

2. Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira

Discovery in the American civil procedural law and the effectiveness of Brazilian courts

EDUARDO CAMBI

Pós-Doutor em direito pela Università degli Studi di Pavia. Doutor e Mestre em Direito pela UFPR. Professor da Uenp e da Unipar. Coordenador Estadual da Comissão de Prevenção e Controle Social da Rede de Controle da Gestão Pública do Paraná. Coordenador do Grupo de Trabalho de Combate à Corrupção, Transparência e Controle Social da Comissão de Direitos Fundamentais do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Diretor Financeiro da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (Fempar). Assessor da Procuradoria Geral de Justiça do Paraná. Coordenador estadual do Movimento Paraná Sem Corrupção. Promotor de Justiça no Estado do Paraná. eascambi@mppr.mp.br

RAFAEL GOMIERO PITTA

Mestrando em Ciência Jurídica pela Uenp. Especialista em Direito Civil e Processo Civil. rafapitta22@gmail.com

Sumário:

1. Introdução
2. A fase pretrial no processo civil norte-americano
3. Discovery stage
4. Colaboração do Discovery na efetividade da justiça
5. Conclusão
6. Referências bibliográficas

Área do Direito: Constitucional

Resumo:

O presente artigo pretende realizar três tarefas: (a) identificar os motivos do constatado abarrotamento de processos que a justiça brasileira vem lidando nas últimas décadas; (b) apresentar características básicas do procedimento pretrial do processo civil norte-americano, com ênfase para a Discovery stage; (c) apontar possíveis mudanças positivas da aplicação desse sistema no modelo brasileiro, destacando suas inviabilidades e vantagens. A exposição dos aspectos positivos da Discovery no procedimento norte-americano deixa claro que a utilização desse instituto no procedimento brasileiro teria grande impacto

tanto no paradigma de judicialização dos conflitos, como na efetivação da prestação judicial. Os números oficiais revelam um ciclo de mudanças implantadas pelo CNJ que termina por não interferir positivamente nos dados alarmantes de abarrotamento de processos, especialmente na primeira instância. Nesse cenário, a Discovery se apresenta como uma solução interessante e digna de estudo, especialmente pelos seus resultados, claramente voltados para um procedimento mais preocupado com a justiça das decisões.

Abstract:

This article has the capacity to perform relatively simple tasks: (a) identify the reasons for the observed crowding processes that Brazilian justice has been dealing in recent decades; (b) present basic characteristics of pretrial procedure of the US civil procedure, with emphasis on the Discovery stage; (c) identify possible positive changes the application of this system in the Brazilian procedure highlighting the apparent infeasibility and its obvious advantages. The exposure of the positive aspects of Discovery in the US procedure makes it clear that the use of this institute in the Brazilian procedure would greatly impact both the judicialization paradigm of conflict as the judiciary as a whole. Official figures reveal a cycle of changes implemented by CNJ ending not positively effect the alarming overcrowding processes data especially in the first instance. In this scenario, the reveals an interesting and worthy solution of study, especially for their results clearly aimed at a more concerned with justice procedure of decisions.

Palavra Chave: Discovery - Efetividade - Justiça - Processo.

Keywords: Discovery - Effectiveness - Justice - Process.

Recebido em: 19.03.2015

Aprovado em: 16.06.2015

1. Introdução

Desde que o homem decidiu agrupar-se para formar um núcleo social de proteção mútua e agregação de forças contra os predadores, o convívio social passou a ser uma necessidade. Jamais o ser humano encontrou maneira melhor de alcançar seu objetivo básico e instintivo de sobrevivência. O convívio social, a despeito de ser altamente benéfico para as necessidades mais prementes, é causador de inúmeros conflitos que, com o passar do tempo, passaram a ser administrados por regras, culminando na criação de uma força disciplinadora chamada Estado.

Com a criação do Estado, a sociedade passou a desenvolver formas de solução de conflito cada vez mais sofisticadas, sendo a autocomposição a mais simples e benéfica, porém, de utilização nem sempre eficaz, dada a característica conflituosa e intolerante do espírito humano. Assim, a solução das lides é massivamente realizada pelo Estado-juiz, que as resolve utilizando-se de procedimentos legais.

O Poder Judiciário, na maior parte dos países ocidentais, é o grande solucionador de conflitos humanos da atualidade. Todavia, os órgãos judiciais realizam essa tarefa de forma nem sempre adequada ao conjunto dos problemas sociais. Uma das constatações mais comuns a respeito do Poder Judiciário Brasileiro, por exemplo, é a lentidão do trâmite processual e de como essa morosidade gera a inefetividade da justiça, o que causa prejuízos ao exercício da cidadania e interfere diretamente no cotidiano das pessoas.

O grande volume de processos pendentes de julgamento nas instâncias judiciárias é o principal fator de lentidão dos processos. O problema não passa despercebido pelos órgãos de controle e fiscalização do Poder Judiciário Brasileiro, empenhados em diminuir o volume de processos em trâmite no país.

No início de 2013, havia, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 66,8 milhões de processos em tramitação e, no curso daquele ano, outros 28,3 milhões ingressaram em juízo. Em 23.09.2014, a Justiça

brasileira contava com 95,14 milhões de processos em andamento. O CNJ constatou que, embora os magistrados tenham aumentado a produtividade, isso não foi suficiente para diminuir a quantidade de processos pendentes de julgamento.

