mandamento de otimização, o que significa que não determinam que algo seja realizado na medida do possível sem estabelecer de maneira unívoca o que deve ser feito, logo quando o intérprete se vale de uma norma principiológica deve se valer de uma metodologia interpretativa diversa pela própria ontologia das normas.

Quando há um conflito interno sobre regras a solução passa necessariamente por se decretar a situação de exceção ou a decretação de uma

invalidez. Por sua vez, quando estamos diante de um conflito entre princípios, um deles deve ceder para que naquele caso em específico haja um que prevaleça. Isso não significa que foi criada uma exceção para o princípio ou mesmo que deve sempre ser aplicado o mesmo resultado, devendo se observar a especificidade do caso em concreto. (ALEXY, 2015. p. 93)

Essa mudança de visão do direito acaba por conferir uma nova posição aos princípios constitucionais, que antes, quando vigorava a visão positivista clássica eram vistos como um mero direcionamento para o intérprete desprovido de qualquer força normativa, passando para o centro do ordenamento jurídico irradiando sobre todos os diplomas normativos.

Em virtude do neoconstitucionalismo, por exemplo, o direito civil, o qual era visto sob uma ótica individual e patrimonialista passa a ser estudado sob as consequências sociais de suas normas incidindo com a incidência de princípios como a função social da propriedade nos direitos reais, de matriz constitucional, e da boa fé objetiva, norteando todo o direito das obrigações,

No âmbito do processo civil, temos um processo muito mais dialético e democrático, o que pode ser verificado, por exemplo, com a necessidade de oitiva das partes para que seja proferida qualquer decisão judicial, ainda que se trata de matéria cognoscível de ofício, bem como a predominância da vontade das partes, com a possibilidade, de realização de negócios jurídicos processuais alterando regras procedimentais o que demonstra uma maior preocupação com a instrumentalidade das formas mudando a visão de um processo clássico e engessado em regras previamente estabelecidas para um procedimento que tem como maior finalidade a resolução de conflitos o que leva, em muitas situações, a relativização de regras procedimentais para que se observe qual a melhor forma de se cumprir com os mandamentos de otimização.

O Código de Processo Civil, com o escopo de deixar essa característica evidenciada, prevê logo em seu artigo primeiro que todo o ordenamento processual será interpretado segundo as normas previstas na Constituição Federal.

Apesar da louvável mudança de espectro evidenciada com o neoconstitucionalismo, o qual tem como matriz filosófica o pós positivismo e teoria da força normativa dos princípios, pouco se preocupou com se definir um critério para se

estabelecer as consequências da tomada de determinada decisão em detrimento de outras possíveis variáveis.

Nesse sentido é a lição de Ivo Gico Junior:

Apesar da clara preocupação com valores, o neoconstitucionalismo não se ocupa suficientemente com as reais consequências de determinada lei ou decisão judicial. Não que ignorem a realidade social em suas considerações, tão somente digo que seu foco tem sido elaborar justificativa teóricas e abstratas para a flexibilização da lei e sua compatibilização com princípios de conteúdo indeterminado, segundo algum critério de justiça, que se esforçam para criar e legitimar como racionais e não voluntaristas. O desenvolvimento de instrumentos analíticos capazes de auxiliar o intérprete a identificar, prever e mensurar tais consequências no mundo real é que foi epistemologicamente relegado a segundo plano ou para outros ramos do conhecimento humano com os quais o direito tradicionalmente não dialoga. O problema, por óbvio, é que a mera intuição do intérprete e aplicador do direito perante o caso concreto, principalmente os mais complexos, não é suficiente. (GICO JUNIOR, 2019. p. 10)

Surge, então, a análise econômica do direito, que mediante o instrumental metodológico das ciências econômicas busca aparelhar o intérprete das normas jurídicas, sejam elas princípios ou regras, para definir quais serão as consequências de uma determinada decisão.

Vejamos a lição de Luiz Fux e Bruno Bodart.

Uma das principais características da análise econômica do Direito, portanto, é concentrar o exame das normas jurídicas exclusivamente nas suas consequências. Leis e decisões judiciais são importantes não por possuírem um valor em si, mas pelos efeitos causados em relação ao grupo que pretendem atingir – ou que atingem não intencionalmente. Sob a análise econômica, o Direito é uma política pública, sendo que o raciocínio analítico teórico e a pesquisa empírica são utilizados para torná-la mais eficiente no cumprimento dos objetivos eleitos pela sociedade. (FUX; BODART, 2020. p. 62)

Um dos precursores da análise econômica do direito foi Ronald Coase, professor da Escola de Chicago, que apresentou o intitulado teorema de Coase, segundo o qual em um mundo ideal em que o custo de transação for zero a alocação de recursos tenderia a eficiência. Logo, a função do direito está ligada a criar instituições capazes de reduzir o custo de transação para que a alocação de recursos caminhe cada vez mais a eficiência. (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005. p. 18)

Sob essa perspectiva o direito passa a ser visto como um instrumento para aumento da eficiência, pois a sua função seria reduzir os custos de transação como

forma de facilitar o deslocamento de recursos trazendo, por exemplo, uma maior segurança para relações jurídicas.

Já é possível verificar a influência da economia no direito em decisões do Superior Tribunal de Justiça como se percebe no julgamento do REsp n. 1.163.283/RS que teve como relator o Ministro Luis Felipe Salomão.

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATOS DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. LEI N. 10.931/2004. INOVAÇÃO. REQUISITOS PARA PETIÇÃO INICIAL. APLICAÇÃO A TODOS OS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO.

1. A análise econômica da função social do contrato, realizada a partir da doutrina da análise econômica do direito, permite reconhecer o papel institucional e social que o direito contratual pode oferecer ao mercado, qual seja a segurança e previsibilidade nas operações econômicas e sociais capazes de proteger as expectativas dos agentes econômicos, por meio de instituições mais sólidas, que reforcem, ao contrário de minar, a estrutura do mercado.

2. Todo contrato de financiamento imobiliário, ainda que pactuado nos moldes do Sistema Financeiro da Habitação, é negócio jurídico de cunho eminentemente patrimonial e, por isso, solo fértil para a aplicação da análise econômica do direito.

3. A Lei n. 10.931/2004, especialmente seu art. 50, inspirou-se na efetividade, celeridade e boa-fé perseguidos pelo processo civil moderno, cujo entendimento é de que todo litígio a ser composto, dentre eles os de cunho econômico, deve apresentar pedido objetivo e apontar precisa e claramente a espécie e o alcance do abuso contratual que fundamenta a ação de revisão do contrato.

4. As regras expressas no art. 50 e seus parágrafos têm a clara intenção de garantir o cumprimento dos contratos de financiamento de imóveis tal como pactuados, gerando segurança para os contratantes.

O objetivo maior da norma é garantir que, quando a execução do contrato se tornar controvertida e necessária for a intervenção judicial, a discussão seja eficiente, porque somente o ponto conflitante será discutido e a discussão da controvérsia não impedirá a execução de tudo aquilo com o qual concordam as partes.

5. Aplicam-se aos contratos de financiamento imobiliário do Sistema de Financiamento Habitacional as disposições da Lei n. 10.931/2004, mormente as referentes aos requisitos da petição inicial da ação de revisão de cláusulas contratuais, constantes do art. 50 da Lei n. 10.931/2004.

6. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.163.283/RS, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 7/4/2015, DJe de 4/5/2015.)

No acórdão mencionado foi considerado pela corte que quando estamos diante de um contrato, em que até pela sua própria natureza patrimonial, é buscado pelos integrantes estabilidade na relação obrigacional instrumentalizada.

Sendo assim, qualquer interferência deve ocorrer de maneira excepcional de forma a se criar um ambiente de estímulo à circulação de riquezas em que os agentes econômicos tenham ciência que o que foi negociado será respeitado como regra.

A controvérsia do caso em discussão girou em torno da aplicabilidade do disposto no artigo 50 da Lei 10.931/2004 aos contratos de financiamento imobiliário entabulados segundo as regras do Sistema de Financiamento Habitacional. O mencionado dispositivo, de forma semelhante ao previsto no artigo 330, §2º do Código de Processo Civil, exige daquele que for demandar questões atinentes a contrato de financiamento que aponte o valor que irá controverter e continue a adimplir com o incontroverso.

Essa regra busca trazer maior segurança para os contratos de financiamento, tendo como objetivo diminuir o custo na aquisição de crédito, afinal quando se atribui maior estabilidade em contratos que já são naturalmente aleatórios como qualquer financiamento, a tendência é aumentar a eficiência distribuindo assim melhor os recursos.

Nesse sentido, foi o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, sendo utilizado pelo Ministro Luis Felipe Salomão argumentos desenvolvidos pela análise econômica do direito para construir o fundamento utilizado para justificar a aplicação das regras previstas na Lei 10.931/2004 aos contratos de financiamento realizados pelo Sistema Financeiro Habitacional.

Cumprido destacar que a discussão foi travada referente a contrato entabulado antes da vigência do diploma processual civil vigente, tendo em vista, que como já mencionado, hoje em dia já há previsão expressa para que em toda e qualquer ação que envolva contrato de financiamento se deve apontar qual o ponto controvertido.

Dessa forma, o que se deseja é demonstrar como a análise econômica do direito tem sido utilizada pelos nossos tribunais como técnica de argumentação para justificar a construção de determinadas normas jurídicas com o escopo de se aumentar a eficiência gerada

## 1.2 Como o pensamento econômico pode contribuir para o direito

A economia pode ser conceituada como a ciência que estuda o processo de tomada de decisão em um ambiente onde os recursos destinados a atender as necessidades humanas são escassos. Por sua vez, o direito tem como foco regular o comportamento humano, logo, a união com a metodologia econômica permite que o intérprete se valha do arsenal metodológico desenvolvido para avaliar quais estímulos a norma jurídica impacta para contribuir para a melhor alocação dos recursos existentes gerando com isso desenvolvimento.

Vejamos a lição de Ivo Gico Junior:

De qualquer forma, é possível analisar regras jurídicas (diagnóstico) e previsões (prognose) acerca de quais serão os efeitos prováveis de uma determinada regra no mundo fático, ou seja, qual será o comportamento provável dos agentes em decorrência dessa ou daquela regra jurídica. Basta dispor de uma teoria robusta o suficiente sobre o comportamento humano, e a análise econômica do direito (AED) é a candidata mais adequada para desempenhar esse papel. (GICO JUNIOR, 2020)

Existem várias teorias que se dedicam a explicar as razões que levam ao desenvolvimento econômico de um país, tendo alguns estudiosos apontando como fator preponderante a geografia e o comércio internacional considerando que a localização a depender da formação e da localização do território de uma nação haverá uma melhor ou pior contribuição para o crescimento da economia. Por sua vez, há quem defenda que o desenvolvimento está ligado à maneira como é estruturada as instituições de determinado país, as quais têm o papel crucial de influir no custo de transação. (PORTO; MARISTELA, 2020, n.p)

A nosso ver as instituições devem ser consideradas como o principal fator quando se debruça sobre os motivos que levam ao desenvolvimento. Como mencionado anteriormente, um dos principais precursores do pensamento voltado para análise econômica do direito foi Ronald Coase, que ao discorrer sobre o custo de transação estabeleceu como premissa metodológica a idéia de que em um ambiente onde este equivalente fosse zero não haveria necessidade de intervenção estatal, logo só haveria a necessidade de interferência do Estado, por meio de suas instituições, quando se verificasse que o custo é positivo, ou seja, quando estão presente externalidades, que corresponde a comportamentos com reflexos, seja positivo ou negativo, na esfera jurídica de alguém que não faz parte da transação.



Partindo-se dessas premissas o direito e as instituições atuariam justamente quando o mercado apresentasse falhas a ponto de desviar do seu curso normal, que seria a melhor alocação de recursos. De igual modo, quando não existissem falhas não haveria motivo para interferência através das normas jurídicas, sob pena de surgirem as intituladas falhas de governo. Em suma, a função do direito, segundo a perspectiva da análise econômica, é justamente equalizar os custos de transação eliminando as falhas de mercado a ponto de levar a zero deixando, que o livre mercado se encarregue de melhor alocar os recursos de forma eficiente.

As principais falhas de mercado são bens públicos, assimetria de informação, competição imperfeita e externalidades.

Para discorrer sobre competição imperfeita se faz necessário nos debruçarmos sobre o conceito de competição perfeita, a qual se resume em um mercado em que nenhum dos agentes econômicos possui o poder de definir o preço de determinado produto, logo, existem muitos compradores e muitos vendedores de forma que não há concentração de mercado.

Por sua vez, o conceito de externalidade possui relação com um terceiro que não participou diretamente da transação, sendo assim corresponde aos custos sejam positivos ou negativos que influenciam na relação jurídica de pessoa diversa não atuante no mercado.

Um exemplo de externalidade negativa pode ser facilmente verificado quando da ocorrência de uma degradação ambiental, tendo em vista que a atividade produtiva acaba tendo como reflexo um dano ao meio ambiente que é suportado por toda a sociedade. Uma maneira de internalizar esse cenário se dá por meio de princípios ambientais como o usuário pagador, que impõe a exigência de uma compensação àquele que se vale do meio ambiente.

O conceito de bem público para economia é diverso do direito, em que deve se observar a titularidade pertence a uma pessoa jurídica de direito público. Na economia, o bem será considerado público caso detenha as características da não excludentes e não concorrentes, o que significa dizer que não se pode impedir o uso por quem deseje além de sua utilização não impactar na sua quantidade. (NAVARRO, 2020. p. 84)

Erik Wolkart Navarro aponta como exemplo de bem público o acesso ao Poder Judiciário, uma vez que, de maneira analógica, pode-se pensar a utilização do serviço

judiciário como um mercado com interações de agentes econômicos em que a impossibilidade de exclusão se encontra no princípio da inafastabilidade da jurisdição, tendo em vista que, ao menos com a interpretação conferida atualmente, o ajuizamento de uma ação pode ocorrer independentemente de qualquer condicionante.

O aludido autor menciona que essa interpretação pode levar a intitulada tragédia dos comuns em que os recursos são explorados em níveis muito superiores ao socialmente desejado, o que acaba trazendo consequências nefastas para todos aqueles que necessitam.

Essa situação se mostra evidenciada ao observarmos que os números de ações ajuizadas perante o Judiciário têm aumentado gradativamente ano após ano mesmo com as proposições legislativas previstas no Código de Processo Civil privilegiando a resolução autocompositiva dos conflitos.

Por sua vez, a assimetria de informação ocorre quando os agentes econômicos que interagem em determinado mercado não possuem todas as informações necessárias à decisão, o que acaba tendo como consequência o desvio do curso natural do mercado que é a eficiência.

Assimetria de informação consiste no fato de os contratantes, no momento em que celebram o contrato, não deterem todas as informações necessárias para o entendimento pleno da transação. Muitas vezes, apenas uma das partes conta com tais dados, criando um desequilíbrio de poder que pode levar a problemas de alocação de recursos. (PORTO; GAROUPA, 2020, pg. 72)

Estabelecida estas premissas, percebe-se que as questões econômicas não estão necessariamente ligadas a números, mas sim a comportamentos humanos, logo pode contribuir para a melhor compreensão do direito, o qual tem como fim regular comportamentos humanos. Nessa perspectiva, a análise econômica do direito pode ser definida como a aplicação de instrumentos importados das ciências econômicas para melhor analisar quais serão os efeitos da construção de determinadas normas no ordenamento jurídico. (JUNIOR, 2020. n.p)

Logo, a análise econômica do direito possibilita que o intérprete, ao construir determinada norma, possa perquirir, com arsenal metodológico, quais incentivos serão criados com adoção de determinado comando normativo analisando assim as consequências bem como avaliar qual regra deveria adotada para se atingir o objetivo buscado.

Tomando-se por base os objetivos mencionados, é apresentado pela doutrina a análise econômica do direito positiva e normativa. A primeira se presta a auxiliar na compreensão da norma e quais as consequências em uma abordagem descritiva, já a segunda auxilia o intérprete a escolher dentre as alternativas estabelecidas nos limites da norma irá melhor ao encontro dos valores previstos no ordenamento jurídico.

Nesse sentido  a lio de Ivo Gico Junior:

Em resumo, a AED positiva nos auxiliar a compreender o que  a norma jurídica, qual a sua racionalidade e as diferentes consequências prováveis decorrentes da adoo dessa ou daquela regra, ou seja, a abordagem  eminentemente descritiva/explicativa com resultados preditivos. Já a AED normativa nos auxiliar a escolher dentre as alternativas possíveis a mais eficiente, i.e. , escolher o melhor arranjo institucional dado um valor (vetor normativo) previamente definido. (GICO JUNIOR, 2020, n.p)

Em um cenário pós positivista, em que o direito se mostra permeado de conceitos jurídicos indeterminados e de normas principiológicas, a análise econômica do direito, ao aproximar o arcabouço teórico empírico da economia traz maior cientificidade  ciência jurídica.

Vejamos a lio de

Economistas e juristas, juntos, têm, portanto, velhos desafios e uma nova metodologia para solucioná-los. Este novo método analítico possibilita verificar a influência das normas sobre as aoes dos indivíduos e a resposta destes para com a própria norma possibilitando, assim, real aproximao entre o ser (sein) e o dever ser (sollen), revelando o aspecto econômico que permanece latente no ideário de justiça do Direito. A Economia  ciência analítica por natureza e aplica-se ao Direito na medida em que lhe propicia a metodologia necessária para quantificar interesses, analisar procedimentos e indicar soluçoes com tendências probabilísticas que levem  dissipo dos conflitos e satisfao das necessidades, bem como,  elaborao legislativa. (GONÇALVES, STELZER, 2019)

O Código de Processo Civil atual prevê como norma fundamental a necessidade de todos aqueles que interferem na relao jurídica processual seja como parte ou advogado a obrigao de estimular a resoluo do conflito por meio da autocomposio, entretanto, quando nos deparamos com os números apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça, no relatório Justiça em Números, observamos um baixo ndice de composio demonstrando um descompasso entre os objetivos da norma e a realidade vivenciada no âmbito judicial.

A teoria geral do processo, como ramo da ciência processual responsável pelo estudo dos institutos processuais básicos como a jurisdição, ação e processo, não se atém às consequências das normas se dedicando com maior afinco ao seu aspecto valorativo.

É justamente nesse ponto que a análise econômica do direito pode vir a contribuir, pois mediante o uso de técnicas da economia possibilita ao intérprete analisar quais incentivos a norma impõe e quais as consequências, o que é possível graças a uma análise positiva, bem como possibilita, mediante as técnicas processuais já previstas aferir como se pode contribuir para que se atinja os objetivos estabelecidos pelas normas fundamentais previstas no ordenamento jurídico processual vigente.

Ao analisarmos o processo civil, escopo central do nosso trabalho, como um mercado em que há interação de agentes econômicos pode ser apontado a existência de falhas que podem ser corrigidas mediante a óptica da análise econômica.

### **1.3 Premissas metodológicas da Análise Econômica do Direito aplicada ao processo civil**

A análise econômica do direito possibilita, mediante o uso de ferramentas de microeconomia, aferir quais são as consequências da construção de determinada norma jurídica verificando os incentivos criados e conseqüentemente qual será o resultado para que se atinja uma melhor alocação de recursos observando critérios de eficiência levando-se em conta os reflexos que incidirão em seu aspecto individual. (GICO JUNIOR, 2020; pg. 18)

Para tanto, parte-se da premissa de que os recursos são escassos, sendo assim, como os seres humanos são dotados de racionalidade, realizam suas escolhas tomando por base os custos e os benefícios o que leva à conclusão de que os incentivos criados pelas normas possuem importante papel na decisão sobre determinada conduta.

Rafael Sirangelo de Abreu:

Dizer que a economia é, na sua raiz, o estudo dos incentivos, significa compreender que as pessoas buscam satisfazer suas preferências em um mundo onde outros agem da mesma forma, muitas vezes buscando as mesmas coisas. Em um mundo de necessidades ilimitadas e recursos escassos, o desenho de esquemas de incentivos passa a ser imprescindível - e daí a necessidade de a economia estudar o tema - para que haja alocação eficiente dos recursos entre os diversos agentes. (ABREU, 2020, pg. 42)

Nessa perspectiva, a análise econômica do direito permite que se verifique a eficiência das normas e quais são as suas consequências tomando por base as escolhas e objetivos definidos no Estado Democrático de Direito.

Vejamos a lição de Erik Navarro Wolkart:

No Estado Democrático de Direito, os objetivos da norma e as normas em si são definidas pela sociedade por intermédio de seus representantes. As ferramentas de análise econômica do Direito têm a função de testar a eficiência dessas normas na busca daqueles objetivos, ou ainda, de propor desenhos normativos mais adequados para que os valores e direitos socialmente desejados sejam efetivamente implementados. (WOLKART, 2020, pg. 138)

Logo, conclui-se que a perspectiva econômica não é passível para se definir critérios de justiça, o que será realizado pelos representantes eleitos pelo povo. A principal contribuição está em definir se os desenhos normativos são eficientes e quais as consequências de determinadas alterações, o que impacta diretamente na eficiência e não na justiça.

No que se refere ao processo civil, a análise econômica permite, tomando por base os princípios e normas processuais já estruturadas pelo arquétipo constitucional e pelas normas adjetivas processuais, que se crie um ambiente mais eficiente propiciando, com isso, a concretização das garantias processuais constitucionais.

Tanto a Constituição Federal, como as normas fundamentais prevista no Código de Processo Civil, prevêm o direito ao amplo acesso à justiça, com a diminuição de barreiras para se ter acesso ao judiciário, ao contraditório efetivo e participativo, o que resulta em um constante diálogo entre o juiz e as partes, bem como o dever do processo ser célere resolvendo o conflito com a efetiva entrega do bem da vida em tempo razoável.

Quando nos deparamos com o direito fundamental do acesso à justiça, por exemplo, temos que a interpretação que tem prevalecido atualmente é no sentido de não exigir qualquer condicionante para ingresso no Poder Judiciário. Apesar do próprio Código de Processo Civil estipular que as partes devem buscar as formas alternativas de resolução do conflito, como a conciliação e a mediação, não tem sido aceito por grande parte da doutrina e da jurisprudência qualquer condicionante para o ingresso no Judiciário. (TARTUCE, 2018)

Entretanto, quando analisamos o acesso à justiça sob o viés da análise econômica deve-se ter como norte a melhor alocação de recursos sempre pautado na eficiência, sendo assim é crível que se admita a imposição de condicionantes para ingresso no Judiciário.

Nesse sentido Ivo Gico Junior:

A Tragédia do Judiciário nos leva a um *conundrum* intrigante: as pessoas devem ser capazes de reivindicar seus direitos sem barreiras substanciais, mas o acesso irrestrito ao sistema público adjudicatório para cada pessoa prejudica o acesso à justiça para todos os demais. Deve ser possível criar alguns mecanismos de governança que impeçam a superexploração do Judiciário, embora o reconhecimento da natureza econômica dos tribunais leve à conclusão de algum tipo de racionamento também pode ser necessário. Isso requer um pensamento estratégico sobre como estruturar melhor os tribunais e o sistema judicial no futuro, em uma visão que não envolva paixões ou discussões ideológicas. De qualquer forma, a compreensão da conexão do fenômeno ubíquo do congestionamento judicial no mundo com a natureza econômica do Direito e dos Tribunais, pode ser um elemento importante na solução desse enigma ou, ao menos, em sua mitigação. (GICO, 2020, pg. 199)

Com relação ao contraditório, no que pese ser louvável exigir o amplo debate processual entre juiz e partes com a possibilidade de revisão por instância superior, tal fato tem como consequência o sacrifício do tempo para resolução da demanda eis que quanto mais amplo for as possibilidades de argumentação maior será o lapso para que se encerre a disputa estabelecida.

Sob esta ótica o processo civil passa a ser visto como uma instituição econômica em que os incentivos possuem papel crucial para que se atinja a eficiência com melhor alocação dos recursos com o escopo de se atingir os objetivos traçados pelo legislador. Com isso, tem-se uma visão mais pragmática do direito processual, já que, sem abandonar os valores e princípios que norteiam o ordenamento jurídico, busca-se uma interpretação que contribua para sua consecução considerando os efeitos práticos resultantes da construção da norma. (ABREU, 2020)

Apesar de se concluir que a análise econômica tem como norte principal a busca pela eficiência, não é pacífico o entendimento de sua amplitude existindo um caloroso debate acadêmico sobre esta temática. Em virtude do nosso corte metodológico, nos limitamos a definir que a opção se dá pela análise da eficiência segundo o critério do bem estar social.

Um dos precursores do pensamento econômico do direito foi Richard Posner, segundo o qual o conceito de eficiência deve ser intimamente ligado à maximização das riquezas sendo assim pautado exclusivamente no critério valorativo. Posteriormente, após ter sofrido inúmeras críticas, reviu sua posição prevendo que o aspecto valorativo deve ser visto como um entre outros critérios para se definir se uma determinada norma era ou não eficiente.

Em contraposição a este pensamento, Steven Shavell e Louis Kaplow desenvolveram o critério do bem estar social, segundo o qual se vai além do critério material devendo se considerar tudo que se tem valor para a sociedade, o que inclui não somente critérios materiais como valores altruístas, por exemplo, para se definir o que deve ser considerado como eficiente.

Segundo esse critério, a criação de condicionantes para o acesso ao judiciário como, por exemplo, a comprovação de tentativa infrutífera de autocomposição passa a ser vista como positiva, afinal contribui para o descongestionamento do Poder Judiciário sem negar que a parte resolva o seu conflito afinal não se está negando o acesso apenas condicionando que se busque a tutela jurisdicional como última ratio.

No que se refere ao aspecto probatório, cerne da discussão do presente trabalho, a definição do procedimento com a concentração da produção probatória e real definição dos limites da lide ocorrendo somente após ter sido contestada a ação tende a criar um incentivo para o ajuizamento de inúmeras ações tendo em vista que as partes não detém todas as informações que são necessárias para aferir o sucesso ou insucesso de sua empreitada jurídica o que leva a crer em seu sucesso tal como ocorre no sistema de uma loteria em que mesmo a probabilidade sendo remotas a crença na vitória leva a aposta do sucesso.



#### **1.4 A importância dos estímulos processuais para se cumprir com os princípios processuais**

O Código de Processo Civil de 2015, prevê em seu artigo 6º, como uma norma fundamental, o princípio da cooperação, instituindo como dever de todos que de alguma forma participam da relação jurídica processual o dever de cooperar entre si para que com isso se entregue a tutela jurisdicional de maneira célere, justa e efetiva.

O aludido princípio passou a exigir de todos aqueles que de alguma forma exercem algum papel na relação jurídica processual uma postura cooperativa, tendo como enfoque a resolução efetiva do conflito estabelecido e em tempo razoável.

Do magistrado se extrai deveres no ímpeto de que o processo passe a ter uma faceta cooperativa o que engloba o dever de esclarecimento, situação em que, por exemplo, diante de uma petição mal formulada deve-se buscar o esclarecimento antes de se proferir uma decisão prejudicial, de consulta, se exigindo o contraditório prévio antes da tomada de qualquer decisão ainda que de ofício, de prevenção, quando o órgão julgador deve alertar as consequências de determinada conduta.

Já com relação às partes, existe divergência na doutrina sendo que parte considera que em virtude dos deveres antagônicos a cooperação somente seria dirigida para com o Estado juiz, sendo essa a linha de raciocínio defendida por Daniel Amorim Assumpção Neves.

Seguir a tendências de legislações estrangeiras, em especial a alemã, na propositura de um sistema participativo/cooperativo é benéfico ao processo porque, centrando-se em deveres do juiz, permite uma participação mais ativa das partes na condução do processo e aumenta as chances de influenciarem de maneira efetiva na formação do convencimento judicial. Sob esse ponto de vista, é salutar falar em princípio cooperativo e o art. 6º do Novo CPC deve ser saudado.

Por outro lado, interpretar o dispositivo legal como previsão que exige das partes uma cooperação entre si, outorgando-lhe um dever que contraria seus próprios interesses defendidos em juízo é utopia e tornará o dispositivo letra morta. (NEVES, 2015)

Em sentido diverso é o posicionamento é o entendimento defendido pelo professor Fredie Didier Junior, senão vejamos:

“Os deveres de cooperação são conteúdo de todas as relações jurídicas processuais que compõem o processo: autor-réu, juiz-réu, autor-réu-juiz, juiz-perito, perito-autor, perito-réu, etc. Essa

é a premissa metodológica indispensável para compreender o conteúdo dogmático do princípio da cooperação.” (JUNIOR DIDIER, 2015).

O modelo cooperativo atual deve buscar sua base nas normas previstas na Constituição Federal, que em virtude da adoção do Estado democrático de direito, possui prevalência ao contraditório e a ampla defesa e ao devido processo legal exigindo que todos os atores do processo passem a adotar um comportamento corporativo com o escopo de melhorar a prestação jurisdicional permitindo, com isso, que se busque de fato a entrega de maneira efetiva e célere.

