

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
DIREITO

JOAQUIM MOREIRA MAIA FILHO

**A LEGITIMIDADE E EFETIVIDADE DA GESTÃO DA PROVA NO MODELO
ADVERSARIAL DE PROCESSO CIVIL**

NATAL/RN

2017

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
DIREITO

JOAQUIM MOREIRA MAIA FILHO

**A LEGITIMIDADE E EFETIVIDADE DA GESTÃO DA PROVA NO MODELO
ADVERSARIAL DE PROCESSO CIVIL**

Trabalho de Curso apresentado ao
Centro Universitário do Rio
Grande do Norte (UNI-RN) como
requisito para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Anderson Brito

NATAL/RN

2017

JOAQUIM MOREIRA MAIA FILHO

**A LEGITIMIDADE E EFETIVIDADE DA GESTÃO DA PROVA NO MODELO
ADVERSARIAL DE PROCESSO CIVIL**

Trabalho de Curso apresentado ao centro
Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-
RN) como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito

APROVADO EM: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Anderson Brito

Prof. Membro

Prof. Membro

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo a análise do convencionalmente chamado modelo Adversarial de processo, em particular, na forma em que é praticado nos Estados Unidos da América, notadamente no seu aspecto de gestão da prova, isto é, suas regras de direito probatório e os meios pelos quais as alegações das partes e os fatos controvertidos são comprovados dentro do processo; concentrando-se no procedimento de investigação e obtenção de provas conhecido como *Pretrial Discovery*, que permite às partes a realização de uma instrução probatória exauriente em uma fase preliminar, com vistas a autocomposição ou a preparação para o derradeiro julgamento. São analisadas igualmente as disputas doutrinárias no tocante ao papel do juiz e das partes no processo civil, onde a proposta adversarial contrasta com a inquisitorial, bem como a eficiência deste procedimento a partir de dados concretos do Judiciário americano. Pretende-se, pois, dissertar acerca do procedimento de *Pretrial Discovery* sob os aspectos da legitimidade, isto é, da sua pertinência à uma concepção democrática de jurisdição; e da efetividade, portanto, da sua capacidade de, com os menores custo e tempo possíveis, entregar uma prestação jurisdicional adequada para a população.

Palavras-chave: Processo Civil. Provas. Modelo Adversarial. Modelo Inquisitorial. *Pretrial Discovery*.

ABSTRACT

The present work has the objective of analyzing the conventionally called Adversarial process model, particularly, in the way it is practiced in the United States of America, notably in its aspect of evidence management, that is, its evidential rules and means by which the parties' claims and the facts at issue are substantiated within the proceedings; focusing on the procedure of investigation and taking of evidence known as *Pretrial Discovery*, which allows the parties to carry out an exculpatory probative instruction in a phase prior to the trial, with a view to self-composition or preparation for the final judgment. Also discussed are the doctrinal disputes regarding the role of the judge and the parties in the civil process, where the

adversarial proposal contrasts with the inquisitorial, as well as the efficiency of this procedure from concrete data of the American Judiciary. It is intended, therefore, to discuss the Pretrial Discovery procedure under the aspects of legitimacy, that is, of its relevance to a democratic conception of jurisdiction; and of the effectiveness, therefore, of their ability, with the least possible cost and time, to provide adequate judicial services to the population.

Keywords: Civil Procedure. Evidence. Adversarial System. Inquisitorial System. Pretrial Discovery

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. RAÍZES HISTÓRICAS DO PROCESSO CIVIL AMERICANO	2
3. O DISCOVERY NAS FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE	6
3.1 <i>PRETRIAL PROCEDURES</i>	7
3.2 DISCOVERY – DISPOSIÇÕES GERAIS	8
3.3 MÉTODOS DE DISCOVERY EM ESPÉCIE	10
3.3.1. <i>Depositions</i>	10
3.3.2 <i>Interrogatories</i>	11
3.3.3 <i>Request for admissions</i>	12
3.3.4 <i>Request for production (Producing Documents, Electronically Stored Information, and Tangible Things, or Entering onto Land, for Inspection and Other Purposes)</i>	13
3.3.5 <i>Physical and mental examination</i>	13
4. SOBRE A LEGITIMIDADE DO MODELO ADVERSARIAL DE GESTÃO DA PROVA	14
4.1 OS SISTEMAS PROCESSUAIS DE <i>CIVIL LAW</i> E <i>COMMON LAW</i> (INQUISITORIAL X ADVERSARIAL)	14
4.2 CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOS MODELOS PROCESSUAIS	16
4.3. A FUNGIBILIDADE DOS MODELOS CLÁSSICOS E A POSSIBILIDADE DE UM SISTEMA PROCESSUAL “MISTO”.	18
5. SOBRE A EFETIVIDADE DO MODELO ADVERSARIAL DE GESTÃO DA PROVA	19
6. CONCLUSÃO	22

1. INTRODUÇÃO

Nos Estados Unidos da América, das quase 100,000,000 (cem milhões) de demandas propostas ao poder judiciário, somente no ano de 2015, apenas 3,5% chegaram a fase de julgamento (*trial*) na jurisdição estadual, e 1,8% na federal.¹ Nos demais casos, as partes realizaram acordos (*settlement*) dispensando a tutela jurisdicional, ou ainda, requisitaram o julgamento antecipado da lide (*summary judgement*) quando não resta controvérsia sobre matéria fática, o juiz profere decisão apenas sobre questões de direito.

Isso decorre do fato de que o sistema processual americano é concebido para que as partes tenham conhecimento das provas logo após a fase postulatória (*pleadings*), e saibam desde já se sua pretensão tem possibilidade de sucesso ou não, optando pela via economicamente mais favorável, que, na maioria das vezes, é o encerramento do feito.

A jurisdição federal americana é disciplinada pelas *Federal Rules of Civil Procedure* (ESTADOS UNIDOS, 1938), reproduzida amplamente pelas jurisdições estaduais, que assimila alguns elementos do processo clássico das cortes britânicas de *Common Law* e das *Courts of Chancery (equity)*, produzindo uma sistemática processual única no mundo.

Uma das principais características deste procedimento é a divisão do julgamento em duas fases, quais sejam, o *pre-trial* e o *trial*. Na primeira fase, no procedimento de *discovery* (descoberta), as partes têm o dever de revelação recíproca de provas, independente de requerimento ou de anuência do juiz, que nesta fase do procedimento exerce uma atuação passiva, apenas contendo eventuais ilegalidades. Em tese, a produção prévia de provas simplifica o julgamento, que terá apenas provas orais, e gera previsibilidade para ambas as partes.

O juiz americano não faz juízo de valor sobre a atividade instrutória das partes, nem ordena produção de prova de ofício, antes, atua como um mero *gestor* do processo, resolvendo questões processuais, marcando audiências, e delimitando o escopo do *discovery*.

Esta “produção privada de provas” além de, em última análise, promover a composição da lide, também desonera o poder judiciário para que este se dedique apenas aos casos nos quais sua aplicação é imprescindível.

¹ Dados do *United States Senate Committee on the Judiciary*

A discussão sobre o *pre-trial discovery* não se limita, no entanto, a sua efetividade prática.

A ciência processual tradicionalmente classifica os modelos processuais em *adversarial* e *inquisitorial*, este identificado com o sistema romano-germânico (*civil law*) e aquele com o anglo-saxão (*common law*). No sistema *inquisitorial* prepondera a figura do estado-juiz e as partes atuam fornecendo informações (alegando e provando) para o mesmo com a finalidade de formar o seu convencimento acerca do mérito da lide. A verdade é produto da cognição do julgador, que por sua vez pode atuar ativamente buscando a verdade sobre os fatos que julga, podendo requisitar a produção de provas de ofício e rejeitar as já produzidas pelas partes.