De acordo com o último relatório do CNJ, em cinco anos, o número de processos pendentes passou de 58,9 milhões, em 2009, para 66,8 milhões, em 2013. Na comparação com 2012, o dado de 2013 representa aumento de 4,2%. Ressalte-se que o relatório atual traz informações que agravam a situação anterior. Em 2010, apurou-se que durante o ano de 2010 ingressaram 24,2 milhões de processos nas três esferas da Justiça brasileira, sendo 17,7 milhões de processos, na Justiça Estadual, 3,2 milhões na Justiça Federal e 3,3 milhões na Justiça trabalhista, sendo que já havia 59,2 milhões de processos pendentes. Com efeito, em 2010, tramitaram, nas três esferas da Justiça pesquisadas, 83,4 milhões de processos.

Diminuir a quantidade de processos é importante, mas o essencial é saber se os conflitos estão sendo bem resolvidos e se o tempo de solução dos litígios é razoável. O CNJ deve levar em conta para a medição da qualidade dos serviços prestados pelo Judiciário a duração média dos processos e o número de acordos celebrados na resolução das causas.

Para diminuir o volume de processos judiciais, o CNJ sinaliza com maiores investimentos, tanto em recursos financeiros quanto em recursos humanos. Nos últimos cinco anos, houve aumento de investimentos na estrutura do Poder Judiciário brasileiro, o que interferiu no aumento da produtividade. No período entre 2009 e 2013, o número de magistrados cresceu 1,8%, chegando a 16.429, e a quantidade de servidores e auxiliares subiu 3,7%, totalizando 412,5 mil. Em 2013, havia no Brasil, em média, 6.041 processos para cada magistrado.

No entanto, aumentar os investimentos no Poder Judiciário não é a solução definitiva para a morosidade da prestação jurisdicional. Aliás, como a construção de novos presídios não é medida suficiente para resolver o problema do aumento da criminalidade, a construção de mais prédios para os tribunais ou mesmo contratação de mais pessoal não resolve o problema do contingente de processos judiciais. Outras medidas, inclusive legislativas, devem ser pensadas para aprimorar a efetividade da prestação jurisdicional no Brasil.

Os Estados Unidos, tal como ocorre no Brasil, possuem alta densidade populacional. Em 15 de dezembro de 2014, a população dos EUA era de 321.531.079 habitantes, enquanto Brasil tinha 204.204.045 pessoas. Apesar de ter uma população maior que a do Brasil, os EUA têm um sistema judicial diferente que apresenta soluções, como a *Discovery*, que interferem na quantidade de processos e na qualidade da prestação jurisdicional.

Nos EUA, a maioria dos casos é resolvida em acordos celebrados ainda no momento anterior à fase de julgamento, incentivados pelo próprio sistema judicial, que concede aos celebrantes uma solução mais rápida e sem os riscos da imprevisibilidade do julgador. As partes devem encerrar o litígio na fase pré-julgamento sempre que possível, restando aos juízes os casos mais complexos ou de difícil elucidação.

Além disso, no sistema norte-americano, o acesso aos Tribunais é mais reduzido, o que retrata nos números de processos pendentes. Por exemplo, conforme estatísticas produzidas pelo *United States Courts*, aguardavam julgamento nas *U.S. Courts of Appeals*, 41.670 casos, número 18,7% menor do que o estoque de processos existentes em 2004. Nas *U.S. District Courts*, existia 300.485 processos cíveis pendentes de julgamento, número 5,5% maior que em 2004. Além disso, nas *U.S. Bankruptcy Courts*, 1.534.652 ainda precisavam ser julgados, em 2013, quantidade 7,4% menor que a existente em 2004.¹

O sistema processual americano prevê a redução expressiva das atribuições dos juízes. No processo civil norte-americano, o magistrado é um disciplinador de provas. Os julgadores se mantêm mais afastados dos fatos e, ao mesmo tempo, são protegidos contra influências indesejadas dos advogados, mantendo-se equidistante do litígio até o julgamento.

Por outro lado, em um comparativo do processo civil brasileiro com o norte-americano, a atuação do advogado assume maior importância.

Dois aspectos devem ser destacados. Primeiro, a proeminência da busca da verdade em detrimento de técnicas processuais que possam surpreender as partes ou obrigar o julgador a uma decisão menos comprometida com a justiça real. Segundo, o *adversary system*, que afasta o magistrado da produção das provas, dotando-o de maior imparcialidade no momento do julgamento.

2. A fase pretrial no processo civil norte-americano

No sistema norte-americano, o processo judicial é mais dispendioso para as partes. Tomar parte em ações, cuja possibilidade de vitória não é evidente, é desaconselhável e implica altas despesas com honorários advocatícios. Assim, os advogados procuram orientar seus clientes a ingressar em contencioso apenas se tiverem um caso sólido e provas robustas.

Para a justiça, só existe um “caso” para ser julgado após o procedimento *pretrial*, que determina a solidez das provas, os riscos envolvidos, o procedimento adotado e o tamanho da questão, explicado pelo termo *constrict or expand the flow*.

Tal termo se refere à possibilidade das partes apresentarem à corte um caso mais restrito em que a decisão pode se concentrar em poucas questões sem necessidade de maior dilação probatória ou em um caso expandido, cuja produção de provas na fase *pretrial* exigirá uma análise mais pormenorizada de fatos e de documentos.

Esse juízo prévio, realizado no *pretrial*, faz com que uma diversidade de questões que pretendiam ir a julgamento seja extinta por acordo, desistência, falta de solidez ou mesmo pela constatação de que os meios de prova não são suficientes para possibilitar um julgamento favorável.

Os *pleadings* são os requerimentos pelos quais os litigantes apresentam o caso à corte. A forma como se pleiteia depende da corte onde o faz, posto que os EUA possuem um Poder Judiciário marcado pelo sistema federativo, o qual permite que os Estados tenham regras específicas de procedimento.

