

CONTRIBUIÇÕES DA ANÁLISE ECONÔMICA AO DIREITO PROBATÓRIO

Contributions from law and economics to evidence law
Revista de Processo | vol. 336/2023 | p. 111 - 148 | Fev / 2023
DTR\2023\305

José Wellington Bezerra da Costa Neto

Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da USP. Mestre em Direito Comparado pela Cumberland School of Law – Universidade de Samford/EUA. Professor colaborador dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP. Professor do Curso de Especialização em Direito. Processual Civil da Escola Paulista da Magistratura. Membro do IBDP. Juiz de Direito no Estado de São Paulo. jwcostaneto@hotmail.com

Área do Direito: Civil; Processual

Resumo: Na introdução, estabelece-se a premissa fundamental de que o direito à prova, conquanto enraizado na cláusula do Devido Processo Legal e considerado uma extensão indispensável ao próprio direito de ação é, como este e de resto qualquer direito fundamental, sujeito a limitações e condicionamentos. Apresenta-se então a questão central do estudo proposto: aferir-se se são admissíveis condicionamentos baseados na necessidade de eficiência econômica do procedimento. Para responder a esta pergunta, são buscados amplos subsídios nas reflexões que há décadas a Análise Econômica do Direito propõe acerca do Direito Probatório no contexto do procedimento adversarial do Common Law norte-americano, perpassando-se então o próprio conceito de provas úteis e necessárias segundo a ótica econômica, e a influência que então se projeta sobre o tão fundamental como delicado juízo de admissibilidade probatória. Segue-se o estudo traçando as balizas que estabelecem a função econômica do ônus da prova como regra de incentivo ao comportamento processual e extraprocessual dos litigantes, explorando-se as possibilidades de que, pelo seu manejo, se possam corrigir distorções e promover melhor equalização na posição processual das partes. Finalmente, chega-se a outro ponto fundamental: a influência que a produção preliminar de provas – instituto relativamente novidadeiro no sistema processual brasileiro – pode ter na busca pela eficiência econômica, prescrutando-se sua repercussão na equação que explica o papel das expectativas e projeções das partes na própria eclosão do litígio e sua possível solução consensual. Nas conclusões, são hauridas as contribuições que a experiência norte-americana e as ponderações da Law and Economics podem oferecer ao sistema processual brasileiro que, a despeito das diversidades em relação ao sistema adversarial, mantém parelha disciplina e sistematização do Direito Probatório.

Palavras-chave: Análise Econômica – Processo Civil – Direito Probatório – Eficiência econômica – Admissibilidade de provas – Ônus da prova – Ações probatórias autônomas – Solução consensual

Abstract: In the introduction, the fundamental premise is established, that the right to proof, although rooted in the Due Process of Law clause and considered an indispensable extension of the access to justice itself, is, like this and any fundamental right, subject to limitations and conditioning. The central question of the proposed study is then presented: to assess whether constraints based on the need for procedure's economic efficiency are admissible. In order to answer this question, wide subsidies are sought in the reflections that for decades the Economic Analysis of Law has proposed over Evidence Law in the context of North America's adversarial system, permeating then the very concept of useful and necessary evidence according to the economic perspective, and the influence that is then projected on the as fundamental as delicate judgment of admissibility of evidence. The study follows, tracing the guidelines that establish the economic function of the burden of proof as a rule to encourage the procedural and extra-procedural behavior of litigants, exploring the possibilities that, through its management, distortions can be corrected and better equalization in the procedural position of the parties can be achieved. Finally, we come to another fundamental point: the influence that the preliminary production of evidence – a relatively new institute in the Brazilian procedural system – can have on the search for economic efficiency, scrutinizing its repercussion in the equation that explains the role of expectations and projections of the parties in the very outbreak of the dispute and its possible consensual solution. In the conclusions, the contributions that the North American experience and the considerations of Law and Economics can offer to the Brazilian procedural system are drawn, which, despite the diversities in relation to the adversarial system, maintains the same discipline and systematization of Evidence Law.

Keywords: Economic Analysis – Civil Procedure – Evidence Law – Economic efficiency – Admissibility of evidence – Burden of proof – Autonomous evidentiary actions – Consensual solution

Para citar este artigo: Costa Neto, José Wellington Bezerra da. Contribuições da análise econômica ao direito probatório. *Revista de Processo*. vol. 336. ano 48. p. 111-148. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2023. Disponível em: inserir link consultado. Acesso em: DD.MM.AAAA.

Sumário:

1.Introdução - 2.Conceito econômico de provas úteis e necessárias - 3.Admissibilidade da prova segundo a análise econômica - 4.A função econômica do ônus da prova - 5.Prova e solução consensual: a influência da produção probatória sobre a posição estratégica das partes enquanto agentes econômicos - 6.Conclusões - 7.Bibliografia

1.Introdução

A proposta central do presente estudo é apenas provocativa: introduzir no raciocínio jurídico envolvido nas questões centrais de Direito Probatório, como configurado em nosso sistema processual, as contribuições conceituais da Análise Econômica do Processo Civil.

Convém a preliminar e fundamental observação que as reflexões da *Law and Economics*, já tão sedimentadas no contexto da *Common Law* norte-americana, propõem a solução *jurídica* de um problema *jurídico* valendo-se do instrumental da Ciência Econômica, suas premissas e princípios fundamentais, especialmente, a qualificação da pretensão como um ativo econômico; o processo como uma transação e as partes como agentes de mercado, que racionalizam suas decisões de acordo com o propósito da máxima eficiência econômica. Não se trata, portanto, da solução *jurídica* de demandas de fundo econômico, ou mesmo a simples estimativa das consequências econômicas das decisões jurídicas.

É ponto comum aos sistemas de *Common Law* norte-americano e *Civil Law* brasileiro o reconhecimento do direito à prova e à prova propriamente dita como um de seus valores centrais, com profunda raiz constitucional e na cláusula do Devido Processo Legal, considerado pela doutrina brasileira um dos pilares fundamentais do sistema processual contemporâneo, direito público ou cívico inerente ao próprio direito de ação e de defesa¹, afirmando-se que sua conspurcação vilipendiaria o próprio *direito ao processo*².