A dogmática processual americana é orientada no sistema *adversarial*, destarte, as partes autointeressadas apresentam cada uma o seu lado da controvérsia e propoem as evidências que comprovem suas pretensões. A verdade emerge como um resultado desse conflito de interesses. Identificamos que a estrutura processual civil americana atual não só é uma realização prática adequada deste modelo, como representa seu estado da arte, pelas razões adiante desenvolvidas.

2. RAÍZES HISTÓRICAS DO PROCESSO CIVIL AMERICANO

O sistema processual civil americano possui diversas características que o tornam um modelo *sui generis*, mesmo comparando-o dentro do grupo das nações ditas de *common law*.

Uma de seus aspectos mais marcantes é a desconcentração dos atos instrutórios, que não ocorrem apenas em uma audiência única, diante do juiz ou do juri, como também em uma fase prévia comumente nomeada *pre-trial* (pré-julgamento), na qual as partes investigam por conta própria (na forma das regras processuais) os fatos em disputa, o que permite uma melhor preparação para o derradeiro julgamento.

A colonização britânica teve grande importância na formação do sistema judicial americano. O modelo processual das *Federal Rules of Civil Procedure* (ESTADOS UNIDOS, 1938) tem suas raízes nos procedimentos jurisdicionais clássicos britânicos, e é, pois, produto direto da evolução histórica destes.

Durante aproximadamente seiscentos anos, os britânicos contaram com dois sistemas jurisdicionais distintos – duas Justiças distintas: as cortes tradicionais da *common law* e as cortes da *equity*,² cada qual com suas particularidades.

Desde a Conquista Normanda da Inglaterra em 1066 e as consequentes modificações na ordem pública britânica, a jurisdição era exercida apenas pelas *courts of common law*.³ O rito processual na *common law* era iniciado pela fase postulatória exordial (*pleadings*) com a reclamação do autor e a posterior resposta do réu, que tinham o objetivo de delimitar o objeto de julgamento, trazendo informações suficientes sobre os fatos da lide (*fact pleading*).⁴ Se fosse estabelecida apenas uma disputa de direito, o juiz decidiria de plano; se, por outro lado, houvesse controvérsia fática, o processo seguia para o julgamento do júri (*trial by jury*), composto por 12 cidadãos comuns, que fossem, preferencialmente, testemunhas oculares dos fatos.⁵ Este é outro traço característico do processo da *common law*, o julgamento bifurcado - o júri decide questões de fato e o juiz questões de direito.

No julgamento do júri predominava a oralidade, já que o mais comum era que os jurados fossem pessoas iletradas, sem educação formal, portanto, mais suscetíveis à estímulos orais e visuais do que escritos para formar seu convencimento.⁶ O julgamento da *common law* também se fundava no Princípio da Concentração, ou seja, todos os atos instrutórios deveriam ocorrer em uma única e ininterrupta audiência, para evitar que os jurados sofressem assédios ilegais por parte dos litigantes (subornos, ameaças, etc.), bem como diminuir os custos da realização de várias audiências.⁷

O princípio da concentração fazia com que o julgamento do júri, na prática, fosse um “tudo ou nada” para as partes, pois a rigidez do procedimento impedia qualquer difusão de informações antes do *trial*, não havendo nenhuma forma de antever o resultado do processo.⁸ As *pleadings* não conseguiam cumprir esta função de forma satisfatória vez que, o que é alegado não pode gerar a mesma certeza que aquilo que é efetivamente provado, o que só poderia ocorrer perante o júri.

² Subrin, 1987, p. 913.

³ Ibidem, p. 914.

⁴ Reddish, 2012, p. 856.

⁵ Ibidem, p. 857. A ideia era que, em sendo testemunhas oculares dos fatos, os jurados já viriam com conhecimento suficiente sobre a lide e não seria necessária uma grande explanação do caso feita pelas partes.

⁶ Langbein, 2012, p. 534

⁷ Idem, p. 535

⁸ Reddish, op. cit., p. 860

Esse modelo processual possuía diversas outras limitações estruturais: não havia procedimentos cautelares para remediar situações de urgência, nem qualquer rito sumário para causas simples ou de menor valor,⁹ vez que estes procedimentos exigem uma atuação judicial incompatível com o princípio da concentração.

Pensando em suprir todas essas lacunas, por volta do final do século XIV, os britânicos criaram um segundo sistema de Justiça, que ficou conhecido como *Equity*, realizado nas *Courts of Chancery*.¹⁰

Tendo como inspiração o Direito Processual Romano-Canônico, a principal característica do sistema processual de *equity* era a ausência do tribunal do júri, mas não apenas isso: pode-se dizer que o processo civil nas cortes de *equity* era exatamente o oposto do praticado nas cortes de *common law*.

O rito na *equity* poderia ser flexibilizado a depender das contingências de cada caso, a ausência do júri permitia a descentralização da atividade probatória, que seria realizada antes do julgamento, a fim de que, na altura deste, as questões de fato estivessem pacificadas, ou ao menos simplificadas, para o julgamento do juiz. O processo na *equity* era predominantemente escrito, de modo que, as provas produzidas oralmente eram reduzidas a termo e o juiz baseava seu convencimento na leitura de memoriais.¹¹

Ao contrário da *common law*, a *equity* dava um papel menos importante para as *pleadings*, que aqui tinham uma função meramente notificadora (*notice pleading*), trazendo uma exposição sucinta da lide, que serviria tanto para noticiar o juízo (iniciando o processo) como o réu (dando-lhe ciência de que fora acionado).¹² A finalidade da reclamação do requerente não era indicar os fatos que seriam provados no julgamento, mas identificar a controvérsia, indicar sua natureza jurídica e especificar a demanda pretendida.¹³

Aqui, a fase de *pre-trial* não se esgotava em meras alegações trocadas entre si pelas partes (como na outra justiça), mas sim de uma atividade probatória-investigativa, na qual as partes dispunham de técnicas para requisitar a exibição de documentos, o depoimento juramentado de testemunhas ou das próprias partes. Em verdade, estas técnicas de investigação não eram meramente procedimentos pré-julgamento, mas mecanismos de

⁹ Subrin, 1987, p. 927

¹⁰ Langbein, 2012, p. 539

¹¹ Clark, 1925, p. 5

¹² Clark, 1926, p. 530

¹³ Ibidem, p. 531

instrução para um processo judicial no qual não haveria julgamento no sentido da *common law*.¹⁴

Encerrada a fase investigativa e não havendo mais disputas sobre fatos, as partes poderiam requerer ao juiz o julgamento sumário da lide (*summary judgment*), resolvendo apenas as questões de direito¹⁵. Em contrapartida ao que ocorria na *common law*, onde era esperado que os jurados tivessem conhecimento prévio sobre os fatos.

Esta fase investigativa foi capaz de superar o déficit que havia na *common law* de elementos que dessem previsibilidade antes do julgamento. Era comum que aqueles que ingressavam na *common law* movessem uma ação paralela na *equity* quando precisassem usar estes instrumentos.¹⁶

Esta "concorrência" entre as duas Justiças ocorreu, em alguns casos, não apenas na Metrópole como nas colônias britânicas. Alguns Estados como Nova Iorque e Delaware¹⁷ possuíam um sistema judicial idêntico, mantido inclusive após a independência americana.

Já no século XIX, contudo, não havia mais interesse na manutenção de dois sistemas judiciais paralelos, tanto na metrópole quanto nas ex-colônias, foi quando surgiram movimentos unificadores em ambas as regiões. No Reino Unido, a fusão ocorreu em 1873 com o advento do *Supreme Court of Judicature Act*, que consolidou as *Great Courts of Westminster* em uma única Suprema Corte com um regime processual uniforme.¹⁸

Nos Estados Unidos, um marco inicial importante deste movimento unificador foi a promulgação da nova Constituição do estado de *New York*, de 1846, que extinguiu a *Court of Chancery* desse estado, concentrando a jurisdição em uma única corte, e em 1848, foi concebido o *New York Code of Procedure*¹⁹ que unificou os sistemas processuais de *equity* e *law*, sendo o principal precursor da *Federal Rules of Civil Procedure*.