O sistema judiciário norte-americano é dúplice, sendo composto por cortes federais e estaduais que atuam simultaneamente, mantendo a autonomia das cortes estaduais em determinados casos, mas não prescindindo das cortes federais.² Tal sistema é complexo, mas uma ressalva interessante é que o sistema permite que a maioria dos casos tenha como última instância as cortes de apelação, ou mesmo as cortes distritais, ambas componentes do sistema federal.

O que materialmente se pleiteia depende da modalidade de caso que se pretende apresentar à corte.

O requerimento inicial na fase *pretrial* tem quatro funções: (a) citação; (b) revelação dos fatos; (c) formulação da causa; (d) triagem para determinar o tamanho do litígio (aumentar ou reduzir – *constrict or expand the flow*). Dependendo do tamanho do litígio, mais ou menos detalhes serão necessários para possibilitar o julgamento da causa.

Com efeito, é necessário entender a filosofia por trás da corte onde se pretende discutir o caso antes de se optar por mais ou menos detalhes, bem como averiguar o grau de flexibilidade da mesma.³

No direito norte-americano, não se tem um “caso” até que se comprove para a corte que o conflito trazido merece atenção do sistema judiciário e que as provas serão suficientes para determinar um veredicto.

O desafio do presente trabalho é averiguar se a aplicação de alguns desses princípios colaboraria na mudança da cultura judicializante brasileira, reduziria substancialmente o volume de casos para serem julgados e, via de consequência, de recursos nas instâncias superiores.

Contra essa hipótese, existe uma notável diferença entre a cultura brasileira e a norte-americana, uma vez que, nos EUA, o juiz desempenha um papel diverso do realizado pelo magistrado brasileiro. Exemplo disso é que o juiz norte-americano conta com institutos que colaboram imensamente na condução do processo.

Um bom exemplo do poder de atuação do juiz norte-americano é o *contempt of court*,⁴ que permite ao magistrado ou à corte aplicar sanções para a parte que desobedecer a ordens judiciais ou deixar de colaborar para o bom andamento do processo. Esse poder da corte é considerado essencial pela suprema corte americana e sem ele o Judiciário norte-americano seria impotente.⁵

3. Discovery stage

O processo civil norte-americano divide-se em duas fases: o momento anterior ao julgamento (*pretrial*) e a fase de julgamento (*trial*), que pode ocorrer pelo júri.

A fase *pretrial* contempla o *Discovery*, que é a revelação de provas e dados que possam colaborar com a elucidação do caso.

Esse momento processual não abrange a participação e a ingerência direta do magistrado. São os advogados que realizam a maior parte dos procedimentos de produção de provas, acompanhados de um oficial de cartório que representa o juízo e confere oficialidade aos atos.

Isso não significa que o magistrado não participa dessa fase, mas que suas intervenções são excepcionais, justificadas por falhas no andamento processual ou quando uma parte requer a participação do magistrado por sentir-se prejudicada. Os juízes devem apenas coibir eventuais abusos das partes e advogados, não interferindo diretamente na colheita das provas.

A maior autonomia das provas no processo civil norte-americano pode ser exemplificada na Regra Federal 26(a)(1)(A).⁶

A *federal rule 26* afirma que, no momento anterior ao julgamento, na fase conhecida como *Discovery* (revelação dos meios de provas), as partes tem o dever de, mesmo sem qualquer solicitação da parte contrária, providenciar o nome, o telefone e o endereço de qualquer pessoa que possa fornecer informações potencialmente úteis para serem utilizadas nos requerimentos e como matéria de defesa, salvo em casos de impedimento comprovado, identificando os assuntos relacionados à informação prestada.

Observe que a *federal rule 26* atribui, de plano, um dever de absoluta boa-fé aos demandantes. Assim, tal regra impõe deveres às partes para que, ao revelarem os fatos previamente, não tenham a mínima chance de surpreender o adversário ou o juízo no momento do julgamento, o que privilegia a devida paridade de armas.⁷

Na fase do *Discovery*, o advogado de uma das partes pode, caso lhe interesse, coletar as provas a serem utilizadas e tem acesso às provas eventualmente obtidas pela parte contrária e que podem ser utilizadas no processo. Esse procedimento pode se desdobrar em diversos atos processuais tais como a oitiva da parte contrária, o interrogatório de testemunhas e o acesso a documentos e cópias.

Em razão da ausência de ordem na revelação das provas, em 1993, a *federal rule 26* foi emendada para regulamentar a exigência de ordem na disposição das provas. O *Discovery Stage* foi, então, dividido em fases de exposição obrigatória.

Em primeiro lugar, cada parte deve providenciar para o adversário nomes de pessoas prováveis conhecedoras de informações, detentoras de documentos palpáveis que a parte possa utilizar para apoiar sua defesa. Deve providenciar, ainda, uma avaliação de danos e qualquer acordo de seguro existente que possa transferir a responsabilidade para a seguradora.

Em seguida, a parte deve disponibilizar informações sobre perícias e peritos que pretendam usar no julgamento.

Por último, a parte deve, logo antes do julgamento, fornecer informações sobre provas que usará durante o julgamento e os nomes de testemunhas.⁸

Cinco são os métodos probatórios disponíveis para os advogados e as partes no *Discovery stage*: *depositions*, *interrogatories*, requerimento para produção e provas, requerimento para avaliação física e mental e requerimento para *admission* (confissão/admissão de fatos).⁹

Depositions são procedimentos orais ou escritos que podem incidir sobre partes e testemunhas a qualquer momento. Funcionam como uma espécie de “mini-julgamento” em que a pessoa ouvida comparece perante um *court officer* (funcionário juramentado do Poder Judiciário), presta juramento e responde às perguntas (não restritas às provas da *rules of evidence*) dos advogados de ambas as partes.