O acesso à justiça inclui o direito de manejar os meios necessários à prova das alegações, de modo que o direito à prova se constitui na forma como a tutela do próprio direito de ação ganha concretude após o acionamento da máquina judiciária. A tutela constitucional do direito à prova inclui a faculdade de pugnar pela introdução de provas; ausência de disparidades nos critérios que presidem a decisão acerca de tal introdução; oportunidades iguais de participar de tal produção de elementos probatórios e participação equânime na valoração³.

Não se descure, outrossim, da íntima correlação que há entre direito à prova e o princípio do contraditório aliado ao direito à ampla defesa, dos quais constitui componente indissociável⁴.

Apesar da sua importância cardeal na estruturação de nosso devido processo constitucional, é de doutrina sedimentada a concepção de que – como de resto qualquer direito ou garantia constitucional – não se apresenta incondicionado e ilimitado em sua eficácia. Com efeito, quando se trata especificamente do direito de acesso à tutela jurisdicional, a doutrina processual elevou a uma específica categoria de técnica processual aquela corredia ideia de limitarem-se e condicionarem-se reciprocamente direitos fundamentais concorrentes. É a categoria das condições da ação, forjando-se a tão propalada distinção entre ação em sentido constitucional, incondicionada; e ação em sentido processual, esta que admite que exigências sejam atendidas para que haja uma resposta de mérito⁵.

Há restrições ao direito à prova que são intuitivas e atreladas à sua própria razão de ser no processo.

Fundamental frisar que a dissuasão desempenha um papel central na análise econômica da instrução probatória, porque relaciona a precisão na apuração de fatos, que é fundamental no Direito Probatório, com a concepção, que é central para a análise econômica, do Direito como um sistema de criação de incentivos para a conduta eficiente. Conclui-se que a precisão na adjudicação é um valor econômico tanto quanto moral e político⁶.

Por outro lado, também não se pode negar que a prova não exsurge por geração espontânea no processo judicial. Sua produção envolve custos, por vezes altos, elemento que não pode ser negligenciado, inclusive para considerar, em dadas circunstâncias, que a indisponibilidade ou impossibilidade de produção de determinada prova seja econômica⁷.

Por derivação, se o próprio direito de ação comporta temperamentos, o direito à prova também há de admiti-los. A questão mais fundamental que a análise econômica do Direito apresenta é a de se saber se são admissíveis condicionamentos de ordem econômica. Dito de outro modo, exigir que o direito à prova, para que seja legitimamente exercido, atenda à máxima econômica que encara as partes como agentes econômicos cuja atuação processual deve sempre ser regida pela diretriz da maximização de ganhos e a prevenção de custos de transação (externalidades).

E é sobre essa questão que devemos nos debruçar, para tanto valendo-nos dos subsídios que a doutrina de *Common Law* possa trazer, avaliando ao final as possíveis aplicações de seus conceitos e máximas ao nosso sistema.

2.Conceito econômico de provas úteis e necessárias

A análise econômica do Direito, tendo florescido em relação a muitos ramos do Direito, com relevantes contribuições, tem experimentado um atrofiado desenvolvimento no tocante ao Direito Probatório, mesmo no contexto do *Common Law* norte-americano onde está sua principal matriz acadêmica. Há diversos aspectos do Direito Probatório em relação aos quais as reflexões propostas pela *Law and Economics* podem ser muito significativas, um deles, caro ao sistema brasileiro, põe-se justamente na definição de critérios aptos a qualificar um meio/fonte de prova como útil e necessária⁸.

Há três aspectos econômicos fundamentais a serem considerados no sistema probatório norte-americano: (i) a externalização de custos que um pedido de prova ocasiona por impor ao adverso encargo econômico; (ii) o problema de agenciamento que sucede quando o adversário tem informações superiores sobre seu próprio custo de produção da prova ou sobre como a produção da prova alterará a posição estratégica de uma parte em relação à outra; (iii) a divergência entre os benefícios pessoais – isto é, da parte – e sociais decorrentes da produção probatória pretendida⁹.

É preciso relembrar que a forma de divisão dos custos com a produção de prova no sistema adversarial norte-americano é marcada por uma presunção que, embora sem fundamento em normas positivadas, é implícita de modo tão arraigado naquela tradição que poucas vezes é alvo de alguma contestação. Referida sistemática implica sérios problemas morais e econômicos, qualificada como conceitualmente insensata e desastrosa em termos práticos¹⁰.

Está-se a falar da técnica do *pre-trial discovery* como configurada naquele sistema, em que a parte adversa – no mais das vezes, o réu – está obrigada a produzir e apresentar elementos de prova postulados pelo adversário, normalmente o autor. Segundo se depreende das Regras 36 e 37 das *Federal Rules of Civil Procedure*, a parte requerente pode obter da Corte, em caso de renitência do adversário, uma ordem obrigando-o à produção da prova pretendida, implicando o desatendimento sanções previstas na segunda dessas provisões (Regra 37).

Em cenários em que os agentes econômicos suportam os custos ou os benefícios de suas ações, diz-se que estes estão *internalizados*. Obviamente que no contexto oposto, isto é, em que tais custos e benefícios são suportados ou hauridos por terceiros, fala-se que estão *não internalizados* ou *externalizados*. Se temos custos externalizados, os custos privados enfrentados pelos agentes econômicos são inferiores ao custo social resultado de suas ações. Por outro lado, benefícios externalizados fazem com que agentes privados colham benefícios superiores àqueles que a sociedade em geral recebe pelas ações consideradas. Compreendida tal dinâmica, temos que a litigância em geral implica custos e benefícios externalizados, daí a razão pela qual os custos privados e sociais do litígio divergem¹¹.

Há, portanto, vetores brutos operando em ambas as direções, isto é, dos custos e dos benefícios (*gross effect*). Os vetores em direções contrárias se anulam até o ponto em que aquele que seja superior prevaleça, pela parte excedente, esta que se qualifica como impacto líquido, e que pode operar em qualquer das direções (*net impact*)¹².