Nesse sentido é a lição do professor Erik Navarro Wolkart na sua obra *Análise Econômica do Processo Civil*, senão vejamos:

No universo cooperativo, o que existe é uma comunidade de trabalho, capaz de conduzir o processo simetricamente, com assimetrias pontuais apenas nos momentos em que o magistrado é chamado ao proferimento de atos decisórios, quando então surge um dever minucioso de motivação capaz de garantir o contraditório e a continuidade do diálogo. (WOLKART, 2020)

Apesar da intenção do legislador em criar um ambiente cooperativo com a prevalência do diálogo entre as partes para que se busque a integral solução do conflito em tempo razoável, a existência de interesses contrapostos entre os litigantes aliado a ausência de incentivos por parte das normas processuais acaba que por inviabilizar que o princípio em questão seja de fato aplicado possuindo, assim, efetividade normativa.

O número cada vez mais crescente de conflitos a serem analisados pelo Poder Judiciário aliado a baixa taxa de autocomposição e de procura de meios alternativos de resolução de conflito juntamente com o baixo custo para o ajuizamento de ação e a pouca incidência de meios coercitivos de correção de comportamentos indesejados pelas partes cria uma ambiente propício ao comportamento antagônico em total confronto com o que foi delineado quando da definição do postulado da cooperação impedindo, por consequência, que o ideal constitucional do acesso à justiça e da concessão da tutela em tempo razoável não sejam de fato efetivadas. (WOLKART, 2020)

O primeiro ponto que merece destaque, quando se fala na criação de estímulos ao surgimento de um ambiente cooperativo para os litigantes, se refere ao próprio acesso à justiça.

É certo que o Código de Processo Civil, como já mencionado no presente trabalho, dá especial destaque às formas alternativas de resolução dos conflitos como a mediação e composição indicando que aqueles que interferem na relação jurídica processual devem sempre buscar maneiras de estimular a sua incidência como forma de pôr fim ao litígio instaurado.

Não obstante a mencionada prevalência, a jurisprudência pátria dos nossos tribunais superiores tem se pautado que a exigência que o autor busque alguma das formas de resolução da contenda de maneira preventiva viola o princípio constitucional do amplo acesso à justiça previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal.

Sob uma perspectiva da análise econômica, o mencionado entendimento acaba por contribuir para o aumento cada vez maior do número de ações ajuizadas contribuindo para o agravamento do quadro de demandas que poderiam ser resolvidas de outra maneira, pois cria um ambiente em que o Poder Judiciário acaba sendo visto como o único meio para resolução efetiva dos conflitos eis que não é necessário que se busque outras formas de maneira prévia.

A situação criada permite que o autor nem sequer busque a parte adversa para dialogar, como determina o princípio cooperativo, mas sim que já intente a intervenção por parte do Estado Juiz para que tenha seu direito satisfeito, o que poderia ser obtido de maneira menos custosa tanto para si quanto para toda sociedade resultando, assim, em uma cooperação entre os atores para que o tutela seja concedida de maneira célere e efetiva.

Uma das formas para solucionar essa questão seria através de uma releitura do acesso à justiça possibilitando a criação de condições para que alguém se valha do Poder Judiciário como a exigência de que seja demonstrado *a priori* que se tentou a solução autocompositiva. (MANCUSO, 2020)

Nesse sentido Vinicius Ribeiro Cazelli e Ricardo Rage Ferro

Em outras palavras, consideradas as condições da ação *in status assertionis*, faz-se necessária a demonstração por parte do autor de que o uso da máquina do judiciário dá-se em decorrência de situação imprescindível, em relação a qual não houve possibilidade, seja por conta do tempo, seja pela

urgência, seja por simples falta de acordo, de solução extrajudicial, previamente ao aforamento da demanda. Neste sentido, uma necessária mudança de postura do judiciário, a interpretar a cláusula de inafastabilidade do poder judiciário não como uma garantia a abarcar toda e qualquer demanda, mas sim e somente aquelas não solucionadas previamente pelas partes na esfera extrajudicial (seja pela falta de acordo, seja pela impossibilidade fática ou jurídica de solução) (CAZELLI, FERRO, 2020, p. 406)

É certo que esse entendimento tem apresentado uma modificação, uma vez que nas demandas que envolvam pedidos atinentes a benefícios previdenciários tem-se exigido que a parte autora busque primeiro a negativa do autarquia previdenciária para somente após possa se valer da intervenção do Poder Judiciário.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça consubstanciado no REsp 1.488.940-GO e do Supremo Tribunal Federal no RE 631.240/MG.

No nosso sentir, o mencionado entendimento também deveria ser aplicado às demandas das mais diversas natureza, como, por exemplo, as envolvendo relação de consumo em que o consumidor pode, de maneira pretérita procurar os órgãos de proteção ao consumidor como os PROCONs para que busque formas alternativa de resolução do conflito ou mesmo através do portal *consumidor.gov*, que foi desenvolvido pelo Ministério da Justiça como forma de estimular a solução autocompositiva dentro da relação de consumo, sendo que somente após, em sendo infrutífera o resultado, busque a intervenção por parte do órgão judicial.

Esse cenário criaria um estímulo à solução alternativa do conflito, não tendo o Judiciário como o único meio para solução de suas contendas, mas sim como uma entre tantas formas de solução.

Outro ponto no que se refere ao acesso à justiça, é a baixo custo das taxas instituídas para prestação do serviço jurisdicional cenário que se agrava ainda ao nos depararmos com a previsão contida no Código de Processo Civil, que atribui presunção de veracidade a declaração de hipossuficiência permitindo, que seja concedida a isenção das custas mediante a simples apresentação de declaração de pobreza

Isso acaba estimulando que o autor, quando se depara com a decisão de ajuizar uma demanda com poucas probabilidades de êxito decida pelo ingresso afinal suas despesas processuais serão baixas e ainda existem vários meios para se buscar

a gratuidade seja através da dispensa ou mesmo através dos juizados especiais que não exigem o pagamento de custas e honorários advocatícios em primeira instância. (FUX, 2020)

Nunca é demais ressaltar que reconhecemos que o princípio do amplo acesso à justiça deve ser resguardado e prestigiado pelo legislador, no entanto não se deve criar um ambiente em que somente se veja o Poder Judiciário como única maneira de solução dos conflitos, ainda, mais se levarmos em conta que o próprio Código de Processo Civil prevê como dever de todos o estímulo a outras formas de resolução de conflitos estabelecidos em sociedade.

No nosso sentir, a criação de um ambiente normativo que vise estimular a parte a buscar outras formas de solução do conflito antes do ingresso perante do Judiciário virá a prestigiar o acesso à justiça, pois em muitos casos se permitirá a efetivação da tutela perante outros órgãos e de outras formas que não a tutela jurisdicional.

Acrescente-se, ainda, na própria audiência preliminar, idealizada como forma de estímulo para solução dos conflitos através da mediação e da conciliação, em muitos casos não se vê a presença de um ambiente que de fato levem o jurisdicionado a solução do conflito de outra maneira que não seja pela espera da tutela jurisdicional.

No último relatório “*Justiça em Números*” divulgados anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça, o qual teve como base os dados referente ao ano calendário de 2019, indicam que o Brasil é um país com um baixo índice de conciliação, o qual leva em consideração o total de sentença e decisões resolvidas por acordo em comparação com o total de sentença proferidas, apontando 12,5%.

A Justiça do Trabalho foi a que obteve individualmente o melhor índice, atingindo o patamar de 23,7% dos seus casos resolvidos através de um acordo, seguido pela Justiça Estadual com 11,3%, Justiça Federal com 10,6%.

Os índices mencionados somente consideram o número de ações ajuizadas perante o Judiciário descartando as fase pré processual, que uma vez considerada acarreta uma redução do índice de conciliação total de 12,5% para 9,6%, da Justiça do Trabalho de 23,7% para 22,8%, da Justiça Estadual de 11,3% para 8,2%, e uma melhora da Justiça Federal de 10,6% para 10,9%

Em comparação com outros países como, por exemplo, os Estados Unidos o índice de resolução do conflito de maneira consensual chega em 95% percebemos como o número de acordos no Brasil é baixo. (FUX, 2020)

O baixo índice de conciliação no Brasil deixa evidenciado a existência de um contra senso, visto que não obstante o Código de Processo Civil determinar que todos aqueles que integrem a relação jurídica processual estimulem a autocomposição (art. 3º, §3º CPC) bem como estabelecer como um dos princípios basilares o da cooperação (art. 6º) os números apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça apontam para um ambiente de alta litigiosidade com baixo número de acordos em comparado com o número de ações ajuizadas resultando em um tempo médio de duração processual elevado.

Para se obter uma explicação do por quê de índices que indicam o percentual de conciliação serem tão baixos no Brasil, primeiro precisamos entender quais fatores são levados na decisão das partes entre conciliar ou não.

Segundo estudos que se valeram da metodologia econômica, a existência ou não de um acordo depende dos seguintes fatores: valor envolvido na disputa, otimismo das partes, custos com o manutenção do processo, disposição para assumir riscos e comportamento estratégico das partes (FUX, 2020).

Essas premissas ajudam a alcançar o preço de reserva, que corresponde ao menor valor que as partes estão disposta a aceitar para uma conciliação, acrescido das despesas processuais se réu e descontado se autor, possibilitando, com isso, que se afirme que o acordo somente será possível quando o preço de reserva autor for menor do que a do réu, sendo este o conceito de zona de acordo.

A economia é a ciência que se preocupa com as escolhas feitas em um determinado sistema de mercado pautando-se na ideia de que a racionalidade humana daria cabo para contribuir com a efetividade. Estudos recentes valendo-se de contribuições da neurociência e da psicologia apontam para a existência de falhas no processo de escolha colocando em xeque a racionalidade dos agentes econômicos.

Segundo a visão tradicional, o agente econômico é racional, realizando as suas escolhas após uma análise acurada dos custos e benefícios que a sua decisão irá implicar pautando sempre na melhor alocação dos recursos resultando na eficiência. Nessa toada, quando a alocação dos recursos disponíveis não se desse de maneira eficiente a resposta estaria na existência de falhas de mercado como, por exemplo, a assimetria informacional, em que os agentes econômicos não detém todas as informações necessárias para tomar a sua decisão.

Graças a estudos desenvolvidos pela psicologia e pela neurociência passou-se a incutir nas ciências econômicas as falhas naturais identificadas no procedimento normal de decisão das pessoas. Esse movimento foi identificado na por Richard H. Thaler, vencedor do prêmio nobel no ano de 2017.

Durante anos, muitos economistas resistiram intensamente ao apelo de basear seus modelos em caracterizações mais precisas do comportamento humano. Mas graças a um influxo de economistas jovens e criativos, dispostos a assumir alguns riscos e romper com os modos tradicionais de fazer economia, o sonho de versão enriquecida da teoria econômica está sendo realizado. O campo veio a se tornar conhecido como “economia comportamental”. Não se trata de outra disciplina: ainda é economia, mas é economia feita com fortes contribuições de boa psicologia e de outras ciências sociais.

Estudos no âmbito da psicologia identificaram a existência de duas maneiras de se pensar, sendo intitulado de sistema 1 e sistema 2.

O sistema 1 tem como característica realizar suas operações de maneira automática praticamente sem nenhum esforço do sistema nervoso valendo-se, nesse sentido, de experiências já vivenciadas para extrair suas conclusões.

Por sua vez, o sistema 2 age de maneira mais lenta, sendo utilizado para atividades mais acuradas que exigem um maior grau de complexidade.

Para grande maioria das decisões humanas, se utiliza o sistema 1, justamente por ser mais rápido, sendo assim o sistema 2 fica em um modo de repouso, somente sendo exigido quando o sistema 1, que se vale de juízos já formalizados segundo experiências já atestadas pelo sistema 2, não possui a resposta de imediato exigindo, assim, uma análise mais acurado sobre as consequências da tomada de decisão.

Justamente por ser rápido e pouco reflexivo, o sistema 1 acaba cometendo erros sistemáticos, os quais se repetem de forma constante e previsível, sendo conhecido como vieses. Os vieses são resultados das heurísticas, que corresponde à forma que o sistema 1 se utiliza para definir suas conclusões, visto que se trata de um procedimento simplificado destinado a buscar respostas para questões complexas e justamente pela sua natureza acabam sendo imperfeitas. (KAHNEMAN,2020)

Essa descoberta permite, concluir, que ao contrário do que defendia as premissas básicas, os agentes econômicos, por mais que tenham em mente a maximização de seus resultados, nem sempre tomam decisões que levam a

eficiência. Com isso, em virtude das heurísticas e dos vieses, acabam invariavelmente tomando decisões que levam tanto a prejuízos individuais quanto coletivos.

Um exemplo comumente citado por estudiosos da economia comportamental refere-se à conclusão que se extrai quando se aponta as características de tímido e organizado e se arguiu se uma pessoa com essas predisposições seria um fazendeiro ou um bibliotecário. O sistema 1, de maneira rápida e imediata, já liga as características mencionadas ao estereótipo de um bibliotecário descartando, entretanto, o baixo número de profissionais em relação ao número de fazendeiros, sendo assim racionalmente a probabilidade do mencionado indivíduo, ainda que com a personalidade descrita, seja fazendeiro é maior, sendo assim mais provável e racional seria essa escolha.

Esse cenário pode ser replicado para várias outras situações demonstrando como, por exemplo, que as concepções são enraizadas na mente humana afastando a influência do sistema 2, o qual tem a possibilidade de reflexão mais apurada e racionalizar efetivamente sobre os benefícios ou prejuízos de determinada decisão conduzindo, com isso, ao caminho da otimização idealizado pela teoria econômica clássica.

Nesse sentido é a lição exposta na obra *Processo Civil e Análise Econômica* de autoria conjunta do professor Bruno Bodart e do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, senão vejamos:

“Argumenta-se, também com fundamento no experimentalismo, que indivíduos sobredimensionam eventos de probabilidade reduzida e subestimam eventos de incidência mais recorrente, por decidirem com base em “atalhos mentais” denominado heurísticas que conduziram a erros de estimação.” (FUX; BODART, 2020)

Um dos principais vieses estudados pela economia comportamental é o do otimismo exacerbado.

Os seres humanos são naturalmente otimistas com os resultados que lhe favorecem, sendo assim tendem a superestimar um evento positivo e subestimar um negativo.

Esse viés acaba, invariavelmente, refletindo na decisão entre ajuizar uma ação ou pactuar um acordo, visto que, conforme delineado acima, um dos elementos que compõem o preço de reserva tanto do ator quanto do réu, que se torna decisivo para



se aferir a zona de acordo, é a expectativa que cada um detém do resultado da demanda.

Quanto mais otimista estiver o autor e o réu maior será a suas expectativas em relação ao sucesso em sua empreitada jurídica diminuindo, como consequência, a zona de acordo, o que reduz o interesse em dar fim a demanda através da autocomposição.

A existência de um sistema jurisprudencial instável, que impossibilite se definir com precisão qual é o entendimento dos tribunais acerca de uma determinada matéria, cria um ambiente com forte assimetria informacional, tendo como consequência um estímulo para que cada parte define a sua probabilidade de êxito apenas segundo as suas convicções o que dificulta aumenta o número de ações ajuizadas e diminui o número de acordos pactuados ainda mais se levarmos em conta o natural excesso de otimismo das partes segundo as suas probabilidades de sucesso na empreitada. (WOLKART, 2020)

A ausência de um sistema de precedente, o qual possibilita a existência de decisões conflitantes cria um ambiente no qual cada uma das partes passa a crer no sucesso de sua empreitada de maneira irracional pautado no vies do otimismo exacerbado.

Outra consequência que pode ser apontada reflete no ajuizamento de demandas frívolas, as quais por natureza tem uma baixa ou praticamente nula chance de êxito, que em virtude de um assimetria informacional acaba tendo um ambiente propício ao seu surgimento.

Uma das maneiras aumentar a possibilidade de um acordo contribuindo e de diminuir o número de ações frívolas, assim, para todo o sistema judicial é reduzir a assimetria de informação através de um sistema de precedentes o qual contribua para que tanto o autor quanto o réu tenham condições de auferir quais são as suas reais chances de sucesso. (WOLKART, 2021)

Ao nosso ver, aliado a um sistema de precedentes, tecnologias que se valham de técnicas de jurimetria teriam o condão de trazer elementos que pudessem contribuir para que sistema 2 atuasse, pois diante de dados concretos em que evidenciasse as baixas probabilidades de êxito com a manutenção do litígio haverá uma contribuição para o aumento da zona de acordo.

Outro viés apontado como de grande influência no processo civil é o dos custos afundados. Em economia, os custos que já foram despendidos não devem ser considerados quando do processo da tomada de decisão, tendo em vista que não existe mais a possibilidade de se recuperá-los.

Um exemplo comumente citado seria a conduta de determinada pessoa quando já despendeu a quantia para comparecer a um determinado evento, entretanto em virtude de alterações climáticas o seu caminho se mostra dificultado. O comportamento racional seria desconsiderar os custos já realizados e não se desgastar ainda mais somente no afã de tentar recuperar. Entretanto, pesquisas apontam, que, de uma maneira geral, as pessoas tendem a desconsiderar, sendo assim evidenciada a falácia dos custos perdidos, já que ainda que já despendidos esses valores são levados em consideração no processo de tomada de decisão.

Esse comportamento se repete no âmbito empresarial, quando, por exemplo, em virtude de todos os gastos já realizados com a confecção de um projeto, o qual se mostrou no decorrer de seu desenvolvimento desinteressante, a decisão é pela sua manutenção, justamente levando em conta os esforços que já foram realizados. Essa situação pode, inclusive, agravar ainda mais o cenário, pois além de não ter o condão de recuperar os gastos realizados acaba, invariavelmente, aumentando as despesas com algo que não se mostra mais interessante. (THALER, 2020)

No âmbito familiar também é possível observar comportamentos semelhantes. Em muitos casos a decisão de se manter em um relacionamento leva em consideração o tempo de convivência e tudo que foi construído em conjunto gerando uma sensação de desperdício no término. Nesse sentido, a decisão acaba sendo no sentido de se manter no relacionamento somente aumentando o desgaste já evidenciado.

A sistemática da audiência de conciliação prevista no artigo 334 do Código de Processo Civil acaba, no que pese ter como objetivo estimular a autocomposição no início da lide evitando assim os gastos de índole emocional e financeiro que possam surgir durante o transcurso da relação jurídica processual deixou de levar em consideração que a grande maioria das despesas processuais são realizadas logo no início do processo, já que as taxas processuais de uma maneira geral deve ser adiantada.

Uma das maneiras propostas para solucionar essa questão seria a distribuição das custas processuais durante o transcurso da relação jurídica processual criando, assim, um cenário de estímulo à autocomposição como preconizado pelo artigo 3º, §6º do Código de Processo Civil. (WOLKART, 2021)

Esse cenário de ambiente de incentivos pode ser verificado na Justiça do Trabalho com a figura do depósito recursal. De acordo com o artigo 899 da Consolidação das Leis do Trabalho para interposição de recurso é necessário o depósito recursal de determinada quantia observado os limites estabelecidos, sendo que este valor será destinado a parte vencedora. Trata-se de um pressuposto recursal objetivo que tem como principal objetivo atribuir maior garantia ao cumprimento das decisões.

Como consequência, em nosso sentir, acaba se criando um ambiente de incentivo à conciliação. É comum, quando da realização da audiência de conciliação, a parte ser alertada pelo magistrado que o desenrolar processual com uma eventual condenação pode exigir o depósito de uma considerável quantia para interposição de recurso. Essa situação acaba sendo levado em conta estimulando a realização de conciliações.

De outro lado, no procedimento traçado pelo Código de Processo Civil inexistente previsão em sentido similar, o que aliado ao fato de que as custas em geral são adotadas quando da interposição de ação acaba, em virtude da falácia dos custos perdidos, sendo um estímulo a não realização da autocomposição, tendo em vista que a grande parte das despesas já foram realizadas.

A economia comportamental, mais especificamente os vieses cognitivos, podem contribuir para uma análise mais efetiva do processo civil auxiliando na criação de um ambiente em que se estimule a cooperação das partes, que deve ter em mente a solução rápida e efetiva do conflito entabulado.

## **2. Do princípio da eficiência no Código de Processo Civil**

### **2.1 O conceito de eficiência e o papel das normas jurídicas para sua consecução**

Uma das novidades apresentadas pelo Código de Processo Civil foi a previsão em seu artigo 9º acerca da observância do princípio da eficiência, tido como uma norma fundamental, que possui incidência sobre todo o ordenamento jurídico devendo ser observado por todos aqueles que integram a relação jurídica processual.

Antes de se discutir sobre os limites da norma se faz necessário estabelecer qual o conceito que se deve atribuir à expressão eficiência, que deve ser vista como a assunção dos resultados pretendidos com o menor esforço possível resultando em uma melhor alocação dos recursos disponíveis.

Ao lado do conceito de eficiência pode ser alocado o de eficácia, que diz respeito ao fato de se ter atingido o resultado pretendido.

Os aludidos conceitos podem ser melhor delineados nos estudos dos processos gerenciais em ciências como a administração de empresas e a economia em que há a preocupação com a consecução dos objetivos mediante o manejo do menor número de recursos possíveis resultando em um processo gerencial ao mesmo tempo eficiente e eficaz.

Em artigo publicado, Dario Ikuo Miyake e Alberto W. Ramos apresentam o seguinte conceito para eficiência e eficácia: "a) A eficiência: indica como o processo utiliza ou converte seus recursos (ou entradas) para a obtenção das saídas; b) A eficácia: indica como o processo atinge os seus objetivos ou sua missão, que é a razão de sua existência" (MIYAKE, RAMOS, p. 75)

Logo, é perfeitamente possível visualizar que o processo seja eficaz, tendo em vista que atingiu o objetivo para o qual se propôs ao proferir uma resposta estatal à lide apresentada, e ser ineficiente, em virtude do tempo gasto para a assunção do resultado.

Quando nos deparamos com os números apresentados pelo relatório Justiça em Números desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça verifica-se que mesmo com um incremento nos gastos destinados ao Poder Judiciário tanto em pessoal como em estrutura física correspondendo a uma significativa parcela do Produto Interno Bruto produzido no Brasil se comparado com outros países se faz necessário longos anos para uma resolução de um conflito podendo resultar em cerca de 05 (cinco) anos somente na fase de conhecimento.

Diante dos números apontados, é possível concluir que o processo como meio para solução do conflito, que tem como finalidade o exercício da jurisdição substituindo a vontade do particular pela estatal, pode até ser eficaz atingindo o resultado pretendido, mas é pouco eficiente já que demanda um número considerável de recursos para se atingir o seu resultado.

Elias Marques de Medeiros Neto e Ana Clara da Silva Ortega

No que se refere à avaliação da eficiência, a administração considera simultaneamente dois aspectos: a produtividade e a qualidade de seus resultados. Além disso, o desempenho eficiente do processo também está associado a outras unidades de recursos, como o tempo. Desse modo, para a avaliação de eficiência de um processo também deve ser considerado a produção do resultados no menor tempo possível. Para a análise econômica, a preocupação se volta à medida da eficiência, a qual representaria a comparação entre o que foi produzido e o que poderia ter sido produzido com a utilização dos mesmos recursos. De acordo com Lovell, a eficiência de uma unidade produtiva é a comparação entre os parâmetros efetivamente observados e os parâmetros ideais na relação entre insumos (input) e produtos (output). Tal comparação pode se revelar a partir da utilização máxima do potencial de produção por meio dos insumos dados, assim também como da utilização mínima possível dos insumos para se chegar aos produtos exigidos, ou ainda, a combinação de ambos os fatores. (NETO MEDEIROS; ORTEGA, 2022; p. 20)

As ciências jurídicas, até mesmo em virtude de sua maior aproximação com a filosofia e a sociologia, historicamente, se mostra mais preocupada com os aspectos axiológicos atribuindo pouca importância a alocação de recursos resultando em uma preocupação mais centrada no resultado se distanciando dos meios para se atingi-lo. (JUNIOR GICO, 2020)

Nesse sentido, Mauro Cappelletti e Bryan Garth.

Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou encorajamento de alternativas ao sistemas judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva - com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia, e da economia, e ademais aprender através de outras culturas. O "acesso" não é apenas um direito

social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica. (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p.13)

Esse cenário passa a se modificar resultando na inclusão da razoável duração do processo como um princípio constitucional com a publicação da emenda constitucional 45, sem contar nas inúmeras reformas processuais realizadas no Código de Processo Civil de 1973 como, por exemplo, o sincretismo processual resultando na criação da fase do cumprimento de sentença, a previsão do procedimento monitorio bem como reforma das tutelas de urgência.

Todas essas iniciativas legislativas tiveram como escopo resolver ou ao menos atenuar o problema relacionado ao tempo do processo buscando a entrega da tutela jurisdicional em menor tempo resultando em um processo mais eficiente.

A economia, por sua vez, demonstra grande preocupação com a alocação dos recursos, pautando seus estudos na busca pelo resultado eficiente como um resultado de uma melhor utilização dos meios disponíveis para se atingir o fim almejado.

Nesse sentido, a análise econômica do direito, como resultado da aproximação entre o direito e a economia, passa a se preocupar com o grau de eficiência que a construção de determinada norma jurídica pode resultar.

Determinadas normas jurídicas podem gerar resultados ineficientes e, outras, resultados eficientes. Dessa forma, usamos a eficiência como um critério geral para aferir se uma norma jurídica é adequada e desejável ou não. Assim sendo, precisamos, em primeiro lugar, definir de forma rigorosa o termo eficiência. Uma escolha eficiente é aquela que maximiza alguma medida de valor. (PORTO, 2020; p.56).

A problemática fica com relação à medida que será utilizada para definir os parâmetros da eficiência, sendo elas a utilidade, o dinheiro e a felicidade.

O critério da utilidade estipula que quando mais específico é um determinado bem mais utilidade ele possui. Por outro lado, a crítica se faz, capitaneada por Ronald Coase, se deve à extrema subjetividade, eis que o que pode ser útil para determinada pessoa não o é para outra.

O critério monetário possui maior objetividade eis que o acréscimo de uma unidade aumenta a utilidade não levando em consideração características individuais, entretanto se mostra incapaz de enfrentar questões complexas envolvendo direitos

individuais já que se valendo do critério monetário para se definir a eficiência poderia se considerar correta o desrespeito a propriedade privada sob o argumento de melhor distribuição da renda.

Em regra, tem-se que em uma situação de concorrência perfeita se atingirá a eficiência alocando, assim, os recursos, ainda que escassos segundo o que se considera como mais eficiente, ou seja, atingindo os melhores resultados com os menores esforços.

A crítica que se faz a esse cenário é que a situação teorizada intitulada de concorrência perfeita não possui correspondência prática, eis que, nem sempre o fluxo informacional será perfeito resultando em assimetria de informação, situação em que uma das partes possuirá maiores informações que a outra, os mercados em geral apresentam dificuldade para novos postulantes resultando na possibilidade que os que nele atuam diretamente na definição do preço sem contar que determinadas ações podem gerar externalidade impactando, assim, aqueles que não fazem parte da relação.

Essa situação são as chamadas falhas de mercado, tendo em vista que desviam o seu fluxo normal segundo a teoria econômica que é a alocação dos recursos existente de modo eficiente.

Uma maneira de se controlar essas situações é através das normas jurídicas, que por terem o condão de influenciar no comportamento individual acabam ainda que de maneira reflexa impactando no resultado coletivo.

As normas integrantes de um dado ordenamento jurídico podem corrigir as falhas de mercado.

No âmbito processual, cerne da discussão a que nos propomos, pode ser apontado como exemplo que tende a contribuir negativamente para que se atinja um ambiente eficiente o instante no qual é realizado a audiência de conciliação, que, de acordo com a sistemática prevista no Código de Processo Civil, deve ocorrer logo após ter sido distribuída a peça vestibular.

Em virtude da demanda ter sido ajuizada há pouco tempo, as partes não possuem todas as informações necessárias acerca dos limites da lide, tendo em vista que nem sequer foi apresentado a contestação ou mesmo apresentado pelo autor todas as provas que possui que muitas vezes serão produzidas durante o desenrolar da instrução.

Isso acaba contribuindo para que se mostre presente a falha de mercado intitulada assimetria de informação, dificultando o processo decisório das partes até mesmo para formular uma proposta.

É possível através da interferência das normas jurídicas se buscar a maximização da eficiência evitando, com isso, a ocorrência de falhas de mercado que acabam desviando ainda mais do seu fluxo normal.

As normas jurídicas como fenômeno para se aumentar uma eficiência em uma dada sociedade deve observar os critérios de justiça e eficiência, logo a intervenção do estado seja com a tributação seja através da regulação de determinados mercados deve garantir que o resultado seja o mais justo contribuindo para uma distribuição da riqueza da forma mais equilibrada possível bem como o realizar de maneira mais eficiente garantindo que os menores esforços foram utilizados para se atingir os resultados.

O legislador processual, com o objetivo de contribuir para uma lide mais responsável pautada no constante diálogo entre as partes, possibilita que se utilize do procedimento de antecipação da produção de provas com o objetivo de se obter informações que possa justificar ou mesmo evitar o ajuizamento de uma ação ou mesmo contribua para a autocomposição.

Com isso se almeja contribuir para resolução dos conflitos de maneira célere e efetiva cumprindo com o postulado constitucional da razoável duração do processo e com as normas fundamentais previstas no Código de Processo Civil que determinam que se crie um ambiente processual em que se preza pela eficiência.