Nas *depositions*, a inquirição pelos advogados e pela parte contrária (*cross-examination*) ocorre de forma livre, podendo procurar novas linhas de raciocínio para o caso e, ao final, é tomada nota em ata. A testemunha ou o depoente assina sob juramento. *Depositions* podem substituir o depoimento das partes que não se encontrará apta a prestá-lo no momento do julgamento, por falecimento ou por se encontrarem distante do local do julgamento.¹⁰

Interrogatories são procedimentos escritos que podem incidir somente sobre as partes, as quais elaboram respostas às perguntas juntamente com seus advogados. Os *interrogatories* costumam ser utilizados para questões de conhecimento organizacional, que requerem investigações em registros corporativos. É uma forma ágil de se obter esse espécie de informação, quando o acesso pela via administrativa é mais difícil e/ou oneroso.

Em regra, os *interrogatories* não são utilizados como prova em julgamento, mas, de acordo com os fatos e as respostas revelados pelos interrogatórios, os advogados podem formular uma estratégia para o depoimento.¹¹

A respeito dos documentos disponibilizados pelas partes no *Discovery Stage*, a *federal rule 34*¹² disciplina a matéria de forma que sejam revelados, no início do procedimento, sem necessidade de solicitação pelo juízo, todos os documentos que não sejam de fácil acesso para a parte que o requisita, com exceção de documentos oriundos de relações privilegiadas como, por exemplo, a de médico-paciente. Ainda, é possível que seja requisitado à não-partes a revelação de documentos, conforme prevê a *federal rule 45* (a) (1) (A) (iii).

Chamam atenção os critérios que a Suprema Corte Americana utiliza para determinar a apresentação de documentos. Vale-se do conceito de *control over de document*, ou seja, mesmo que não possua acesso físico ou legal sobre determinado documento, a parte pode ser compelida a apresentá-lo, desde que tenha controle sobre ele, e isso possa significar influência sobre quem o detém de fato.¹³

Os exames físico e mental são os únicos procedimentos que permanecem sob total controle do juízo. Nesse caso, para a obtenção judicial do documento, é necessário que a parte comprove que o exame é essencial para o deslinde do caso e que a comprovação do fato não pode se dar de outra maneira. Tal restrição visou resguardar a relação médico-paciente.

Além disso, o requerimento para *admission*, presente na *federal rule 36*, compreende o pedido escrito do demandante para que a parte admita (confesse) um determinado fato, tal como a autenticidade de um documento ou a opinião sobre um fato.

Como pode ser observado da descrição do procedimento acima realizada, o sistema de confronto utilizado no direito norte-americano privilegia a exposição das provas em detrimento de uma possível surpresa no

momento do julgamento. A ausência de conhecimento prévio das provas pelas partes e pelos advogados é considerada prejudicial para a busca de decisões justas.

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.¹⁴

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*).¹⁵

Por outro lado, no processo civil brasileiro, tanto as partes quanto os juízes estão mais sujeitos a serem surpreendidos com manobras processuais e fatos não conhecidos até o momento do julgamento. Isso pode dar margem à má-fé das partes ou de seus procuradores, gerar ações ou defesas infundadas, produzir atos processuais inúteis, além de dificultar o cumprimento das garantias processuais constitucionais e contribuir para a morosidade da prestação judicial.

Por exemplo, no procedimento adotado nos Juizados Especiais Cíveis, com a possibilidade de o juiz proferir sentença na própria audiência de instrução, o depoimento das partes ou a oitiva das testemunhas pode ser fator decisivo e surpreender uma das partes ou seu advogado, que, sem ter o conhecimento prévio do conteúdo da prova, pode não ter real oportunidade para realizar a devida e adequada impugnação e exercer o direito constitucional à prova contrária.¹⁶

Com efeito, como no sistema processual brasileiro não há separação das fases de pré-julgamento e julgamento, isso permite que surpresas ocorram e o jogo de estratégias prevaleça sobre a tutela do direito material.

O legislador e mesmo a doutrina brasileira não costumam dar grande importância ao fator surpresa, mas a possibilidade de vencer o caso com artimanhas processuais que venham a prejudicar a outra parte é sistematicamente vedada pelas cortes norte-americanas, que privilegiam o direito material das partes em detrimento de armadilhas processuais.

Nos Estados Unidos, o sistema de *common law pleading* foi praticamente abolido e substituído pelo *code pleading* e pelo *federal pleading* em razão destes sistemas prestigiarem a análise de questões de mérito, ao invés do denominado *game of wits*.

Game of wits é o jogo de estratégias que advogados costumam submeter seus clientes e o próprio sistema judiciário no intuito de se isentarem de um julgamento que considere em maior grau a justiça das decisões. O *game of wits* é, pois, uma sequência de artimanhas que visa surpreender a parte contrária, no sentido de lhe dificultar as possibilidades de defesa, impondo um resultado frequentemente injusto ou descomprometido com o direito material.