A sistemática adotada pelo *New York Code* era igualmente uma unificação dos antigos sistemas: criou um novo modelo de *pleading* que representava a simbiose da *notice* e *fact pleading*, no qual o demandante não estava obrigado a declarar informações exaurientes a respeito dos fatos da lide, mas, no entanto, não poderia apresentar demanda genérica, devendo

¹⁴ Dodson, 2010, p. 69

¹⁵ Langbein, op. Cit. p. 551

¹⁶ Clark, op. cit, p. 522

¹⁷ Ibidem, p. 529

¹⁸ Cook, 1921, p. 417

¹⁹ Clark, 1925, p. 532

fornecer informações suficientes para demonstrar os elementos da *cause of action*, isto é, um mínimo de embasamento material que ateste uma conduta injusta do *defendant*.²⁰

Publicadas pela Suprema Corte em 1938²¹, as *Federal Rules Of Civil Procedure* surgiram com o objetivo de modificar o Judiciário Federal americano, substituindo as antigas *Federal Equity Rules*, adotaram o modelo de *notice pleading* e instituiu o chamado *Discovery*, profundamente inspirado pelos antigos procedimentos investigativos das *courts of chancery*.²²

A fase de *discovery* foi concebida para preparar os litigantes para o *trial*. Nesta preparação, os *drafters* das *Rules* tinham a expectativa de que as partes seriam direcionadas para um acordo, dispensando a intervenção judicial.²³ A ampla possibilidade de revelação de provas fornece as partes o conhecimento prévio das fraquezas e firmezas de suas demandas, o que torna mais significativa a discussão a respeito de um possível acordo.

Como percebido por Langbein (2012),²⁴ O procedimento consagrado nas *Rules* foi capaz de solucionar o principal problema do processo civil da *common law*, qual seja, a ausência de métodos de investigação sobre fatos, com a implementação do sistema de *Discovery* gerando um processo capaz de direcionar os litigantes para a autocomposição, tornando desnecessária a submissão da lide ao conhecimento do juri e do magistrado, o que, dado as estatísticas, contribuiu para a obsolescência do formato *trial by jury* de julgamento.

3. O DISCOVERY NAS FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE

As *Federal Rules of Civil Procedure* (ESTADOS UNIDOS, 1938) são o corpo de normas processuais que regula o procedimento comum de primeira instância na Justiça Federal americana. Em virtude de seus bons resultados, foi amplamente reproduzida pelas jurisdições estaduais, sendo aplicada integralmente em 35 estados.²⁵

²⁰ Cook, op. cit. p. 418

²¹ O congresso americano, através do *Rules Enabling Act*, autorizou a Suprema Corte a produzir os dois principais regramentos processuais que são usados na Justiça federal, são eles: as *Federal Rules of Civil Procedure* e as *Federal Rules of Criminal Procedure*. Texto integral disponível em: <http://legisworks.org/sal/48/stats/STATUTE-48-Pg1064a.pdf>

²² Langbein, op. Cit. 543

²³ Ibidem, p. 565

²⁴ Em um artigo intitulado “*The Desappearance of Civil Trial in the United States*”, o autor aponta as causas estruturais de tão poucos casos chegarem a fase de *trial*.

²⁵ Hazard, 1998, p. 1021

Discovery é a fase do *pre-trial* na qual as partes estão autorizadas a usar certos métodos de obtenção de informações sobre fatos e reunir provas acerca do caso como uma forma de preparação para o *trial*. É o principal método de investigação e apuração de fatos no processo judicial americano.²⁶

A fase de *pre-trial discovery* está disciplinada entre as Regras 26 e 37 da FRCP²⁷, onde estão contidos os direitos e deveres das partes, arrolados os métodos de obtenção de provas e cominadas as respectivas sanções aplicáveis a eventuais irregularidades.

3.1 PRETRIAL PROCEDURES

A eclosão de relações jurídicas mais complexas, seja de natureza econômica, pública, ou mesmo interpessoal, fez com que a dogmática das FRCP passasse por várias reformas desde sua promulgação, distanciando-se de um modelo adversarial puro, intenção original de seus idealizadores²⁸. No tocante aos procedimentos *pretrial*, as reformas foram no sentido de fornecer ao juiz uma atuação mais participativa durante o *discovery*, vez que o magistrado foi pensado originalmente como um mero observador da atividade investigativa das partes, manifestando-se apenas quando suscitada alguma dúvida jurídica.²⁹

No antigo processo da *common law*, não havia a necessidade do juiz manifestar-se durante o *pretrial*, já que este estava restrito as *pleadings*. A FRCP, adotando um modelo de redução da função das *pleadings*, centralizando o *pretrial* no *discovery*, gerou uma demanda por providências judiciais durante esta fase.³⁰

O juiz passou a figurar como o *administrador* do *discovery*, organizando audiências, estipulando prazos, se manifestando previamente sobre a higidez do procedimento, evitando assim futuros embargos causados pela interposição de diversas petições ao longo do processo.³¹

A fase de *pretrial* é inaugurada com uma audiência chamada *initial conference*, na qual o juiz, com a colaboração das partes, irá promover a organização e planejamento dos

²⁶ *Manual for Complex Litigation*, 2004, p. 49

²⁷ *Federal Rules of Civil Procedure*, obtida em: <https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-v-disclosures-and-discovery/>

²⁸ Resnik, 1982, p. 380

²⁹ Ibidem, p. 383

³⁰ Cook, op. Cit, p. 422

³¹ Langbein, op. Cit. p. 555

procedimentos de *discovery* que se seguirão³². Na sequência da *initial conference* podem ser designados outros encontros das partes com o juiz, quantos forem necessários, a depender da complexidade da causa.³³ Nessas audiências, é recomendado ao juiz primar sempre pela resolução consensual do conflito, induzindo as partes à realização de um acordo. Parte-se da premissa de que a resistência à autocomposição, em casos onde não há questão de direito controvertida, é muitas vezes produto da irracionalidade das partes ou de seus procuradores na interpretação de seu caso, sendo papel do juiz ajudá-los a avaliar melhor as circunstâncias e buscar a resolução mais vantajosa para ambas.³⁴

As audiências do *pretrial* são sintetizadas em um ato judicial decisório nomeado *pretrial order*,³⁵ pelo qual o juiz solucionará as questões de processuais pendentes, manifestando-se sobre as eventuais controvérsias que surgem no curso do *discovery*.

3.2 DISCOVERY – DISPOSIÇÕES GERAIS

A regra 26 estabelece as disposições gerais acerca do *discovery*; o dever geral de revelação de provas, que se subdivide no dever de revelação imediata, independente de requerimento (*initial disclosures*)³⁶ e na colaboração com os pedidos de exibição para as demais provas; e o escopo do *discovery*, isto é, o conjunto de matérias que estão sujeitas a divulgação.³⁷

Initial disclosures são informações que devem ser reveladas de imediato, assim que a *discovery* é iniciada, independente de requerimento e aplicadas conforme a natureza jurídica da causa, são elas: o rol de testemunhas, com suas qualificações, contatos e os respectivos fatos sobre os quais irão testificar; cópias de documentos e informações eletronicamente armazenadas; e os cálculos de danos e contratos de seguro.³⁸ Se a parte não as revelar no momento próprio, não poderá utilizá-las a seu favor no *trial*, salvo se esta carência for substancialmente justificada ou não ficar evidenciado prejuízo efetivo para a parte contrária.³⁹

³² *Manual for Complex Litigation*, op.cit, p. 36

³³ 16(b), FRCP

³⁴ Esta é, em síntese, a política adotada pela Suprema Corte no tocante a administração dos procedimentos de *discovery* pelos juízes das Cortes Distritais, a conciliação deve ser sempre o objetivo principal durante o processo.