## 2.2 Princípio da eficiência no Direito Administrativo

O princípio da eficiência possui previsão expressa no âmbito do Direito Administrativo de maneira antecedente ao Processo Civil, tendo a Constituição Federal, desde a Emenda Constitucional 19, o incluído entre os princípios expressos que regem a administração pública.

Paulo Modesto apresenta a seguinte definição para o mencionado princípio:

Pode-se definir o princípio da eficiência como: a exigência jurídica, imposta à administração pública e àqueles que lhe fazem as vezes ou simplesmente recebem recursos públicos vinculados de subvenção ou fomento, de atuação idônea, econômica e satisfatória na realização das finalidades públicas que lhe forem confiadas por lei ou por ato ou contrato de direito público (MODESTO, 2000; p.114)

Antes mesmo da previsão constitucional expressa, a doutrina já defendia que a gestão administrativa, tendo como enfoque a eficiência com a consequente melhor alocação dos recursos com o norte uma melhor experiência do usuário.

Historicamente, a administração pública passou por três fases distintas, sendo elas a patrimonialista, burocrática e gerencial.

Na fase patrimonialista não há separação entre o público e o privado, sendo que os detentores do poder possuem o total controle da administração. Neste modelo, grande parte da população é segregada da participação na gestão da coisa pública, inexistindo qualquer controle da máquina pública.

Esse modelo de gestão, pode ser visualizado no Estado absolutista em que o monarca detinha a total concentração de poder tendo ampla e irrestrita autonomia para decidir como iria dispor dos recursos gerados pelo Estado. Como não há sistema de controle e a administração é uma decorrência do poder absoluto do monarca tem-se como consequência um alto grau de corrupção e um desvirtuamento do interesse público agindo, o administrador, como um verdadeiro proprietário de todos os recursos gerados.

Já na fase burocrática passa a existir uma divisão entre o público e o privado passando a atribuir legitimidade às decisões administrativas em virtude do formalismo exigido no desenvolvimento do procedimento administrativo que dá azo ao processo decisório. Ao seu lado, há também processos de controle de atos tanto de maneira interna, decorrente da hierarquia existente entre os órgãos que integram a

administração pública, quanto externa, que pode ser realizado pelo povo ou por outros poderes constituídos como o Legislativo e o Ministério Público.

A origem histórica da fase burocrática reside nas revoluções burguesas, que tinham como escopo principal limitar o poder Estatal tendo como uma das doutrinas expoente a tripartição dos poderes desenvolvida por Montesquieu. Com isso, um dos inegáveis avanços foi separar as ideias de público e privado possibilitando a existência de formas de participação da população na gestão da coisa pública e controle tanto interno quanto externo.

Por outro lado, entretanto, a administração, de acordo com este modelo, tende a ser burocrática e lenta, tendo em vista que todos os serviços públicos são prestados diretamente pelo Estado, seja através de órgãos vinculados à administração direta ou entidades vinculadas a indireta. Isto ligado às conquistas do constitucionalismo social, que atribuiu a responsabilidade a prestação de serviços ligados à saúde, à educação, moradia, entre outros, tem como consequência uma insatisfação geral da população com relação ao serviço prestado.

A fase gerencial é marcada pela manutenção da separação entre a coisa pública e a privada que, conforme mencionado, foi um inegável avanço decorrente do movimento burocrático, entretanto passa a ter como enfoque principal a prevalência do resultado em detrimento do procedimento, ou seja, o administrador passa a atribuir maior preocupação com os resultados e a satisfação do administrado e não tanto ao meio que foi utilizado para se atingi-los.

No Brasil, atribuiu-se especial importância a este modelo durante a década de 90, que foi marcada por reformas administrativas que tiveram como característica em comum uma maior preocupação com a satisfação do usuário do serviço público do que com os meios pelos quais eram prestados.

Há também uma maior participação da iniciativa privada através do intitulado terceiro setor, em que pessoas jurídicas sem finalidade lucrativa estabelecem acordos de vontade com a administração pública para prestação de serviços que eram anteriormente realizados pelo Estado.

Outra maneira de participação da iniciativa privada é através de concessões possibilitando a exploração econômica de um determinado serviço por particulares podendo cobrar uma tarifa como retribuição.

Todas essas medidas vêm em consonância com o princípio da eficiência previsto no artigo 37 da Constituição Federal incluído pela Emenda Constitucional 19, sendo um ponto de destaque para mudança de mentalidade do modelo burocrático para o gerencial.

Não se pode esquecer que o Poder Judiciário além da atividade jurisdicional também exerce atividade administrativa, tendo assim, da mesma maneira que o Poder Executivo, que observar a incidência do princípio da eficiência, buscando a gestão de todos os órgãos que compõem de maneira a consumir o mínimo de recursos necessários para se entregar uma atividade jurisdicional efetiva.

Como mencionado anteriormente, a entrega da atividade jurisdicional no Brasil não se tem mostrado satisfatória, principalmente ao verificarmos que mesmo diante dos recursos despendidos há uma demora considerável para resolução de conflitos, o que acaba gerando uma insatisfação e descrédito com o Poder Judiciário afinal a pacificação social é o principal objetivo da jurisdição.

Quando o Estado trouxe para si a tarefa de resolver os conflitos estabelecidos na sociedade através do exercício da jurisdição tem como consequência a necessidade de se exercê-la de maneira a restabelecer a paz no seio social surgindo a ideia de tutela jurisdicional efetiva.

Elias Marques de Medeiros Neto apresenta a seguinte consideração acerca do princípio da efetividade no exercício da atividade jurisdicional.

A noção de efetividade processual está presente nos referidos conceitos ligados ao princípio da eficiência, podendo-se dizer que cabe ao Poder Judiciário se organizar da forma mais adequada para garantir que a tutela jurisdicional possa ser conferida ao titular do direito material de maneira oportuna, econômica e tempestiva; tudo de modo a se garantir que a resolução de conflitos não se limite apenas à prolação de uma sentença judicial, mas sim que possa efetivamente realizar o direito devido ao seu titular e formalmente reconhecido em decisão proferida no processo. (MEDEIROS NETO, 2019. p.48)

Não se pode coadunar com a ideia de um Poder Judiciário que leva anos para prestar uma resposta a uma lide posta para análise, ainda mais se considerarmos a velocidade em que ocorre as relações sociais são travadas na atualidade.

Assim como a prestação do serviço público em seu sentido estrito deve ser prestada pela administração pública de maneira efetiva pautada pela satisfação do

administrado, o exercício da jurisdição também deve ser assim visualizado, ou seja, deve se buscar a efetividade processual

Quando se pensa em uma atividade jurisdicional efetiva deve se ter em mente que a além de resolver o conflito de maneira a colocar um fim na discussão travada entre as partes deve se observar, de igual modo, que a resposta estatal deve ocorrer em tempo razoável.

### **2.3 Princípio da eficiência no Direito Processual Civil**

O Código de Processo Civil, atento a necessidade de se buscar uma justiça célere e efetiva, positivou logo em seus primeiros artigos, quando se dedicou a estabelecer as normas fundamentais que regem o processo, a necessidade do magistrado observar quando for aplicar a jurisdição os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, publicidade e eficiência.

Não obstante a louvável iniciativa do legislador ao prever de maneira expressa no diploma processual, a incidência dos princípios mencionados decorre do devido processo legal sob ótica substantiva, o qual determina que exercício válido da jurisdição não equivale tão somente a observância das regras previstas de maneira expressa na lei devendo ser aplicada sempre pautado pelo equilíbrio e com o enfoque na efetividade.

A nosso ver o objetivo do legislador foi deixar ainda mais claro a necessidade de se ter em mente a necessidade do exercício eficiente da jurisdição, afinal o que motivou o advento de um novo diploma processual, podendo ser apontado até mesmo como sua fonte material, foi a insatisfação do jurisdicionado com o serviço que lhe é prestado através da atividade jurisdicional.

Não é de hoje que surgem estudos com temática envolta acerca da demora na prestação da tutela jurisdicional e sua pouca eficiência. Esse cenário é cada vez mais evidenciado quando olhamos para os números apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça, que no relatório Justiça em Números têm demonstrado que apesar dos esforços despendidos o resultado não tem sido satisfatório.

De acordo com o último relatório Justiça em Números divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça o tempo para o trâmite em um processo na primeira instância dos Juizados Especiais, por exemplo, é de 1 ano e 7 meses sem contar, isso somente na primeira instância. Em segunda instância, nas turmas recursais, o tempo médio é de 1 ano e 2 meses. Isso resulta em quase três anos para a resolução de demandas simples que deveriam ser solucionadas em pouco tempo. (CNJ, 2020, p. 47)

Apesar dos resultados apresentados, quando olhamos para o índice de produtividade verificamos números altos, tendo o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo apresentado 100% em segunda instância e 89% em primeira.

Uma das maneiras de se buscar a solução para essa problemática foi através da previsão de um ambiente cooperativo pautado no diálogo buscando a resolução do conflito por outros meios que não o exercício da jurisdição.

O avanço da sociedade e o aumento no número de relações travadas aliado a diminuição das barreiras até então existente de acesso ao judiciário com a institucionalização das defensorias públicas, aumento considerável no número de advogados existente, concessão de justiça gratuita teve como consequência um aumento na demanda do Judiciário o qual passou a ser visto quase como o único meio de solução de conflitos.

O estudo do acesso à justiça foi muito bem delineado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que identificam três ondas atinentes aos problemas atinentes ao acesso à justiça.

A primeira delas possui liame com questões econômicas. De acordo com a visão do Estado Liberal, a simples possibilidade de ingresso com uma ação no Judiciário já seria suficiente para se garantir o acesso à justiça não havendo qualquer preocupação com a efetividade ou mesmo com qualquer questão social que pudesse atrapalhar o acesso. Nesse sentido, a institucionalização das Defensorias Públicas aliado a previsão do direito à gratuidade da justiça e dos Juizados Especiais Cíveis tem o condão de ampliar o acesso ao Judiciário.

A segunda onda se concentra na proteção dos direitos coletivos, tendo a ciência processual se preocupado com a proteção de direitos de toda a coletividade e não somente com direitos individuais. Passa a ser enfoque questões atinentes à proteção ao meio ambiente, do direito do consumidor entre outros danos que fogem do aspecto puramente individual.

Já a terceira onda se preocupa em melhorar técnicas processuais para, inclusive, evitar litígios. Passa se ter uma visão multifacetada do conflito, o que consequentemente leva à conclusão que o exercício da jurisdição, em muitos casos, até mesmo em virtude das peculiaridades que o circundam, não é nem o mais adequado. Com isso, se exige do jurista uma visão ampla com a aproximação de de outras ciências como a sociologia e a psicologia. (CAPPELLETTI; GARTH, 1998)

A problemática da morosidade do Judiciário passa a ser enfrentada não o aspecto da oferta do serviço com medidas para aumentar o tamanho da infraestrutura

ou mesmo o número do pessoal, mas sim sob o enfoque do modo pelo qual a resolução de conflitos é realizada.

Vejamos a lição de Gisele Lemke

Note-se que essa é uma grande alteração da abordagem do problema, uma vez que, ao invés de se tratar da questão sob o prisma da oferta de serviços judiciais, passa-se a tratar do problema sob o prisma da demanda dos serviços judiciais. Vale dizer, ao invés de serem verificados meios apenas de se ampliar a oferta dos serviços judiciais e de se resolver o problema do grande estoque de processos atualmente existente, passa-se a verificar se a demanda não estaria exagerada, ou seja, se o acesso à Justiça não estaria sendo confundido com o acesso ao Judiciário, causando o estrangulamento deste. (LEMKE, 2020, n.p)

Nessa toada, o Código de Processo Civil passa a prever como primeiro ato de participação do réu, antes mesmo de ser apresentada a defesa, a realização de uma audiência de conciliação em que é oportunizado às partes, mediante a participação de um conciliador ou mesmo de um mediador, a resolução do conflito de maneira autocompositiva.

A grande mudança no cenário prático é a criação do artigo 334 da combalida norma, cujo enunciado prevê a realização de audiência de conciliação e mediação após o recebimento da inicial. Percebe-se que a intenção do legislador é estimular que as partes procurem compor a solução da controvérsia sem que o processo caminhe por longo tempo. É a oportunidade conferida aos litigantes para que não esperem o transcurso do prazo do procedimento judicial, o qual se encerrará com a sentença do juízo que irá decidir o caso com base em sua convicção dos fatos e dos fundamentos apresentados. Ora, é propiciado um momento para que as partes envolvidas naquele processo possam tentar chegar a um consenso com base em suas vontades, sem depender da decisão vinculativa de um terceiro imparcial. (NETO MEDEIROS; FUZETO, 2021; p. 189)

O diploma processual passa a operar em perfeita harmonia e consonância com a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, a qual disciplinou a mediação entre os particulares como maneira de resolver conflitos estabelecidos, e com a Lei 12.140/2015, que dispõe sobre a atividade de mediação e conciliação. Foi criado, portanto, um microssistema de resolução de conflitos. (TARTUCE, 2018)

Há vozes na doutrina que criticam o momento escolhido para realização da audiência de conciliação, tendo em vista que é realizada sem que as partes possam ter ciência sobre quais os pontos controvertidos na lide o que acaba por comprometer

até mesmo o diálogo construtivo e cooperativa como desejou o legislador, afinal, é realizada antes mesmo da apresentação de defesa pelo réu, o que acaba por ter como consequência uma assimetria informacional resultando em otimismo exacerbado. Isto acaba por dificultar, que a autocomposição seja atingida e até mesmo influenciar para que a audiência seja encarada apenas como uma formalidade e não como um momento que as próprias partes podem por meio do restabelecimento do diálogo buscar a solução para o problema. (WOLKART, 2020).

Apesar das críticas, é inegável que o objetivo do legislador ao prever como obrigação de todos os envolvidos em uma relação jurídica processual uma postura cooperativa e de constante diálogo tendo em mente a resolução do conflito de maneira célere vem em consonância com princípio da eficiência, afinal na hipótese de ser entabulado uma conciliação tem-se como consequência o término de um conflito de maneira mais rápida e até mesmo mais efetiva afinal, como já mencionado, nem sempre a jurisdição se mostrará a maneira mais adequada para o conflito estabelecido.

Em muitos casos, como por exemplo envolvendo direito de família como divórcio e disputa de guarda, a relação entre as partes não termina com o trânsito em julgado, sendo assim é comum que a resolução do caso através da sentença aumente a litigiosidade já estabelecida.

Por isso, quando pensamos no princípio da eficiência no processo civil não se pode apenas ter em mente o lapso temporal para que seja proferida uma decisão definitiva.

Também pode ser apontado como uma tentativa de se contribuir para a eficiência no processo civil a mudança na postura exigida do magistrado, que de acordo com a sistemática atual deve ser visualizado como um gestor tendo como função garantir a prevalência das partes coibindo abusos e estimulando atitudes que possam contribuir com a resolução célere e efetiva do conflito garantindo, com isso, a eficiência.

Nesse sentido, é a lição de Elias Marques de Medeiros Neto e de Ana Clara Ortega:

Desse modo, visando melhorar a qualidade da prestação de serviços e, sobretudo, garantir uma atuação mais eficiente, buscou-se a implantação de um modelo gerencial no Estado brasileiro, inclusive no judiciário, inspirado nas estratégias de gestão das empresas privadas.



Assim, pode-se chegar à concepção de gestão judiciária, que se refere a medidas postas à disposição dos magistrados para garantir a plena afetação de todos os recursos disponibilizados pelo Judiciário com a finalidade precípua de se alcançar um serviço judiciário de qualidade e, por corolário, uma entrega da prestação jurisdicional célere, eficaz e efetiva.

Por conseguinte, a adequada gestão da tramitação processual pressupõe, fundamentalmente, o efetivo e permanente empenho do juiz na direção do processo. Uma vez que o sistema jurídico-processual exige que, ao conduzir o processo judicial, o juiz deve agir com eficiência, faz-se necessária uma mudança de paradigmática na forma pela qual o magistrado deve exercer a condução do processo.

Nesse sentido, há uma transformação do juiz-juiz em juiz-gestor. Isto é, cada vez mais o juiz deixa de ser um diretor, que concentra a prática de todos os atos processuais que lhe competem, para se tornar um gestor que, mediante técnicas de liderança e desconcentração de atividades, delega tarefas, exercendo o papel semelhante ao de um coach. (MEDEIROS NETO; ORTEGA, 2021. p.9)

Dentro desse arcabouço de novidades procedimentais incluídas pelo Código de Processo Civil, dentre as quais merecem destaque a calendarização processual e o negócio jurídico processual.

Ambos os institutos possuem em comum o protagonismo das partes, tendo o magistrado a função de controlar eventuais abusos garantindo o diálogo sadio e constante entre o autor e o réu.

A calendarização possui previsão no artigo 191 do Código de Processo Civil, possibilitando que as partes e o juiz fixem datas nas quais serão praticados os atos processuais dispensando a intimação nos meios oficiais. Por sua vez, o negócio jurídico processual possui previsão no artigo 190, sendo permitido modificações no procedimento de modo a melhor adequá-lo às especificidades do caso concreto.

De igual modo, pode-se incluir a produção antecipada de provas, cerne do presente trabalho, tendo em vista que, de acordo com a sistemática vigente, é permitido que as partes, atendendo aos requisitos exigidos pela lei, busquem em juízo a produção de provas antes mesmo do ingresso da demanda mesmo em situações em que inexista urgência.

Com isso, é possível que se diminua a assimetria informacional contribuindo para a melhor definição da lide, o que favorece o diálogo aumentando a possibilidade de resolução efetiva e célere.

Quando pensamos, por exemplo, em uma demanda envolvendo pedido de alimentos, em muitos casos, até mesmo em virtude do distanciamento existente entre os genitores, não se detém todas as informações necessárias para se possa realizar de maneira responsável o pedido atinente a majoração ou não dos alimentos pretendidos. Nem mesmo se detém informações se há realmente a possibilidade de se buscar eventual majoração, afinal pode ocorrer de não se possuir qualquer informação.

Nesse cenário, a produção antecipada de provas em que aquele que detém a guarda busca a produção de provas no que se refere à capacidade econômica do outro genitor tem o condão de melhor instruir eventual pedido e até mesmo contribuir para o diálogo entre as partes, afinal de posse dessas informações pode se melhor estabelecer o risco de sucesso ou insucesso no prosseguimento com e demanda judicial.

Do mesmo modo, quando estamos diante de uma revisional bancária, a realização de uma perícia prévia contribuirá para se aparelhar o pedido a ser proferido, afinal de acordo com disposição expressa prevista no atual diploma processual é exigido do autor quando se pretende discutir a validade de cláusulas disposta em contrato de financiamento bancário que seja apontado o valor que entende como correto e o seu adimplemento durante a regular marcha processual.

Seguindo essa mesma diretriz, no que se refere ao Direito do Trabalho, tomando-se por base que a reforma trabalhista possibilitou a condenação do trabalhador em honorários e despesas processuais quando se mostrar sucumbente e considerando que o empregado não possui acesso a todas as informações necessárias para formular o seu pedido, é possível a utilização da produção da prova antes de ser ajuizada eventual reclamação trabalhista como for até mesmo de se obter informações.

Vejam a situação atinente a pedidos que envolvam insalubridade e periculosidade. A definição se o ambiente de trabalho era mesmo insalubre ou perigoso perpassa pelo preenchimento de critérios técnicos previstos em normas relativas à segurança do trabalho expedidas pelo Poder Executivo, sendo assim informações que não são de conhecimento prévio do empregado. A produção antecipada de uma prova pericial terá o condão de melhor instruir a lide e também de diminuir o risco da sucumbência, já que de posse das informações produzidas o

empregado poderá formular melhor o seu pedido sem contar na contribuição com o diálogo a ser realizado em audiência de conciliação.

Aniele Pissinati e Radson Rangel F. Duarte:

Bem se vê que, abstraída a discussão sobre a constitucionalidade dessa previsão, há o risco de o reclamante a despeito de ser beneficiário da justiça gratuita, ser condenado ao pagamento dessas despesas processuais caso alguma das suas pretensões não sejam acolhidas, não apenas por inexistência do direito material postulando mas também por deficit no seu encargo probatório. Assim, para evitar esse risco, a produção antecipada da prova, procedimento no qual, por via de regra, não há fixação de despesas processuais, afigura-se de extrema utilidade aos empregados. Isso se dá porque, a depender do resultado probatório colhido nesse procedimento, empregado sequer ajuizar a sua pretensão material ou, ainda se o fizer, observará determinados parâmetros e não mais aleatoriamente como antes ocorria e que, agora pretende-se corrigir. Assim a inovação legal é alvissareira no processo do trabalho uma vez que admite a produção da prova de forma que "prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação" (art. 381, III, CPC), e, assim, evitar as consequências processuais acima mencionadas, quais sejam, condenação em honorários advocatícios sobre parte dos pedidos ou de honorários periciais. (PISSINATI; DUARTE, 2022. p.82)

Logo, é possível concluir, que a produção antecipada de provas desvinculada do requisito de urgência, ao lado de outros institutos jurídicos, têm o condão de contribuir para a melhora da eficiência processual.

### **3. O Sistema da Civil Law e da Common Law analisados sob a ótica da eficiência**

Historicamente a doutrina divide os sistemas jurídicos em duas matrizes teóricas, tendo uma delas como berço o direito romano, sendo a principal fonte normativa a lei materializada nos Códigos e outra o direito germânico se baseando nos costumes como fonte para o surgimento das normas jurídicas.

Antes de nos debruçarmos sobre a discussão que nos propomos no presente capítulo, cumpre destacar que, em virtude de corte metodológico, não é o escopo da presente dissertação enfrentar de maneira aprofundada a discussão sobre o surgimento histórico de cada sistema jurídico, mas sim discutir, tendo como parâmetro a análise econômica do processo, que tem enfoque, através de um arsenal metodológico desenvolvido pela ciência econômica, o grau de eficiência da produção antecipada de provas como forma de se criar um ambiente estimulante a cooperação e a efetividade das formas antecipadas de resolução do conflito.

Quando analisamos os números apresentados tanto na Inglaterra, quanto nos Estados Unidos, nos deparamos com um cenário em que grande parte das demandas são solucionadas em uma fase pré processual marcada pela revelação das provas que cada parte possui acerca da lide que se instaura podendo, com isso, estabelecer com maior precisão os possíveis caminhos que uma futura demanda pode percorrer. (CAMBI, 2015)

Por outro lado, no que pese o Código de Processo Civil exigir dos atores da relação jurídica processual uma postura cooperativa pautada na solução pacífica dos conflitos através de técnicas como a mediação e a conciliação, não foi possível identificar, mesmo após mais 5 anos de vigência uma grande mudança de paradigma a ponto de impactar a quantidade cada vez mais avassaladora de demandas que são ajuizadas diariamente perante o judiciário.

Em um primeiro momento, mediante uma análise mais apressada, pode se pensar como solução a simples transposição de institutos jurídicos previstos em sistemas alienígenas, o qual possui matriz teórica diversa, como possível solução para se criar um ambiente mais colaborativo tendo como resultado um aumento das conciliações atendendo, assim, com o objetivo do legislador, o que não se coaduna com a realidade.

Não seria, inclusive, a primeira vez que institutos jurídicos previstos em ordenamentos jurídicos estrangeiros são importados para o direito pátrio sobre a pecha de solução dos problemas enfrentados.

Rachel Sztajn apresenta a seguinte lição no que se refere a essa temática.

Assim é que a comparação de regras ou normas jurídicas deve levar em conta o sistema ou a família à qual pertencem ou se filiam, não se limitando à análise das palavras, mas buscando as diferenças, ou semelhanças, entre institutos ou denominações, a fim de evitar que algumas similaridades presas meramente à redação não induzam o intérprete ao erro. Esse é um grave perigo na interpretação de normas oriundas de outros sistemas e do qual podem resultar sérias e indesejáveis consequências lógicas que induzem as pessoas a supor que o tratamento legal é idêntico, porque o termo é o mesmo. (SZTAJN; GORGA, 2005, n.p)

Nessa toada, iremos iniciar a discussão no presente capítulo pelas origens do sistema da civil law, a qual possui berço no direito romano e desenvolvimento mais expoente na Revolução Francesa com a escola da exegese, enfrentando brevemente quais foram os objetivos desse sistema jurídico tendo como ponto de destaque o papel do juiz e do legislador na construção das normas jurídicas.

Seguindo essa mesma linha de estudo partiremos para o estudo da common law, que possui como nascedouro o direito germânico o qual é pautado em regras costumeiras.

Estabelecidas essas premissas metodológicas iremos pautar a questão a ser debatida sobre a aproximação entre os dois sistemas jurídicos existentes com influência mútua de ambos para somente, por fim, enfrentarmos a discussão sobre a ótica da análise econômica do direito e a premissa da eficiência.

### 3.1 O sistema da civil law e o papel do juiz diante da produção probatória

O sistema da civil law tem como origem a influência que o Direito Romano exerceu, principalmente, situado na Europa Continental, quando baseado nos ideais do iluminismo se ansiava pela construção de normas jurídicas afastadas dos costumes e pautado em conteúdo moral e no ideal de justiça.

Nessa toada, as universidades europeias, no século XII, exerceram um importante papel na edificação deste sistema jurídico, quando foi introduzido raciocínio jurídico com base em compilações extraídas do *Corpus Iuris Civilis*, resultando em um afastamento do pensamento do homem comum. (BUSSI, 2019)

Diferentemente das normas jurídicas que tinham como origem eventos sobrenaturais, o objetivo do estudo pelas universidades era se aprofundar em regras de conduta moral e do ideal de justiça, o que acaba superando o direito local, o qual tinha como principal fonte normativa os costumes. Com isso, se busca atingir um direito sistemático, tendo como parâmetro a razão, resultando em sua incidência de modo universal. (DAVID, 1988)

Uma das consequências da aproximação com regras deontológicas foi o afastar o direito do aspecto prático, daquilo que efetivamente ocorre na sociedade, tendo em vista que até então as regras que regulamentavam o comportamento tinha como base eventos sobrenaturais e costumes.

Nesse sentido René David:

O direito, ligado à filosofia, à teologia e à religião, indica aos juízes como, segundo a justiça, devem estatuir; estabelece as regras às quais os homens justos devem obedecer no seu comportamento social. O direito é, tal como a moral, um Sollen (o que é necessário fazer), não um Sein (o que se faz na prática). Poderá conceber-se um ensino que se limita a expor a moral corrente dos indivíduos, os seus comportamentos, sem se preocupar em dar uma lição, em dizer como convém viver? Isto é igualmente verdade para o direito. (DAVID, 1988, p.33)

Com o desenrolar histórico e a eclosão da Revolução Francesa, buscou-se no direito uma forma de limitação do poder através de uma separação dos poderes, de acordo com a teoria desenvolvida por Montesquieu, segundo a qual compete ao Poder Executivo aplicar as políticas públicas através da gestão da máquina administrativa, ao Poder Legislativo editar as leis que regulamentam a convivência em sociedade e

ao Poder Judiciário simplesmente aplicar as normas não sendo dado ao intérprete qualquer papel criativo.

Diante do momento histórico antecedente ser o regime absolutista caracterizado, principalmente, por uma concentração de poder na figura do monarca, o sistema da civil law passa a exigir do magistrado apenas a aplicação da norma criada pelo legislativo, sendo assim é retirado a liberdade criativa, tendo a sua atividade restringida como a boca da lei. (MARINONI, 2018)

O papel do julgador, no sistema da civil law, após a influência dos ideais da Revolução Francesa, passou a restringir a interpretação a uma atividade declaratória sem qualquer viés criativo, sendo assim compete ao exegeta a função, através das técnicas de hermenêutica, de identificar qual o objetivo do legislador se limitando aos limites traçados pelo texto.

Jaime Domingues Brito e Flávio Luis de Oliveira em artigo publicado discorrem sobre a função declaratória da atividade jurisdicional:

No que se refere às fontes do direito da família romano-germânica, é de se dizer que lei ocupa lugar de destaque no sistema jurídico, o que garante o controle da constitucionalidade, pelo que os tratados, os códigos e os regulamentos passam a ser a base norteadora das condutas individuais e da administração. Entretanto, mesmo tendo a lei como fonte fundamental, cabe aqui destacar que, em todos os países em que se adota a família ora analisada, em que a legislação é escrita, a função dos juristas parece ser fundamentalmente a de descobrir, com auxílio de vários processos de interpretação, a solução que em cada caso corresponde à vontade do legislador ou, quem sabe, o espírito da própria lei. (BRITO, OLIVEIRA, n.p)

O escopo principal ao limitar a atividade jurisdicional a uma função declaratória sem qualquer aspecto criativo foi trazer uma maior segurança jurídica às relações. No regime absolutista, que precedeu a Revolução Francesa, as decisões judiciais eram pautadas em critérios subjetivos, eclodindo, inclusive, o brocardo aos amigos do rei, os favores da lei e aos seus inimigos os rigores, o que demonstra uma enorme desconfiança no Judiciário, afinal não se tinha qualquer previsibilidade com relação às decisões proferidas.