Compreendidas essas premissas, pode-se aqui enquadrar o sistema probatório, com seus custos e benefícios. Primeiro, porque o pedido de produção de provas, ao menos conforme a sistemática adversarial do *pre-trial discovery* norte-americano, impõe ao adversário custos para atendê-lo, de modo que alguns dos custos do sistema probatório são externalizados. Em algumas situações, esse efeito pode predominar, e nesses casos, limitações na técnica de *discovery* enquanto direito, como seria o *standard* da proporcionalidade, podem ser aplicáveis. Em segundo lugar, importante reconhecer que em algumas situações o procedimento de *discovery* criará benefício social pela revelação de elementos que induzem resultados de litígios considerados socialmente benéficos e desejáveis¹³.

Sob outra ótica, não se descure também que o conceito de custo de produção probatória não se resume ao tempo empregado e ao custo econômico direto. Com efeito, devem ser considerados os *custos indiretos*, estes que resultam dos efeitos em termos de incentivos. Pode-se supor que quanto mais relevante o objeto do processo, mais importante será, tanto do ponto de vista social como do privado, que o caso seja decidido corretamente. Se a imprecisão ou incorreção na solução fática reduz o efeito dissuasório e, portanto, observância da lei, conclui-se que maior será o custo social, quanto maior a relevância do objeto do processo¹⁴.

O fato de o custo da prova ser externalizado, isto é, recair sobre o adversário, ao menos em maior espectro, torna tanto mais relevante o juízo de admissibilidade, que segundo a proposta da análise econômica, se faz mediante foros de custo/benefício, e que bem podem ser assimilados em nosso sistema aos pressupostos da necessidade e utilidade.

O sistema adversarial norte americano, no tocante à admissibilidade de provas, é regido por dois conceitos primordiais, contidos na Regra 403 das *Federal Rules of Evidence*, a saber, valor probatório (*probative value*) e impacto prejudicial (*prejudicial impact*). Sopesar tais valores é a crucial análise probatória naquele sistema¹⁵.

Tais conceitos nada mais são que a matriz, na ótica do Direito Probatório, da sistemática custos/benefícios, de modo que um modo útil de pensar onde estabelecer o limite entre provas admissíveis e inadmissíveis é justamente aplicando a concepção econômica de equalizar benefícios marginais e custos. No caso, o benefício consistente no valor probante cotejado com o custo representado pelo preconceito ou confusão cognitiva ocasionados. Eis aí o que Richard Friedman denomina o uso da economia como ferramenta heurística para auxiliar a clareza do pensamento¹⁶.

Segundo Posner, os benefícios podem ser mensurados como uma função positiva da probabilidade (p) de que se a prova for devidamente considerada pelo julgador dos fatos a questão será decidida corretamente, cotejada com o que está em jogo no processo (identificado na literatura norte-americana pela letra S, relativa a *stakes*, que literalmente se traduz como “apostas”, e que para finalidades deste estudo, substituiremos por R, identificando como a “relevância” do objeto do processo). Consideremos, ainda, que a probabilidade de acerto (p) aliada à relevância do que está em jogo (R), são funções positivas que devem ser medidas à vista de determinada quantidade (x) de provas produzidas.

Destarte, a expressão completa da equação que mede os benefícios colhidos com a instrução probatória assim se apresenta: $p(x)R$. Com a quantidade suficiente de provas (x) a probabilidade de um resultado correto (p) será igual a 1^{17} .

De outro lado, os custos do litígio (c) igualmente são uma função positiva da quantidade de provas produzidas (x), isto é, à medida que (x) aumenta, igualmente incrementa-se o custo (c)¹⁸.

Em conclusão, portanto, os benefícios hauridos da produção de uma certa quantidade considerada (x) de provas será o resultado da seguinte equação: $B(x) = p(x)R - c(x)$. A instrução probatória, assim, economicamente, deve ser levada a cabo até o ponto máximo em que $p(x)R = c(x)$, isto é, os custos marginais e os benefícios marginais sejam, pelo menos, equivalentes¹⁹.

Pode-se bem divisar, desde logo, que a equação posta no anterior parágrafo constitui justamente a expressão econômica dos conceitos de utilidade/necessidade da prova.

Importante observar que o procedimento probatório preliminar (*discovery*) – tradicionalmente sedimentado no sistema adversarial norte-americano e aqui introduzido de forma mais vigorosa a partir do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 – é mal-empregado justamente se os custos para que uma parte produza a prova requerida pelo adversário são superiores ao ganho que referida parte terá em sua pretensão, pela adição do respectivo elemento probatório. O abuso se caracteriza quando há a consciente má utilização do procedimento preliminar de obtenção de provas. O direito vigente no sistema adversarial norte-americano incentiva o mau emprego do procedimento de *discovery* externalizando seus custos, isto é, atribuindo-os à parte que produz a prova, e não à que a requer. Para solucionar tal inconveniente, seria suficiente uma regra de inversão dos custos razoavelmente considerados, para a produção das provas postuladas. Uma regra tal eliminaria a necessidade de o juízo reprimir o abuso na produção de provas ou mesmo estimar o valor que a prova teria para a pretensão do requerente²⁰. Ao tema se retorna oportunamente.

Há uma outra vertente que traz relevantíssimas contribuições para as considerações até aqui feitas.

Desde 1983 as *Federal Rules of Civil Procedure* previam a incidência do princípio da proporcionalidade no contexto da produção de provas, notadamente a reger a exigibilidade de que o adversário produza as provas necessárias à pretensão do demandante. A despeito disso, havia pouca eficácia, diante da hesitação de juízes e Cortes em efetivamente atribuírem consequências práticas à previsão²¹.

Emendas de 2015, pois, deram novo arranjo organizacional a tal princípio na órbita probatória, com a finalidade específica de estreitar o espectro da instrução, justamente em razão dos elevados custos, financeiros e de tempo, que por vezes o procedimento tomava²².

Eis a redação da Regra n. 26, (b), (1):

“Alcance em geral. Salvo limitação por ordem judicial, o alcance da produção de provas é o seguinte: As partes podem obter o acesso a qualquer assunto não protegido que seja relevante para qualquer pretensão ou defesa da parte e proporcional às necessidades do caso, considerando a importância das questões em jogo no processo, o valor da controvérsia, o acesso relativo das partes a informações relevantes, os recursos das partes, a importância da prova na resolução das controvérsias e se o ônus ou despesa da prova proposta supera seu provável benefício. As informações dentro deste espectro não precisam ser admissíveis como provas para serem sujeitas à produção.”²³

Necessário que o *standard* da proporcionalidade como apresentado seja dotado de alguma objetividade e precisão, visto que limitar um pedido de produção de provas com base numa *ratio* de custos em jogo é pouco claro, e exige dos juízes sopesar custos e benefícios para ambas as partes e para a sociedade como um todo, o que implica uma mais difícil tarefa que é medir aspectos não quantificáveis, como a “importância das questões em jogo”²⁴.