Ademais, a fase da *Discovery* tem diversas utilidades, tais como: (a) a preservação de prova testemunhal na eventualidade de a parte não estar disponível no momento do julgamento; (b) auxiliar na formulação das questões a serem julgadas no processo; (c) solidificar o depoimento e evitar falsos testemunhos.¹⁷

Além disso, a *Discovery stage* determina o tamanho do caso e especifica as questões a serem julgadas, o que permite o julgamento antecipado da causa ou, ao menos, ajuda a torná-lo mais transparente.¹⁸

4. Colaboração do Discovery na efetividade da justiça

Um breve retrospecto das formas de se dirigir requerimentos à justiça americana deve contemplar uma explicação sobre o sistema da *commom law pleading*, passando pelo sistema *Code* e pelo *Federal*.¹⁹

No *commom law pleading*, para iniciar uma ação, o demandante deveria determinar que tipo de caso tinha e que espécie de procedimento seria mais adequado para a melhor comprovação dos fatos (por exemplo, em casos de restituição de débito, contratos, transgressões, dívidas ou de posse irregular de bens). Se o procedimento equivocado fosse o escolhido, o caso seria extinto sem julgamento do mérito.²⁰

O procedimento do *common law pleading* tornou-se obsoleto, pois o mérito deixava de ser julgado em detrimento de questões procedimentais menores. O sistema processual norte-americano passou a se preocupar mais com as necessidades das partes e menos com as armadilhas processuais.²¹

Tanto no sistema procedimental *Code* quanto no *Federal*, há a prerrogativa das partes conhecerem os dados, os arquivos e as provas a serem produzidas no momento anterior ao julgamento. A diferença principal entre eles é uma maior flexibilidade do *federal pleading* em relação ao rigor na comprovação prévia de que as alegações podem sustentar um caso (*case*). Ou seja, o *code pleading* é menos rígido que o antigo sistema *commom law pleading*, mas neste sistema ainda se exige a comprovação mínima do direito do demandante, o que não é exigido no *federal pleading*, que dá margem para a aceitação de demandas mais flexíveis e menos consistentes.

Com relação à utilização dos dois sistemas nas cortes americanas, o *federal pleading* é aplicado nas cortes federais e nas cortes dos estados que adotaram em sua Constituição o procedimento federal, o que varia de estado para estado.

Dos dados e conceitos expostos, é possível identificar diversas vantagens do *Discovery*, em especial devido a duas características de ordem prática extremamente eficazes: (a) a quantidade de processos encerrados mesmo antes da fase de julgamento é muito grande, posto que ao observar as provas potenciais e as já coletadas da outra parte, os litigantes preferem evitar maiores gastos e desgastes, o que, inclusive, estimula as autocomposições; (b) a redução do volume de processos após a fase *pretrial* permite ao juiz se ater com mais atenção aos casos resultantes de um processo de formulação de provas mais sólido, o que aprimora a qualidade da prestação jurisdicional e a qualidade dos serviços prestados pelo Poder Judiciário.

Isso é importante porque permite que os juízes se debruçam sobre uma quantidade menor de processos, podendo dedicar-se, com maior profundidade, ao exame das causas. Da mesma forma, as desistências e os acordos trazem às partes envolvidas, senão a sensação de que seu processo foi julgado por um representante do Estado, pelo menos, a certeza de que não conseguiriam solução mais vantajosa de outra maneira, o que contribui para a pacificação social.

Devido ao número excessivo e crescente de processos que chegam ao Poder Judiciário brasileiro, é necessário pensar em formas mais efetivas de aperfeiçoar a prestação jurisdicional.

Nesse contexto, a *Discovery* deve ser concebida como técnica processual de solução de conflitos capaz de resolver litígios sem onerar demasiadamente o Poder Judiciário.

A compreensão de que todas as causas devem ser resolvidas pelo Poder Judiciário (exegese do art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal) é responsável pelo abarrotamento de processos e pela ineficácia da prestação jurisdicional no Brasil. A mudança dessa cultura do litígio depende, pois, do aperfeiçoamento das técnicas processuais.

A adoção da fase da *Discovery* tem a vantagem de permitir às partes e aos advogados a avaliação dos pontos fracos e fortes do seu caso, melhor conhecer os riscos de levá-lo a julgamento e aumentar as chances de proposição de acordos para diminuir tais riscos, que são fatores que contribuem para a efetividade da justiça.

Por se realizar sem a presença do juiz em todos os procedimentos, a *Discovery* transfere o ônus financeiro para as partes, e, assim, desonera o sistema judiciário. A causa é julgada quando está amadurecida e com cálculo de riscos devidamente equilibrados pelas partes na fase da *Discovery*.

O demandado, ao perceber que na revelação do demandante (*plaintiff*) não há conjunto sólido de provas, deve requerer um *motion for summary judgment*, ou seja, um julgamento de resolução da causa sem análise do mérito.

A *motion for summary judgment* é um requerimento previsto nas normas federais (*Federal rule 56-Summary Judgment*), realizado pelas partes ao juiz, em momento anterior à fase de julgamento (*pretrial*). Está baseada em provas colhidas com antecedência na fase da *Discovery*, isto é, em interrogatórios ou depoimentos escritos que demonstram que, diante da inconsistência nas provas trazidas ou das controvérsias observadas nas provas orais, o caso deve ser extinto e julgado sumariamente em favor de quem requereu.²²

A eficiência da fase *Discovery* consiste no fato de, caso o litigante não demonstre nessa oportunidade que possui uma causa que mereça atenção do juiz, ele perde o direito de levá-lo a julgamento.

Com efeito, a *Discovery* é uma forma de libertação da rigidez dos procedimentos judiciais e uma oportunidade para que o advogado construa uma tese consistente para levar ao Poder Judiciário.