Vejamos a lição de Luiz Guilherme Marinoni:

Antes da Revolução Francesa, os membros do Judiciário francês constituíam uma classe aristocrática não apenas sem qualquer compromisso com os valores da igualdade, da fraternidade e da liberdade, como mantinham laços visíveis e espúrios com outras classes, especialmente com a aristocracia feudal, em cujo nome atuavam sob as togas. Nessa época, os cargos judiciais eram comprados e herdados, o que fazia supor que o cargo de magistrado

deveria ser usufruído como uma propriedade particular, capaz de render frutos pessoais.

Os juízes pré-revolucionários se negavam a aplicar a legislação que era contrária aos interesses dos seus protegidos e interpretavam as novas leis de modo a manter o status quo e não permitiam que as intenções progressistas dos seus elaboradores fossem seguidas. Não havia qualquer isenção para "julgar".

A preocupação em desenvolver um novo direito e permitir o desabrochar de uma nova sociedade exigiu a admissão dos argumentos de Montesquieu, aceitando-se a necessidade de separação dos poderes e impondo-se, sobretudo, uma clara distinção entre as funções do Legislativo e do Judiciário. tornou-se imprescindível limitar a atividade do Judiciário, subordinando-o de forma rígida ao parlamento, cujos habitantes deveriam representar os anseios do povo(MARINONI, 2009, p. 28)

Nesse sentido, com a ascensão da burguesia, que diferentemente da nobreza não tinha proximidade com a monarca, surgiu a necessidade de um regime jurídico em que houvesse segurança jurídica, sendo assim na formação do Estado que sucedeu ao término da Revolução Francesa limitou o papel do juiz a buscar a vontade do legislador.

Consequentemente a principal fonte normativa passa a ser a lei, tendo a doutrina, a jurisprudência e os costumes papel secundário na formação da norma jurídica. Em virtude disso, surge a figura dos códigos, que tem o afã de regulamentar completamente uma determinada área do direito. Nessa toada, merece especial destaque o Código Civil Napoleônico, o qual foi, inclusive, fonte de inspiração para inúmeros diplomas legais espalhados pelo mundo que tem como berço o sistema romano germânico como, por exemplo, o brasileiro.

Nesse sentido Patrícia Perrone Campos Mello e Luís Roberto Barroso:

O sistema romano-germânico, que predominou na Europa continental, tem a lei como principal fonte do direito. A norma jurídica constitui um comando geral e abstrato, que se propõe a abranger, em sua moldura, uma variedade de casos futuros. A sua aplicação firma-se em um raciocínio dedutivo, que parte do comando geral para regular a situação particular. Neste sistema, as decisões judiciais, geralmente, não produzem efeitos vinculantes para o julgamento de casos futuros e, por isso, afirma-se que, como regra, desempenham um papel secundário como fonte do direito. Podem influenciar a sua compreensão, podem inspirar iniciativas legislativas, mas não geram direito novo, funcionando como fontes mediatas de novas normas. (MELLO; BARROSO, 2016, p. 12)

A redação das leis que se inspiravam no Código Civil Napoleônico buscava abarcar todos os eventos que pudessem surgir elaborando o texto de maneira abstrata, competindo, assim, ao exegeta quando da interpretação atribuir o significado que correspondesse à vontade do legislador. (FERRAZ JUNIOR, 2019)



Entretanto, o desenrolar histórico demonstrou um cenário completamente oposto do almejado, tendo em vista que como a jurisprudência não é vista, ao menos de acordo com a doutrina tradicional, como fonte do direito, exercendo papel apenas secundário e persuasivo, tal como a doutrina, é possível encontrar várias decisões em casos semelhantes com solução jurídica completamente oposta.

Isso se deve ao fato da redação da lei se dar de maneira abstrata, pois como, no sistema da civil law, a construção da norma deriva do texto legislativo e da interpretação que se extrai dela, a qual, por ser resultado da linguagem, possui as mais variadas facetas, é possível que diferentes intérpretes tenham conclusões diversas acerca do que se intitula vontade do legislador.

Esse cenário, em que uma mesma questão passa a ter respostas diferentes por parte do Judiciário, contribui negativamente para se atingir o postulado da segurança jurídica, justamente o que se buscava prestigiar quando da idealização do sistema romano germânico pós-revolucionário.

Essa é a lição de Luiz Guilherme Marinoni:

Embora a praxe tenha constatado que nada adianta a lei quando o cidadão não sabe o que esperar dos juízes, a única preocupação da doutrina tem sido a de demonstrar que, apesar de ter se tornado evidente que o juiz presta tutela jurisdicional indo muito além da mera aplicação da lei, isto não significa negação do princípio da separação dos poderes. Ou melhor, a doutrina não tomou consciência de que, diante da variedade das decisões e das interpretações da lei, seria necessária uma elaboração dogmática capaz de garantir a segurança, a previsibilidade e a igualdade. Há que se dizer, sem qualquer pudor, que a doutrina do *civil law* cometeu pecado grave ao encobrir a necessidade de um instrumento capaz de garantir a igualdade diante das decisões, fingindo crer que a lei seria bastante e preferindo preservar o dogma ao invés de denunciar a realidade funesta consequência dela derivada (MARINONI, 2009, p. 35)

Essa situação se agrava se levarmos em conta que o desenrolar histórico atribuiu à sociedade atual as características de plural e dinâmica.

Zygmunt Bauman intitula os primórdios do sistema capitalista capitalista como pesado se amparando no fato do capital, da administração e do trabalho serem necessariamente reunidos para o exercício da atividade empresarial. Em contrapartida, o mencionado filósofo identifica, na no estágio atual de desenvolvimento social, o capitalismo intitulado como leve, que tem como marca a ruptura com o modelo anterior em que o capital se mantinha fixo e conseqüentemente não é condição *sine quo non* para o exercício da atividade empresarial a reunião no

mesmo agente econômico de todos os elementos como se dava na fase precedente. (BAUMAN, 2001)

O modelo de negócio responsável pela exploração do capital atualmente, em que há a dissonância entre capital administração e trabalho, acaba por contribuir para o aumento do número de conflitos, tendo em vista que o aumento da velocidade com que se dá às relações jurídicas acaba por contribuir para o surgimento de novos modelos que na sistemática tradicional, marcada pelo capitalismo pesado, levaria muito mais tempo para eclodir.

Uma breve análise do modo de se viver em sociedade nos últimos anos, já denota essa característica, já que várias questões que não eram discutidas anteriormente passaram a ser presentes nos tempos atuais.

Podemos citar, como exemplo, o direito ao esquecimento, questão que foi recentemente debatida pelo Supremo Tribunal Federal tendo se posicionado pela incompatibilidade com a liberdade de expressão exigindo, com isso, uma análise casuística acerca da existência ou não de danos decorrente da exposição de fatos contrário a imagem ou a honra de outrem. Em virtude do escopo do presente trabalho, não iremos nos adentrar na discussão travada, mas somente propor a reflexão para o fato de que a discussão sobre a existência ou não de um esquecimento não se compatibiliza com a sociedade tradicional marcada pela lentidão nas relações.

Da mesma maneira, podemos nos centrar nos problemas relacionados a tecnologia, que fez eclodir, inclusive, a área do direito digital, tendo em vista que as leis até então presentes no ordenamento jurídico não foram moldadas para discutir temas atinentes a proteção de dados entre outras questões que surgiram com o uso cada vez mais maciço e constante da tecnologia.

Afastando-se do mundo dos negócios podemos apontar essa volatilidade como presente nas relações familiares.

Quando analisamos o próprio conceito de família, verificamos que a entidade formada necessariamente pelos pais e pelo filho em que a presença do Estado intervindo nas relações era cada vez mais constante e presente se negando, por exemplo, o reconhecimento da união estável homoafetiva bem como qualquer forma de entidade familiar que destoasse do modelo tradicional homem, mulher e sua prole vem cedendo espaço.

Atualmente a complexidade do conceito de família está amparado na afetividade entre os integrantes, tendo, inclusive, o Supremo Tribunal Federal reconhecido a possibilidade da união estável homoafetiva bem como a possibilidade do reconhecimento da paternidade socioafetiva. Sem contar com o surgimento de questões cada vez mais espinhosas sob o aspecto jurídico como a possibilidade do reconhecimento da poliamor em que as pessoas se relacionam afastadas da ideia da monogamia.

De igual modo, podemos citar as relações de trabalho, que cada vez mais têm se distanciado do modelo tradicional idealizado pela Consolidação das Leis do Trabalho em que para se configurar a relação de emprego se faz necessário a presença da habitualidade, subordinação, pessoalidade e onerosidade. Atualmente, é cada vez mais latente a prestação pessoal de serviço sem que se amolde à definição clássica presente no texto consolidado, o que passou a ser intitulado, inclusive, de uberização da economia.

Logo, o sistema romano germânico em que se tem como cerne a lei como fonte normativa limitadora da atividade do juiz, o qual tem a sua atividade de intérprete limitada a declarar a vontade do legislador, que através dos códigos, idealizados como local onde o hermeneuta irá encontrar a resposta para todos os problemas advindos na sociedade se mostra anacrônico. (BUSSI, 2019)

Essa situação levou a alterações legislativas, que resultaram na aproximação de técnicas previstas no sistema da common law. No Brasil, a primeira reforma que merece destaque, até pela sua posição hierárquica normativa, foi Emenda Constitucional nº45, a qual teve grande impacto no Poder Judiciário com a criação, por exemplo, do Conselho Nacional de Justiça, como órgão destinado a fiscalizar administrativamente, tendo como integrantes pessoas de fora da carreira pública como advogados e cidadãos com notável saber jurídico e reputação ilibada.

Outro ponto, de especial destaque, que teve o condão de modificar o parâmetro em que se encontra a jurisprudência como fonte do direito foi a inclusão na Constituição Federal do artigo 103-A, que prevê possibilidade do Supremo Tribunal Federal, após reiteradas decisões, editar súmulas com efeito vinculante perante os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública. (MELLO, BARROSO, 2016)

No plano infraconstitucional, o Código de Processo Civil, ampliando a força normativa dos precedentes vigente prevê institutos com o condão de atribuir maior força aos precedentes como incidentes de resolução de demandas repetitivas e o de assunção de competência, sendo traço comum entre ambos a eficácia vinculante da decisão proferida com a consequente possibilidade de manejo direto de reclamação para cassar decisões que forem proferidas em sentido contrário.

Por sua vez, quando nos deparamos com o papel instrutório do julgador no sistema da civil law, identificamos o juiz em uma posição de destaque, pois é o responsável pela condução do processo interferindo diretamente na produção probatória podendo indeferir pedidos realizados por reputar incapazes de interferir na solução da controvérsia, inquirir diretamente as partes, através de depoimento pessoal, colher depoimento testemunhal mesmo quando dispensada pelas partes, determinar a produção de provas que repute úteis para esclarecimento de alguma questão. (MARINONI, 2016)

Neste sistema o juiz é tido como o destinatário da prova, ainda que haja quem defenda que não é o único, conseqüentemente é atribuído ao magistrado relativa liberdade na condução probatória, tendo em vista que apesar de ter o dever de observar os limites impostos pela legislação quanto aos limites e a produção possui papel ativo na direção da instrução probatória.

Há quem defenda que essa característica presente na relação processual marcadas pelo sistema romano germânico acaba por ligar a uma idéia inquisitiva, no sentido de que o papel ativo do magistrado na condução do processo aniquila a participação das partes limitando a liberdade diferentemente do que ocorre em um procedimento adversarial.

Michele Taruffo apresenta contundente crítica, senão vejamos:

Por outro lado, pode-se observar que (afora o caso tópico da Santa Inquisição, e sem nos ocuparmos aqui do processo penal) todos os processos civis de *civil law* foram ou são menos inquisitivos no sentido estrito do termo. Basta considerar que agora, inclusive para atuação de garantias constitucionais e princípios fundamentais, o contraditório entre as partes é geralmente assegurado em medida mais que suficiente. Se "inquisitivo", conforme a acepção fundada na história, significa que as partes não podem defender-se, então não existem no civil law processos suscetíveis de definir com propriedade como inquisitivos. Se, em vez disso, se quer aludir que com esse termo a modelos processuais em que o juiz desempenha papel ativo na direção do procedimento e tem poderes autônomos de iniciativa instrutória, então a contraposição de que se trata muda de sentido, mas permanece igualmente infundada em larga medida. Basta pensar na amplíssima, longa e importante experiência do "processo liberal

clássico", assentado em atuação intensa e onímoda do princípio do dispositivo, para perceber que nada foi mais estranho à história do processo civil de civil law do que um modelo processual verdadeiramente inquisitivo. quanto aos poderes instrutórios do juiz, é sabido que ainda hoje os vários sistemas de civil law adotam orientações muito diferentes, inclusive em função da diversidade dos procedimentos aplicáveis a matérias específicas (como o processo trabalhista na Itália), de sorte que a afirmação segundo a qual o modelo de civil law se caracteriza por fortes poderes instrutórios oficiais se mostraria como tal falsa, e ademais esconderia por trás de uma generalização indevida problema assaz complexos, que encontram soluções muito diversas nos vários ordenamentos(TARUFFO, 2003, p. 4)

Como não se trata de objeto do nosso trabalho enfrentar uma comparação global entre os países que adotam o sistema da civil law e o da common law deixaremos de analisar o embate apresentado para nos centrar na análise do papel do magistrado no ordenamento jurídico brasileiro.

No Brasil, como um país que tem o sistema romano germânico como berço normativo e como se adota como sistema para formação do convencimento o livre convencimento motivado, o papel do magistrado na produção da prova sempre foi destaque, sendo assim é dado ao juiz a ampla gestão processual podendo, por exemplo, indeferir prova que considere inúteis para o esclarecimento da lide, inquirir diretamente as partes e as testemunhas, determinar a produção de provas de ofício.

Um dos motivos para essa característica é a visão publicista, segundo a qual o Estado possui interesse que a discussão apresentada seja justa, o que, conseqüentemente, impossibilita que se relegue as partes a ampla direção do processo, já que no que pese em uma dada relação jurídica processual em tese ser apresentado a discussão interesses privados não se pode perder de vista que sempre haverá o interesse público de que a solução dada seja a mais acertada possível contribuindo, assim, para a segurança jurídica.

Flávio Yarshell:

O processo, instrumento a serviço do Estado que é, busca resultados que antes interessam àquele; e, nessa medida, a falta de adequada "colaboração" dos litigantes não deixa de trazer, em alguma medida, prejuízo a um interesse que, sob essa ótica, não é apenas das partes. Portanto, a própria idéia de ônus, tal como concebida, não deixa de apresentar, de forma genérica - e não apenas no que diz com a prova -, uma certa imperfeição, que avulta quando se pensa na decisão justa como um resultado desejado pelo Estado. Daí se falar, em doutrina, que o poder de instrução do juiz O exercido com vistas ao interesse público de descoberta da verdade - "mitiga" o ônus da prova ou, por outro lado, "abala" sua concepção subjetiva. (YARSHELL, 2009, p. 52)

Seguindo esse raciocínio Marcelo Garcia Cunha:

Nos países de matriz romano-canônica, por outro lado, é difundido o modelo processual inquisitorial, que não possui os contornos caracterizadores do processo acusatório, notadamente a sua excessiva ênfase na bilateralidade da relação processual. O juiz do processo inquisitório tem função ativa na condução da causa, na qualificação jurídica das questões debatidas entre as partes e na instrução probatória. O processo civil, seguido nesse sistema, está mais associado ao interesse público do que ao interesse particularizado dos litigantes. A verdade, no âmbito do processo inquisitório, sem qualquer implicação na sua imparcialidade, deve ser pesquisada oficiosamente pelo juiz, embora delimitada pelo objeto litigioso sobre o qual incidirá a sua decisão, possuindo, para tanto, amplos poderes processuais, que lhe facultam fiscalizar o comportamento processual das partes, impor-lhes diligências, realizar inspeção, determinar a condução de testemunhas e nomear técnicos auxiliares para melhor esclarecimento da causa. Além disso, o magistrado detém ampla liberdade na qualificação jurídica da causa, não permanecendo refém da atividade cognitivo-informativa dos advogados das partes. (CUNHA, 2015, p.6)

Em virtude desta íntima ligação com o interesse público não se dá às partes a livre disposição do procedimento e das provas, devendo se exigir uma postura ativa do magistrado na direção do processo e na produção probatória.

O Código de Processo Civil atual vem se afastando desse paradigma ao estipular como um dos princípios basilares o da cooperação, segundo o qual todos aqueles que interfiram de alguma forma na relação processual devem contribuir para a rápida solução do litígio. Nessa toada, foram previstos instrumentos como o negócio jurídico processual e a calendarização, em que é possibilitado estabelecer regras diversas sobre o procedimento, o que demonstra grande inovação frente a sistemática anterior em que não era possível a modificação do procedimento, ao menos de maneira expressa.

No aspecto probatório, foi previsto a possibilidade de antecipação da produção de provas sem que fosse condição *sine qua non* a demonstração de urgência podendo, assim, ser utilizada para evitar o ajuizamento de uma demanda ou mesmo para viabilizar a autocomposição.

Estabelecidas essas diretrizes sobre a civil law passaremos a tecer comentários sobre o sistema germânico, o qual se ampara nos costumes como principal fonte para o surgimento das normas jurídicas e os reflexos dessa matriz teórica na posição do magistrado frente a produção probatória.

### 3.3 Considerações sobre o sistema da common law

Diversamente do que ocorria com os países que se basearam no sistema romano germânico, também conhecido como civil law, a Inglaterra pautou a construção de seu sistema jurídico nos costumes possibilitando, com isso, um papel mais criativo dos juízes.

Esse fato se deve principalmente a formação histórica, tendo em vista que diferentemente do que ocorreu na França, país considerado como um dos expoentes para influência nos mais diversos ordenamentos jurídicos pelo mundo com seu aclamado Código Civil napoleônico, os juízes contribuíram para a limitação do poder do monarca assim como os legisladores tendo como marco histórico a Revolução Gloriosa. (MARINONI, 2016)

Dessa forma, no sistema da common law o Poder Judiciário exerce papel de destaque da construção do direito, não estando limitado a atividade declaratória como ocorre na civil law. A jurisprudência ocupa a posição de fonte primária do direito e não apenas supletiva devendo, entretanto, ser observado os precedentes construídos.

Luiz Guilherme Marinoni assim leciona:

O Legislativo não se opôs ao Judiciário, chegando, em realidade, a com ele se confundir. Na Inglaterra, o juiz esteve ao lado do parlamento na luta contra o arbítrio do monarca, preocupando-se com a tutela dos direitos e das liberdades do cidadão. Por isso mesmo, ao contrário do que ocorreu em face da Revolução Francesa, não houve clima para desconfiar do Judiciário ou para supor que os juízes se posicionariam em favor do rei ou do absolutismo. No direito inglês não houve a necessidade de elaborar o dogma da aplicação estrita da lei ou de imaginar que o juiz poderia atuar mediante a mera descrição de termos da lei. O common law não necessitou negar a natureza das coisas ou criar uma vedação que somente pode ser compreendida como uma destas regras que advém das utopias de uma revolução. O juiz inglês não só interpretava a lei, como extraía direitos e deveres, a partir do common law. Mas, é importante frisar, estava submetido à common law; sempre atuava à luz e a partir de um direito. (MARINONI, 2009, P. 18)

A lei, por sua vez, é enquadrada como fonte secundária em comparação com o entendimento jurisprudencial, no entanto, diferentemente do que se comumente se pensar, também possui importância na construção do direito, ocupando apenas papel diverso do que ocorre no sistema romano germânico. (DAVID, 2014).

Sendo a lei fonte do direito, não é correto concluir que no sistema do common law o juiz cria do direito sem qualquer limitação tendo como parâmetro unicamente a sua vontade, o que iria de encontro com a segurança jurídica por permitir a existência

das mais variadas normas jurídicas sem que o cidadão pudesse antever qual regramento deve seguir.

Luiz Guilherme Marinoni:

Porém, a codificação, por si só, não pode explicar a distinção entre o common law e o civil law. Não se pense que o civil law é caracterizada pelos Códigos e pela tentativa de completude da legislação, enquanto o common law tem uma característica exatamente contrária. O common law também tem intensa produção legislativa e vários Códigos. O que realmente varia do civil law para o common law é o significado que se atribui aos Códigos e à função que o juiz exerce ao considerá-los. No common law, os Códigos não tem pretensão de fechar os espaços para o juiz pensar; portanto, não se preocupam em ter todas as regras capazes de solucionar os casos conflitivos. Isto porque, no common law, jamais se acreditou ou se teve a necessidade de acreditar que poderia existir um Código que eliminasse a possibilidade de o juiz interpretar a lei. Nunca se pensou em negar ao juiz do common law o poder de interpretar a lei. De modo que, se alguma diferença há, no que diz respeito aos Códigos, entre o civil law e o common law, tal distinção está no valor ou na ideologia subjacente à ideia de Código. (MARINONI, 2009, p. 30)

A diferença reside no fato de que neste sistema o juiz não está limitado exercendo, desse modo, uma atividade criativa construindo o direito a partir das leis confeccionadas pelo Poder Legislativo e não se limitando a elas como foi idealizado pela Revolução Francesa ao apresentar o postulado de que o juiz era a boca da lei.

Com relação ao papel do juiz frente a instrução probatória é certo que nos países em que houve a prevalência da common law pode se dizer que predominou o sistema adversarial, em que a interferência do magistrado na liberdade de produção das provas é menor.

Flávio Yarshell

Com efeito, a intensidade e os limites do exercício desse poder diferem consideravelmente se tomados, de um lado, os sistemas baseados no método "dispositivo" ou "antagonista" e aqueles baseados em um método "inquisitorial" de pesquisa da verdade. Nos primeiros - de que são exemplo o adversarial system dos ordenamentos de common law e, mesmo alguns modelos de países de civil law - avulta o papel das partes na instrução da causa em confronto com um papel não (ou menos) intervencionista do órgão judicial; no segundos - de que são exemplos países de democracia socialistas e modelos "inquisitórios" da Europa Ocidental - aflora a importância do juiz na investigação dos fatos e na descoberta da "verdade material". (YARSHELL, 2009, p. 117)

Em um sistema adversarial clássico é dado às partes a ampla liberdade para produção das provas não podendo ter qualquer influência por parte do magistrado sob



pena de se atentar contra a imparcialidade exigida para o regular exercício da jurisdição estatal.

Marcelo Garcia da Cunha

Em qualquer fase do litígio as partes mantêm o monopólio da condução processual, pois a causa circunscreve-se ao seu interesse privado. Uma regra implícita que bem sintetiza o adversary system é aquela que admite, sem maiores cautelas, que uma das partes se aproveite dos erros ou omissões da outra. O mesmo sucede no que se refere às provas, visto que não é dado ao magistrado suprir qualquer deficiência probatória das partes, sob pena de atentar contra sua própria imparcialidade, incumbindo-lhe julgar de acordo com os elementos que lhe foram apresentados. Considera-se que a verdade, no processo adversarial, situa-se no embate das versões controversas, por isso cabe ao juiz extraí-la do contexto argumentativo protagonizado pelas partes. A verdade, à vista disso, é melhor equacionada pela livre atividade das partes, que são responsáveis por levar suas testemunhas à corte, pela revelação das provas documentais e pela indicação da regra de direito aplicável ao caso concreto. O debate adversarial formalmente equilibrado, sem a interferência do juiz, limitado ao controle arbitral do aspecto formalístico do processo, é o pressuposto fundamental da justiça da decisão final. (CUNHA, 2015, P. 6)

Fernando da Fonseca Gajardoni

No modelo clássico, simétrico e persuasivo da common law, dito adversarial – ao menos na sua origem – o procedimento era caracterizado pelo desenvolvimento de diálogo entre as partes e pela passividade do juiz diante da investigação da verdade e da disciplina do procedimento. Este modelo, dito isonômico, punha as partes em pé de igualdade, cabendo ao juiz papel de expectador dos debates e fiscalizador das regras do jogo (inclusive quanto a relativas ao procedimento), sendo-lhe, na origem, vedado intervir na inexistência de discordância de um dos litigantes quanto ao comportamento da outro, pois que o direito processual nestes sistemas é disponível como regra. (GAJARDONI, 2016, P. 2)

A ampla liberdade das partes com relação às provas que serão produzidas em uma determinada relação jurídica processual tem sofrido alterações, sendo que, por exemplo, com a edição do CPR, o qual pode ser considerado como o Código de Processo Civil inglês, é mitigado o poder das partes atribuindo ao juiz a possibilidade de se estabelecer limites à atuação.

Nesse sentido Neil Andrews:

Até as CPR entrarem em vigor, os processos ingleses baseavam-se no adversarial principle, ou seja, no “princípio do controle das partes”. As partes e seus advogados controlavam inteiramente a fase do pre-trial. Depois das CPR, há muito menos espaço para que as partes controlem o desenvolvimento do caso, pois os tribunais passaram a ter expressivos poderes e deveres sobre a gestão de casos (em linhas gerais, ver 3.13 e seguintes). Em recente decisão de acordo com o sistema das CPR, Lord Woolf comentou tais poderes: “(...) as partes têm de confiar nos juízes, que usam de justiça e igualdade diante de

todas as circunstâncias... Quando o fazem, é importante que [a Court of Appeal] não interfira, a menos que fique claro que o exercício dos poderes tenha ocorrido de forma a afrontar princípios relevantes". (NEIL, 2009, P. 104)

Michele Taruffo traz a seguinte lição no que se refere a mudança de postura do magistrado diante da produção probatória nos sistemas da common law.

No tradicional modelo adversarial do processo, a figura do juiz era a de um "árbitro passivo", de um umpire desinformado e desinteressado, além de neutro, que tinha a exclusiva função de assistir ao livre embate das partes garantindo a respectiva correção e sancionando os comportamentos unfair ou ilícitos. Essa imagem mítica foi quase completamente demolida e substituída por uma imagem muito diversa do juiz. Na Inglaterra, a transformação foi levada a cabo pelas Rules of Civil Procedure de 1999. Trata-se de verdadeiro e próprio Código de Processo Civil. (LGL 1972\5) - outra inovação relevantíssima em confronto com a imagem do direito processual civil inglês como direito "não escrito" -, no qual se confiam ao juiz inúmeros e incisivos poderes de Governo e direção do procedimento, por exemplo os atinentes à determinação do track que a causa deverá seguir (ou seja, do tipo de procedimento aplicável de acordo com a natureza da causa), à marcação das audiências e à coleta das provas. (TARUFFO, 2003, P.4)

Isto não significa que a liberdade das partes na produção das provas foi extirpada, mas sim que passou a ser exigido do magistrado uma postura menos apática e um pouco mais ativa se assemelhando a um gestor do processo devendo intervir apenas quando se verificar algum abuso por partes daqueles que litigam.

Essa sistemática adversarial em que é dado maior amplitude para as partes atuarem diminuindo a ingerência do Estado juiz acaba tendo como consequência a redução no número de litígios, tendo em vista que é possibilitado às partes acesso a informações de maneira prévia ao ingresso no poder judiciário o que possibilita a tomada de decisões mais seguras sobre os riscos que comporta o prosseguimento com a fase judicial. (CUNHA, 2015)

O processo, no sistema da common law, é dividido em duas partes, sendo a primeira delas conhecida como pré-trial, em que são colhidos depoimento das partes e testemunhas, apresentado os documentos que tenham relação com o litígio, bem como outras provas. Nesse momento, não há uma ativa participação judicial, sendo relegado às partes através dos seus advogados a condução da produção probatória somente havendo interferência judicial em hipóteses excepcionais.

Nos Estados Unidos, esse procedimento é conhecido como *discovery* atribuindo às partes um amplo aspecto, visto que poderá ser objeto de investigação nessa fase tudo aquilo que não seja resguardado por um privilégio. Note-se que, com isso, a atuação judicial acaba por se dar de maneira supletiva, tendo em vista que de maneira geral deverão ser produzidas todas as provas requeridas ainda que indiretamente possam influenciar na questão proposta.

O principal objetivo não é formar a convicção do magistrado, sendo por isso que sua participação é supletiva dando prevalência às partes. Pode ser apontado que são objetivos da *discovery* preservar as informações importantes que com o passar do tempo podem vir a se perder, estabelecer as questões controvertidas e, também, dar ciência às partes de quais provas cada uma possui. (FOLLE, 2012)

O que se almeja é a formação da convicção das partes para auxiliar na tomada de decisão entre ajuizar ou não uma demanda, já que todas as informações que permeia a discussão que se pretende travar são apresentadas antes do início da fase judicial, sendo possível se antever, com maior grau de segurança, quais os caminhos que uma determinada demanda pode seguir o que contribui de sobremaneira na diminuição de litigiosidade.