³⁵ 16(b)(3), FRCP

³⁶ 26(a), FRCP

³⁷ 26(b)(1), FRCP

³⁸ 26(a)(1)(A), FRCP

³⁹ 37(c)(1), FRCP

Os demais meios de prova, que eventualmente, a depender dos fatos alegados, far-se-ão presentes no processo, deverão ser revelados mediante requerimento, feito diretamente pela parte interessada ao seu adversário, o que prescinde de qualquer ordem judicial. Estes requerimentos diretos são instrumentalizados pelo *service of process*.⁴⁰

As partes dispõem ainda do instrumento chamado *subpoena*, expediente usado quando terceiros são alvo das diligências do discovery, seja como testemunhas ou para exibir documento ou coisa que esteja em sua posse. A *subpoena* possui a mesma coercibilidade de um mandado judicial, posto que seu descumprimento injustificado é passível de medida punitiva.⁴¹

As partes podem requerer, em tese, a revelação de qualquer informação relevante para o caso, ou seja, que seu adversário possa usar para validar suas pretensões em juízo, seja ela admissível ou não no *trial*.⁴² Uma informação que seja alvo de diligências durante o *discovery* não necessariamente será admissível em um eventual julgamento.⁴³ Deste modo, pode-se perceber a existência de duas categorias distintas: o *Discoverable* e o *Admissible (at trial)*, sendo esta última disciplinada pelo regramento probatório especial e sujeitas a valoração e ao juízo de admissibilidade do magistrado, que, instaurado o derradeiro julgamento, observará os critérios de relevância e confiabilidade⁴⁴ do meio de prova requerido, rejeitando os desnecessários ou meramente protelatórios.⁴⁵

Não obstante, em algumas situações ocorre a escusa deste dever. A revelação de informações não será obrigatória quando dela resultar algum tipo de prejuízo, moral ou material, para a parte, devendo esta requerer a corte uma *protective order*, seja para proteção de informação já divulgada ou para prevenir que informações sejam divulgadas durante o discovery.⁴⁶ A parte requerente deve demonstrar que já tentou, sem sucesso, resolver a questão diretamente com seu adversário.⁴⁷

Certas informações gozam de proteção legal para permanecerem acobertadas, são os chamados *evidenciary privilege*; p. ex., o documento ou resposta (em interrogatório) que

⁴⁰ 26(d) e (f), FRCP

⁴¹ Disciplinada pela Rule 45, é normalmente expedida pelo *Clerk*, uma espécie de auxiliar da Justiça.

⁴² 26(b)(1), FRCP

⁴³ A admissibilidade das provas é regulada pelas *Federal Rules of Evidence*, diploma que concentra todas as normas de direito probatório federal, tanto para o processo civil quanto penal.

⁴⁴ ARTICLE IV, Rule 401-403, FRE

⁴⁵ Um exemplo de prova inadmissível no trial é o chamado *hearsay* (boato), quando uma testemunha narra um fato que não conhece, mas sim que (supostamente) ouviu de terceiro

⁴⁶ 26(c), FRCP

⁴⁷ 26(c), FRCP, parte final

implique auto-incriminação da parte,⁴⁸ ou ainda fatos oriundos exclusivamente do trabalho investigativo dos advogados e seus assistentes (*work product privilege*).⁴⁹

Quando o juiz rejeita as justificações de escusa, imediatamente ordena a revelação, ressalvada a aplicação de quaisquer das sanções da regra 37.⁵⁰

É igualmente garantido que os custos das diligências durante o *pretrial* não podem vir a exceder o valor da causa, cabendo ao juiz, em colaboração com as partes, ponderar sobre os meios de prova solicitados, deferindo apenas os mais adequados e menos custosos para a averiguação dos fatos.⁵¹

3.3 MÉTODOS DE DISCOVERY EM ESPÉCIE

Entre as regras 27 a 36 estão tipificadas as técnicas de obtenção de provas. São reconhecidos cinco métodos distintos de *discovery*: *Depositions*; *Interrogatories*; *Requests for production*; *Physical and mental examination*; e *Requests for admissions*.

3.3.1. *Depositions*

Os *Depositions* (depoimentos) consistem na colheita de prova através de interrogatórios orais, normalmente realizada fora da corte,⁵² que permite a parte interpelar seu adversário, as testemunhas arroladas pelo mesmo, ou ainda formular quesitos para um eventual perito. Os depoentes fazem suas declarações mediante juramento, tal qual seria feito no *trial*, portanto incorrem nas sanções previstas caso falem com seu compromisso.

O contraditório e a ampla defesa são garantidos já nesta fase, posto que, quando uma parte requisita o *deposition* de alguma das testemunhas arroladas por seu adversário, este deve ser notificado previamente para que tenha a oportunidade de participar e possa ser realizada a chamada *cross-examination*.⁵³

⁴⁸ *Fifth Amendment, United States Constitution*

⁴⁹ 26(b)(3), FRCP

⁵⁰ 26(c)(2), FRCP

⁵¹ 26(b)(2), FRCP

⁵² 28(a), FRCP

⁵³ 30(b)(1), FRCP

É a diligência de *discovery* que objetiva a obtenção das provas orais intituladas *testimony* (testemunho)⁵⁴. No Direito brasileiro há a distinção entre a prova oral produzida por uma das partes (depoimento pessoal), por terceiro (prova testemunhal) e por terceiro na qualidade de perito (prova pericial ou testemunha técnica). O mesmo não se verifica no Direito americano, onde estes três meios de prova oral estão enquadrados na categoria de *testimony*, sendo o perito uma testemunha qualificada, a *expert witness*.⁵⁵

A *expert witness* é utilizada quando necessário conhecimento técnico na investigação dos fatos, e consiste na designação de um especialista na área em questão, selecionado individualmente ou em comum acordo pelas partes.⁵⁶ Seus honorários e os demais custos são arcados completamente pela parte solicitante, ou por ambas a depender do caso.⁵⁷

As partes em comum acordo devem determinar o local da realização dos *depositions*, que usualmente ocorre no escritório do advogado requerente, ou, em alguns casos, a corte pode dispor de local próprio para isso. Os depoimentos e a inquirição feita pelos procuradores das partes deverão ser feitos na presença do *reporter*, um funcionário do tribunal que tem o trabalho de eternizar os *depositions* para uso posterior, por meio de recurso de gravação audiovisual ou reduzindo-os a termo.⁵⁸

Uma vez realizado o *deposition*, ocorre a estabilização do testemunho, ou seja, o depoente não poderá apresentar narrativa diversa quando inquirido novamente sobre os mesmos fatos, seja no *trial* ou ainda durante o *discovery*.⁵⁹ *Witnesses* e *expert witnesses* também estão entre as *initial disclosures*, isto significa que a parte que deixar de divulgar suas testemunhas no momento próprio não poderá vir a utilizá-las a seu favor no *trial*.⁶⁰

3.3.2 *Interrogatories*

Outro tipo de *discovery* são os (*written*) *Interrogatories*, perguntas escritas submetidas por uma das partes à outra, às testemunhas arroladas ou ao perito, devendo ser respondidas

⁵⁴ Hazard, Taruffo, 1995

⁵⁵ 26(a)(2), FRCP

⁵⁶ 26(a)(2)(A), FRCP

⁵⁷ O *expert* é um profissional qualquer, não um funcionário da corte, portanto, as partes acertam honorários contratuais diretamente com o mesmo.