Jonah Gelbach e Bruce Kobayashi proveem um esclarecedor exemplo prático. Imagine-se uma pretensão indenizatória fundada em responsabilidade civil visando à quantia de \$ 100.000,00. Sem uma extensa produção probatória, a chance de vitória do autor é de 50%, de modo que o valor estimado do julgamento seria de \$ 50.000,00. Uma extensa produção probatória, que não terá custo para o autor, mas imporá ao réu um custo de \$ 30.000,00 para sua produção, implica o incremento da chance de vitória do autor para 75%, elevando, por conseguinte, o valor estimado do julgamento para \$ 75.000,00, de modo que o valor privado da informação para o autor é de \$ 25.000,00. Conjugando tais números, tem-se que na sistemática normal daquele sistema, em que o adversário suporta os custos pela produção da prova postulada pela outra parte, teríamos que o réu suportaria uma despesa de \$ 30.000,00 para prover ao autor um benefício estimado de \$ 25.000,00. Dessa forma, no exemplo dado, conclui-se que o custo marginal pela versão extensa da produção de provas excede o benefício marginal para o autor²⁵.

Se o juiz, em tal cenário, aplica o *standard* da proporcionalidade tal como desenhado pela Regra 26 das *Federal Rules of Civil Procedure*, a produção probatória estendida é revertida, seja pelo indeferimento da produção de provas com tal dimensão, seja pela atribuição ao requerente, do custo de sua produção. Esse é o tipo de resultado eficiente sob a ótica da redução de custos que o princípio da proporcionalidade foi forjado para gerar, isto é, via gerenciamento judicial, o requerido é poupado de gastos probatórios que custam mais que o ganho financeiro que o requerente lograria a partir da produção de informação pretendida²⁶.

A dinâmica apresentada anteriormente se altera, entretanto, se o benefício social é considerado. Seguindo ainda o exemplo de Jonah Gelbach e Bruce Kobayashi, imaginemos agora que o réu tenha uma expectativa de derrota de 10% (isto é, entenda sua chance de vitória como sendo 90%), de modo que para si, o valor estimado do julgamento seja \$ 10.000,00. Outrossim, imagine-se ainda que seu custo total com o litígio, sem a produção de provas em sua versão completa ou estendida, seja de \$ 15.000,00. Temos, então, que seu custo total com a causa, estimado, é de \$ 25.000,00.

Agora suponha-se que o réu esteja a considerar os custos para evitar o litígio. Exemplificativamente: o réu é uma construtora, e o processo envolvido no exemplo seria uma demanda de responsabilidade civil por lesão causada pela queda de um guindaste. O custo para instalar uma rede de proteção que impediria que tal queda ocasionasse lesão a alguém é de \$ 40.000,00.

Ora, uma gestão com foco na maximização do lucro jamais investiria \$ 40.000,00 para poupar \$ 25.000,00, e uma pessoa seria lesionada. Entretanto, a possibilidade de ser compelida a suportar o custo com a produção mais extensa da prova adiciona o dispêndio de \$ 30.000,00 aos custos estimados com o litígio, que então se elevam a \$ 55.000,00 (\$ 10.000,00 decorrentes da condenação; \$ 15.000,00 decorrentes do litígio e \$ 30.000,00 com a produção de provas). Aliás, possivelmente a produção mais detalhada de provas elevará as chances de êxito do demandante, o que ocasionará que o valor estimado do julgamento (*expected judgment amount*) também se eleve, suponhamos que em 5%, o que elevaria o montante estimado de custo decorrente da condenação para \$ 15.000,00, e o custo total consequentemente para \$ 60.000,00.

A gestão direcionada à maximização do lucro certamente investiria \$ 40.000,00 com a rede de proteção, para poupar \$ 55.000,00 ou mesmo \$ 60.000,00. E nesse cenário, o custo estimado da prova opera como incentivo para que a companhia atue com um nível mais apurado de proteção, benefício que é extensivo à toda sociedade. Ainda, no contexto, a utilização de uma regra de proporcionalidade que isentasse ou amenizasse tais custos para a companhia retiraria tal incentivo, levando a um nível ineficiente – sob a ótica econômica – de cuidado²⁷.

Esse exemplo bem ilustra como o valor social agregado de uma versão extensa e detalhada de produção de provas pode exceder o valor privado que ostenta para um dos litigantes no processo. Situações como essa se caracterizam, por exemplo, no cenário norte-americano, em algumas áreas críticas, como os litígios envolvendo direitos civis (*civil rights litigation*). O risco com litígios de elevados custos incentiva as companhias empregadoras a desenvolverem políticas preventivas contra a discriminação de minorias. Os custos decorrentes da produção de provas desempenham um importante papel nessas áreas socialmente escolhidas para receberem incentivos²⁸.

No Brasil, um bom exemplo dessa dinâmica é a previsão da inversão do ônus da prova em demandas consumeristas, qualificada como *direito básico do consumidor* no art. 6º, III, CDC (LGL\1990\40). Aliás, é bem por isso que é inviável dissociar a inversão do encargo probatório, da inversão, também, do custo econômico de sua produção, o chamado ônus financeiro da prova. É que é justamente o risco de maior custo com o litígio que incentiva os fornecedores a manterem políticas adequadas de proteção e defesa do consumidor.