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy:

Todos os procedimentos passam por momento prévio de investigação e levantamento de provas, chamado de *discovery*. Salvam-se testemunhos, em caso de suposta idade avançada ou doença de depoentes. Evitam-se surpresas no julgamento final, a despeito de roteiristas de cinema e televisão insistirem em descrever cenas de júri com inúmeros lances inesperados, o que não se passa na vida real. As partes clarificam pontos difíceis, limitam disputa a termos específicos. Acordos são forçados. Advogados justificam honorários mais polpidos. Intimidam-se opoentes. A finalidade primária do procedimento de *discovery* é providenciar aos litigante uma oportunidade de revisão de todas as portas pertinentes antes do julgamento. Advogados podem obter todas informações necessárias, em momentos qu antecedem ao julgamento propriamente dito. (GODOY, 2015, P. 7)

O principal benefício de se prever o sistema de uma fase antecedente a fase judicial é a diminuição da litigiosidade, já que com todas as informações acerca das provas que a outra parte possui o autor de determinada demanda pode tomar uma decisão mais segura sobre ajuizar ou não uma determinada ação o que contribui de sobremaneira para reduzir o número de demandas com baixa chance de êxito. (TARUFFO, 2003)

### 3.4 Da aproximação da civil law com a common law

O momento histórico no qual estamos inseridos é caracterizado por uma interação cada vez maior entre os povos. Uma das principais consequências é justamente a diminuição de barreiras culturais gerando uma uniformização dos povos. Isso tudo acaba por levar a uma influência cada vez maior entre a civil law e a common law, sendo que hoje em dia vários pontos que eram tidos como principais diferenças vem se perdendo com o tempo gerando uma aproximação mútua. (TARUFFO, 2003)

Desse modo, é possível se falar que cada vez mais há uma influência recíproca, tendo os sistemas de origem pautada na common law se baseado nas diretrizes da civil law e vice versa tudo como resultado da aproximação de ideais democráticos e aproximação cultural.

Nesse sentido, Patrícia Perrone Campos Mello e Luís Roberto Barroso apresentam o seguinte comentário sobre a influência da civil law nos sistemas de origem inglesa.

Esses sistemas não evoluem, contudo, de forma estanque. Ao contrário, há relativo consenso de que se encontram em processo de aproximação. O triunfo das ideias democráticas, a assunção de certos compromissos internacionais e a necessidade de implementar mudanças sociais rápidas são fatores que contribuíram historicamente para uma maior produção de norma legislada em países da common law. (MELLO, BARROSO, 2016, P. 13)

O primeiro ponto de diferenciação apontado pela doutrina quando se propõe a fazer uma comparação entre a common law e a civil law reside papel do intérprete em que este sistema possui cunho declaratório devendo se limitar, desse modo, a expressar a vontade do legislador sem que se atribua qualquer papel criativo diferentemente do que se vê na common law.

Entretanto, com o movimento evidenciado após as atrocidades vivenciadas com a Segunda Guerra Mundial, em que a lei foi utilizada como justificativa para legitimar a barbárie verificada no holocausto, eclodiu no âmbito jurídico uma releitura da interpretação das normas modificando, com isso, o papel em que se confere aos princípios deixando de ocupar local secundário na atividade hermeneuta para possibilitar o surgimento de normas jurídicas extraídas diretamente.

Notou-se que o juiz segundo as diretrizes tradicionais do civil law evidenciada na Revolução Francesa, em que se exigia uma postura apática e limitada a descrever o comando normativo disposto no texto editado pelo Legislativo, também se encontrava limitado para coibir os abusos que poderiam surgir com a edição da lei a qual poderia

ir de encontro com os ideais de justiça e democracia já que para sua edição bastava a formação da maioria que nem sempre estaria alinhada aos mencionados ideais.

Nesse sentido, passou-se a dar força normativa aos princípios, os quais pela carga axiológica que possuem exigem do intérprete uma postura criativa o que era refutado sob os ideais clássicos da Revolução Francesa em que o juiz era considerado como "a boca da lei".

Pode se falar que houve uma releitura do princípio da legalidade, que passou a exigir da lei uma concordância com todo o ordenamento jurídico o que fez com que a igualdade deixasse de ser vista apenas no aspecto formal e passasse a ser analisada sob o prisma material, ou seja, em confronto com todo o ordenamento jurídico e não somente com a lei estrita. (MARINONI, 2009)

Essa alteração de paradigma possibilitou ao magistrado se valer de técnicas como a interpretação conforme a constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto ampliando, assim, a atuação do magistrado no controle da legislação através de uma atividade criativa tal como já ocorria no sistema da common law.

Nesse sentido Luiz Guilherme Marinoni.

Não há dúvida de que o civil law passou por um processo de transformação das concepções de direito e de jurisdição. Ora, se o direito não está mais na lei, mas sim na Constituição, a jurisdição não mais se destina a declarar a vontade da lei, mas sim a conformar a lei aos direitos contidos na Constituição. Tanto é verdade que as jurisdições da Europa continental não resistiram à necessidade do controle de constitucionalidade da lei, embora tenham reservado esta função a órgãos que, inicialmente, foram concebidos como não jurisdicionais, exatamente em homenagem ao princípio de que o juiz não poderia se imiscuir na tarefa do Legislativo.

Porém, mais importante que convencer a respeito da criação judicial do direito é evidenciar que o juiz do civil law passou a exercer papel que, em um só tempo, é inconcebível diante dos princípios clássicos do civil law e tão criativo quanto o do seu colega do common law. O juiz que controla a constitucionalidade da lei obviamente não é submetido à lei. O seu papel, como é evidente, nega a ideia de supremacia do legislativo. Lembre-se que o juiz, mediante as técnicas da interpretação conforme a constituição e declaração parcial de nulidade sem redução de texto, confere sentido à lei, distinto do que deu o Legislativo. A feição judicial da imposição do direito também é clara - ou ainda mais evidente - ao se prestar atenção na tarefa que o juiz exerce quando supre a omissão do legislador diante dos direitos fundamentais. Ora, isto apenas pode significar, aos olhos dos princípios e da tradição da civil law, uma afirmação do poder judicial com força do direito, nos moldes do que se conceber no common law. (MARINONI, 2009, P. 49)

Outro ponto que vem sofrendo constante influência da common law é o papel ocupado pela jurisprudência. De acordo com a sistemática clássica as decisões judiciais não teriam qualquer influência na formação do direito, sendo apenas utilizadas como fontes secundárias exercendo papel persuasivo tal como ocorre com a doutrina.

Entretanto, esse cenário vem sofrendo constante modificação, podendo ser apontado como um marco no direito brasileiro a súmula vinculante possibilitando que o Supremo Tribunal Federal edite enunciado com força vinculante perante os demais órgãos do Poder Judiciário e do Executivo podendo ser enquadrada como lei em sentido material, visto que apesar do mesmo efeito não advém do processo legislativo.

O Código de Processo Civil de 2015 acrescentou, ainda, o incidente de demandas repetitivas e assunção de competência, sem contar na possibilidade de se impugnar o cumprimento de sentença quando a decisão que dá azo à exigibilidade se pautar em ato normativo reconhecido como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Isso tudo demonstra que o desenrolar histórico acabou por gerar uma influência da common law na civil law, modificando o papel que exerce a jurisprudência como fonte de direito deixando, assim, de ser vista apenas como fonte supletiva e subsidiária a qual tinha apenas o condão de auxiliar no papel persuasivo para ser fonte primária das normas jurídicas o que era inconcebível quando analisamos a sistemática da civil law em seu aspecto clássico.

Também se aponta como diferença o fato da common law ter adotado o sistema adversarial e a civil law inquisitivo. Antes de se ingressar na discussão cumpre destacar que a discussão paira sobre a atuação do magistrado frente a produção probatória e não sobre o respeito aos direitos fundamentais do processo.

Quando se fala em processo inquisitorial se vem a ideia da Santa Inquisição em que se concentrava no julgador as atividades de julgamento e acusação limitando, com isso, a possibilidade do exercício pleno e eficaz do direito ao contraditório e da ampla defesa. Acrescente-se, ainda, que nessa sistemática era dado ao juiz a ampla geral e irrestrita produção probatória sem o respeito a qualquer direito do cidadão além do que no que se refere a fundamentação não era exigido do julgador se amparar nas provas produzidas.

O que se pretende enquadrar quando se fala que o processo da civil law possui natureza inquisitiva é uma maior postura do magistrado frente a condução probatória. Nos processos da civil law, o magistrado acaba por exercer uma posição de destaque na direção do processo podendo, inclusive, determinar a produção de provas que não foram requeridas pelas partes, tudo com o escopo de se buscar atingir a verdade real.

Por sua vez, na common law, em que se aduz que foi adotada o sistema acusatório, o magistrado deve adotar uma posição passiva relegando as partes o requerimento e produção das provas sendo a posição ativa do magistrado vista como um vilipêndio a sua imparcialidade.

Esse cenário vem se modificando com o passar do tempo, podendo ser citado como exemplo a edição do CPR na Inglaterra, que impôs uma importante modificação no papel do juiz diante da produção probatória exigindo que interferências quando se mostrar presente alguns abusos. (ANDREWS, 2009)

Também é possível se apontar uma modificação no papel do magistrado frente a condução da produção probatória. O Código de Processo Civil vigente inovou no ordenamento jurídico ao prever figuras como o negócio jurídico processual, que possibilita, dentre as hipóteses previstas que se inverta o ônus da prova conferindo, com isso, poderes às partes que na sistemática anterior não existiam.

Acrescente-se, ainda, a possibilidade de se ingressar com produção antecipada de provas sem que fosse necessário a demonstração de urgência, podendo se amparar na possibilidade de autocomposição ou até mesmo para se estabelecer os limites da lide que se pretende demandar. Este procedimento acaba se aproximando das figuras da *discovery*, prevista no direito norte americano.

Nesse sentido, Fernando da Fonseca Gajardoni:

Observa-se, portanto, que a influência recíproca dos sistemas acabou, com o passar dos anos, fazendo com que os ordenamentos adversariais e inquisitoriais se aproveitassem das experiências um do outro. Já se reconhece certo ativismo ao juiz dos ordenamentos filiados ao sistema adversarial, especialmente na adoção das práticas de gerenciamento de processos a depender de forte postura interventiva e controladora do juiz (ainda que em conjunto com as partes). Enquanto que se introduzem nos ordenamentos inquisitoriais, ainda que no plano normativo, maior poder da partes no controle dos procedimentos. Em contrapartida, os poderes do juiz e das partes passam a ser limitados por normas escritas no primeiro sistema, enquanto que ganham força os precedentes judiciais e os poderes sancionatórios do juiz no segundo. (GAJARDONI, 2015)

Segundo os relatórios divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça denominado "Justiça em Números", no que pese o aumento do número de magistrado e o crescente incremento nos gastos do Estado com a manutenção do Poder Judiciário o resultado que se vê de outra lado não é a redução no número do processos ajuizados e conseqüentemente da litigiosidade.

Nos Estados Unidos, apesar de também ser um país com alta densidade demográfica como o Brasil, antes da fase judicial propriamente dita que pode ser ou não ser resolvida por um júri é previsto o procedimento intitulado de pre trial em que há a predominância das partes e maior apatia do magistrado devendo ser reveladas as provas que possuem para o deslinde da questão controvertida. De posse das informações produzidas nessa fase acaba por se estimular a confecção de acordos ou mesmo de se evitar o ajuizamento de demandas frívolas com baixíssimas chances de êxito, restando ao magistrado a análise apenas de questões de maior complexidade. (CAMBI, 2015)

O enfoque da nossa pesquisa é justamente nos benefícios que um procedimento preparatório antes do início da fase judicial em que são apresentadas as provas pode contribuir para se diminuir o problema da alta litigiosidade presente na sociedade brasileira.

Com a promulgação do Código de Processo Civil vigente uma das modificações mais significativas foi na produção antecipada de provas, não sendo mais exigido que as partes comprovem a existência de perigo da demora para que se possa antecipar a fase de produção probatória.

Houve, dessa forma, uma aproximação com o instituto da *discovery* prevista no direito americano, já que as partes podem se valer desse procedimento para obter informações cruciais para tomada de decisão entre ajuizar ou não ou demanda ou mesmo para buscar uma autocomposição.



## 4 Produção Antecipada de Provas sem Urgência

### 4.1 Do conceito prova, sua natureza jurídica e seu destinatário

A expressão prova, no âmbito jurídico, possui vários significados podendo ser enquadrada como ao fato, ao meio ou a fonte de prova, ao procedimento ou, ainda, ao seu resultado. Trata-se, portanto, de um termo plurissignificativo que somente podem ser compreendidos corretamente quando confrontados com o texto no qual foi inserido através da interpretação. (CAMBI, 2001)

Nessa toada, mister discorrer sobre o conceito de fonte e meio de prova, sendo o primeiro as coisas e as pessoas sobre as quais o segundo irá incidir para formação do convencimento do magistrado. Logo, a doutrina os meios de prova podem ser definidos como as técnicas que incidem sobre a fonte para se extrair o elemento que será utilizado pelo magistrado em seu processo de convencimento durante o desenrolar de uma instrução probatória. (JUNIOR DIDIER; OLIVEIRA; BRAGA, 2015)

O conceito de prova está intimamente ligado ao processo de convencimento, afinal será o instrumento utilizado, seja nas ciências jurídicas ou nas demais, para demonstrar a veracidade das proposições levantadas quando da apresentação de uma determinada hipótese.

Eduardo Arruda Alvim e Igor Martins da Cunha:

O que se mostra relevante afirmar é que a expressão "prova" usualmente é compreendida pela doutrina sob diversos aspectos. Um deles, que pode receber a denominação de objetivo, abrangente dos meios destinados a convencer o juiz dos fatos relativos ao processo (v.g os fatos constitutivos, modificativos, e extintivos do direito). Outro diz respeito à convicção que as provas produzidas no processo geram no espírito do juiz quanto à existência ou inexistência de dos fatos. Trata-se de um conceito clássico a respeito do tema que, como se verá, diante da possibilidade de produção antecipada de provas sem o requisito de urgência, acaba por perder sua efetiva completude diante do ordenamento jurídico brasileiro. (ALVIM, CUNHA, 2021, p. 167)

Luiz Guilherme Marinoni apresenta a seguinte definição: *"prova é todo meio retórico regulado pela lei, e dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo"*. (MARINONI, 2015, p.251)

A prova, nesse sentido, se destina a reconstrução de fatos pretéritos para auxiliar no convencimento do magistrado na aplicação da norma jurídica.

Ao nos reportamos a construção das leis, que nada mais são do que proposições fáticas criadas pelo legislador para serem aplicadas através de um processo de subsunção dos fatos, verifica-se a importância que a prova tem para o direito, já que será nelas que o magistrado irá se pautar para definir para construção de determinada norma a ser aplicada no caso concreto.

Diante da ligação da prova com o próprio processo de convencimento do magistrado, ao interpretarmos o processo civil sob a ótica da Constituição Federal tal como determina as escolas do neoconstitucionalismo e do neoprocessualismo, o que se extrai do artigo 1º do Código de Processo Civil, notamos que há uma forte ligação com o direito ao contraditório e a ampla defesa afinal não basta para sua consagração que se proporcione aos integrantes a possibilidade de participar devendo ser criado, de igual modo, meios para a efetiva capacidade de influência no processo de convencimento do magistrado.

De acordo com o modelo democrático adotado pela Constituição Federal, na qual se prega a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político como fundamentos da República Federativa do Brasil, tem-se que na relação processual deve se não só se oportunizar como também se de fato implementar uma ampla discussão sobre as fontes, as provas e os meios a eles aplicados para que de fato todos que integrem possam efetivamente contribuir para formação do convencimento jurisdicional contribuindo para formação de uma decisão justa mediante um processo dialético de colaboração.

Tomando-se por base que o convencimento do magistrado é formado pela provas produzidas sob o manto do contraditório e da ampla defesa, classicamente, se determina apenas o Estado-juiz como destinatário final, cabendo às partes apenas o papel de influência na formação do convencimento. (LANES; POZZATTI, 2016)

Seguindo essa linha de raciocínio, o ônus da prova é visto como uma regra de julgamento exercendo papel crucial para evitar o *non liquet*, afinal não é dado ao juiz no momento em que irá proferir a sentença deixar de apresentar solução ao caso sob o fundamento de que as partes não comprovaram suas alegações. Portanto, o julgador na hipótese de não serem apresentadas as provas de maneira satisfatória, considerando que o magistrado é o seu destinatário final, o resultado da demanda irá favorecer aquele que melhor se desincumbiu do ônus probatório.

De igual modo, também acaba por refletir na iniciativa probatória do juiz, afinal se o magistrado é visto como destinatário final de toda a produção probatória também lhe é dada a possibilidade de tomar a iniciativa probatória determinando a realização de perícia e oitiva das partes e testemunhas ainda que não requerida pelas partes.

Outra consequência da visão que limita ao juiz como destinatário final das provas é somente admitir como válidas aquelas produzidas dentro do processo sob o manto do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido, para ser considerado como prova deve haver necessariamente a intervenção do Estado Juiz não se amoldando no conceito de prova aquelas que forem produzidas somente pelas partes, afinal para ser assim considerada deve ser destinada à formação do convencimento do magistrado na busca da verdade real e não somente das partes.

Flávio Luiz Yarshell:

Referida vinculação, levada ainda mais adiante, parece ter inspirado a distinção doutrinária entre os conceitos de atividade de mera conservação da prova, de um lado, e a de sua efetiva produção de outro. Nessa linha de raciocínio, a produção da prova não estaria sequer presente na chamada instrução preventiva ad perpetuam rei memoriam, uma vez que ela - juntamente com a admissão e a valoração - ficaria reservada ao juiz do processo declaratório ("da causa principal" ou da "demanda satisfativa"). É a visão, portanto, que vão ao ponto de condicionar o conceito de produção probatória não apenas à realização dessa última em processo, mas no processo em que presente o respectivo destinatário, entendido como o juiz que a valorizará (e que, assim, declarará o direito no caso concreto); o que gera tentativas de distinções como aquela entre produção e "formação" da prova ou, ainda, entre produção e "mera realização física" da prova. (YARSHELL, 2015, p. 24)

Em sentido oposto, há vozes na doutrina, que defendem uma mudança de visão quanto ao destinatário da produção probatória, não podendo ser direcionada somente ao magistrado como também as partes que integram a relação processual tendo como base para tanto que a principal finalidade do processo de pacificação social.

O processo não pode ser visto como um fim em si mesmo, tendo em vista que constitui apenas um meio para que através do exercício da jurisdição se resolva os conflitos sociais advindos da existência da sociedade.

Quando regressamos aos primórdios do desenvolvimento humano quando começa a surgir o conceito de sociedade com a união de pessoas para que se atinja os objetivos aos quais se propõe, advém como consequência a existência de conflitos no seio social. Em um primeiro momento, a resolução era realizada diretamente pelas

próprias partes através do exercício da autotutela, o que se mostrou insuficiente com o desenvolvimento social, eis que contribui para surgimento de um estado de barbárie com a marcante característica de imposição da força.

Nesse sentido, com o surgimento da figura do Estado, a autotutela é restringida a hipóteses excepcionais e a resolução de conflitos passa a ser realizada pelo exercício da jurisdição com a presença de um terceiro imparcial materializado na figura do magistrado. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008)

A partir desse contexto, surge de maneira embrionária o direito de ação e conseqüentemente o acesso à justiça, afinal se não é mais possível que o particular resolva os seus conflitos através da autotutela, ao menos como regra, é exigido do Estado que se estruture para abarcar a resolução de todos os conflitos vivenciados na sociedade.

A Constituição Federal elenca o direito de ação no artigo 5º, XXXV, como uma garantia fundamental conferida a todo cidadão de acesso ao Poder Judiciário, o que também possui previsão no Código de Processo Civil em seu artigo 3º. Sobre essa temática merece destaque os estudos apresentados por Mauro Cappelletti e Bryan Garth, que se pautaram na sistematização através do que foi intitulada ondas de acesso. (CAPPELLETTI; GARTH, 1998)

A primeira delas se refere ao acesso ao Poder Judiciário propriamente dito, que se resume em possibilitar que uma determinada questão seja posta em discussão sem se deter sobre como será a prestação jurisdicional. Isso se deve ao fato de que historicamente o exercício de direito de ação era relegado aqueles que detinham considerável poderio financeiro ocupando altos postos sociais. Logo, quando nos deparamos com a efetivação do acesso à justiça, os institutos da gratuidade da justiça e a instituição da Defensoria Pública exercem papel preponderante, afinal é através deles que aqueles que possuem poucos recursos irão exercer o direito de ação.

O segundo marco está ligado à resolução de demandas coletivas. O desenrolar histórico e conseqüente desenvolvimento social acabou alargando os conflitos existentes deixando apenas de serem vistos sob o aspecto individual e passando a ser analisados sob o aspecto coletivo. Surgem, nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública criando um microsistema de defesa da tutela coletiva.

Por sua vez, a intitulada terceira onda se refere a visão instrumental do processo, focando seu estudo tendo como parâmetro a finalidade principal de resolução de conflitos. Com isso, se afasta do formalismo, que até então era uma característica marcante, para analisar a relação jurídica processual sob a ótica da entrega da melhor prestação jurisdicional.

Passa a ser uma grande preocupação dos estudiosos da ciência processual não somente o acesso ao judiciário, mas também como está se dando a entrega da prestação jurisdicional. Esse movimento pode ser visualizado com a inclusão como direito fundamental à razoável duração do processo no artigo 5º, LXXVIII pela Emenda 45/2005.

O Poder Judiciário deixa de ser visto como o único meio de se solucionar um conflito estabelecido, se estimulando formas alternativas como a mediação e a conciliação bem como a arbitragem, tendo como objetivo efetivar o postulado fundamental da razoável duração do processo.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 2º, §3º, impõe a todos aqueles que participam do processo o dever de estimular a autocomposição. O aludido diploma se deteve, ainda, a dedicar uma seção do capítulo atinente aos auxiliares da justiça para tratar sobre a atuação dos mediadores e conciliadores demonstrando, com isso, a preocupação com a resolução pacífica dos conflitos.

Nesse sentido, como forma de se estabelecer os limites de uma eventual lide, o instituto da produção antecipada de provas foi substancialmente alterada permitindo o uso além das hipóteses de urgência, sendo possível o seu manejo quando o conhecimento de determinado fato puder evitar o ajuizamento de uma ação ou possibilitar a autocomposição.

Na sistemática anterior, quando então vigente o Código de Processo Civil de 1973, a antecipação de provas era prevista como um procedimento de natureza cautelar, sendo assim para o seu manejo era necessário comprovar a urgência somente admitido quando o transcurso do tempo pudesse comprometer produção de provas. Com isso, ligava-se a ideia de que a prova era somente aquela que pudesse ser produzida sobre o crivo do contraditório e na presença do magistrado.

A promulgação do Código de Processo Civil vigente, pautado principalmente no princípio da cooperação entre aqueles que integram a relação processual no sentido de se buscar a resolução do conflito de maneira mais célere e efetiva, demonstrou

uma mudança de paradigma repartindo ônus que era praticamente exclusivo do Estado juiz de solução dos conflitos para todos aqueles que integram de alguma forma a relação processual.

Nesta sistemática, a finalidade da prova deixa de ser exclusivamente a formação do convencimento do magistrado como regra de julgamento, sendo igualmente destinada a influenciar as partes na tomada de decisão entre ingressar com uma demanda judicial ou realizar um acordo em virtude das chances traçadas.

Nesse sentido Julio Guilherme Muller:

A prova não tem função meramente persuasiva ou retórica no que se refere à posição das partes. E tem para as partes também uma função epistêmica, fornecendo-lhes elementos cognitivos que as tornam igualmente destinatárias. É que a expectativa de cada uma das partes quanto ao resultado da causa depende dos fatos que lhes são conhecidos e, em alguma medida, das provas que podem ser obtidas. Assim, o resultado da produção da prova lhes fornece subsídios e elementos de calibração das expectativas quanto ao potencial resultado da causa, seus riscos e sua chances de sucesso, informações que podem inclusive estimular a composição consensual dos conflitos (MULLER, 2017, p.193)

É dentro dessa perspectiva que foi ampliado o poder das partes no aspecto probatório se permitindo não somente a produção antecipada sem que fosse necessário a comprovação da urgência como também possibilitando a realização de negócios jurídicos processuais estabelecendo, por exemplo, distribuição do ônus probatório de maneira diversa do que o que foi previsto legalmente.

A nosso ver essa sistemática melhor se amolda com a promessa de efetiva e célere resolução dos conflitos, afinal, como já afirmado, a finalidade do processo é justamente esta e não a produção de provas.

A prova, seguindo essa linha de raciocínio, deve ser vista como técnica persuasiva de convencimento não somente do magistrado, mas também das partes já que através delas poderá se estabelecer de maneira mais equânime os riscos que o prosseguimento com determinada demanda poderá ensejar.

Nesse ponto cabe rememorar a distinção entre fontes e meios de prova já debatida no presente trabalho, sendo os meios compostos pelas técnicas incidentes sobre as fontes para se extrair como se deu a relação fática. (DINAMARCO, 2005)

Essa atividade não é realizada apenas pelo julgador, mas também por todos aqueles que integram a lide antes mesmo do ajuizamento de uma ação. A decisão

sobre ingressar ou não com um pedido judicial influenciando no exercício da jurisdição inevitavelmente perpassa por uma análise das fontes probatórias.

Quando estamos diante de provas documentais não há necessidade de discussões eis que são naturalmente produzidas fora do âmbito processual e apenas apresentadas ao processo.

O Código de Processo Civil prevê como meio de prova a ata notarial, que nada mais é do que o reconhecimento através de um documento público lavrado por um tabelião atestando a existência ou o modo de agir de algum fato, ampliando a possibilidade de produção de provas antes mesmo de se instaurar a lide.

Por sua vez, quando estamos diante de provas periciais e testemunhais, em que é exigido uma certa influência e participação da parte adversa, não existia na sistemática anterior meios para se produzir sem que ficasse demonstrado a urgência, já que o procedimento de antecipação de provas era visto como de natureza cautelar somente sendo possível o seu manejo quando presente os requisitos legais.

O diploma processual então vigente mudou essa perspectiva, deixando de prever a antecipação de provas como um procedimento cautelar não sendo mais exigido a demonstração de urgência podendo ser utilizado como forma de se evitar o ajuizamento de uma demanda ou mesmo estimular a autocomposição.

Com isso, passa-se a admitir a produção de provas fora do processo com o escopo de se delimitar os limites do conflito, evitando o ajuizamento de uma ação ou mesmo estimulando a solução consensual. Flávio Luiz Yarshell já reconhecia a possibilidade de produção de provas extraprocessuais na sistemática do diploma processual revogado como decorrência do fato de que os .

O reconhecimento de que meios e produção de prova estão também fora do processo mostra que, da mesma forma, os elementos de prova estão submetidos aos interessados desde logo, como dados objetivos a inferir na formação de seu convencimento. Mais que isso, na perspectiva aqui proposta, o resultado da prova deve ser entendido não apenas como conclusão (elemento subjetivo) a que chega o juiz, mas também como crença que a respeito passam a nutrir os interessados (YARSHELL, 2015, p. 34)

Também se modifica a visão que se possui até então referente ao ônus probatório deixando de ser visto apenas como regra de julgamento, como ocorre quando se visualiza apenas o juiz como destinatário das provas, e passando a ser visto como regra de instrução possibilitando que as partes já tenham definido as

provas que terão o encargo de levar ao processo antes do início da instrução para que assim possam ter a possibilidade de cumprir com seu papel.

Outro reflexo se refere a iniciativa probatória do juiz, a qual é mitigada quando temos em mente que as provas produzidas não se destinam somente ao magistrado competindo de igual modo aqueles que integram a relação processual, tendo a finalidade de persuadir as partes sobre os limites estabelecidos pela lide.



#### **4.2 O ônus da prova e o papel do magistrado e das partes na produção probatória frente a um processo colaborativo.**

Como decorrência do princípio do devido processo legal, da persuasão racional do juiz e do contraditório e da ampla defesa, se reconhece a existência de um direito fundamental a prova, afinal será com base no que foi produzido durante a instrução processual que o Estado Juiz irá formar o seu convencimento para que seja proferido a sentença solucionando assim a lide instaurada no plano do direito material.

A Constituição Federal exige do magistrado a fundamentação racional de suas decisões, sendo assim é reconhecido o direito à produção probatória, afinal será com base nelas que será amparado a sentença que irá influir na resolução do conflito estabelecido.

Não basta que seja possibilitado a produção probatória, sendo necessário também que se possibilite às partes a influência tanto na fase petítória quanto na própria produção da prova propriamente dita que forem requeridas, bem como na formação do convencimento ampliando com isso o debate.

Seguindo essa perspectiva constitucional, o Código de Processo Civil estabeleceu em seu artigo 6º o modelo cooperativo impondo um comportamento de todos aqueles que atuam no processo. Essa é a lição de Fredie Didier Junior, Rafael Alexandria Oliveira e Paulo Sarno Braga:

Os deveres de cooperação são conteúdo de todas as relações jurídicas processuais que compõem o processo: autor-réu, juiz-réu, autor-réu-juiz, juiz-perito, perito-autor, perito-réu, etc. Essa é a premissa metodológica indispensável para compreender o conteúdo dogmático do princípio da cooperação. (JUNIOR DIDIER, 2015, p. 82)

O magistrado na condução do processo deve se pautar pelo diálogo e interação constante, sendo exigido uma postura assimétrica apenas no momento do julgamento.