⁵⁸ 28(a)(1)(A), as regras usam o termo *officer*, *reporter* é um termo de praxe para designar este profissional

⁵⁹ 32(a), FRCP

⁶⁰ Vide nota 39

dentro de um prazo de 30 dias,⁶¹ ou outro estipulado pelas partes. Assim como nos *depositions*, as respostas dadas pelo interrogado não podem ser alteradas posteriormente. A ausência de resposta dentro do prazo ou a recusa injustificada em responder os quesitos acarreta a presunção de veracidade sobre as alegações que estavam sendo provadas através do interrogatório.⁶² Em virtude das pesadas sanções, o juiz pode suspender a submissão de *interrogatories* até que todas as diligências de discovery estejam concluídas.⁶³

O produto dos *interrogatories* normalmente não é utilizado no *trial*, no entanto as respostas auxiliam os advogados na realização de um posterior *deposition*.⁶⁴

3.3.3 *Request for admissions*

Semelhantes aos *interrogatories*, mas não idênticos, são as *Request for admissions*: declarações escritas de fatos sobre o caso que são submetidas à uma das partes, devendo esta afirmá-las ou negá-las.⁶⁵ Dentro de 30 dias,⁶⁶ a parte requerida deve fornecer suas respostas, as declarações admitidas serão tratadas pelo juízo como fatos incontroversos, dispensando comprovação no julgamento, bem como ficam estáveis, tornando-se imutáveis para os demais atos processuais.⁶⁷

As respostas negativas devem ser especificadas, não podendo a parte requerida apresentar uma negativa genérica.⁶⁸ Quando se abstêm de admitir, a parte requerida deve justificar as razões de não poder responder, e se alegar especificamente a falta de conhecimento sobre o fato, deve demonstrar que, mesmo usando os recursos investigativos do discovery, não pode obter informações suficientes para responder.⁶⁹

O escopo das *request for admission* tem uma extensão menor do que o estipulado na regra 26(b). O conteúdo das afirmações elaboradas pela parte devem dizer respeito aos fatos, a aplicação da lei aos fatos alegados, ou a autenticidade de documentos já revelados.⁷⁰

⁶¹ 33(b)(2), FRCP

⁶² 37(b)(2)(A), FRCP

⁶³ 37(b)(2)(A)(iv), FRCP

⁶⁴ Manual for Complex Litigation, 2004, p. 90

⁶⁵ Hazard, James, Leubsdorf, 2001, p. 274

⁶⁶ 36(a)(3), FRCP

⁶⁷ 36(a)(6), FRCP

⁶⁸ 36(a)(4), FRCP

⁶⁹ 36(a)(4), parte final, FRCP

⁷⁰ 36(a), FRCP. O objetivo é evitar que a parte respondente seja induzida a confessar fatos sobre os quais não tenha conhecimento suficiente, ou talvez desconheça por completo.

3.3.4 *Request for production (Producing Documents, Electronically Stored Information, and Tangible Things, or Entering onto Land, for Inspection and Other Purposes)*

Request for production é o método pelo qual a parte pode ter acesso a todos os documentos e objetos físicos que estejam em posse de seu adversário e que tenham alguma relação com a causa. A solicitação é feita através de pedidos escritos que devem indicar especificadamente quais documentos e coisas estão sendo demandados, o que deve respeitar os limites da regra 26(b).⁷¹

Por meio da *request for production*, pode a parte requerente ter acesso a todos os documentos, fotografias, gráficos, imagens, gravações, entre outros dados, sejam eles físicos ou armazenados em qualquer mídia eletrônica, os quais devem ser disponibilizados no formato que estiverem, ou, quando necessário, convertidos em alguma forma utilizável pelo demandante (tradução, descritografia, etc.).⁷² Pode ainda ser usada para permitir a entrada em terras, edificações ou outros bens imóveis possuídos ou controlados pela parte respondente, de modo que a parte requerente possa inspecionar, medir, retirar amostras, pesquisar ou fotografar a propriedade ou qualquer atividade nela.⁷³ Quando o documento ou coisa está em posse de terceiro, a este pode ser requisitada a produção mediante *subpoena*.⁷⁴

3.3.5 *Physical and mental examination*

A regra 35 da FRCP trata do pedido para avaliação física e mental das partes. Quando a integridade física ou mental de uma parte for questionada, o juiz, mediante requerimento,⁷⁵ pode ordenar que a parte se submeta a um exame físico ou mental, realizado por um médico.

É o único método de discovery que está sujeito a um exame prévio de admissibilidade pelo julgador, não há previsão de requerimento direto entre as partes.⁷⁶

Uma vez realizado o exame, o relatório do médico é tido como um documento em posse da parte que requereu o exame, portanto, pode a parte examinada requerer sua revelação

⁷¹ 34(a), FRCP

⁷² Manual for Complex Litigation, 2004, p. 74

⁷³ 34(a)(2), FRCP

⁷⁴ 34(c), FRCP, vide nota 41

⁷⁵ 35(a)(1), FRCP

⁷⁶ Hazard, James, Leudsborf, op. cit.

mediante *request for production*. Se a parte submeteu-se ao exame de bom grado, não poderá alegar a existência de *privilege* sobre o fato, nem questionar seu mérito posteriormente.⁷⁷

4. SOBRE A LEGITIMIDADE DO MODELO ADVERSARIAL DE GESTÃO DA PROVA

Muito embora tenham representado um grande avanço no desenvolvimento da processualística anglo-americana, e demonstrado, sobretudo, resultados práticos incrivelmente satisfatórios no que se refere a concretização de um processo judicial que alcança efetivamente seus objetivos, os procedimentos de discovery foram por demais contestados ao longo de sua existência, tanto pela academia como por operadores do direito em geral, principalmente em virtude de seu caráter excessivamente liberal de reduzir (ou praticamente extinguir) os poderes instrutórios do juiz, o que contrasta com o modelo processual das jurisdições de *Civil Law*, que, em tese, teriam o estado-juiz como um protagonista da relação processual.

Situações conflitantes, como a descrita no capítulo 6 do presente, são produto do contraste entre as diferentes concepções de jurisdição e o papel do juiz nas culturas jurídicas de *civil law* e *common law*.

4.1 OS SISTEMAS PROCESSUAIS DE *CIVIL LAW* E *COMMON LAW* (INQUISITORIAL X ADVERSARIAL)

É comum a assunção de que nos ordenamentos jurídicos de *common law* e *civil law* prevalessem respectivamente os modelos processuais *adversarial* e *inquisitorial*, quando se pretende sintetizar em categorias gerais o *modus operandi* das jurisdições nas referidas culturas; no primeiro, a condução e instrução do processo são desenvolvidas pelas partes, no segundo, é o órgão judicial quem comanda a marcha processual⁷⁸. Esta dicotomia subsiste ainda que o sincretismo manifesto na legislação e nos regimentos judiciários de ambos os mundos jurídicos não mais nos permitam delinear uma separação tão peremptória. Parte da doutrina vincula sua análise à existência de aspectos inquisitoriais e adversariais presentes na

⁷⁷ 35(b)(1), FRCP

⁷⁸ Didier, 2016, p. 208

legislação e na prática judiciária de cada nação, que podem manifestar-se em relação a vários temas: instauração do processo, produção de provas, delimitação do objeto litigioso, etc.⁷⁹

O tópico dos modelos processuais é, com efeito, um dos temas que mais desperta uma animosidade entre aqueles que pensam o direito processual, em virtude da inevitável polarização de discursos provocada. Nestas situações, é comum que os argumentos ideológicos tomem o lugar de uma defesa racional e científica da adoção de um ou outro modelo ou elementos específicos de cada um, o que, diga-se de passagem, é até certo ponto compreensível dado a proximidade da ciência jurídica às estruturas de poder da sociedade.