Entretanto, a eficiência da *Discovery* depende muito da fase extrajudicial, pois muito do tempo que se ganha em julgamento perde-se no procedimento da *Discovery*. Assim, é necessário que não se perca muito tempo nesta fase processual, permitindo a interferência do magistrado apenas em situações excepcionais.²³

Não obstante a *Discovery* tenha sido apresentada como uma técnica processual eficiente para aperfeiçoar a prestação jurisdicional, esse instituto não está isento de desvios éticos. Mesmo com mandamentos de revelação de fatos e provas, há a possibilidade de um advogado atuar no sentido de impedir a revelação de todas as provas ou mesmo obstruir a atuação de outro colega advogado.²⁴

É antiético o requerimento injustificado de provas ou aquele irrelevante para o deslinde da ação. Tais atitudes podem gerar o controle judicial para coibir os abusos praticados pelas partes, pelos advogados ou pelos paralegais.²⁵

A *Discovery* demonstra que a filosofia do sistema processual norte-americano procura evitar surpresas, o que impõe senão a revelação prévia das provas, ao menos informações seguras que possam conduzir a sua admissibilidade em juízo.²⁶

Embora não exista no Brasil uma diversidade de pesquisas a respeito de procedimentos semelhantes à *Discovery*, é digno de atenção o estudo realizado pelo grupo chamado Observatório das Reformas Processuais, da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Este grupo de estudos elaborou um anteprojeto de lei, propondo uma reforma na legislação atual, com ênfase no Direito Probatório.

Nesse estudo, o Professor José Aurélio de Araújo sustenta que, no processo civil brasileiro, os deveres de boa-fé e cooperação processuais são mitigados por estratégias e simulações, inclusive com a ocultação de provas.²⁷ Para mudar essa cultura processual, uma reforma legal deve incentivar a maior responsabilização das partes e de seus procuradores na gestão dos litígios, ampliar a possibilidade de

resolução do litígio na fase extrajudicial ao fazer com que os litigantes conheçam as suas reais chances de sucesso com uma eventual demanda judicial e que possam decidir aceitar o risco e o ônus de um processo judicial que, em tempo razoável, consiga resolver o conflito.

Posicionamento semelhante é adotado pelo Professor Flávio Luiz Yarshell, para quem a prova (e as regras de distribuição de seu ônus) possui não apenas a função de esclarecimento do juízo para determinar o direito no caso concreto, sendo também um elemento pelo qual os interessados avaliam suas chances, riscos e encargos, em processo futuro, e pelo qual norteiam sua conduta, inclusive para evitar uma decisão (judicial) imperativa.²⁸

Com efeito, a revelação antecipada dos fatos e das provas, a exemplo da *Discovery* norte-americana, é uma técnica processual importante para a maior racionalização da prestação jurisdicional e, conseqüentemente, uma melhora significativa na agilização e na confiabilidade dos serviços judiciais.

5. Conclusão

O Conselho Nacional de Justiça constatou que a maioria dos processos pendentes de julgamento, no Brasil, encontra-se no primeiro grau de jurisdição.

Na comparação entre os dois graus de jurisdição, há enorme discrepância em relação a carga de trabalho, tecnicamente denominada de taxa de congestionamento. Por exemplo, relatório divulgado em 2014, em relação à Justiça Estadual, afirma que estavam pendentes na 1.^a instância 52 milhões de processos, ou seja, 96% do total de 53,9 milhões existentes na Justiça Estadual.

Portanto, é necessário pensar técnicas processuais para aprimorar o sistema judiciário brasileiro, especialmente em relação ao trabalho dos juízes de primeiro grau, cuja capacidade de trabalho está estacionada.

O procedimento probatório adotado pelo Código de Processo Civil de 1973 não foi suficientemente adequado para evitar o congestionamento de processos na justiça brasileira.

O Novo Código de Processo Civil, apesar de trazer avanços, não adotou o modelo bifásico do *Discovery* norte-americano. Não prevê uma fase pré-processual voltada ao compartilhamento, pelas partes, dos elementos probatórios. Prevê, contudo, um procedimento de antecipação de prova mais amplo e não vinculado, necessariamente, ao *periculum in mora* voltado a possibilitar, também, com a participação do juiz, a produção de prova suscetível de viabilizar tentativa de autocomposição (ou de outro meio adequado de solução de conflito), bem como o prévio conhecimento dos fatos para justificar ou evitar o ajuizamento de ação (art. 381, II e III, do Novo Código de Processo Civil).

Porém, para se obter resultados mais eficientes, é necessário pensar em aperfeiçoar a legislação processual brasileira para subdividir o procedimento em duas fases: a de pré-julgamento e a de julgamento.

Nesse sentido, deve ser ressaltado o Anteprojeto de Lei, sobre provas no processo civil, produzido pelo Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais”, coordenado pelo Professor Doutor Leonardo Greco, na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em especial os artigos 29 até 43, que versam sobre o Procedimento Probatório Extrajudicial.²⁹ Vale destacar que tal procedimento possui natureza extrajudicial e pré-processual, sendo dirigido pelas partes e por seus advogados, podendo ser iniciado independentemente da exigência de *periculum in mora*. O artigo 29 desse Anteprojeto assevera que são objetivos desse procedimento probatório extrajudicial: (a) a solução dos conflitos pelas partes fora da esfera do Judiciário; (b) o conhecimento mais célere das alegações e provas detidas por cada uma das partes, para se poder avaliar melhor as chances de sucesso ou de fracasso; (c) a melhor preparação do processo, caso venha a ser instaurado.

Verifica-se, pois, que a proposta da Uerj, inspirada na *Discovery* pré-processual norte-americana, permite a modificação da cultura judiciária brasileira de judicialização compulsiva de litígios, sem que as partes tenham feito uma avaliação séria das condições de sucesso ou de fracasso da demanda.³⁰ Dessa forma, estabelece-se o dever de cooperação das partes com a administração da justiça e, inclusive, aumenta a participação e a responsabilidade dos advogados e das instituições na solução dos conflitos antes da judicialização das demandas. Também, evitam-se demandas imaturas que não culminam no julgamento do mérito ou mesmo a publicização do processo judicial, sobretudo nas relações negociais complexas entre empresas ou em relações familiares delicadas, pela troca de informações entre os próprios interessados. De igual modo, o procedimento probatório pré-processual, ao exigir que o requerente indique o documento ou a coisa, comprovando a sua existência e os fatos que pretende demonstrar, evita a chamada *fishing expedition*,³¹ isto é, a prospecção investigatória e invasiva em seu patrimônio ou aos seus registros.