Durante o desenrolar das fases processuais é exigido o dever de esclarecimento, quando, por exemplo, se depara com uma petição confusa devendo solicitar que a parte esclareça o que se efetivamente pretende, o de consulta, o qual impõe que antes de se proferir qualquer decisão, ainda que passível de reconhecimento de ofício, se possibilite às partes a manifestação no ímpeto de influir no convencimento, e o de prevenção, em que é exigido o alerta quanto às possíveis consequências da prática de determinadas condutas.

No que se refere às partes, apesar de se encontrarem em uma posição adversarial já que o que dá azo ao processo contencioso é a pretensão resistida, também se exige uma postura cooperativa pautada no mais amplo debate para que seja estabelecido os limites da lide favorecendo desse modo a solução consensual do conflito, o que somente é possível em um ambiente com a presença marcante de estímulos e desestímulos já que justamente em virtude da posição antagônica não será natural a postura colaborativa entre as partes.

Busca-se com isso que, através do diálogo e da cooperação, se estabeleça por si só a forma da resolução do conflito relegando a atividade jurisdicional somente a casos que de fato não foram possíveis de solucionar amigavelmente.

Vejamos a lição de Erik Navarro Wolkart na sua obra *Análise Econômica do Processo Civil*, senão:

No universo cooperativo, o que existe é uma comunidade de trabalho, capaz de conduzir o processo simetricamente, com assimetrias pontuais apenas nos momentos em que o magistrado é chamado ao proferimento de atos decisórios, quando então surge um dever minucioso de motivação capaz de garantir o contraditório e a continuidade do diálogo.” (WOLKART, 2020)

Neste mesmo sentido Daniel Mitidiero.

A colaboração no processo é um princípio jurídico. Ele impõe um estado de coisas que tem de ser promovido. O fim da colaboração está em servir de elemento para organização de processo justo idôneo e alcançar decisão justa. Para que o processo seja organizado de forma justa os seus participantes têm de ter posições jurídicas equilibradas ao longo do procedimento. Portanto, é preciso perceber que a organização do processo cooperativo envolve - antes de qualquer coisa - a necessidade de um novo dimensionamento de poderes no processo, o que implica necessidade de revisão da cota de participação que se defere a cada um de seus participantes ao longo do arco processual. Em outras palavras: a colaboração visa a organizar a participação do juiz e das partes no processo de forma equilibrada. (MITIDIERO, 2020. p. 71)

Trata-se de uma mudança de mentalidade de suma importância que se mostra latente, tendo em vista que o cenário que visualizamos ao analisarmos os números apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça no estudo intitulado "Justiça em Números" é possível concluir que apesar do acréscimo nos investimentos tanto em estrutura física quanto de material humano aliado a um aumento de produtividade o

resultado não foi como o esperado que seria uma redução do tempo necessário para resposta estatal.

O aludido estudo vem em perfeita consonância com o ideal para o qual foi criado o Conselho Nacional de Justiça, que é a melhora da prestação jurisdicional, através de números e análise estatística, métodos os quais não são tão assentes na ciência do direito, que classicamente se baseia em uma análise axiológica em detrimento do empirismo.

No relatório apresentado no ano de 2019 identificou-se 77,1 milhões de processos em trâmite perante o Judiciário, sendo que deste número 30,2 milhões foram ajuizados em 2019 sendo baixados 35,4 milhões. Já com relação a produtividade teve um aumento na importância de 24,2%, considerando o último quinquênio, sendo alcançado a média de 2.107 processos baixados por magistrado em 2019 o que resulta em uma média diária de 8,4 casos.

No entanto, apesar do resultado ter sido satisfatório, não resultou em um impacto esperado no tempo médio para resolução de conflitos, o qual foi apontado em 5 anos e 6 meses. Aliado a isso também se visualiza um baixo índice de acordos realizados resultando em um índice de 11,5% dos processos encerrados por meio de um acordo.

Isto demonstra que a promessa intitulada quando da promulgação do atual Código de Processo Civil vigente de solução dos conflitos de maneira mais célere através de um ambiente cooperativo marcado pelo diálogo constante entre as partes não tem sido cumprida de maneira satisfatória.

Pode ser intitulado como uma das causas para tal situação o instante processual em que é realizada a audiência de conciliação e mediação, a qual é tida como o momento no qual se irá medir o maior número de esforços para solução consensual, não obstante ser lícito a sua realização antes ou após podendo ocorrer, inclusive, depois do trânsito em julgado da demanda. (WORKART, 2020)

O atual ordenamento jurídico processual modificou substancialmente a fase postulatória determinado que a citação será para comparecimento para uma audiência de conciliação e o prazo para resposta só irá ocorrer após o término da sessão e desde que se mostre insatisfatória. O objetivo do legislador foi aumentar o número de acordos realizados indo ao encontro com a determinação prevista como norma fundamental de que todos aqueles que atuem de alguma forma na relação processual devem estimular a solução consensual.

Entretanto, ao analisarmos os números apresentados verificamos que nos últimos 5 anos de vigência do Código de Processo Civil houve um incremento de apenas 0,5% de acordos realizados não se mostrando assim satisfatório como foi a promessa legislativa realizada.

Ao analisarmos o momento em que é realizada a sessão conciliatória notamos que as partes não possuem informações sobre as alegações e as provas, já que o termo inicial para apresentação da defesa é justamente a sessão conciliatória infrutífera.

Isto acaba por criar um desestímulo à autocomposição, já que favorece o excesso de otimismo.

A realização de um acordo depende substancialmente do valor, dos riscos e dos custos com o prosseguimento da demanda. Nesse sentido é a lição de Luiz Fux e Bruno Bodart:

Consoante a teoria clássica do agente racional, já analisada, a probabilidade de um acordo em um litígio civil depende da relação entre o valor envolvido na disputa, o otimismo das partes em relação ao resultado final de eventual processo, os custos da litigância judicial e a predisposição das partes a correr riscos. (FUX; BODART, 2020. P. 136-137)

Em um cenário de informação escassa, o processo de decisão entre ajuizar ou não uma demanda ou mesmo pactuar um acordo fica gravemente comprometido, afinal sem informações as pessoas tendem a ter uma postura otimista acreditando piamente no êxito de sua empreitada mesmo quando as probabilidades de sucesso são consideradas baixas.

Flávio Luiz Yarshell tece as seguintes considerações sobre a importância da prova no que diz respeito a formação do convencimento das partes, senão vejamos:

a prova não desempenha apenas o tradicional papel de formar o convencimento do juiz, mas que atua de forma relevante na formação do convencimento dos interessados relativamente às suas chances de êxito em futuro processo. (quer para demandar, quer para resistir a dada pretensão), a ausência de elementos probatórios preliminares, se não impede, dificulta essa avaliação das partes; avaliação que, se houvesse, poderia, inclusive, levar a soluções de autocomposição, com mais rápida e eficaz eliminação da controvérsia e consequente pacificação social. (YARSHELL, 2009. P. 53)

Continua nessa linha o mencionado autor:

Assim, ainda que não exclusivamente, é com base no conhecimento de seu ônus - inclusive o de provar - que as partes determinam suas condutas no processo, não parecendo lícito que a influência exercida sobre os interessados pelas citadas regras se limitem ao plano puramente psicológico. Se o réu sabe que o ônus da prova dos fatos constitutivos incumbe ao autor, é lícito que se porte no processo em coerência com essa divisão de encargos - e que, afinal de contas, e ao menos em princípio, decorre de uma opção legislativa. Sendo assim, na hipótese assim figurada, nada impede que o réu se limite à negativa dos fatos articulados pelo autor, não se podendo entrever aí uma mera e quiçá infundada manifestação de "excesso de otimismo". (YARSHELL, 2009. p. 70).

Logo, a realização de uma audiência de conciliação antes da apresentação da defesa não contribui para pactuação de acordos processuais, já que tanto o autor quanto o réu não terão informações que possam influenciar no sucesso ou no insucesso da demanda proposta contribuindo, assim, para o otimismo exacerbado diminuindo como consequência a possibilidade de pactuação de um acordo.

Nesse ponto, a distribuição do ônus probatório exerce um significativo papel ao estabelecer a quem compete apresentar as provas.

Diferencia-se ônus de obrigação pautando-se na existência ou não de sujeição do sujeito passivo. Quando estamos diante de uma obrigação é possível se exigir o comportamento valendo-se de medidas diretas ou indiretas para forçar o cumprimento, já quando estamos diante de um ônus o seu descumprimento gera tão somente a incidência de encargos decorrentes da inércia.

Seguindo essa linha de raciocínio, não é passível de exigibilidade daquele que descumpre com sua tarefa de apresentar em juízo as provas que seriam aptas a formar o convencimento do magistrado devendo apenas arcar com as consequências de sua omissão que poderá resultar em um julgamento desfavorável.

Classicamente, o ônus da prova é visto sob o enfoque do juiz como uma forma de solução na hipótese das provas não terem sido apresentadas de maneira satisfatória. Dessa forma, é analisada sob a ótica objetiva como uma regra de julgamento com a qual o magistrado se vale no momento de proferir sua sentença. Seguindo essa linha de entendimento é permitido ao magistrado uma maior iniciativa probatória através de uma postura ativa na busca dos elementos probatórios se amoldando a visão de que o juiz é o único destinatário das provas produzidas.

Ao lado dessa abordagem, há quem defenda que o ônus da prova deve ser visto como uma regra de instrução, resultando em um enfoque no seu aspecto subjetivo

voltando-se para as partes. Sob essa perspectiva o magistrado deve se manter em uma postura mais passiva no que se refere à participação na produção das provas participando do diálogo cooperativa sem um papel predominante que deve ser relegado as partes se atribuindo prevalência ao juiz no momento em que for proferir sua sentença caso a questão não seja resolvida por autocomposição. (YARSHELL, 2009)

O Código de Processo Civil adotou essa sistemática quando prevê de maneira expressa que o magistrado deverá definir a distribuição probatória quando for proferir o despacho saneador momento no qual se encerra a fase postulatória. Neste instante cada parte saberá quais serão os pontos que deverá comprovar além de também ter em mente qual é o controvertido.

De posse dessas informações é possível se estabelecer com maior nível de precisão os riscos aos quais se está exposto com o prosseguimento da demanda, afinal já terá ciência de toda a argumentação da parte adversa. Entretanto, ainda não terá ciência quais provas a parte possui, afinal, com exceção das provas documentais que devem em regra acompanhar a inicial e a defesa, a prova testemunhal e a pericial somente serão produzidas após o despacho saneador.

Isso contribui para um cenário de incertezas, tendo como consequência o otimismo das partes em relação ao sucesso da empreitada processual, que, conforme já delineado, diminui a possibilidade de ser pactuado um acordo aumentando com isso o grau de litigiosidade.

Nesse ponto, as regras atinentes ao ônus probatório podem exercer importante papel como uma forma de se estimular o debate entre as partes para a consequente resolução pacífica dos conflitos auxiliando, assim, que se crie um ambiente cooperativo tal como desejou o legislador ao estipular o dever de cooperação entre todos aqueles que participem do processo.

Quando analisamos a experiência advinda do direito alienígena, mais especificamente na Inglaterra e nos Estados Unidos verificamos que é possível se criar um ambiente no qual se favoreça o diálogo pacífico e permanente entre os litigantes resultando, assim, na resolução pacífica dos conflitos tendo como manejo o ônus da prova.

Nos Estados Unidos, é possível verificar o espantoso número de 95% (noventa e cinco por cento) dos casos resolvidos através da conciliação e mediação, o que

resulta em que apenas uma ínfima parcela dos casos de fato são julgados por um órgão judicial. (FUX, 2020)

O mesmo cenário se repete na Inglaterra, que após a reforma que estabeleceu o intitulado *Civil Procedure Rules (CPR)* - Código de Processo Civil Inglês -, é possível verificar que a grande maioria dos casos são resolvidos antes mesmo de serem enfrentados pelo juiz.

Tanto o sistema inglês como o estadunidense têm em comum a existência de uma fase pré trial, em que as partes têm a obrigação de apresentar a outra toda argumentação e provas que possuem o que favorece para que se estabeleça os limites da lide podendo se fixar com maior precisão os riscos e o custo de prosseguimento com a ação judicial.

Isto acaba tendo como consequência um enorme estímulo à conciliação, já que com as informações todas disponíveis há a diminuição das incertezas e consequentemente do otimismo exacerbado.

Não nos parece que esses resultados satisfatórios advindos de países marcados pela common law se deva simplesmente a questões culturais que no Brasil a situação seria diversa, em virtude da sua própria formação histórica há uma natural busca pela resolução dos conflitos estabelecidos no seio social com a predominância do intermédio do Estado.

A nosso ver, a questão sobre o comportamento das partes perpassa pela existência de um ambiente em que se crie estímulos para a prática de determinados atos mais do que ligado a questões culturais.

Nesse sentido é a lição de Flávio Luiz Yarshell:

Ainda que correndo o risco de enveredar para o campo sociológico, não parece lícito supor que, na experiência daqueles sistemas, o elevado índice de soluções de autocomposição - em confronto com o reduzido número de soluções imperativas - se explique por um maior grau altruísmo ou de consciência cívica das pessoas, a ponto de evitarem o processo (declaratório) para não avolumar o trabalho do Judiciário. A avaliação das partes, tanto em países que praticam o sistema capitalista em sua mais intensa acepção, presume-se seja feita de forma objetiva; e essa objetividade reside, dentre outros fatores, na consideração dos elementos de prova disponíveis e nas consequências econômico financeiras de ir a juízo com base neles. (YARSHELL, 2009. p.78)

No que pese o aumento do número de acordos e consequente diminuição da litigiosidade ter sido um dos principais objetivos do legislador quando da edição do

Código de Processo Civil, tendo dedicado todo um capítulo para a atividade de mediação e conciliação sem contar na modificação do procedimento para prever a audiência de conciliação obrigatória como primeiro ato processual após o recebimento da inicial, não se deu a devida atenção para se criar estímulos para a efetivação do desiderato.

Apesar da criação de instrumentos como o negócio jurídico processual, em que as partes podem modificar as regras procedimentais como a distribuição do ônus da provas ou mesmo estabelecer um sistema de calendarização em que a prática de cada ato já encontra-se previamente definido, e da possibilidade de antecipação das provas sem que se faça necessário a comprovação da urgência não se criou um ambiente propício o que acaba por resultar na baixa utilização desses institutos.

Não se pode perder de vista que as partes quando decidem ajuizar uma determinada demanda possuem o ânimo exaltado, sendo assim há a propensão a postura adversarial. Logo, ao se prever simplesmente que o processo deve ser um ambiente de diálogo e colaborativo sem se criar estímulos para que isso de fato ocorra acaba por ser um romantismo do legislador sem qualquer viés prático.

Na Inglaterra, além de se prever a fase pre trial, também se impõe o ônus da sucumbência para aquele que recusa uma oferta de acordo, prosseguindo com a demanda e ao final o resultado se mostra idêntico ou aquém com o que foi proposto.

As rules inglesas (CPR Parte 36) permitem a um autor ou réu fazer uma oferta de acordo (os réus não precisam mais fazer pagamentos no tribunal: uma proposta para pagamento é suficiente). Uma parte em potencial também pode fazer oferta de acordo.<sup>67</sup> A oferta de acordo, se não retirada, será aberta para aceitação pela outra parte (aceitante) dentro de determinado período (normalmente 21 dias).<sup>68</sup> 10.26 Se aquele a quem foi proposto o acordo não o aceita, ele assumirá um “risco de custas”.<sup>69</sup> Considere o primeiro tipo de risco de custas. Ele será relacionado à situação em que o autor rejeita a oferta de acordo do réu. Se o autor, no tribunal, não obtém sentença mais vantajosa do que a oferta [da Parte 36] do réu, então, “a menos que [o tribunal] a considere injusta”, o autor deverá pagar as custas do réu, após a data em que o autor deveria ter aceitado a proposta de acordo. (ANDREWS, 2009. p. 358-359)

Isto acaba por aumentar a zona de acordo, tendo em vista que a parte quando se deparar com a decisão entre aceitar ou não uma proposta se verá impactada com a possibilidade da sentença reconhecer a procedência em parte do pedido



apresentado nos exatos termos do que foi proposto o que lhe atrai o ônus da sucumbência resultando em um prejuízo no valor final a ser recebido.

No que pese a Lei de Mediação e Conciliação prever instituto semelhante ao estipular que é possível que as partes estabeleçam em contrato a obrigatoriedade da demanda ser levada a uma sessão conciliatória antes do ingresso com a demanda judicial e a ausência impõe a divisão da sucumbência ainda que vitorioso na demanda ela acaba por exigir uma postura negocial não sendo prevista como regra procedimento generalista e como, já mencionado, no presente trabalho não há como esperar uma postura colaborativa natural das partes que integram um conflito.

Portanto, o ônus da prova não deve ser visualizado apenas como uma distribuição das tarefas durante a instrução processual devendo ser encarado como uma meio para se estimular a postura colaborativa e resolução alternativa dos conflitos contribuindo assim para a efetivação do direito fundamental à razoável duração do processo.

Por sua vez, no que se refere a postura do juiz frente a um processo colaborativa que vise o diálogo se estimulando a resolução pacífica dos conflitos, temos que a maneira como se observa o ônus da prova, seja em perspectiva subjetiva ou objetiva, influi na iniciativa probatória do magistrado.

A ótica objetiva do ônus da prova é ligada a países em que se adota o intitulado sistema inquisitivo havendo, assim, uma postura predominante do Estado juiz na busca da verdade real. Logo, a distribuição dos encargos probatórios somente possuem relevância de maneira excepcional para se evitar o *non liquet*, afinal será tarefa do Estado, quando do exercício da jurisdição, buscar os meios de prova aptos a gerar uma maior aproximação com o que de fato ocorreu.

Já a subjetiva possui liame com o sistema adversarial, em que há uma maior predominância das partes fruto do liberalismo em seu viés clássico o qual prega uma intervenção mínima do Estado. Nessa toada, é atribuição das partes levar aos autos elementos que se mostrem suficientes para formar o convencimento do julgador a seu favor e ao não apresentar arcar com a consequência de uma decisão desfavorável.

Em um Estado democrático de direito, deve-se observar a influência de ambos os sistemas, não se esperando do juiz uma postura totalmente apática sem que observe as peculiaridades existentes no direito material no que se refere a desigualdade material e a dificuldade na produção probatória bem como não se deseja

uma excessiva interferência estatal a ponto de aniquilar o debate relegando as partes a postura de telespectadora da intervenção paternalista do juiz. (YARSHELL, 2009)

O novo Código de Processo Civil prevê que a possibilidade de posturas ativas do magistrado, quando, por exemplo, em seu artigo 139, IV, possibilita que inverta a ordem de produção bem como no artigo 370 determina que poderá ser determinado de ofício a produção probatória. Acrescente-se, ainda, que mesmo na hipótese de revelia, o ordenamento jurídico processual vigente, exige que se analise a verossimilhança das alegações apresentadas e caso não se mostre verossímeis é vedado o julgamento antecipado mesmo na hipótese do réu ter se mostrado revel.

De outro lado, dando prevalência a postura das partes, foi incluído na sistemática processual o negócio jurídico processual possibilitando que seja estabelecido pelos próprios integrantes da relação jurídica fixada dentro de um processo a definição de regras procedimentais como, por exemplo, a distribuição do ônus da prova possibilitando ao magistrado apenas a atuação de maneira excepcional quando se mostrar presente uma situação de vulnerabilidade apta a levar ao reconhecimento de nulidade do pactuado.

Percebe-se com isso que o legislador processual buscou criar um ambiente de constante diálogo entre as partes, não cabendo mais se atribuir um protagonismo a qualquer um integre a relação estabelecida com a formação do processo, nem mesmo o magistrado.

O processo, segundo as diretrizes previstas no Código de Processo Civil de 2015 e irradiado por normas constitucionais, deve ser visto como um ambiente de constante diálogo com o ímpeto de legitimar não cabendo, nessa diretriz, entender o juízo como destinatário final das provas ainda mais considerando o relevante aspecto que possui no convencimento das partes tanto para influenciar o comportamento como para legitimar a decisão proferida.

Nesse sentido René Francisco Hellman:

Não havendo que se falar em figura central no processo, incabível que se cogite da hipótese de a prova ter como único destinatário o juiz, daí porque a conclusão de que além de servir ao convencimento do magistrado, a prova também tem por finalidade que as próprias partes se convençam (i) de que efetivamente são titulares jurídicas que, em princípio, pensam ter e (ii) da demonstrabilidade em juízo das alegações de fato subjacentes a tais situações jurídicas. (HELLMAN, 2021, p. 409)

Logo, o que se espera do magistrado na sistemática processual no que se refere à produção probatória é uma postura cooperativa pautada no constante diálogo com as partes durante o desenrolar do processo somente interferindo através do exercício dos poderes aos quais é investido em hipóteses excepcionais dando, assim, prevalência ao autor e ao réu atuando como uma espécie de gerente a quem compete organizar o ambiente para que se atinja os melhores resultados que neste caso será a resolução do conflito de maneira justa e equânime em tempo razoável cumprindo, assim, com o ideal constitucional e com o escopo jurídico e social da jurisdição.

#### **4.3 O Direito de Provar e o Direito a Prova como um direito autônomo e concreto**

O processo civil atual passa pela fase intitulada de neoprocessualismo consistente na irradiação de normas previstas na Constituição Federal pela relação jurídica processual trazendo com isso uma carga axiológica para interpretação do processo.

Esse fenômeno possui berço metodológico, o neoconstitucionalismo, o qual determina que as normas previstas na carta maior possuam incidência sobre as demais integrantes do nosso ordenamento jurídico e foi materializado no artigo 1º do Código de Processo Civil de 2015.

Fredie Didier Júnior tece as seguintes considerações sobre o aludido momento metodológico vivenciado nas ciências processuais:

Embora seja correto afirmar que se trate de uma construção teórica que nasce no contexto histórico do Neoconstitucionalismo, o formalismo valorativo pauta-se, também, no reforço dos aspectos éticos do processo, com especial destaque para a afirmação do princípio da cooperação (examinado no capítulo sobre os princípios do processo), que é decorrência dos princípios do devido processo legal e da boa fé processual. Agrega-se, aqui, o aspecto da moralidade, tão caro a boa parte dos pensadores "neoconstitucionalistas". (JUNIOR DIDIER, 2015)

As normas processuais passam a ser interpretadas segundo os princípios normativos previstos na Constituição Federal, que com isso passam a ocupar papel de destaque no ordenamento jurídico, irradiando sobre todo o sistema jurídico. Isso eleva ainda mais os comportamentos éticos e probos.

Dentre as garantias processuais previstas na Constituição Federal interessa para a discussão proposta a prevista no artigo 5º XXXV, que estipula o direito de ação conferindo a todos a possibilidade de provocar o exercício da jurisdição pelo Poder Judiciário. O postulado constitucional foi repetido pelo Código de Processo Civil de 2015 em seu artigo 3º demonstrando, assim, a sua importância.

Classicamente, ao se definir o direito de ação, se liga a uma resposta estatal, sendo assim seria o direito de se provocar a jurisdição, que por sua vez consiste em uma das funções do Estado por meio do qual se é substituído a vontade dos titulares de determinado conflito se buscando com isso a pacificação social. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2008).

Intimamente ligado ao direito de ação está o contraditório e ampla defesa, o qual deve ser interpretado não somente no binômio ciência e possibilidade de reação, mas também na efetiva capacidade de influir na decisão do magistrado.

Dentre desse contexto, o direito de provar possui corolário a discussão que se trava em uma determinada relação jurídica processual, sendo ligada a uma visão analítica do direito de ação e de exceção sem que possua qualquer autonomia. Nesse sentido, a antecipação de provas somente ocorre em situações excepcionais em que a urgência justifique a sua adoção. (YARSHELL, 2015)

Esta sistemática foi adotada pelo Código de Processo Civil de 1973, o qual somente admite o ajuizamento da antecipação de provas quando demonstrado que o tempo poderia impossibilitar a sua produção. Neste sentido, o procedimento em questão foi previsto como uma espécie de tutela cautelar não sendo, desse modo, admitido, ao menos expressamente, a sua utilização para finalidade diversa que não prevista expressamente na lei.

Com isso o próprio conceito de prova acaba se ligando a ideia de que somente será assim admitida aquela que for produzida em juízo sob o manto do contraditório e da ampla defesa e sob a supervisão e interferência constante do Estado juiz o qual ocupa papel de destaque na sua produção. (SANTOS, 1983)

Nesta toada, a prova tem como único destinatário o juiz, sendo utilizada apenas para a formação do seu convencimento em uma relação jurídico processual não detendo qualquer finalidade no que se refere às partes, que somente possuem direito na sua produção podendo analisar e utilizá-la como meio para influir no convencimento do magistrado através da argumentação apenas.

Identifica-se, desse modo, o direito à prova como aquele ligado à possibilidade de se empregar todos os meios disponíveis, seja os previstos expressamente ou não, para formar o convencimento do julgador a seu favor conduzindo o julgamento no sentido da pretensão deduzida em juízo para que seja proferido uma decisão favorável.

Segundo essa visão, percebe-se uma ótica instrumentalista eminentemente ligada ao direito de ação, sendo dele derivado. Cumpre destacar que quando se fala em ação não se pode esquecer da defesa, que constitui a outra face do mesmo direito, afinal quando alguém decide movimentar o Estado juiz para que se exerça a jurisdição

há do outro lado o direito à defesa que é exercido por aquele que é demandado em juízo.

Essa linha de raciocínio possui liame com o entendimento que somente admite como válida a prova produzida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa dentro de um processo judicial, visualizando apenas o juiz como destinatário da prova atribuindo, assim, ao ônus da prova como uma regra de julgamento que possui como finalidade apenas se evitar o non liquet.

Nesse sentido, a sistemática processual revogada somente admitia o uso das chamadas ações probatórias como uma espécie de procedimento cautelar destinado a tutelar uma crise de urgência, quando em sentido amplo se corria o risco que o transcorrer do tempo impossibilitasse a produção da prova. Somente nesta hipótese se permitia que fosse requerido a produção de provas antes do momento no qual o procedimento comum previu para sua realização.

Como salientado anteriormente na presente pesquisa, a doutrina moderna tem-se inclinado no sentido de admitir que não se deve atribuir apenas ao magistrado a função de destinatário das provas competindo também, tal mister, as partes que integram uma determinada lide, tendo como função o seu convencimento exercendo um estímulo para resolução de conflitos. Esse entendimento se coaduna com o escopo social da jurisdição.

Quando se pensa no Estado com a incumbência para a resolução de conflitos através do exercício da jurisdição deve se atentar para os seus escopos jurídico, político e social.

De acordo com o escopo jurídico e político é através do exercício da jurisdição que se materializa a vontade concreta da lei que foi editada através das instituições democráticas resultando, ainda que indiretamente, na manifestação da vontade popular. Por sua vez, quando se pensa no escopo social se deve ter em mente que o objetivo principal da jurisdição é a pacificação social extirpando um conflito que foi estabelecido no seio da sociedade.

Vejam os a lição de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra:

A pacificação é o escopo magno da jurisdição e, por consequência, de todo o sistema processual (uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício). É um escopo social, uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade

e sobre a vida gregária dos seus membros e a felicidade pessoal de cada um.” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, p. 30.)

A pacificação social possui liame com o princípio da segurança jurídica, sendo um dos principais objetivos quando da formação Estado que nada mais é do que a resolução dos conflitos estabelecidos para que se reine a paz social impulsionando para o desenvolvimento da comunidade.

Não é crível acreditar na visão romântica de que a prolação de uma sentença tenha o condão de sanar o conflito estabelecido. A sentença, por sua própria natureza, é proferida por um terceiro imparcial, sendo pautada nas provas produzidas perante o contraditório, que em muitas vezes é resultado de presunções se distanciando do que efetivamente ocorreu no plano fático o que acaba resultando em uma insatisfação com o resultado imposto pelo juiz.

Isto por si só já é suficiente para gerar um estado de insatisfação com o resultado imposto pela sentença, entretanto, há, ainda, o cenário de decisões diversas dentro de um mesmo contexto fático tendo como único fator diferenciador o órgão judicial que prolatou a decisão ou ainda o mero inconformismo que é inerente à condição humana.

É este justamente o principal fundamento do princípio do duplo grau de jurisdição, tendo em vista que o jurisdicionado tende a não se conformar com a decisão proferida buscando a sua reforma por meio da interposição dos meios recursais.

Nessa toada, as formas autocompositivas, seja por meio da mediação ou da conciliação, tendem a produzir um melhor resultado do que a sentença, afinal a solução para o conflito estabelecido é definida pelas próprias partes que o compõem e não imposta por um terceiro.

O atual ordenamento processual prevê que deve se dar prevalência a formas autocompositivas adotando, assim, o conceito de justiça multiportas, que não visualiza na jurisdição única ou mesmo a principal forma de resolução dos conflitos.

Como forma de se cumprir com esse postulado exige das partes um comportamento cooperativo e de constante diálogo, sem, contudo, se criar um ambiente que favoreça esse comportamento. As partes, em razão da própria posição que ocupam, tendem a se inclinar por um comportamento adversarial, já que quando buscam a intervenção do Poder Judiciário para que por meio da jurisdição resolvam

um conflito estabelecido os ânimos tendem a estar exaltados dificultando o diálogo e consequentemente a autocomposição.