Um modelo alternativo para analisar economicamente o procedimento instrutório é o da *minimização de custos* (*the cost-minimization model*). A equação que o define, propõe agora que a variável (p) represente a probabilidade de uma decisão errônea; e mantida a variável (R) como o risco, isto é, a relevância daquilo que se debate (em inglês utiliza-se a expressão S, para *stakes*). O custo do erro, então, define-se como p(R), ou seja, a probabilidade de um resultado errôneo multiplicado pela relevância daquilo que está em jogo. Considerada, pois, a variável (x) como dada quantidade de prova, tem-se como equação do custo decorrente do erro: $C(x) = p(x)R + c(x)$. Imagine-se que o índice (p) (probabilidade de erro) seja 0,1 (isto é, um a cada dez casos é decidido equivocadamente com base no quadro de provas proposto), e o objeto debatido tenha a expressão financeira de \$ 100.000,00. Acrescente-se que o custo com a produção da quantidade (x) de prova seja de \$ 5.000,00. Tem-se que o custo estimado do erro nesta conjuntura representaria \$ 15.000,00. Evidencia-se que o custo do erro se eleva proporcionalmente à elevação do montante em jogo (R)²⁹.

Ainda, há de se propor a seguinte fórmula: $-p(x)R = c(x)$, que é a representação da ideia de que a procura por provas (ou a instrução probatória propriamente dita) deve ser levada a cabo até o ponto em que o último elemento colhido conduza à redução nos custos decorrentes do erro equivalente ao custo de obtenção da referida prova. Significa dizer: se o custo para a produção da prova é superior que o custo do erro, não é economicamente recomendável a produção da prova. Para que o parâmetro ótimo de eficiência se alcance, é necessário que o aumento da quantidade de elementos probatórios (x) conduza à redução da probabilidade de erro, e portanto, do elemento (p)R, e o custo com a produção de prova c(x) seja, pelo menos, constante³⁰.

Nessa linha, ainda, um outro ponto deve merecer atenção em tema de utilidade e necessidade da prova, considerada a ótica econômica. Quanto mais provas são produzidas, o efeito de provas adicionais no resultado do processo tende a diminuir, especialmente se a instrução se inicia por elementos com mais valor probante. Para tanto, propõe-se um modelo instrutório, apresentado por Martin Weitzman e citado por Richard Posner³¹.

Imaginemos (n) fontes de prova, todas independentes umas das outras – o que significa dizer que a exploração de uma não altera a procura ou exploração das demais – em que cada fonte conta com sua própria probabilidade (p) de conter o valor probante (V), considerado também o custo para sua obtenção (c).

Para cada fonte, haverá o ganho líquido esperado para sua exploração representado pela equação $p(V) - c$. Se se procura a partir das melhores – leia-se: mais eficazes – provas, e não apenas por acumulá-las, deve-se realizar a busca até que se encontre uma fonte que contenha o valor probante (V) que exceda $p(V) - c/p$, comparando-se o mesmo índice de todas as fontes ainda não exploradas. Em caso de falha na busca pela considerada fonte de prova, o próximo elemento a ser procurado deve ser aquele que contenha o maior (p), considerando-se como constantes o valor probante (V) e o custo (c)³².

Se não se pode antecipadamente estimar quais elementos probatórios serão frutíferos, o procedimento instrutório se assemelhará a uma busca aleatória. A cada novo elemento colhido, a utilidade marginal da procura declinará, até dado ponto a partir do qual referida utilidade marginal de buscas adicionais por provas se tornará negativa³³.

Pode-se afirmar, portanto, que um litigante racional conduzirá a produção de provas até o ponto em que o custo para tanto seja, pelo menos, igual ao incremento valorativo em sua pretensão, interrompendo seu processo instrutório assim que houver a *reversão de sinal*, isto é, o resultado da diligência for *negativo*. Desse modo, tal interrupção ocorrerá justamente no ponto em que a produção de provas se tornaria abusiva. A equação dessa dinâmica assim se expressa: $B(a) C(a) + C(r)$, em que $B(a)$ corresponde a “benefício para o autor” decorrente do acréscimo do elemento probatório considerado; e $C(a)$ e $C(r)$ correspondem respectivamente a custos da produção probatória para o “autor” e para o “réu”³⁴.

No item seguinte tornamos ao abuso no exercício do direito à prova, e retomamos a fórmula retrocitada.

3. Admissibilidade da prova segundo a análise econômica

Como parece evidenciado pelo cabedal de reflexões apresentada no item anterior, a análise econômica pode fornecer uma moldura para o *design* de regras que otimizem o rendimento da relação custos/benefícios em matéria probatória³⁵. E tal moldura pode ser bem empregada em nosso sistema processual.

As questões que em nosso sistema procedimental são resolvidas durante a fase de saneamento do processo, desenvolva-se ela em audiência ou por decisão proferida fora de tal solenidade³⁶, estão contidas no sistema adversarial norte-americano preponderantemente na fase de *pretrial*, que comporta a produção preliminar de provas (*pretrial discovery*) bem como a solução de todos os possíveis defeitos e nulidades processuais até então verificados³⁷.

Importante estabelecer tal paralelo, porque a larga maioria das considerações trazidas neste estudo, oriundas da doutrina norte-americana de Análise Econômica do Direito, se refere justamente às decisões relativas à matéria probatória realizadas nessa fase preliminar ao julgamento propriamente dito, e que no nosso sistema se concentram primordialmente na fase de saneamento do processo.

Evidentemente, bem se sabe, que a atividade de saneamento e produção de provas ocorre em todo o arco procedimental. A inicial deve vir instruída com a prova documental então disponível; a contestação, da mesma forma³⁸. O juízo, mesmo antes da etapa de julgamento conforme o estado do processo, decide sobre a pertinência e suficiência da mencionada prova documental, com determinações de emendas e complementações. Portanto, quando se fala em fase de saneamento e determinação de provas, alude-se ao momento processual em que referida atividade cognitiva é predominante.

Curial também observar que o Código de Processo Civil de 2015 consolidou o reconhecimento do direito das partes à prova e sua produção, desvinculado seja do pressuposto de urgência (cautelaridade), seja de uma pretensão principal necessariamente ajuizada, o chamado *direito autônomo à prova*³⁹.

O tema será novamente revolido no item 5, que abordará a relevância de tal técnica para a tonificar a solução consensual de conflitos. Por ora, o que calha anotar é que a previsão de *ações probatórias autônomas*⁴⁰, destinadas não só a debelar crises de urgência, mas também a possibilitar que as partes conheçam de antemão suas posições processuais estrategicamente, isto é, à luz das provas disponíveis, igualmente se constitui em outro polo que acaba por antecipar muitas decisões acerca do gerenciamento judicial da prova que, no sistema tradicionalmente sufragado até 2015, seriam avaliadas na fase de saneamento.