Quando se discute modelos processuais, está se discutindo, na prática, quais as funções dos sujeitos do processo, quais atividades devem ser atribuídas às partes e quais poderes possui o juiz na condução dos procedimentos. É certo que não se deve confundir um conceito abstrato, um verbete de dicionário, com as realidades concretas que lhe dão significado, por isso, faz-se necessário delinear, de modo geral, quais fenômenos jurídicos estão sendo analisados. Sobre isso, disserta TARUFFO (2003):

“[...] vale a pena observar que a construção dos modelos (uso intencionalmente esse termo para sublinhar que o modelo não existe na natureza, mas é - precisamente - construído) não pode ser arbitrária, se quer tender a representar objetos efetivamente existentes; porém, seja como for, é obra de quem estuda e analisa um ou vários ordenamentos e extrai do respectivo conhecimento os "tipos ideais" que parecem idôneos para representar os traços essenciais desses ordenamentos.”⁸⁰

Inicialmente, o modelo processual de *common law* foi identificado com um processo eminentemente oral, cujos atos instrutórios estariam concentrados em uma audiência única, na qual as partes tomam as rédeas da atividade probatória, direcionada à formação do convencimento do júri, que faria o juízo de valor sobre as questões de fato em disputa; e o juiz, por sua vez, exerceria um papel passivo, realizando apenas a interpretação da lei, quando esta fosse incerta.⁸¹ Aqui, o princípio do *ne procedat iudex ex officio* vige durante todo o procedimento, não apenas no início. Posteriormente, como já exposto no presente trabalho, as

⁷⁹ Taruffo, 2003, p. 4

⁸⁰ TARUFFO, Michele. **Observações Sobre os Modelos Processuais de Civil Law e de Common Law.** Revista de Processo. 2003, p. 5

⁸¹ Taruffo, 2008, p. 210

funções do juiz americano se expandiram em decorrência do surgimento da fase de *pre-trial*, que, na maioria dos casos, dispensava o julgamento do juri bem como reinvidicava uma maior atuação do juiz para resolver as questões processuais muito comuns durante o *discovery*;⁸² o que, de certa forma, descaracterizou alguns elementos essenciais do modelo adversarial clássico. No Reino Unido, o juri é raramente utilizado no processo civil atual, dando lugar a julgamentos presididos por juizes profissionais, tal qual no modelo continental.⁸³

O modelo inquisitorial é mais difícil de ser definido, vez que, há pouca uniformidade entre as legislações processuais das nações ditas de *civil law*. É possível destacar, no entanto, que um ponto em comum nas jurisdições de *civil law* é a proeminência do juiz na relação processual, cuja ampla atividade oficiosa está autorizada expressamente pela legislação.⁸⁴ Sendo sua função encontrar a verdade real sobre o caso que lhe fora submetido, pode determinar a produção de provas de ofício, bem como indeferir os requerimentos de provas que entender desnecessárias.⁸⁵ O juiz, no modelo inquisitorial, é tido como o (principal) destinatário da atividade probatória das partes, sendo seu dever investigar e encontrar a verdade sobre os fatos. Acerca da identificação de um modelo processual de *civil law*, vale reproduzir a crítica contundente de Michele Taruffo:

“[...] a idéia de um modelo homogêneo do processo de *civil law* foi e é uma *fictio conceptual* que mascarou e confundiu a realidade efetiva dos principais ordenamentos da Europa continental [...] essa realidade diversificada terminou-se por sobrepor um modelo teórico unitário não só bastante vago e indeterminado em suas linhas fundamentais, mas desprovido, ademais, de correspondência real com qualquer dos tipos de efetiva uniformidade das disciplinas processuais que pretendia descrever.”⁸⁶

4.2 CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOS MODELOS PROCESSUAIS

Historicamente, é possível identificar a origem dos sistemas jurisdicionais de *civil law* e *common law* como parte da evolução política e jurídica, tanto da Europa continental quanto do mundo anglo-saxão. Os movimentos constitucionais em ambas as regiões se desenvolveram de modo que os valores político-jurídicos fundamentais originaram as respectivas concepções de jurisdição descritas acima.

⁸² Vide ponto 3.1 deste trabalho

⁸³ Hazard, 1998, p. 1020

⁸⁴ Didier, op. Cit. p. 209

⁸⁵ Moreira, 2003, p. 58

⁸⁶ Taruffo, 2003, p. 220

As origens do modelo jurisdicional de *civil law* estão intimamente ligadas ao desenvolvimento político da Europa continental, sobretudo a partir das grandes rupturas ocorridas nos séculos XVIII e XIX, com destaque para a Revolução Francesa em 1789, o posterior Regime Napoleônico e as Revoluções de 1848, ocorridas em várias nações.⁸⁷ Estas transformações, inicialmente de cunho político, se caracterizaram pela ascensão de grupos reformadores que, inspirados pelos ideais iluministas, pretendiam romper a continuidade do, posteriormente denominado, Antigo Regime, isto é, substituindo as antigas estruturas políticas de natureza aristocrática, por regimes republicanos, de ordem democrática. Esta nova ordem pública demandava uma ordem jurídica igualmente nova, que estaria assentada na supremacia do Poder Legislativo, que, mediante o processo constitucional de criação de leis, determinaria como deve ser a atuação do judiciário, ao qual restou atribuída a função de compor as disputas entre indivíduos ou grupos civis insurgentes na sociedade.

Desta forma, é possível entender as razões dos estados da europa continental (ou de outras regiões, mas com sistema judicial é baseado neste) a repudiarem um procedimento como o de *pretrial discovery*, conforme descrito no capítulo anterior. O juiz de *civil law* deve conduzir o procedimento na forma da lei, se a legislação lhe atribuiu a função de gerir a produção de provas e investigar os fatos dos casos que julga, é esta a função que irá desempenhar.⁸⁸

O sistema adversarial dos países de *common law*, por sua vez, pode ser igualmente lastreado com os respectivos movimentos constitucionais dos Estados Unidos e do Reino Unido. As Constituições britânica⁸⁹ e americana foram pioneiras em consagrar expressamente os direitos e garantias individuais, partindo da perspectiva de que deve haver um certo grau de autonomia da sociedade civil em face do Estado. A insituição do juri e sua prática é, talvez, o exemplo mais eminente disso. O juri surge como uma garantia de que o indivíduo não será privado de seus bens ou de sua liberdade pelas mãos de um agente estatal (juiz), senão pela decisão de um tribunal colegiado formado por cidadãos comuns, isto é, pessoas que, em tese, estariam na mesma condição social que ele. A lide é produto das interações privadas entre os indivíduos, portanto, é a estes que interessa precipuamente a sua resolução, a jurisdição é vista como um mecanismo de pacificação social necessariamente subsidiário. A vedação a ingerência do julgador sobre a produção de provas é, da mesma maneira, uma garantia do

⁸⁷ Hazard, op. Cit. p. 1026

⁸⁸ Idem, 1027

⁸⁹ Não há uma Constituição escrita do Reino Unido, aqui faz-se referência à um conjunto de Leis, costumes, princípios e práticas institucionais que servem de fundamento para a ordem pública britânica

jurisdicionado, que visa preservar a imparcialidade do magistrado, o qual deve permanecer inerte, deixando que as partes deduzam suas pretensões livremente e da forma que acharem mais adequada.⁹⁰

4.3. A FUNGIBILIDADE DOS MODELOS CLÁSSICOS E A POSSIBILIDADE DE UM SISTEMA PROCESSUAL “MISTO”.

Na atualidade, é perceptível um flagrante envelhecimento da clássica dicotomia adversarial-inquisitorial. Os visíveis efeitos da Globalização sobre os sistemas de litigância ao redor do mundo, o aumento do comércio internacional, gerando uma cada vez mais crescente demanda para que estados e instituições privadas forneçam mecanismos unitários de resolução de conflitos, contribuíram para um estreitamento dos sistemas jurisdicionais de *civil law* e *common law*.⁹¹ Como já destacado no presente trabalho, embora não atue diretamente na investigação dos fatos, o juiz de *common law* não mais figura como um árbitro passivo da disputa entre as partes, dado o acentuado aumento do seu *Managerial Role* nas últimas décadas. A figura do Tribunal do Juri, igualmente icônica na *common law*, praticamente não é mais utilizada no Reino Unido, onde agora atuam unicamente juízes de carreira nos julgamentos (tal como na tradição continental); nos Estados Unidos, muito embora seja uma garantia constitucional, reproduzida expressamente nas FRCP, o baixíssimo número de casos que seguem à fase de *trial*, tornaram a instituição do juri efetivamente dispensável.