Pensar em um direito à prova de maneira autônoma, sendo assim desvinculada do direito material podendo ser exercido sem que se inicie uma empreitada judicial tende a colaborar para que as partes cumpram os deveres éticos resultando, desse modo, em uma melhora na prestação jurisdicional afinal os limites da lide já estarão melhor delimitados e consequentemente os riscos com o ajuizamento e prosseguimento com a ação .

Nesse sentido Flávio Yarshell:

A propósito, não será demasiado reafirmar a ideia de que, quanto mais o sistema permite ou se dispõe a antecipar medidas de instrução, maior a quantidade de elementos fornecidos às partes para avaliação de sua chances e riscos no futuro e eventual processo. E, quanto maior a amplitude de tais providências, mais se pode exigir daqueles sob o prisma ético. O reconhecimento de um direito à pré constituição da prova, assim, valoriza o princípio de lealdade e dá verdadeiro sentido ao chamado dever de veracidade.

Além disso, o direito de pré constituir prova ou, por outras palavras, de produzi-las antecipadamente mesmo que não haja urgência afigura-se instrumento idôneo a permitir que os interessados verdadeiramente cumpram seus deveres de colaboração e cooperação, considerando-se aí, mais uma vez, os escopos da jurisdição. (YARSHELL, 2015, p. 306)

Pensamento diverso tem o condão de contribuir para que a prolação de uma sentença seja resultado de um cenário de incerteza influenciado, em muitos casos, por eventos aleatórios, o que acaba contribuindo de sobremaneira para um aumento da litigiosidade diante do viés do excesso de otimismo.

Logo, ao se visualizar o direito à prova desvinculado do direito material lhe conferindo autonomia contribuirá para uma prestação jurisdicional efetiva e célere, encontrando amparo nos princípios do devido processo legal, acesso à justiça, inafastabilidade da jurisdição e da tutela jurisdicional efetiva.

Superado a questão referente à autonomia merece realce para a definição da natureza jurídica do direito à prova, que será estudado tendo como parâmetro as teorias desenvolvidas para explicar o direito de ação propriamente dito.

Historicamente surgiram várias teorias para explicar o direito de ação, sendo que a primeira delas, intitulada de imanentista, entendia que o exercício do aludido direito está vinculado ao direito material não sendo reconhecido, assim, a sua autonomia



sendo a ação decorrência da violação o que conseqüentemente leva a conclusão só se reconhece como presente quando for reconhecido a procedência do pedido. Em suma, para essa teoria a ação seria o próprio direito material violado em reação à violação ou ameaça de lesão.

Com o avanço do estudo das ciências processuais surgiu a teoria concretista, desenvolvida por Giuseppe Chiovenda, tendo como principal contribuição reconhecer a autonomia do direito de ação, entretanto vinculando a procedência da ação. Logo, em um julgamento de improcedência não haveria o exercício do direito de ação o qual somente estaria presente quando o magistrado reconhecesse a procedência, sendo esse um dos principais pontos de crítica.

A crítica à teoria concretista fez eclodir a teoria abstrata, que tem como ponto diferenciador reconhecer a autonomia da ação em relação direito material lhe atribuindo a característica abstrata em contraposição a concreta reconhecida por Giuseppe Chiovenda em seus estudos. Com isso, o direito de ação é tido como autônomo e abstrato.

Graças aos estudos do processualista italiano Enrico Tullio Liebman, foi desenvolvido a teoria eclética que teve como principal contribuição apresentar as condições da ação, sendo assim o direito de ação além de ser visto como abstrato e autônomo também foi visualizado como condicionado. Portanto, para o seu exercício deve autor comprovar a presença das intituladas condições da ação, que em um primeiro momento foram apontadas como a legitimidade de parte, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido e em um segundo momento com o desenvolvimento dos estudos a possibilidade jurídica do pedido foi deslocada para análise do mérito. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006)

No que se refere ao direito à prova se deve ter em mente que trata-se de um direito de índole processual, sendo assim apesar de defendermos a sua autonomia em relação ao direito de ação não sendo assim exercido apenas no âmbito de um processo em curso podendo também ocorrer no âmbito extraprocessual entre as partes tendo como principal função estimular comportamentos cooperativos resultando em um índice maior de resolução alternativa de conflitos.

Nesse sentido Flávio Yarshell:

Sendo assim, o direito à prova, nos termos aqui propostos, pode e deve ser compreendido em sua perspectiva concreta, de forma análoga à clássica concepção de Chiovenda a propósito do direito de ação: o direito à prova, com os contornos aqui

delineados, só pode ser entendido como direito a um provimento favorável, isto é , como aquele que reconheça ser viável a produção da prova antecipadamente. Assim, ou o interessado demonstra ser admissível e viável - jurídica e praticamente - a prova, e a antecipação lhe deve ser deferida, ou o interessado simplesmente não ostenta o direito à prova. Não há, nesse contexto, espaço para extinção do processo sem julgamento do mérito. (YARSHELL, 2015, p. 53)

Portanto, na linha metodológica do neoprocessualismo, o qual reconhece a especial grau de importância aos princípios com considerável carga axiológica, defende-se a existência de um direito a prova autônomo e concreto, sendo assim desvinculado do direito processual podendo ser exercido sem que se faça necessário ajuizar uma demanda judicial e, ao mesmo tempo, dado o seu caráter processual, tendo o reconhecimento de sua existência vinculado a procedência da ação probatória.

O Novo Código de Processo Civil, a nosso ver, adotou a mencionada sistemática ao retirar a natureza cautelar da produção antecipada de provas, podendo, assim, ser manejada sem que se faça presente os requisitos de urgência inerente a todo e qualquer procedimento fundado na tutela de urgência.

#### **4.4 O dever probatório e seus limites**

A atividade probatória é definida classicamente como um ônus e não como dever, tendo como fundamento para tanto o fato de que o seu exercício não pode ser imposto devendo apenas, aquele que não cumpriu, suportar as eventuais consequências desfavoráveis de sua inércia. (DINAMARCO, 2005)

A lógica por detrás dessa definição reside no fato de que o ato de provar se dirige no sentido do próprio interesse das partes, que integram a relação processual, sendo assim não haveria um estado de sujeição inerente à figura do dever jurídico, que tem como consequência de seu descumprimento o nascimento de uma pretensão que pode dar azo ao ajuizamento de uma demanda judicial.

O dever jurídico é consequência de uma obrigação, que tem como elementos subjetivo, composto pelo credor e o devedor, o objetivo, que corresponde ao objeto também conhecido como prestação a qual pode se materializar em um fazer ou não fazer, e o espiritual correspondente ao vínculo jurídico que liga os elementos subjetivo ao objetivo.

É justamente no elemento espiritual que reside a ideia de dever, que liga as partes ao objeto no sentido do cumprimento do que foi pactuado e tem como consequência do inadimplemento a possibilidade de exigir o cumprimento forçado surgindo com isso o estado de sujeição.

No âmbito processual, a atividade probatória não é reconhecida como um dever pelo fato de que o seu descumprimento não tem como consequência a sujeição e isto se justifica na ideia de ônus da prova em seu viés objetivo como regra de julgamento buscando assim solucionar o estado de incerteza do magistrado quando no momento em que vai proferir a sentença não se depara com um conjunto probatório apto a se aproximar do que ocorreu verdadeiramente na prática.

Partindo-se dessa premissa não se exige nenhuma postura por parte das partes no sentido de apresentar aos autos todas as provas que seriam aptas a contribuir com a formação do convencimento desmantelando o estado de incerteza que é estabelecido dentro de uma relação jurídica processual em que há versões colidentes. Esse cenário se acentua ao nos depararmos com a postura naturalmente adversarial existente entre os litigantes, tendo em vista que em decorrência da pretensão resistida aliada ao desejo de lograr êxito na demanda judicial.

Diante disso, no que pese a prolação de uma sentença pondo fim ao processo permanecerá latente o conflito estabelecido entre as partes eis que nos casos em que a decisão é proferida apenas com base nas presunções e consequências decorrente da deficiência probatória não se aproxima da verdade real resultando, assim, em uma decisão injusta.

Esse cenário não se justifica em um sistema jurídico em que se retirou dos particulares a possibilidade de resolver os conflitos através da autotutela se exigindo, assim, a presença do Estado, através da jurisdição, para pôr fim a um dado conflito através de uma decisão impositiva.

Se o Estado trouxe para si essa incumbência lhe compete como consequência buscar a prestação jurisdicional de maneira célere e efetiva colocando fim ao conflito estabelecido e com isso restabelecendo a pacificação social.

Nessa toada que se aponta o escopo social da jurisdição que não ocorrerá necessariamente com a prolação da sentença, afinal em muitos casos, principalmente os que demandam relações continuadas como, por exemplos, demandas que envolvam pedido de fixação de visita e definição do regime de guarda de filhos, é justamente após a prolação da sentença que o conflito se intensifica.

O processo é visto como uma garantia do cidadão contra o exercício abusivo do poder do Estado, sendo assim uma decisão justa é construída com base nas provas que irão amparar a fundamentação da sentença.

Se pensarmos em uma decisão proferida simplesmente com base em presunções decorrentes do não cumprimento de um ônus, em muitos casos terá como resultado uma decisão injusta que não cumpre com o seu papel social.

Nesse sentido, Eduardo Cambi discorre sobre as funções interna e externa das provas, sendo a primeira delas ligada ao convencimento judicial e a segunda a legitimação da decisão proferida tanto em relação às partes quanto visualizada perante a sociedade. (CAMBI, 2017)

Como já salientado, a ciência processual passou por vários momentos durante o seu desenrolar histórico, sendo que atualmente é identificado na doutrina o movimento neoprocessualista dando especial ênfase aos princípios processuais que possuem considerável carga axiológica tendo como consequência uma maior atenção por parte dos atores processuais com relação às condutas cooperativas e deveres éticos.

Nesse sentido Flávio Yarshell:

Como é sabido, o dever jurídico é estabelecido em favor de um interesse estranho ao do sujeito cuja conduta se busca vincular, e isso é o que tradicionalmente o distingue do ônus. Mas, conforme já se teve a oportunidade de salientar, a qualificação da prova como um ônus - se entendido como imperativo do próprio interesse - parece mesmo ser imperfeita ou, quando menos, insuficiente diante da premissa de que no processo a descoberta da verdade atende não apenas ao interesse da parte, mas também ao interesse do Estado que presta a jurisdição. A verdade proporcionada pela prova - ainda que se traduza, nos limites do possível, em um juízo de verossimilhança e probabilidade - é instrumento para edição de decisões justas e, em alguma medida, contribui para a segurança jurídica. Vale dizer: a prova se apresenta não como instrumento para êxito da parte em juízo, mas, em boa medida, como elemento apto à consecução dos escopos jurídico e social do processo. Portanto, parece realmente inegável que o desatendimento do ônus da prova atribuído aos sujeitos parciais - ainda que visto sob seu prisma objetivo - não acarreta consequência desfavoráveis apenas para uma das partes, mas, em alguma medida para o interesse público que está presente no processo. (YARSHELL, 2015, p. 149)

Seguindo esta linha de raciocínio podemos identificar a prova como um direito de todos aqueles que participam do processo, afinal se é dever de todos cooperar entre si para que seja proferido uma decisão efetiva e em tempo razoável também há o dever de apresentar todas as provas contribuindo, assim, para que seja atingido os postulados processuais constitucionais.

Logo, deve-se modificar a visão da atividade probatória como um ônus para se vincular a um dever jurídico o qual se coaduna com objetivos da jurisdição e consequentemente com a postura que se exige das partes em um estado democrático de direito marcado pela irradiação das normas constitucionais por todo o ordenamento processual.

Desse modo, partindo-se do objetivo social da jurisdição consistente em buscar a pacificação social aliado ao momento metodológico atual em que se encontra as ciências processuais marcado pela irradiação dos valores constitucionais por todo o ordenamento processual pode-se identificar a atividade probatória como um dever de todo aquele que participa de uma demanda surgindo um direito a investigação não restrito somente ao âmbito estatal.

A investigação normalmente é ligada somente a atividades estatais mediante o exercício de poder em procedimentos como, por exemplo, o inquérito civil, em que o

Ministério Público busca elementos para ajuizar eventual ação coletiva, e a comissão parlamentar de inquérito, em que a casa legislativa em razão de fato determinado investiga a prática de ato lesivo ao patrimônio público.

Entretanto, diante da prova como um direito autônomo destinada a também influenciar no comportamento da parte e não exclusivamente para formar o convencimento do magistrado, deve ser reconhecido o direito de investigação a todos e não restrito somente às partes.

Mais uma vez nos valem da lição de Flávio Yarshell

A investigação deve ser vista genericamente como prerrogativa que, tendo origem no direito à prova, ganha autonomia e não se limita à seara dos órgãos públicos. Quando o Estado permite que o interessado pesquise fatos e busque a prova, ganha autonomia e não se limita à seara dos órgãos públicos. Quando o Estado permite que o interessado pesquise fatos e busque a prova, de sorte a constituí-la antecipadamente, assim, procede - afora aos casos de urgência, em que se quer apenas a conservação da prova - para que as partes possam avaliar suas chances, de sorte a ingressar em juízo com maior segurança e responsabilidade ou, por outra simplesmente não ingressar (ou não resistir a dada pretensão). E isso, decididamente, não se opera exclusivamente em favor de quem atue de alguma forma em favor dos interesses imediatos da sociedade, porque as finalidades antes apontadas atende igualmente aos interesses sociais. (YARSHELL, 2015, p. 217)

Uma vez reconhecida a atividade probatória como um dever inculcado a todo aquele que se faz presente em um determinado processo deve se estabelecer quais são os seus limites principalmente considerando os direitos fundamentais que também possuem igual importância justificando, assim, que seja estabelecido limites ao dever probatório.

O Código de Processo Civil de 2015, em seus artigos 381 e 382, desvinculou a produção antecipada de provas da necessidade de demonstração de urgência deixando de ser visto como um procedimento cautelar para ser enquadrado como um procedimento autônomo podendo ser ajuizado sem qualquer relação com o direito material eventualmente discutido.

Trata-se, portanto, de um procedimento autônomo idealizado como forma de melhor se estabelecer os limites da lide para com isso auxiliar no processo de decisão que envolve o ajuizamento de uma demanda futura ou mesmo a autocomposição.

Em face dessa autonomia, faz-se necessário estabelecer quais são os limites para atuação das partes, afinal o reconhecimento de um direito autônomo a produção de provas desvinculado do direito material e de eventual processo poderá ser utilizado com único objetivo de buscar informações confidenciais.

É certo que uma das grandes preocupações da doutrina no momento é garantir o direito à privacidade e a proteção aos dados, tendo em vista que o avanço dos meios tecnológicos nos mais diversos cenários da sociedade tem o condão de atingir aspectos da vida antes reservados apenas à intimidade.

Nesse sentido surgiram diplomas legais como a GDPR na Europa, que inspirou a Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil.

Diante disso, se mostra imperioso estabelecer limites ao procedimento de antecipação de provas para se evitar que se perpetuem abusos com o objetivo de obter informações confidenciais.

Nos países em que se baseiam na *common law*, há grande preocupação e estudos doutrinários mais aprofundados, justamente pelo fato do direito autônomo à prova ser reconhecido há muito tempo, sendo exercido através dos procedimentos da *discovery*, nos Estados Unidos, e da *disclosure*, na Inglaterra.

Dessa forma, como meio de se evitar abusos surgiu a figura do *fishing expedition*, que foi assim definido por Rômulo Aguiar Araújo:

Há que se verificar que a *fishing expedition* tem por finalidade descobrir informações, coletando dados que vão além do necessário, na maioria das vezes se utilizando dos meios legais, como busca e apreensão, quebra de sigilo fiscal, bancário, tributário, escutas telefônicas ou até oitiva de testemunhas sem um objetivo declarado, estrito, sem um foco determinado, em algumas das vezes atuando de forma aleatória e de efetiva má-fé. (ARAÚJO, 2021. p. 496)

A *discovery* no direito norte-americano consiste em um procedimento prévio em que o magistrado tem sua participação restrita a situações em que se verifica a presença de abusos por parte das partes.

O objetivo principal é estabelecer os limites do conflitos estabelecidos e somente levar a julgamento casos que não sejam passíveis de resolução autocompositiva e com relevância evitando-se com isso demandas frívolas ajuizadas com baixa possibilidade de êxito que geram congestionamento do Poder Judiciário e conseqüentemente prejudicam a entrega da prestação jurisdicional célere e efetiva.

Diante da prevalência que se atribui às partes, se exige como consequência uma postura cooperativa e pautada na boa fé objetiva impondo a apresentação de todos os elementos que detenham capazes de influenciar no julgamento da demanda evitando-se com isso surpresas processuais.

Eduardo Cambi e Rafael Gomes Pitta tecem as seguinte considerações:

A filosofia do sistema judicial norte-americano permite a revelação total não apenas das provas em si, mas também de informações, documentos e contatos de pessoas que podem de alguma forma colaborar com a elucidação do caso. As informações reveladas nessa fase não serão necessariamente utilizadas ou admitidas em julgamento, mas podem ser úteis na condução de outras provas ou mesmo para distinguir o que deve e o que não deve ser usado na fase de julgamento. A fase do Discovery prestigia a verdade dos fatos em detrimento da sagacidade ou da má-fé do advogado de uma das partes. Por exemplo, se a testemunha pretendia confundir o juízo, orientada pelo advogado, tal hipótese perde força probatória, caso seu depoimento em juízo contrarie o que ficou revelado na fase da Discovery. Assim, um caso que parecia promissor no momento anterior à Discovery pode perder ou ganhar maior credibilidade no ato de revelação das provas e meios potencialmente utilizáveis em julgamento. Além disso, o Discovery serve para definir o objeto do litígio, realizar um exame de conveniência sobre o prosseguimento do caso (advisability) e permitir um julgamento antecipado (settling early). (CAMBI, PITTA, 2015. p. 7)

Fica claro, que o princípio da boa fé é o norte de qualquer procedimento de antecipação de provas, sendo, inclusive, essa a diretriz definida pelo nosso ordenamento jurídico processual ao prever de maneira expressa o dever das partes observarem a boa fé e a cooperação logo em seus primeiros artigos quando trata das normas fundamentais.

Diferentemente do procedimento previsto no direito anglo saxão, o qual serviu de inspiração para o previsto no diploma processual vigente, a prova, de acordo com a sistemática prevista nos artigos 381 a 383, é produzida através do exercício de uma ação ainda que autônoma e desvinculada do direito material e não entre as partes com apenas a supervisão do juiz.

Nesse sentido, é exigido do magistrado, no que pese se deve dar prevalência a discussão paritária marcada pelo constante diálogo evitando-se adentrar ao mérito diante da própria natureza do procedimento invocado, que exerça os poderes de direção e gestão do processo coibindo prática abusivas como, por exemplo, a *fishing*



*expedition* em que o procedimento é utilizado simplesmente para obter informações confidenciais em evidente abuso do direito.

É essa a dicção que se extrai quando nos deparamos com a redação dos artigos 382 do Código Processo Civil, que determina que quando a parte for requerer a produção de determinada prova deverá especificar sobre quais fatos ela recairá podendo, assim, o juiz com base no artigo 370, parágrafo único indeferir as provas que se mostrar impertinentes ou inúteis.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em julgamento que teve como relator o Desembargador Rogério Murillo Pereira nos autos do Agravo de Instrumento nº 21911370820218260000 fixou entendimento de que para o uso da produção antecipada de provas se faz necessário, que se preencha os requisitos exigidos pela legislação em especial o delineado pelo artigo 382 do Código de Processo Civil que determina que o pedido deverá ser específico.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. CAUTELAR DEFERIDA. Decisão que deferiu a tutela cautelar, para o efeito de determinar que o agravante apresente a documentação pleiteada pela agravada, no prazo de 15 dias. O procedimento não se presta a inquirições genéricas ou investigações. Seu caráter é objetivo e precisa ser delimitado com a indicação precisa dos fatos sobre os quais recairá a prova. A prática conhecida como "document hunting" ou "fishing expedition" não é admitida. Complexidade da matéria, discutida em outras demandas. Necessidade da formação do contraditório, antes do deferimento da exibição dos documentos. Decisão reformada. Recurso provido.

**(TJ-SP - AI: 21911370820218260000 SP 2191137-08.2021.8.26.0000, Relator: Rogério Murillo Pereira Cimino, Data de Julgamento: 26/10/2021, 9ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 26/10/2021)**

No caso em discussão, se buscou limitar o exercício do direito à busca da prova não se admitindo que se faça inquirições genéricas devendo a parte delimitar de maneira clara e específica o que se deseja buscar como elemento de prova e ao mesmo tempo qual a relação que possui com eventual lide.

Seguindo essa linha de entendimento o objetivo é equalizar o direito à produção probatória com demais direitos que também merecem proteção.

Por sua vez, com relação a utilização do procedimento para retardar o ajuizamento de uma futura ação cumpre destacar que não obstante o próprio artigo 370, parágrafo único já permitir ao juiz indeferir as provas inúteis justificando, assim o

seu indeferimento, o artigo 382, §3º permite ao juiz negar a produção de provas que se tenham o condão de retardar o trâmite processual.

Sobre os limites que devem ser observados no procedimento de antecipação de provas Arthur Ferrari Arsuffi:

Isso porque na produção antecipada da prova só haverá autorização de produção de determinada prova quando ela for pertinente aos fatos subjacentes ao conflito narrado.

O parágrafo único do art. 370 do CPC/2015 - que também se aplica na produção antecipada da prova - prevê que o juiz indeferirá provas inúteis ou meramente protelatórias. Da mesma forma, não é possível ignorar que o art. 379 do CPC/2015 indica que as partes não tem o dever de produzir provas que possam lhe prejudicar, a despeito da discussão doutrinária sobre os limites desse dispositivo (se somente se aplicaria às provas que possam ter repercussão penal), é inegável que há um limite legislativo que limita o dever de colaboração das partes em matéria probatória.

De todo modo, para que não corramos o risco de ser mal interpretados, é preciso destacar que a "régua" de admissibilidade da prova é aplicável à produção antecipada da prova deve ser muito menor do que aquela aplicável ao processo de conhecimento, justamente porque, na ação probatória autônoma, as partes têm como objetivo a investigação de fatos que possam dar sustentação à futura pretensão e não a prova de fatos cuja existência foi afirmada, como ocorre no processo de conhecimento.

Nesse sentido, o juiz deverá ter maior flexibilidade e autorizar produção de provas no âmbito da produção antecipada da prova com mais facilidade do que no processo que verse sobre o acerto do direito, mas mesmo na produção prévia da prova sempre deverá haver uma relação - ainda que tênue - entre o meio de prova que se pretende produzir, o fato que se pretende com ele provar e os fatos subjacentes ao litígio em que as partes estão envolvidas.

Além disso, o juiz da produção antecipada deverá indeferir todas as provas ilícitas e moralmente ilegítimas, respeitando a regra do art. 369 do CPC/2015 e a proibição prevista no inciso LCI do art. 5º LVI da Constituição da República. (ARSUFFI, 2021, p.553)

Acrescente-se, ainda, que de acordo com a sistemática prevista no Código de Processo Civil, a produção antecipada de provas não foi prevista como uma fase prévia e obrigatória ao ajuizamento de uma demanda, sendo assim não haverá óbice para que ingresse com ação judicial postulando o reconhecimento do direito material caso se entenda que a produção de provas de maneira antecipada está prejudicando a rápida solução do conflito.

#### **4.5 Da Produção Antecipada de Provas no Código de Processo Civil.**

Uma das novidades do Código de Processo Civil de 2015 foi retirar a natureza cautelar da produção antecipada de provas, a qual era prevista no antigo diploma processual como uma ação de natureza cautelar o que conseqüentemente exigia como requisito para seu ajuizamento a demonstração da urgência.

É possível concluir que houve o reconhecimento do direito à prova como um direito autônomo eis que para que seja proposta uma ação probatória não é mais necessário que haja a vinculação com o direito material cabendo, por exemplo, com o fim de se buscar elementos para auxiliar no processo de tomada de decisão para propositura de uma futura ação.

Diante dessa autonomia em relação ao direito material, o que segundo parcela da doutrina tem como consequência retirar o caráter contencioso do procedimento, tem-se defendido que a natureza jurídica do procedimento de antecipação de provas na sistemática do diploma processual vigente é de jurisdição voluntária.

Nesse sentido Fredie Didier Junior

O processo autônomo de produção antecipada de prova é de jurisdição voluntária. Não é processo cautelar - não há sequer a necessidade de alegar urgência. A circunstância de poder haver conflito quanto à existência do direito à prova não o desnatura: é da essência da jurisdição voluntária a existência de uma litigiosidade potencial. É jurisdição voluntária pelo fato de que não há necessidade de afirmação do conflito em torno da produção da prova. (JUNIOR DIDIER, 2021. p. 195)

Há, ainda, vozes que defendem que a natureza jurídica do procedimento em questão deve ser aferida segundo uma análise de cada caso a depender da hipótese de ajuizamento. Esse é o entendimento Marcelo José Magalhães Bonizzi:

Por outro lado, não está errado pensar que o caráter contencioso precisa ser aferido em cada caso, pelo juiz, à luz das alegações das partes e do comportamento delas durante o processo, não obstante o autor ter fundamentado seu pedido num dos incisos do art. 381 que, ao menos em princípio, não revelava indícios de que a produção de provas, assumiria um caráter contencioso. (BONIZZI, 2017. p. 92)

Nesse sentido, a depender a resistência ou não das partes deverá ser realizado o enquadramento como jurisdição voluntária ou contenciosa, sendo assim uma vez demonstrado a resistência do réu na produção da prova requerida pelo autor estaria

configurado a natureza contenciosa o que não ocorre quando não se evidenciar o conflito sendo produzida de pronto.

Em direção diversa, há quem entenda, que no que pese a autonomia em relação ao direito material há a vinculação, ainda que indireta, com o conflito, devendo ser reconhecida, portanto, a natureza contenciosa do procedimento. Esse é o entendimento de Eduardo Talamini, senão vejamos:

O requerimento judicial de produção antecipada de provas é ação (i.e., veicula um pedido de tutela jurisdicional) geradora de processo próprio. Hoje, mesmo a "jurisdição voluntária" tem sua natureza jurisdicional reconhecida pela maior parte da doutrina, a despeito de nela não se resolver propriamente um litígio. Mas a produção antecipada de prova nem sequer se trata de simples "jurisdição voluntária". Por um lado, ela normalmente se insere no contexto de um conflito, ainda que não tenha por escopo diretamente o resolver. Por outro, pode estabelecer-se um conflito específico relativamente à própria produção da prova (por exemplo, o demandado resiste, não permitindo acesso às fontes probatórias). Em qualquer caso, o juiz substitui-se às partes: atuando como terceiro imparcial, define as normas jurídicas incidentes sobre os fatos postos, relativamente à admissibilidade e modo de produção da prova (TALAMINI, 2016, p. 3)

Segundo, essa linha de entendimento, quando se busca a antecipação da produção de provas haverá a presença de dois conflitos, sendo um deles ligados essencialmente ao direito autônomo à prova e outro a um potencial que terá relação com a própria prova produzida.

Isso se deve ao fato de que, em virtude do direito autônomo à prova, é exigido das partes mesmo no âmbito extrajudicial a colaboração com a solução rápida e efetiva do conflito estabelecida no âmbito do direito material.

Dessa forma, se espera das partes um amplo diálogo antes de buscar a intervenção do Estado juiz tanto no aspecto probatório quando no que se refere ao próprio direito material que é o cerne da discussão de modo que seja prestado todo o esclarecimento necessário para se estabelecer os limites do conflito favorecendo, assim, a resolução pacífica sendo utilizado a jurisdição estatal apenas a título excepcional quando não for possível se estabelecer uma resolução de outra maneira.

Este entendimento vai ao encontro da ideia de jurisdição compartilhada, a qual prega que, no que pese o Estado atribuir a si o monopólio para o seu exercício, deve as partes se valerem desta modalidade de resolução apenas a título excepcional não a tendo como única ou mesmo principal.

Portanto, ainda que a discussão não se refira ao direito material, haverá o debate acerca do direito probatório, tendo em vista a sua autonomia e desvinculação com o mérito do processo.

Francisco Silveira de Aguiar Neto e Fabio Rychecki Hecktheuer

Não se trata, também, de uma jurisdição voluntária. Como se expôs acima, a ação deve preencher requisitos para que haja pronúncia sobre o direito da parte à prova. Igualmente, poderá a parte ré se manifestar quanto a este direito, sendo cabível um debate sobre a si mesmo. Ainda que não se discuta o mérito da questão, ou a verdade dos fatos de que as provas tratam, o réu do processo poderá debater sobre o direito da parte à instrução probatória, como visto acima.

Debate este que deve ser respondido pelo Estado-juiz. Não raramente, as provas a serem produzidas irão entrar no âmbito da privacidade e vida íntima do réu, ou ir ao encontro de sigilos garantidos constitucionalmente como o bancário ou fiscal. Em tais casos, caberá ao magistrado analisar o pedido da parte para que possa afastar as garantias constitucionais da parte. (AGUIAR NETO; HECKTHEUER, 2020. p. 124)

A nosso ver, no que pese as opiniões em sentido contrário, deve se atribuir a natureza contenciosa ao procedimento de antecipação de provas em qualquer uma das modalidades previstas pelo ordenamento jurídico processual.