Interessante observar, ainda, quanto a proposta da UERJ, que o procedimento probatório extrajudicial é iniciado pela vontade das partes e independe da intervenção judicial (art. 41), ressalvada as seguintes hipóteses de atuação do órgão jurisdicional: (a) para analisar pedido de limitação das provas requeridas (art. 36); (b) para apreciar pedido de busca e apreensão de documentos ou coisas (art. 37), nos casos de ausência de resposta, prova de insinceridade da resposta ou prova da sua falta de consistência; (c) para examinar a produção de provas contra terceiros (art. 40, parágrafo único); (d) para a obtenção do benefício da gratuidade (art. 42, § 2.º); (e) para o arbitramento judicial das despesas.

Portanto, a utilização de um sistema que permita a revelação prévia de fatos e de provas pode possibilitar uma mudança não apenas no quadro de sobrecarga de processos que se encontra o Judiciário brasileiro. Mais importante que isso, a adoção da *Discovery* poderia buscar alterar a cultura processual existente no Brasil, marcada pela excessiva judicialização de demandas, pelo formalismo jurídico (e processual),³² pelas surpresas e pela ausência de adoção do princípio da boa-fé em sentido objetivo, para melhor conduzir o comportamento ético das partes e dos advogados no processo.

Pensar na implementação da *Discovery* no Brasil não significa apenas importar uma medida do direito estrangeiro desconectada da realidade brasileira para solucionar problemas do Judiciário nacional. Trata-se de privilegiar um movimento jurídico contemporâneo que contempla a agilidade dos procedimentos, a resolução de casos com a primazia da autocomposição e do efetivo acesso à Justiça em detrimento de processos demorados e sem resolução satisfatória.

Mudanças que pudessem interferir na cultura judicial refletiriam no sistema judiciário brasileiro. A adoção da *Discovery* não alteraria o direito constitucional das partes em buscar o Judiciário para resolver seus litígios. Não haveria prejuízo ao acesso à Justiça, mas a racionalização do procedimento probatório evitaria demandas infundadas ou a prática de atos processuais inúteis, o que permitiria que o Judiciário se concentrasse na análise das provas e na qualidade da prestação jurisdicional.

6. Referências bibliográficas

ARAÚJO, José Aurélio de Araújo. *Procedimento probatório extrajudicial. Comentário ao Anteprojeto sobre provas no processo civil da Uerj* (no prelo).

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2013, Resumo Executivo*. Disponível em: [www.cnj.jus.br]. Acesso em: 25.09.2014.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2010, Resumo Executivo*. Disponível em: [www.cnj.jus.br]. Acesso em: 25.09.2014.

BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira; LIMA NETO, Francisco Vieira. Anotações acerca do *contempt of court* no direito norte-americano. *Revista de Processo*. vol. 192. São Paulo: Ed. RT, fev. 2011.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

_____. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

_____. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014.

CARDOSO, César. O pré-julgamento (pretrial) e a conciliação como instrumentos de desoneração do sistema judicial norte-americano: um paralelo com o sistema brasileiro. Disponível em: [www.agu.gov.br/page/download/index/id/9923695]. Acesso em: ago. 2014.

CARP, Robert A.; STIDHAM, Ronald; MANNING, Kenneth L. *Judicial Process in America*. 7. ed. Washington: CQ Press, 2007.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bolonha: Il Mulino, 1995.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. Trad. Herminio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

HAZARD, Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American civil procedure. An introduction*. New Haven: Yale University Press, 1995.

KANE, Mary Kay. *Civil procedure*. 6. ed. St. Paul: Thomson West, 2007.

KERLEY, Peggy; HAMES, Joanne B.; SUKYS, Paul A. *Civil litigation*. 4. ed. Nova Iorque: Thomson & Delmar Learning, 2005.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Ed. RT, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SOARES, Guido Fernandes Silva. *Common Law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

ZUCKERMAN, Adrian. Learning the facts - *Discovery*. In: CHASE, Oscar G.; HERSHKOFF, Helen (coords.). *Civil litigation in comparative perspective*. St. Paul: Thomson/West, 2007.

Pesquisas do Editorial

- O PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO SOB A PERSPECTIVA AXIOLÓGICA, de Francisco Rosito - RePro 161/2008/21
- O DIREITO À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO: ENTRE EFICIÊNCIA E GARANTIAS, de Alexandre Freitas Câmara - RePro 223/2013/39
- A JUSTIÇA E O PARADIGMA DA EFICIÊNCIA NA CONTEMPORANEIDADE, de Fernanda Estevão Picorelli - RePro 241/2015/439

FOOTNOTES

1

Disponível em: [www.uscourts.gov/Statistics/JudicialBusiness/2013/judicial-caseload-indicators.aspx]. Acesso em: 15.12.2014.

2

CARP, Robert A. STIDHAM, Ronald; MANNING, Kenneth L. *Judicial Process in America*. 7. ed. Washington: CQ Press, 2007. p. 25-52.

3

KANE, Mary Kay. *Civil procedure*. 6. ed. St. Paul: Thomson West, 2007. p. 86.