Depreende-se do art. 370, do CPC de 2015, que o sistema atual trabalha com os conceitos de provas úteis e *necessárias*. A rigor, não se refoge ao âmbito do já sedimentado juízo de pertinência e relevância dos fatos cuja produção de prova se avalia, considerada a respectiva (in)controvérsia. É que somente é necessária a prova de fatos pertinentes controversos, e somente útil a prova dos fatos controversos que sejam relevantes. Logo, pertinência e relevância dos fatos são apenas reverso da medalha que tem, no verso, os atributos de necessidade e utilidade da respectiva prova.

O *thema probandum* se delimita na fase postulatória, conformado pelo princípio dispositivo⁴¹, que deve estar expresso e ser precisamente delimitado, e seja qual for o meio de prova postulado, deve vincular-se a referido objeto⁴².

Já advertia Calmon de Passos que

“A boa instrução da causa exige a determinação dos fatos controvertidos de modo bem preciso; a segurança de sua pertinência; as provas que especificadamente serão realizadas com vistas à determinação da veracidade desses mesmos fatos.”⁴³

As reflexões propostas pela Análise Econômica impactam diretamente a forma como concebido o julgamento conforme o estado do processo e, notadamente, uma de suas mais polêmicas alternativas, o imediato julgamento do mérito.

De fato, segundo Ada Pellegrini Grinover, o julgamento conforme o estado do processo, que viabiliza uma de três soluções possíveis: extinção sem resolução do mérito; antecipado conhecimento do mérito ou avanço para a instrução, seria inspirado no Direito Alemão, que desde 1924 previa juízo dessa natureza, ainda que com a ressurreição do princípio da oralidade naquelas bandas tenha feito tal juízo centrar-se em uma audiência preparatória. Como, entretanto, no sistema germânico o antecipado conhecimento do mérito era restrito às hipóteses de contumácia, salientava a professora do Largo de São Francisco que havia apenas uma certa analogia entre aquele sistema e o julgamento conforme o estado do processo como previsto no então vigente Código *Buzaid*, no qual introduzido como novidadeiro⁴⁴.

O antecipado julgamento da lide guardaria melhor similitude com o sistema português, que previa a possibilidade de conhecimento desde logo do pedido, se houvesse possibilidade de fazê-lo com perfeita segurança, contendo o processo todos os elementos necessários a tanto, muito embora o procedimento luso previsse que mesmo referido julgamento imediato fosse procedido em audiência⁴⁵.

A doutrina tradicional pontua que a certeza acerca dos fatos traduz o momento ótimo para que o juiz pronuncie o Direito, já que essa é a razão de ser das formalidades instrutórias voltadas à formação do convencimento. Embora ordinariamente tal momento ocorra com a conclusão do procedimento ordinário, ou ao menos de sua fase instrutória, é possível que tal certeza exsurja em outros momentos do processo, autorizando desde logo o exame antecipado do mérito⁴⁶.

Grosso modo, o imediato conhecimento do mérito derivado de uma certeza antecipada acerca dos fatos pode advir da incontrovérsia a respeito de dado fato considerado suficiente para delimitar a solução da questão. Tal concordância acerca da existência e contornos de dado fato pode, inclusive, ser tácita, o que sucede se desatendido o ônus da impugnação especificada, isto é, o silêncio do réu sobre fatos da causa. E a situação pode se dar de modo reverso, isto é, recair sobre o autor, o que sucede se o réu, embora não negando os fatos alegados pelo autor, outros opõe, impeditivos ou modificativos, a chamada defesa indireta. “Aceitos, expressa ou tacitamente, pelo autor os fatos do réu, extintivos ou impeditivos, o processo estará maduro para o exame da *res in judicio deducta*”⁴⁷.

O atual art. 355, que regula o imediato julgamento da lide, refere de forma mais ampla apenas à desnecessidade de produção de outras provas, além da hipótese já antes prevista, da revelia, no que andou melhor que o anterior diploma, cujo art. 330, I, previa a mesma possibilidade “quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência”. Na verdade, a referência à desnecessidade de produção de provas em audiência era inapropriada. A rigor, desnecessárias outras provas, sejam as que teriam lugar em audiência, sejam as documentais, que teriam lugar nos próprios autos, o imediato julgamento era possível. Daí porque a atual locução normativa é mais precisa.

Seja como for, as hipóteses em que se apresenta a desnecessidade de produção de outras provas continuam, a bem ver, sendo as mesmas, daí porque segue precisa a lição de Ada Pellegrini Grinover, que já em meados da década de 70 do século passado identificava-as: (i) os fatos controvertidos forem irrelevantes ou impertinentes; ou (ii) a prova que se pretende produzir sobre os fatos ser impertinente ou irrelevante⁴⁸.

Com um exemplo, possível clarificar as situações. Em ação visando à rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel, a parte autora afirma ter sido induzida em erro (dolo) pelo corretor e respectiva imobiliária, os quais teriam prometido que lograria financiamento bancário para quitação do preço ajustado para o bem, o que acabou não sucedendo porque a parte autora não alcançou renda necessária para garantia do crédito postulado. Para suposta prova de suas alegações, juntou áudio de conversas telefônicas travadas por aplicativo e um manuscrito apócrifo, em que valores eram simulados, e que dizia ter sido feito pelo próprio corretor durante as tratativas. O réu simplesmente negava qualquer sorte de promessa nesse sentido, afirmando que a todo tempo esclareceu que o financiamento seria a cargo e sob responsabilidade do cliente adquirente, ou seja, a parte autora.

Provocada à especificação de provas, a parte autora pede, então, perícia grafotécnica, para demonstrar que o manuscrito proviera do punho do referido corretor; e ainda, perícia de voz, de modo a demonstrar que a voz contida nos áudios era a do aludido corretor.