Isso se deve à natureza autônoma do direito à prova, o qual decorre dos princípios constitucionais do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição, prescindindo de previsão expressa, apesar de ser louvável a iniciativa do legislador ao regulamentar o procedimento sedimentando a discussão até então existente contribuindo com a segurança jurídica.

Como todo direito, não deve ser visto de maneira absoluta sem qualquer limitação, tendo em vista que o exercício do direito à prova pode conflitar com outros de igual importância ou até mesmo superior sendo justamente no processo em que se irá estabelecer quais âmbito de aplicação diante das peculiaridades do caso concreto.

Difere-se, nesse sentido, da jurisdição voluntária em que há uma lide presumida, tendo em vista que no plano fático existe uma confluência de interesse entre as partes. Tomamos como exemplo a ação para regulamentação de guardas e visitas, em que apesar da concordância das partes faz-se necessário a tutela jurisdicional para regulamentar os interesses do menor.

Essa situação não se repete na produção de provas, em que ainda que não haja um conflito estabelecido no plano material, há uma resistência à produção da prova, que conseqüentemente justifica a intervenção e resposta estatal.

Possui relação com a natureza jurídica do procedimento, a discussão sobre o cabimento de honorários advocatícios sucumbenciais quando ajuizada produção antecipada de provas.

Isto porque, a sistemática adotada pelo Código de Processo Civil, no que se refere à distribuição das despesas processuais, se concentra na sucumbência, o que dificulta em se definir quem sucumbiu diante da peculiaridade de não se permitir ao magistrado avançar na discussão do mérito da causa.

Em virtude disso, propõe-se que seja adotado o princípio da causalidade, sendo assim as custas processuais serão de incumbência a quem der causa ao ajuizamento, que em regra será o autor que somente obterá o ressarcimento em eventual sucesso de lide futura em que a prova produzida seja utilizada.

Flávio Rezende Neiva

Entende-se então, que por se tratar de uma ação, em que não há análise de mérito tampouco parte sucumbente, não se pode averiguar quem de fato deu causa à demanda. Nesse caso, entende-se como causador aquele que propôs a ação; portanto, via de regra o ônus da sucumbência quanto às custas processuais será do autor. Este apenas conseguirá reaver as despesas, utilizando-se do princípio da reparação integral, caso haja ação posterior, utilizando a prova produzida a qual seja vencedor. (NEIVA, 2021. p. 187)

Já com relação aos honorários advocatícios sucumbenciais também seguindo a princípio da causalidade, a incidência dependerá da posição adotada pelo demandado. Caso não fique demonstrado qualquer resistência à produção da prova requerida não há o que se falar em honorários sucumbenciais, já se o demandado contestar discutindo sobre os limites do direito à prova uma vez instaurado discussão haverá incidência de honorários.

Rogério Mollica.

Havendo resistência, teremos uma ação normal, sendo que o sucumbente deve ser condenado em honorários advocatícios em virtude de sua derrota, nos termos do caput do artigo 85 do CPC/2015. Logo, se não for acolhido o pedido de antecipação da prova, deve ser o autor condenado ao recolhimento dos honorários advocatícios. De outro lado, se a resistência à produção da prova antecipada se mostrar ilegítima, o

interessado que apresentar defesa será condenado ao pagamento de honorários advocatícios. (MOLLICA, 2022; p.487)

Uma vez estabelecido a discussão sobre a natureza jurídica passaremos a enfrentar as hipóteses de cabimento tratadas no Código de Processo Civil.

A primeira delas se refere à existência de "fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação".

Trata-se de cenário em que o legislador se mostrou preocupado em sanar urgência na produção da prova, podendo ser concedido, inclusive, mediante tutela de urgência em hipóteses em que se esperar pelo andamento da produção antecipada com a citação da parte adversa ter o condão de levar ao perecimento do material probatório.

Esta hipótese se aproxima da que era prevista na sistemática processual anterior, em que a antecipação das provas somente era possível quando demonstrasse que o desenrolar dos atos dentro do procedimento pode levar a impossibilidade por perecimento da prova quando se chegar na fase probatória.

Seguindo normalmente as fases processuais do procedimento comum antes de se produzir as provas aptas a formar o convencimento do julgador, se passa pela fase postulatória, em que como regra será realizado uma audiência de conciliação e apresentado defesa, bem como pela saneadora, momento no qual serão resolvidos questões incidentes e estabelecidos quais os pontos controvertidos, para somente após todos esses atos processuais colhidos os elementos de provas indicados pelas partes. (ALVIM; CUNHA, 2020. p. 168)

Podemos tomar como exemplo a hipótese de uma testemunha que detenha informações cruciais para revelar, todavia possui idade avançada ou mesmo saúde comprometida gerando, assim, risco de vir a óbito impossibilitando com isso que o depoimento seja realizado no momento oportuno idealizado pelo legislador.

Outra situação seria a realização de perícia antecipada em obra, que em virtude de que o transcurso do tempo ter o condão de extirpar com os elementos probatórios disponíveis comprometendo a busca pela verdade real.

No que pese as semelhanças com o Código de Processo Civil revogado, cumpre destacar que no que pese o artigo 381, I do diploma processual vigente estipular a urgência como requisito para concessão não se trata de procedimento cautelar, tendo em vista que é reconhecida a autonomia do direito à prova sendo assim a produção

antecipada não está vinculada a existência de um litígio futuro podendo ser produzida simplesmente para formar o convencimento das partes e com isso estimular a autocomposição ou mesmo desestimular o ingresso de uma determinada demanda.

Não há, com isso, uma vinculação com uma futura demanda como ocorre no procedimento cautelar, que por natureza é acessório e tem por finalidade resguardar a efetividade de uma demanda que ainda será ajuizada.

Justamente por isso tanto o Código de Processo Civil atual como o revogado, quando tratam de tutela cautelar, condicionam a manutenção da eficácia do procedimento ao ajuizamento da intitulada demanda principal.

Isto não ocorre com a produção antecipada de provas de acordo com ordenamento jurídico processual vigente, tendo em vista que ainda que proposta com base na urgência não terá como condição para validade da prova produzida a propositura de demanda futura podendo, inclusive, o material probatório servir de amparo para autocomposição ou mesmo evitar o ajuizamento de uma ação.

Nesse sentido Fredie Didier Junior

A autonomia do processo de produção antecipada de prova dispensa, inclusive, a propositura de futura demanda com base na prova que se produziu. A produção da prova pode servir, aliás, exatamente como contra-estímulo ao ajuizamento de outra ação; o sujeito percebe que não tem lastro probatório mínimo para isso; nesse sentido, a produção antecipada de prova pode servir como freio à propositura de demandas infundadas. (JUNIOR DIDIER, 2020. p. 195)

Logo, estamos diante de um procedimento que melhor se amolda a tutela de urgência na modalidade antecipada em quem o próprio direito é antecipado tendo cunho satisfativo.

De maneira diversa, os incisos II e III do artigo 381 do Código de Processo Civil não exigem a demonstração de urgência possibilitando a antecipação das provas como forma de contribuir para o convencimento das próprias partes e com isso estimular a solução da demanda através da autocomposição. (BUENO, 2017)

Nesse sentido Eduardo Arruda Alvim e Igor Martins da Cunha:

Pensamos que há grande importância nesta disposição, que dá relevância à forma consensual (autocompositiva) de solução de conflitos, bem como leva em conta o modo como se pode dar o exercício da autonomia privada no seu âmbito. Isto porque, quanto maior consciência a respeito da realidade tal como ocorrida, de como pode ser demonstrada processualmente, bem como das circunstâncias relativas a eventual demanda, melhor



a parte poderá exercer sua autonomia privada. Terá, pois, melhores condições para para avaliar os contornos de eventual litígio e as chances que cada parte terá, sendo possibilitado às partes, portanto, a negociação mais qualificada a respeito do objeto litigioso. (ALVIM, CUNHA, 2020, p. 172).

Nesse mesmo sentido, Igor Labre de Oliveira Baros e Vinicius Pinheiro Marques:

O sistema processual de 2015 admite, além disso, a antecipação da prova como forma de o litigante impetrar antecedente conhecimento dos fatos. Também não se conjectura de urgência ou da controvérsia existente no campo material. O desígnio é conseguir um lastro probatório mínimo; trata-se de presunção que a partir da prova, as partes poderão ponderar suas oportunidades de êxito em porvindoura demanda, disso deriva que a antecipação da prova, que poderá dirigir as partes a eventualmente aviltarem demanda qualquer. (BARROS, MARQUES, 2020, p. 244)

Esse procedimento vem ao encontro com os objetivos elencados pelo Código de Processo, que exige de todo aquele que de alguma forma interfira na relação processual o estímulo à solução consensual dos conflitos mediante uma postura cooperativa e de constante diálogo.

Com relação ao procedimento poderá ser requerido tanto de maneira autônoma como incidental devendo, na hipótese do inciso I do artigo 381, ser demonstrado a urgência apta a justificar o seu manejo e, nas hipóteses dos incisos II e III, a relação lógica entre a fato que se deseja provar e a possibilidade de influenciar na autocomposição ou mesmo de se estabelecer os limites da lide.

Sobre a propositura na forma incidental vejamos a lição do Professor Thiago Caversan Antunes:

Em determinadas circunstâncias, parece que haverá interesse para a propositura da de ação de produção antecipada de provas, em caráter incidental, de maneira autônoma, em atenção a elementos de economia e efetividade processual, inclusive para viabilizar o efetivo contraditório em relação a todos os interessados. (ANTUNES, 2021. p. 423)

O principal objetivo da produção antecipada de provas é justamente privilegiar o princípio da eficiência, sendo assim mesmo fora das hipóteses de urgência em que é irrefutável a possibilidade de produção antecipada, é possível a utilização incidental deste procedimento quando demonstrado que a antecipação do momento probatório irá contribuir para um melhor resultado.

No que se refere à competência, o Código de Processo Civil estabeleceu pluralidade de foros entre o local onde deve ser produzida a prova e o domicílio do réu. De início, compete ao autor quando o ajuizamento do pedido escolher entre os foros estabelecidos pelo legislador, entretanto sua opção deve estar lastreada nos princípios da boa fé que iluminam toda a relação jurídica processual. (JUNIOR DIDIER, 2020).

Não é crível admitir, por exemplo, que a parte demande a produção antecipada de prova longe do local em que deva ser produzida simplesmente para que com isso onere a parte adversa dificultando a atividade probatória e até mesmo demandando um lapso temporal maior para sua realização. Tal conduta irá de encontro com os princípios da cooperação e da boa fé, além de afrontar a própria finalidade de produção antecipada que irá estimular a solução consensual do conflito mediante o estímulo que a informação gerada com a atividade probatória.

Quando se refere a competência, o legislador se pautou no princípio da competência apropriada, segundo será competente o foro que propicie tanto o acesso à justiça do autor como não dificulte o exercício do direito de defesa por parte do réu evitando-se abusos quando da escolha do órgão julgador. (BARROS, MARQUES, 2020)

Uma vez definido o órgão julgador, o Código de Processo Civil, relativamente à postura do réu frente ao procedimento dispõe em seu artigo 384, §4º que não haverá defesa nem recurso ao arrepio das garantias processuais constitucionais. Trata-se de uma atecnia do legislador, já que em um Estado democrático de direito em que vigoram as chamadas garantias constitucionais, as quais, inclusive, foram expressamente referenciadas pelo atual diploma processual, não há como se admitir um procedimento no qual não seja permitido o exercício do direito de defesa.

Dessa forma, deve se atribuir ao aludido dispositivo uma interpretação conforme os ditames processuais constitucionais como o contraditório e ampla defesa, possibilitando, assim, que aquele que for demandado possa apresentar sua irresignação quanto ao pleito probatória questionando, por exemplo, a pertinência da prova produzida, o procedimento e a própria competência do órgão julgador.

Essa interpretação também se harmoniza com o próprio sistema, tendo em vista que o artigo 382, §1º determinar que deve ser realizado a citação do réu apesar da exegese literal do artigo 384, §4º indicar a impossibilidade de defesa. Ora, se a citação

é o ato pelo qual o juiz chama o réu para integrar a relação jurídica processual possibilitando que apresente suas alegações como podemos admitir esse ato em um procedimento em que não existe defesa.

A conclusão a que se chega é no sentido de que no que pese a interpretação literal do dispositivo em comento indicar pela impossibilidade do réu se insurgir contra a produção antecipada de provas o que de fato se desejou o legislador foi restringir as matérias de defesa que podem ser alegadas.

De fato, o artigo 382, §4º do CPC/2015 apresenta um paradoxo ao dizer que não haverá defesa nem recurso, além de revelar uma falta de coerência com o próprio art. 382, §1º, elencando, portanto, a necessidade de "citação de interessados na produção da prova". Essa citação, conforme o mencionado artigo, pode ocorrer até mesmo de ofício pelo magistrado. Determinar a citação para ser mero expectador do procedimento é inconcebível e fere de morte as garantias constitucionais ao princípio do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Para que a citação seja válida, deve ser oportunizada para que a parte participe do processo, dando-se por meio do contraditório. (REGIOLI, 2020, p. 311)

O diploma processual se vale da técnica legislativa de restringir as matérias de defesa que podem ser alegadas em outros procedimentos como, por exemplo, na ação monitória e nos embargos à execução, em que o grau de cognição é reduzido e conseqüentemente somente se admite a alegação de matérias previamente definidas

Por outro lado, há quem defenda pela constitucionalidade da vedação a apresentação de defesa, sendo apresentado como principal argumento para tanto a postergação do contraditório, melhor explicando, o legislador apenas impossibilita a defesa no procedimento de antecipação em que será colhido elementos de prova que irão aparelhar demanda futura na qual poderá se realizar o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. (MARINONI, 2017)

No que pese o mencionado posicionamento, a nosso ver deve ser reconhecido o direito a defesa no próprio procedimento probatório ainda que em grau reduzido como já mencionado, tendo em vista que em virtude da autonomia do direito à prova pode nem sequer ser ajuizada a ação sem contar que o procedimento em questão pode ser manejado em uma evidente prática abusiva apenas para coleta de informações.

Karla Saory Moriya Nidahara:

O argumento que defende a apresentação de defesa em momento posterior é facilmente refutável, visto que a ação

probatória pode ser proposta para viabilizar a autocomposição ou de outro meio adequado de solução de conflito e na hipótese de prévio conhecimento dos fatos possa evitar o ajuizamento da ação (art. 382, II e III, CPC/15). Ou seja, nessas situações, pode a ação posterior jamais ser proposta. Desse modo, o contraditório postergado seria sepultado. (NIDAHARA, 2020, p. 323)

Nesse mesmo sentido sustenta Arruda Alvim:

nos casos de exercício do direito autônomo a prova (art. 321 II e III do CPC/2015) haverá cognição, ainda que limitada. Isso porque, em todas as hipóteses de antecipação de prova, haverá, sobretudo na perspectiva da licitude. E, ainda, haverão de ser analisadas questões relativas ao modo de produção da prova, que deve ser regular e não pode ofender o contraditório. Por tais razões, não há como concordar com o argumento de que a prova antecipada é desprovida de contraditório ou mesmo com a afirmação de que não há propriamente a produção de prova nesse procedimento. (ALVIM, 2020)

Seguindo essa linha de raciocínio, a sentença proferida no procedimento de produção antecipada de provas terá o grau de cognição reduzido, afinal, as matérias passíveis de discussão pelo demandado são restringidas as questões procedimentais e sobre a admissibilidade de produção probatória não podendo o magistrado ingressar no mérito que poderá dar ensejo a uma futura demanda judicial.

Conclui-se que o procedimento de antecipação de provas teve como norte contribuir para que se aumente o número de soluções autocompositivas e conseqüentemente contribuindo para a ideia de justiça multiportas relegando a análise jurisdicional somente casos em que não fosse possível a solução amigável seja pela intransigência das partes ou mesmo pela sua própria complexidade.

O objetivo do legislador com isso foi de reduzir o número de processos em trâmite e conseqüentemente se aproximar do cumprimento do postulado da razoável duração do processo.

Contudo, mesmo após mais de cinco anos de vigência do Código de Processo Civil, não se vê um aumento no número de acordos realizados ou mesmo uma diminuição do contingente de processos em trâmite, não obstante o esforço de todo material humano empregado aliado a gasto consideravelmente alto com o Poder Judiciário se tomarmos como parâmetro o Produto Interno Bruto gerado pelo Brasil.



## **Conclusão**

Logo no início do trabalho, foram discutidos aspectos ligados à aproximação entre o direito e a economia, além de como pode esta ciência contribuir para o desenvolvimento das ciências jurídicas principalmente se termos em mente o aspecto pragmático inerente às ciências econômicas.

O direito, em países como o Brasil, que tem como berço o sistema romano germânico, possui uma proximidade maior com as ciências sociais de índole empírica como a filosofia e a sociologia, sendo muitas vezes utilizados os seus conceitos e princípios para embasar interpretações normativas.

Isso pode ser evidenciado, por exemplo, quando nos deparamos com os clássicos métodos de interpretação na hermenêutica, dentre os quais o histórico, em que o intérprete deve observar o contexto histórico e cultural em que a norma foi editada para buscar o significado que lhe deve atribuir.

Acrescente-se, ainda, que a filosofia exerce papel substancial para definição do alcance de conceitos jurídicos indeterminados imanentes a normas principiológicas. Toma-se, por exemplo, o próprio conceito de dignidade da pessoa humana, apontado como o âmago de proteção dos direitos fundamentais, e que mesmo diante de tamanha importância não possui delimitação objetiva valendo-se o intérprete de conceitos extraídos das ciências filosóficas para construção dos limites conceituais que irão nortear a norma.

Com isso se evidencia uma aproximação do direito com as ciências sociais de índole matriz teórica empírica se dissociando, assim, dos aspectos práticos em que a construção de uma determinada norma jurídica pode gerar.

Quando nos deparamos com a metodologia empregada pelas ciências econômicas em que há uma preocupação com as consequências das decisões tomadas em um ambiente em que os recursos são finitos e as necessidades humanas são infinitas notamos que se mostra útil para o direito, tendo em vista que seu principal objetivo é a construção de normas jurídicas através da interpretação de um conjunto de regras trazendo segurança jurídica para a sociedade.

Além de visualizar o agente econômico inserido em um ambiente de escassez de recursos, também o visualiza como de racionalidade limitada, possibilitando que, através da criação de incentivos e estímulos, se crie um ambiente em que se busque o objetivo do legislador.

O Código de Processo Civil, prevê que as partes devem adotar uma postura cooperativa e também se pautar pela resolução alternativa dos conflitos, sempre pautado pelo princípio da eficiência, em que se deve buscar a melhor alocação dos recursos disponíveis para que se extraia o melhor resultado.

Em virtude do próprio conflito estabelecido no plano do direito material, que precede ao nascimento da relação jurídica processual, tem-se que esperar das partes uma conduta cooperativa pautada no diálogo com objetivo de solucionar a questão de maneira autocompositiva acaba por se mostrar romântica e destoa da realidade que se apresenta.

Nesse sentido, a visão do direito através da lente metodológica da economia permite se questionar quais incentivos poderiam ser proporcionados para que tenhamos um ambiente processual em que haja a predominância do comportamento cooperativo entre todos aqueles que integram a relação jurídica processual.

Isso se demonstra ainda mais necessário quando olhamos para os números apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça no relatório *Justiça em Números*, tendo em vista que não foi possível se verificar um aumento significativo no número de casos resolvidos através da autocomposição.

De maneira diversa, quando analisamos o percentual de casos que são resolvidos através de formas autocompositivas em países em que o sistema jurídico é baseado na *common law* concluímos que apenas uma parcela ínfima dos casos é de fato enfrentada pelo Estado juiz, sendo que a imensa maioria é solucionado através do diálogo entre as partes.

Dessa forma, logo após se estabelecer o debate sobre a importância que o pensamento econômico tem para o direito, em especial para construção das normas jurídicas, enfrentou-se quais as semelhanças e diferenças existentes entre os sistemas da *civil law* e da *common law*.

Quando nos deparamos com o sistema processual vigente tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos visualizamos a existência de uma fase antecedente ao julgamento em que há uma predominância das partes exigindo que sejam apresentadas todas as provas existentes. Nesta fase, a atuação do magistrado se dá apenas para controlar condutas tidas como abusivas por parte das partes.

Em virtude das partes já apresentarem todas as provas que possuem, é possível se estabelecer com maior grau de segurança os limites da lide contribuindo para se

fixar a probabilidade de sucesso na empreitada jurídica. Isso acaba por contribuir para que acordos sejam entabulados, afinal uma vez analisadas as provas que cada parte possui é possível fixar com maior exatidão as perspectivas em relação ao julgamento da demanda principalmente em países em que há um respeito à cultura de precedentes como são os que tem como berço científico a *common law*.

Uma das novidades trazidas pelo diploma processual vigente, foi justamente reconhecer a existência de um direito à prova com autonomia em relação ao direito material discutido. Nessa toada, é permitido que se busque no Judiciário a produção de uma determinada prova sem que se ajuíze uma demanda propriamente dita. Em virtude disso, não se exige mais a comprovação da urgência para se valer do procedimento da antecipação de provas, retirando, assim, o caráter de medida cautelar.

Passa ser possível requerer a produção antecipada de provas simplesmente para se estabelecer os limites da lide e com isso contribuir para a decisão entre ajuizar uma demanda ou mesmo resolver um conflito através da autocomposição.

Essa modificação no procedimento, ao lado de outros institutos jurídicos como o negócio jurídico processual e a calendarização dos atos processuais, tem como objetivo contribuir para se criar um ambiente com maior eficiência buscando a efetividade das decisões com o menor dispêndio de recursos possível o que tem como consequência uma melhora na prestação da atividade jurisdicional.



## Referências

ABREU, Rafael, Sirangelo de. **Incentivos Processuais: economia comportamental e nudges no Processo Civil**. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2020

ANDREWS, Neil. **O Moderno Código de Processo Civil Inglês: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. 2ª ed. São Paulo, Editora Revistas dos Tribunais, 2009

AGUIAR NETO, F. S. de; HECKTHEUER, F. R. **A Natureza do Procedimento da Produção Antecipada de Provas**. Revista Eletrônica Direito e Política, [S. l.], v. 15, n. 1, p. 109–129, 2020. DOI: 10.14210/rdp.v15n1.p109-129. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/16381>. Acesso em: 17 jul. 2022.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015

ALVIM, Eduardo Arruda; CUNHA, Igor Martins da. **Produção Antecipada de Provas no Código de Processo Civil de 2015** In: Produção Antecipada da Prova: questões relevantes e aspectos polêmicos. Org. FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan 3. ed. Londrina: Editora Thoth, 2021

ANTUNES, Thiago Caversan. **Produção Antecipada da Prova em Caráter Incidental**. In: Produção Antecipada da Prova: questões relevantes e aspectos polêmicos. Org. FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan 3. ed. Londrina: Editora Thoth, 2021

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Trabalhando com uma Nova Lógica: A Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro**. Revista da AGU, v.15, n.03, p. 09-52. Brasília/DF, 2016.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo. Ed. Saraiva, 2017.

BUSSE, Simone Loncarovich. **Sistema Common Law e Civil Law: Aproximação e Segurança Jurídica**. Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania, n.7, p. 1476-1498. outubro/2019

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Icone, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988

CAMBI, Eduardo. **Discovery no Processo Civil Norte Americano e Efetividade da Justiça Brasileira**. Revista de Processo | vol. 245/2015 | p. 425 - 444 | Jul / 2015

CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à prova no Processo Civil**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001

CAMBI, Eduardo. **Curso de Processo Civil Completo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

CUNHA, Marcelo Garcia da. **Notas Comparativas entre o Sistema Adversarial Norte Americano e o Sistema Inquisitorial: qual sistema está mais direcionado a fazer justiça?** Revista de Processo. Vol. 249/2015. P. 451-468. Novembro/2015

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hérminio A. Carvalho. 5ª ed. São Paulo. Martins Fontes, 2014

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005

PISSINATI, Aniele; DUARTE, Radson Rangel F. **Produção Antecipada de Provas no Processo do Trabalho**. In: Produção Antecipada da Prova: questões relevantes e aspectos polêmicos. Org. FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan 3. ed. Londrina: Editora Thoth, 2021

Fux, Luiz; Bodart, Bruno. **Processo Civil e Análise Econômica**. São Paulo: Editora Forense.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 11 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2019.

FOLLE, Perondi Francis. **A Prova Sem Urgência no Direito Norte Americano: um exame do instituto da Discovery**. Revista de Processo | vol. 204/2012 | p. 131 - 152 | Fev / 2012

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Gestão de Conflitos nos Estados Unidos e no Brasil**. Revista de Processo Comparado | vol. 4/2016 | p. 43 - 63 | Jul - Dez / 2016

GODOY, Andre Sampaio de Moraes. **Direito Processual nos Estados Unidos**. Revista de Processo | vol. 127/2005 | p. 107 - 116 | Set / 2005

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. Economic Analysis of Law Review, V. 1, no 1, p. 7-32, Jan-Jun, 2010

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Análise Econômica do Processo Civil**. Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2019

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **A Natureza Econômica do Direito e dos Tribunais in Análise Econômica do Direito: Temas Contemporâneos**. São Paulo: Actual, 2020

JUNIOR DIDIER, Fredie. **Produção Antecipada de Provas**. In: Produção Antecipada da Prova: questões relevantes e aspectos polêmicos. Org. FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan 3. ed. Londrina: Editora Thoth, 2021

JUNIOR DIDIER, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paulo Sarno. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015

LANES, Júlio Cesar Goulart; POZATTI, Fabrício Costa. **O juiz como único destinatário da prova**. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; ARAÚJO, José Henrique Mouta. (Coord. Geral). Coleção de grandes temas do novo CPC. Direito probatório. v. 5. Salvador: Juspodivm, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: RT, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5ª ed., São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. Vol. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários ao código de processo civil: art. 381 a 484**. Coleção Comentários ao Código de Processo Civil, v. 7. coord. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação Crítica entre as Jurisdições de Civil Law e de Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes**. Revista da Faculdade de Direito, n.49, p. 11-58. Curitiba,2009.

MODESTO, Paulo. **Notas para um debate sobre o princípio da eficiência**. Revista do Serviço Público, [S. l.], v. 51, n. 2, p. p. 105-119, 2014. DOI: 10.21874/rsp.v51i2.328. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/328>. Acesso em: 18 ago. 2022.

MOLLICA, Rogério. **A condenação em honorários advocatícios na produção antecipada de provas**. In: Produção Antecipada da Prova: questões relevantes e aspectos polêmicos.Org. FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan 3. ed. Londrina: Editora Thoth, 2021

MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios Processuais e Desjudicialização da Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 193.

MIYAKE, Dario Ikuo; RAMOS, Alberto W. **Desenvolvendo Indicadores de Produtividade e Qualidade em Hospitais: Uma Proposta de Método**. Produto & Produção, vol. 11, n. 2, p. 67 - 84, jun. 2010, p. 73.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. **O ângulo constitucional da efetividade do processo**. v. 15, n. 87, p. 41–56, Caxias do Sul: Editora Plenum, 2005.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. ORTEGA, Ana Clara da Silva. **A figura do juiz-gestor como mecanismo para a concretização do princípio da eficiência**. Revista de Processo, vol. 325, p.17-48. São Paulo: Thompson Reuters, 2022

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. FUZETTO, Murilo Muniz. **A audiência de conciliação e mediação do Código de Processo Civil à luz do acesso à justiça e do Sistema Multiportas**. RBDPro. Belo Horizonte, ano 29, n. 114, p. 189-210, abr./jun. 2021

NEIVA, Flavio Rezende. **Dos honorários de sucumbência na ação de produção antecipada de provas**. In: Produção Antecipada da Prova: questões relevantes e aspectos polêmicos.Org. FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan 3. ed. Londrina: Editora Thoth, 2021

PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2020.

YARSHELL, Luiz Flávio. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

WOLKART, 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, 2020

REGIOLI, Jonathan Nasser. **Produção Antecipada da Prova: aspectos controvertidos** In: Produção Antecipada da Prova: questões relevantes e aspectos polêmicos. Org. FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan 3. ed. Londrina: Editora Thoth, 2021

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária Civil e Comercial**. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 1983

TALAMINI, Eduardo. **Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015**. Revista de Processo. Vol. 260. Out/2016, p. 75-101.

TARUFFO, Michele. **Observatório sobre os Modelos Processuais de Civil Law e de Common Law**. Revista de Processo, vol. 110, p.141. São Paulo: Thompson Reuters, 2003

TARTUCE, Fernanda. **Mediação de conflitos: proposta de emenda constitucional e tentativas consensuais prévias à jurisdição**. Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil. Brasília, v. 14, n. 82, p. 5-21, jan./fev. 2018. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/biblioteca/conteudo-revistas-juridicas/revista-magisterde-direito-civil-e-processual-civil/2018-v-14-n-82-jan-fev>. Acesso em: 21 ago. 2022.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Raquel. **Análise Econômica do Direito e das Organizações** in Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005