4

Oriundo do direito Anglo-saxão, é um ato de desprezo pela corte como, por exemplo, a desobediência de uma ordem ou desrespeito contra sua autoridade. O instituto do *contempt of court* é complexo e sua origem remonta ao século XIV, compreende não somente o ato de desacato propriamente, mas os poderes conferidos ao juízes para que reajam a esse desacato e apliquem aos agentes as sanções cabíveis. Cfr. Adriana Villa-Forte de Oliveira Barbosa e Francisco Vieira Lima Neto. Anotações acerca do *contempt of court* no direito norte-americano. *Revista de Processo*. vol. 192. São Paulo: Ed. RT, fev. 2011, p. 132.

5

No caso *Gompers vs. Bucks Stove & Range Co.*, 1911, a Suprema Corte chegou a conceituar esse instituto como um poder dos tribunais que garante a independência para o bom desempenho de suas funções, essencial à justiça e sem o qual as cortes se tornariam meros órgãos consultivos ou de arbitragem.

6

"26(a) Required Disclosures; Methods to Discover Additional Matter. (1) Initial Disclosures. Except in categories of proceedings specified in Rule 26(a)(1)(E), or to the extent otherwise stipulated or directed by order, a party must, without awaiting a Discovery request, provide to other parties: (A) the name and, if known, the address and telephone number of each individual likely to have discoverable information that the disclosing party may use to support its claims or defenses, unless solely for impeachment, identifying the subjects of the information (...)". Cfr. Rule 26 of the Federal Rules of Civil Procedure: General Provisions Regarding *Discovery*; Duty Of Disclosure. Disponível em: [www.ilnd.uscourts.gov/LEGAL/frcpweb/FRC00029.htm]. Acesso em: 25.09.2014.

7

"Acostumados a series de TV que mostram o depoimento da testemunha no ultimo minuto que alteram o rumo do caso, as pessoas imaginam que o bom advogado é aquele que esconde os fatos cruciais de um caso até o último segundo para surpreender o oponente. A realidade é o oposto. O *Discovery* anterior ao julgamento é permitido porque a lei apoia o fato dos casos serem decididos pelas provas dos fatos, e não pela habilidade do advogado em manipular e esconder fatos sem que a outra parte tenha conhecimento deles, ou mesmo esconder testemunhas surpresa até o último momento do julgamento. O *Discovery* permite aos advogados terem conhecimento para seguir com o caso, mas pode acontecer dos resultados do *Discovery* conduzirem a um acordo ou mesmo uma desistência voluntária" (KERLEY, Peggy; HAMES, Joanne B.; SUKYS, Paul A. *Civil litigation*. 4. ed. Nova Iorque: Thomson & Delmar Learning, 2005. p. 210).

8

KANE, Mary Kay. Op. cit., p. 132.

9

KERLEY, Peggy; HAMES, Joanne B.; SUKYS, Paul A. Op. cit., p. 214.

10

KANE, Mary Kay. Op. cit., p. 133.

11

Idem, p 134

12

Rule 34. "Producing Documents, Electronically Stored Information, and Tangible Things, or Entering onto Land, for Inspection and Other Purposes (a) *in general*. A party may serve on any other party a request within the scope of Rule 26(b): (1) to produce and permit the requesting party or its representative to inspect, copy, test, or sample the following items in the responding party's possession, custody, or control". Disponível em [www.uscourts.gov/uscourts/rules/civil-procedure.pdf]. Acesso em: 21.12.2014.

13

Em um caso conhecido da Suprema Corte (*Société Internationale vs. Rogers*), uma parte foi obrigada a entregar ao demandante documento, mesmo sendo tal comportamento considerado crime na Suíça, uma vez que a parte tinha influência para convencer o governo suíço impedir o acesso à informação. Por isso, a Corte considerou que havia o requisito do "control over the document". Disponível em: [<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/357/197/>]. Acesso em: 21.12.2014.

14

KANE, Mary Kay. Op. cit. p. 131.

15

KERLEY, Peggy; HAMES, Joanne B.; SUKYS, Paul A. Op. cit. p. 212.

16

Sobre o direito à prova contrária, conferir, entre outros: COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bolonha: Il Mulino, 1995. p. 70-71; CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 137; CAMBI, Eduardo. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 258-260.

17

KANE, Mary Kay. Op. cit. p. 129.

18

Idem. p. 131.

19

Sobre aspectos mais amplos da justiça norte-americana e da *common law*, verificar, dentre outros: HAZARD, Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American civil procedure. An introduction*. New Haven: Yale University Press, 1995; DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. Trad. Herminio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002; SOARES, Guido Fernandes Silva. *Common Law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

20

Idem. p. 88.

21

Idem. p. 89.

22

Conteúdo disponível em: [www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_56]. Acesso em: 14.10.2014.

23

KANE, Mary Kay. Op. cit., p. 131.

24

KERLEY, Peggy; HAMES, Joanne B.; SUKYS, Paul A. Op. cit., p. 218.

25

Os paralegais, que também respondem por desvios éticos, são pessoas ou profissionais não qualificados como advogados, aptas a atuar em questões legais de menor importância ou subsidiárias.

26

KANE, Mary Kay. Op. cit., p. 129.

27

ARAÚJO, José Aurélio de Araújo. *Procedimento probatório extrajudicial. Comentário ao Anteprojeto sobre provas no processo civil da Uerj (no prelo)*. p. 65,

28

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 137.

29

Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11923/9336]. Acesso em: 16.12.2014.

30

ARAÚJO, José Aurélio de Araújo. Op. cit., p. 65 e s.

31

ZUCKERMAN, Adrian. Learning the facts - *Discovery*. In: CHASE, Oscar G.; HERSHKOFF, Helen (coords.). *Civil litigation in comparative perspective*. St. Paul: Thomson/West, 2007. p. 224.

32

Para uma crítica ao formalismo, verificar, dentre outros: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996; OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Ed. RT, 2009; CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 114-119.