A maioria das nações de *civil law* não mais seguem rigorosamente o (suposto) modelo inquisitorial, muitas desenvolveram procedimentos de investigação probatória preliminar, semelhantes aos do modelo adversarial;⁹² não mais subsiste a subordinação das partes ao juiz, fala-se muitas vezes em cooperação entre os sujeitos processuais, isto é, distribuição de tarefas orquestrada por um dever geral de colaboração que vincula todos os participantes do processo.⁹³ As jurisdições onde há espaço para a atuação oficiosa do juiz dificilmente aceitam a alcunha de inquisitoriais, até pelo *quid* pejorativo da expressão, que implica uma associação com formas de poder autoritárias do passado.

⁹⁰ Taruffo, 2009, p. 236

⁹¹ Hazard, Taruffo, 1997, 495

⁹² Podemos citar como exemplos a “fase preliminar”, no *Zivilprozessordnung* austríaco, e a “*La communication des pièces*” no CPC francês

⁹³ Didier, op cit. apud Nunes, 2008, p. 2015

Na esteira deste movimento unificador (ou ao menos renovador) dos modelos processuais clássicos, é ainda concebível a conceituação dos dois modelos a partir de um ponto específico que nos parece ser o núcleo de um julgamento: a gestão das provas. Uma das funções fundamentais do processo de conhecimento é a elucidação dos fatos que restaram controvertidos após as alegações iniciais das partes, as chamadas questões de fato. Neste ponto, a atividade probatória é imprescindível, pois apenas fatos efetivamente provados podem ser aproveitados pelo julgador em seu *decisum*. A partir desta perspectiva, um determinado ordenamento processual seria definido pelo modelos de gestão probatória que adota, sendo adversarial se exclusivo das partes, ou inquisitorial se privativo da magistrado (com permitida delegação às partes).⁹⁴

A maioria dos ordenamentos de *civil law* na atualidade possuem um sistema no qual tanto as partes como o juiz participam ativamente da instrução processual, aqueles possuindo o ônus de provar os fatos que alegaram, e este capaz de determinar a produção de provas de ofício caso entenda que o trabalho das partes foi insuficiente para formar seu convencimento. Fala-se, portanto, na existência de um sistema jurisdicional misto adotado nos países de *civil law*, onde os poderes intrutórios do juiz colaboram com a iniciativa probatória das partes.

É importante destacar que a estrutura processual civil americana, apesar de se enquadrar no modelo adversarial, conforme regulado e praticado atualmente, apresenta elementos que podem enquadra-lo em ambos os sistemas: o procedimento de *pretrial discovery* coloca as partes como protagonistas da atividade instrutória-investigativa apenas no espefícido momento de pré-julgamento, durante o *trial*, é o juiz o encarregado da gestão das provas, fazendo um juízo de admissibilidade sobre sua validade, ressalvada a competência do juri para conhecê-las e julgá-las.⁹⁵

5. SOBRE A EFETIVIDADE DO MODELO ADVERSARIAL DE GESTÃO DA PROVA

É sabido que nos Estados Unidos há uma tendência sistemática a resolução dos litígios por meio de acordos, onde pouquíssimas causas efetivamente vão a julgamento. Ocorre que, além de elementos próprios do sistema que tornam o julgamento desinteressante, isso se deve

⁹⁴ Taruffo, 2009, p. 248

⁹⁵ Vide ponto 3.2 do presente trabalho

fundamentalmente a adoção do procedimento da FRCP, que permite às partes o conhecimento prévio dos fatos probandos, tornando desnecessário o julgamento.

Faz-se necessária a reprodução de alguns dados estatísticos.

Até 1936, as vésperas da promulgação das FRCP, um quinto de todos os processos civis que foram arquivados nos tribunais federais foi resolvido no julgamento. O restante terminou já na fase postulatória (de forma terminativa), ou foram resolvidos antes do julgamento (acordos).⁹⁶ Essa porcentagem de um quinto foi "uma minoria, mas uma minoria muito substancial. A prática civil ainda era, em uma medida bastante significativa, uma prática de julgamento."⁹⁷

Em 1940, a proporção de casos julgados diminuiu para 15,2% . Em 1952, o valor era de 12%; em 1972, 9,1%; em 1982, 6,1%; em 1992, 3,5%. Até o ano de 2002, apenas 1,8% dos processos civis federais terminaram na fase decisória, e apenas 1,2% com julgamentos do júri. Na esfera estadual, onde a maioria dos litígios civis ocorre, a quantidade de julgamentos diminuiu à metade entre 1992 e 2005 nos 75 *counties* (municípios) mais populosos do país. Em 2002, 0,6% de todas as causas nas jurisdições estaduais chegaram ao julgamento do júri.⁹⁸ Assim, na justiça civil americana, a submissão dos conflitos a julgamento, que era rotineira, passou a ser incrivelmente rara.

Em termos funcionais, um sistema de processo civil possui dois objetivos principais: investigar os fatos da lide e resolver as questões de fato ou de direito que permanecem em disputa. Destas funções, investigar e resolver questões de fato são as principais quando se busca a autocomposição das partes. Quando as partes conhecem plenamente os fatos de sua causa, sabem quais são suas chaces de êxito, e é a certeza sobre os fatos em disputa que incentiva as partes a buscarem um acordo. Assim, quanto melhor for um sistema de processo civil em investigar e esclarecer os fatos, mais acordos serão realizados.

Como já dito no presente, investigar os fatos foi durante séculos uma fraqueza crítica das cortes de *common law*, que não ofereciam ao jurisdicionado nenhum meio para localizar ou forçar a exibição de provas documentais nas mãos de seu oponente ou de um terceiro, bem como, sem outra oportunidade senão o julgamento do júri para inquirir uma testemunha

⁹⁶ Subrin, op. Cit, p. 928

⁹⁷ Informação verbal de Sunderland, reproduzida por: Clark, 1959, p. 9

⁹⁸ Resnik, 2003, p. 177

adversa. Somente nos tribunais de *Equity*, livres do júri, foi possível que os litigantes obtenham testemunhos e provas documentais antes do julgamento.

Os redatores das *Federal Rules* tinham como principais objetivos: unificar os dois sistemas processuais da jurisdição federal, e centralizar os procedimentos *pre-trial* no *discovery*, não mais nas *pleadings*. O regime de *discovery* das *Federal Rules* no formato de “*party controlled pre-trial fact gathering*”, associado ao crescente papel de *Managerial* do juiz, tiveram o efeito de dispensar o julgamento na maioria dos casos, fazendo com que as partes cheguem a autocomposição já na fase de pré-julgamento.⁹⁹

A descoberta dos fatos da lide é certamente mais eficiente que meras alegações iniciais direcionam as partes para a realização de um acordo. Sobre este ponto, alega Sunderland, principal idealizador do procedimento de *discovery*:

“[...] one of the greatest uses of judicial procedure is to bring parties to a point where they will seriously discuss settlement [...] the pleadings seldom disclose a basis upon which a settlement can be reached. It is not what a party asserts, but what he can establish by proof that shapes settlement [...] Many a case would be settled [...] if the true situation could be disclosed before the trial begins.”¹⁰⁰

A realização de acordos sempre é satisfatória para ambas as partes, mesmo para a que assumiu a derrota e terá que pagar alguma quantia à outra, pois a sentença, ou o veredicto do júri, poderia lhe ser ainda mais desfavorável, o que seria associado aos custos da continuação do processo, até atravessando instâncias recursais. Assim, o procedimento de *pretrial discovery*, além de desonerar o juiz de primeira instância, permitindo que o mesmo se dedique as causas onde há efetivamente questões de direito a serem decididas; evita o acionamento das demais instâncias do Judiciário, o que certamente aconteceria em decorrência da insatisfação da parte que sair derrotada no julgamento.