Ocorre que nos manuscritos, a única coisa que havia era simulação de valores, sempre pressupondo a obtenção de um dado valor a título de financiamento. Não havia nenhum tipo de expressão que supusesse promessa de obtenção do crédito bancário. Só números. Nos áudios, o interlocutor dava exemplos de situações passadas em que outros clientes obtiveram crédito, e como haviam instruído o processo junto à instituição financeira, sem nenhum tipo de promessa. Em linha de princípio, a prova postulada era pertinente e relevante, isto é, seria idônea para provar a autoria do manuscrito e dos áudios. Ocorre que tal autoria – este o fato supostamente controvertido – era irrelevante e

impertinente. E isso porque, tanto o manuscrito quanto os áudios continham a promessa alegada, mesmo que a parte autora comprovasse a autoria por parte do corretor, ainda assim, não seria suficiente para conferir sucesso à sua pretensão. Em conclusão, portanto, tinha-se prova pertinente e relevante, de fato impertinente ou irrelevante, tornando desnecessária a produção de provas adicionais, autorizado o julgamento imediato do mérito.

Fato impertinente é o que não diz respeito à causa; irrelevante é aquele que, embora seja pertinente, não influi na decisão. Obviamente que o juízo sobre pertinência e relevância supõe uma prévia análise da prova em confronto com o mérito, ainda que por estimativas⁴⁹. Obviamente que o mesmo juízo de pertinência e relevância deve ser feito ao avaliar-se a controvérsia sobre os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos alegados em defesa indireta⁵⁰.

Evidencia-se, portanto, que avaliar a pertinência e relevância da prova é um dos aspectos mais relevantes – senão o mais – do gerenciamento judicial do procedimento. Com efeito, frustra o desiderato de eficiência processual buscar a prova de fato cuja verdade não terá reflexo sobre o desate da pretensão, ou sobre cuja certeza não paira controvérsia. Calmon de Passos, décadas atrás, já vaticinava acerca da delicadeza do juízo sobre pertinência ou relevância a recomendar não haja demasiado rigor na determinação da antecipação do exame do mérito, acrescentando a necessidade de cercar-se a parte da possibilidade de insurgir-se contra eventual comportamento procrastinatório do magistrado ou contra eventual cerceamento de seu direito de provar⁵¹.

É justamente nesse juízo de pertinência e relevância da prova que a análise econômica do Direito traz seu principal potencial de contribuição ao Direito Probatório.

Com efeito, a virtude das reflexões aqui propostas é de introduzir nessa atividade de gerenciamento judicial da prova o elemento econômico, justamente ali, onde a pertinência e relevância do fato se entroncam com a utilidade e necessidade da prova. Na confluência do verso e reverso da medalha. E o desafio que essas considerações lançam é o de se averiguar se fatos que, segundo a tradicional concepção possam ser originariamente considerados pertinentes e relevantes, podem ter a respectiva prova qualificada como desnecessária ou inútil porque, segundo cânones da Análise Econômica do Direito, sua introdução nos autos cause mais dispêndio que benefício, ou seja, se qualifique como uma externalidade negativa.

Certo que se pode, para logo, objetar que um tal juízo prestigiaria os fins econômicos em detrimento da própria busca da verdade. A essa crítica, responde-se com a já vetusta observação de que se persegue no processo uma verdade que se diz relativa, dada a preeminência do fim político de pacificação social, é dizer, importa mais à ordem jurídica o restabelecimento da paz social do que a implacável apuração dos fatos⁵².

As reflexões da Análise Econômica podem, como se viu, enriquecer sobremodo o juízo de admissibilidade de prova. A elas, entretanto, pode ser adicionado um poderoso instrumental, que potencializa sua utilidade: o princípio – ou sobreprincípio – da proporcionalidade.

Como já visto anteriormente, a Regra 26 (b) (1), das *Federal Rules of Civil Procedure* estabelece a limitação do alcance da prova àquilo que seja considerado proporcional às necessidades do caso, e enumera seis critérios que presidem a aferição da referida proporcionalidade: (i) a importância das questões debatidas no processo; (ii) o montante da controvérsia; (iii) o acesso relativo das partes às informações relevantes; (iv) os recursos das partes; (v) a importância da prova considerada para a solução das questões controversas; (vi) se o encargo ou custo da prova proposta supera seu provável benefício. Vejamos tais elementos brevemente.

Os fatores considerados em (i) e (ii) são os mais determináveis objetivamente. Embora, num primeiro relance, seja difícil justificar, por exemplo, que seja um réu compelido a produzir uma prova que custe cinco vezes mais que o montante em debate, tal equação não pode desconsiderar a importância das questões debatidas. É que podem ser divisados benefícios externos substanciais, de modo que dado elemento de prova cujo custo seja considerado exorbitante na perspectiva particular dos litigantes de um caso concreto pode, num contexto mais amplo, se tornar justificável.

Com efeito, o aspecto financeiro em jogo é apenas uma das facetas a serem consideradas, porque o significado substancial dos temas debatidos, sob a ótica filosófica, social ou institucional, pode implicar que sua relevância transcenda consideravelmente sua expressão financeira. Há casos que envolvem pequenas somas ou sequer envolvem dinheiro, mas que discutem valores pessoais e públicos de importância vital⁵³.

A questão espinhosa, contudo, é divisar qual seja o limite de dispêndio que uma análise baseada na proporcionalidade sugeriria que o Estado deveria aportar para dar amparo a debates que tais⁵⁴.

Os fatores (iii) e (iv), conquanto objetivos, serão de difícil aferição pelo juízo, que normalmente não tem acesso à condição pessoal das partes. E estas tenderão a minimizar suas possibilidades de obter as provas cuja produção demandam do adverso, ou inflar seus custos. Também difícil aferir os recursos pessoais das partes, até porque há situações insólitas, em que embora titular de expressivo patrimônio, a parte não detenha liquidez⁵⁵.

O elemento (v) demanda dos juízos uma refinada capacidade de previsão acerca dos efeitos que uma informação ainda desconhecida terá sobre as chances de vitória de cada uma das partes⁵⁶.

É no aspecto (vi), entretanto, que realmente a proporcionalidade é aplicada com vigor e intensidade. De fato, todos os demais fatores podem ser vistos como *inputs* para o juízo em questão.

A primeira alternativa que se abre ao juízo é negar a produção da prova considerada se seu custo exceder o montante total da controvérsia em disputa. Essa abordagem toma em consideração unicamente os fatores (ii) e (iii), e impede que um demandante que tenha uma pretensão tutelável obtenha a proteção devida para que o réu economize um montante maior. Essa é uma alternativa que prestigia um juízo distributivo e normativo⁵⁷.