⁹⁹ Subrin, op. cit. p. 948

¹⁰⁰ Clark, 1959, p. 58

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho se propôs a analisar o chamado modelo adversarial de processo civil, mais precisamente, sob o aspecto da gestão da prova, isto é, o regime jurídico da instrução probatória. O sistema processual civil americano foi identificado como uma realização concreta do referido modelo processual, e, portanto, tomado como exemplo de como deve funcionar um procedimento jurisdicional nos moldes adversariais.

A história da organização judiciária do Reino Unido e de suas colônias ao longo do último milênio, com destaque a “concorrência”, que ocorreu por quase sete séculos, entre as *Court of Common Law* e as *Courts of Chancery*, indica que prevaleceu, por força de resultados práticos, o procedimento desta, o qual se caracterizava por uma descentralização da atividade instrutória, que permitia as partes efetivamente investigar e ter um conhecimento pleno sobre seu litígio, para que, portanto, possam avaliar melhor as circunstâncias. A unificação dos dois sistemas culmina na concepção do ordenamento processual civil americano atual.

No modelo de processo consagrado nas FRCP, o procedimento de *Discovery*, que ocorre na fase de *pretrial*, permite que as partes adquiram informações sobre o seu caso, através de mecanismos tais como os *depositions* ou as *requests for production*, o que funciona como uma verdadeira antecipação do julgamento final, pois as provas orais colhidas não podem ser modificadas posteriormente e a falta de colaboração das partes pode levar a aplicação de sanções. A colheita de provas é feita por meio de requerimentos diretos entre as partes, pois o trabalho de investigação fica a cargo exclusivamente das mesmas, o juiz apenas decide acerca da existência ou não do dever de revelar a prova.

Um procedimento como este suscita uma discussão acerca do papel dos sujeitos processuais dentro da relação processual, isto é, quem tem o direito/dever de instruir o processo, de buscar a verdade sobre os fatos e efetivamente solucionar as controvérsias. Sobre estas questões surgem duas respostas distintas: a *inquisitorial*, dizendo que deve haver um primado do controle estatal sobre as controvérsias privadas dos cidadãos; e a *adversarial*, se os particulares criaram a disputa, então devem ser eles donos dos meios para solucioná-la.

Conclui-se, portanto, que restou provado que o procedimento conhecido nos Estados Unidos da América como *Discovery*, corolário do modelo adversarial de processo, é legítimo pois concebido sob a égide de um Estado Democrático de Direito, que respeita a autonomia individual, bem como porque não há que se falar mais em grandes distanciamentos

dogmáticos nos sistemas processuais de *Civil Law* e *Common Law*, ambos demandam por procedimentos mais eficientes, sendo a crescente litigância internacional o principal impulsionador disto; e é efetivo, pois, fornece meios mais robustos para a conciliação e, ao deslocar a competência da investigação sobre os fatos para as partes, desonera o Poder Judiciário das causas que aqueles podem resolver entre si, que são a ampla maioria, diminuindo os custos da máquina pública, permitindo que o juiz se dedique aos casos mais complexos, nos quais sua atuação é imprescindível.

REFERÊNCIAS:

BARDA, Ela; ROUHETTE, Thomas. The French Blocking Statute and Cross-Border Discovery. **Defense Counsel Journal**. Vol. 83, nº 3. 2014. Disponível em: <http://www.iadclaw.org/publications-news/defensecounseljournal/the-french-blocking-statute-and-cross-border-discovery/> acesso set. 2017

CARVALHO FILHO, Antônio. **Obtenção Transnacional De Prova Em Matéria Civil E Comercial**. Paper (Mestrado em Processo Civil) – Universidade de Coimbra, 2004. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Obten20transnacional%20de%20prova%20em%20mat%C3%A9ria%20civil%20ou%20comercial%20-%20artigo.pdf>

CLARK, Charles E. History, Systems and Functions of Pleading. **Virginia Law Review**. Richmond, Quadrimestral 1925 p. 517-552. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers>. acesso set. 2017.

COOK, Walter. Statements of Fact in Pleading under the Codes. **Columbia Law Review**. Quadrimestral 1921. Paper 4023. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4023. acesso set. 2017.

CLARK, Charles E. Edson Sunderland and the Federal Rules of Civil Procedure. **Michigan Law Review**. vol. 58. P. 6-12, jan. 1959. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/5636. acesso set. 2017.

COHN, Sherman L. Federal Discovery: A Survey of Local Rules and Practices in View of Proposed Changes to the Federal Rules. **Minnesota Law Review**. vol. 63:253, jan. 1979. Disponível em: <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1598> acesso set. 2017

DODSON, Scott. New Pleading, New Discovery. **Michigan Law Review**. vol. 109, 2010. P. 54-88. Disponível em: <http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/1119> acesso set. 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo: RePro**, v. 36, n. 198, p. 213-225, ago. 2011. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/364050/>

ESTADOS UNIDOS. **Federal Rules of Civil Procedure**. 1938. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/sites/default/files/rules-of-civil-procedure.pdf> acesso set. 2017

FEDERAL JUDICIAL CENTER. **Manual for Complex Litigation**. Washington: FJC, 2004, Fourth Edition.

FLEMING, James; HAZARD, Geoffrey, LEUDSBORF, John. **Civil Procedure**. 5th. Edition. Pittsburg: Foundation Press, 2001.

FRANÇA. **Code de Procédure Civile**. Décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716> acesso set. 2017

HAZARD JR, Geoffrey C. Discovery and the Role of the Judge in Civil Law Jurisdictions. **Notre Dame Law Review**. South Bend. Faculty Scholarship Series. Paper 2362. Quadrimestral 1998 Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2362. acesso set. 2017.

HAZARD JR, Geoffrey C. Jury Trial and the Principles of Transnational Civil Procedure. **Penn State International Law Review**. Quadrimestral. 2006. Faculty Scholarship Series. Paper 2330. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2330. acesso set. 2017.

HAZARD JR, Geoffrey; TARUFFO, Michele. **American Civil Procedure: An Introduction**. 1th Edition. Estados Unidos: Yale University Press, 1995

LANGBEIN, John. The Disappearance of Civil Trial in the United States. **The Yale Law Journal**. 522-572. 2012. Faculty Scholarship Series. Paper 4825. Quadrimestral Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4825/ acesso set. 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Processo Civil Contemporâneo: um enfoque comparativo. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro Vol. 6, nº 24, 2003. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista24/revista24_55.pdf acesso set. 2017

RAGLAND JR, George. **Discovery Before Trial**. University of Michigan Legal Research Institute. Chicago: Callaghan and Company, 1932. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/> acesso set. 2017

REDDISH, Martin H. Pleading, Discovery, and the Federal Rules: Exploring the Foundation of Modern Procedure. **Florida Law Review**. Quadrimestral p. 845-882. 2012. Disponível em: <http://scholarship.law.ufl.edu/flr/vol64/iss4/2>. acesso set. 2017.

RESNIK, Judith. Migrating, Morphing, and Vanishing: The Empirical and Normative Puzzles of Declining Trial Rates in Courts. **Journal of Empirical Legal Studies**. Quadrimestral 2004. Paper 760. Em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/760. acesso set. 2017.

RESNIK, Judith. Managerial Judges. **Harvard Law Review**. vol. 379. 1982. P. 376-448. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/951 acesso em set. 2017.

SUBRIN, Stephen N. How Equity Conquered Common Law: The Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective **University Of Pennsylvania Law Review**. 1987 Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3564>. acesso set. 2017.

TARUFFO, Michele. **La Prueba, Artículos y Conferencias**. Primera Edición. Santiago: Editorial Metropolitana, 2009.

TARUFFO, Michele. Observações Sobre Os Modelos Processuais De Civil Law E De Common Law. **Revista de Processo**. Vol. 110 p. 141 abr./2003 Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/102053> acesso set. 2017