Uma segunda abordagem possível é obstar a produção da prova postulada sempre que o custo de sua produção exceder o efeito marginal que ela terá no montante estimado da condenação (sempre pensando em um processo que verse sobre reparação de danos, como exemplo). Essa posição, além de considerar os fatores (ii) e (iii), também sopesa o item (v), e igualmente ostenta um caráter normativo⁵⁸.

Não se descure, como já foi dito, que em muitos casos o aspecto financeiro não é o único a ser considerado, pois o objeto da demanda pode ter relevância social de monta e que não seja de ordem econômica⁵⁹.

O fator (iv) permite que o juízo proveja um equilíbrio equitativo entre as partes. Aplicando-o, dificilmente o juiz permitiria, por exemplo, que uma parte carente de recursos dispendesse larga soma de seu patrimônio para produzir uma prova que poderia ser facilmente obtida por seu adversário portentoso financeiramente, com pouco dispêndio⁶⁰.

Trazendo essa ordem de considerações para a realidade do sistema probatório brasileiro nos introduz a possibilidade de que o fator capacidade econômica possa ser um dos elementos a ser considerado para a (re)distribuição dinâmica do ônus da prova, acolhida expressamente pelo art. 373, § 1º, CPC de 2015⁶¹.

As discussões trazidas demonstram que aplicar o *standard* da proporcionalidade na avaliação da produção de provas implica a necessidade de quantificar fatores que não são intrinsecamente mensuráveis, o que adiciona um elemento de dificuldade, principalmente por ensejar uma perniciosa degenerescência em personalismos e subjetivismos judiciais⁶².

De toda forma, o amálgama dos elementos da proporcionalidade considerados com os influxos dos postulados da Análise Econômica do Direito no sistema probatório, conduz ao pressuposto da *proporcionalidade econômica* da prova, que é plenamente compatível com nosso sistema probatório.

Um interessante conceito que influencia a admissibilidade da prova, segundo parâmetros propostos pela Análise Econômica, e que não é tão familiar à doutrina brasileira, é o de *produção abusiva de provas*.

Considera-se uso indevido dos meios probatórios (*misuse*) a circunstância em que o custo de sua produção supera o incremento no valor estimado da pretensão do requerente. O abuso (*abuse*) dos meios de prova, por outro lado, define-se como o uso indevido consciente. Tanto o uso indevido como o abuso podem ser eliminados pela inversão em desfavor da parte requerente, dos custos razoáveis de produção⁶³.

O uso indevido pode ser representado pela fórmula que segue: $B(a) < C(a) + C(r)$, em que $B(a)$ corresponde a “benefício para o autor” decorrente do acréscimo do elemento probatório considerado; e $C(a)$ e $C(r)$ correspondem respectivamente a custos da produção probatória para o “autor” e para o “réu”⁶⁴.

O abuso imposto (*impositional abuse*) sucede sempre que uma parte postular a produção de dada prova com o intuito de impor seus custos ao adversário, e assim forçá-lo, por exemplo, a um acordo. Uma regra de inversão do ônus financeiro da prova eliminaria o risco de referido expediente abusivo⁶⁵. Evidentemente que uma outra forma de abuso pode ser engendrada, agora pela parte adversa, a quem originalmente os custos com a produção de prova seriam impostos não fosse a regra de inversão ora defendida: inflar artificialmente o custo com determinada produção de provas, de modo a desencorajar os requerimentos do requerente (que em razão da regra de inversão, suportará tais dispêndios). Essa modalidade de abuso seria impedida pela inversão pelo juízo apenas dos custos *razoáveis* com a produção da prova⁶⁶.

Com base na experiência norte-americana, Flávio Luiz Yarshell chega a preconizar a possibilidade de que também em nosso sistema se constate o abuso na prática de atos tendentes à pré-constituição ou à produção antecipada de provas, aquilo que naquelas bandas se denomina *abuse discovery*⁶⁷.

Admite-se como verdadeiro dever da parte em atender à pretensão de pré-constituição de provas também em nosso sistema, aquilo já sedimentado no sistema adversarial norte-americano como *duty to disclosure*, oriundo dos princípios da lealdade processual, veracidade e cooperação⁶⁸. O outro lado do referido aspecto ético é a invocação da prerrogativa de não antecipar providências instrutórias consideradas abusivas⁶⁹.

Os exemplos serão os mais diversificados possíveis, mas com base na experiência norte-americana, pode-se aventar o requerimento de informações inúteis ou excessivas; entrega de elevado número de documentos, de modo a dificultar o exame (*hide and seek play*; *bulk discovery*; *document dumping*); requerimentos vagos e genéricos de informações (*fishing expeditions*); recusa ao fornecimento de informações sob falsas alegações de impossibilidade técnico-processual; e em geral, obstruções intencionais ou culposas de acesso à prova⁷⁰.

Reconhece-se, contudo, a dificuldade de se separar a *discovery* agressiva da abusiva, e muito embora os exemplos sejam extraídos de sistema com conformação e filosofia procedimental diversas do nosso, certamente há parâmetros dotados de universalidade na definição do comportamento processual abusivo⁷¹.

4.A função econômica do ônus da prova

Como já tivemos oportunidade de observar, parece contraditório definir a produção de provas simultaneamente como um direito e um ônus. A rigor, é o *direito de desincumbir-se de um ônus*⁷². Bem por isso que a expressão corredia na doutrina brasileira sobre o tema bem capta o cerne do instituto: um imperativo do próprio interesse.

A doutrina de *Common Law* norte-americana costuma distinguir o ônus da prova em *burden of persuasion* (ônus de persuasão ou convencimento) e *burden of production* (ônus de produção probatória). Os conceitos são, obviamente, interligados, já que geralmente quem tem o ônus de convencer o juízo, por derivação, terá também o de produção da prova, isto é, de requerer e promover sua admissão ao processo. Assim sendo, ordinariamente, ao demandante, a quem toca o ônus de convencer o juízo da solidez de sua pretensão, incumbirá também o encargo de produzir provas correspondentes. E tal regra, apenas não será observada se os custos para o demandante produzir tal prova forem desproporcionalmente superiores, quando comparados aos custos para que o réu obtenha a prova contrária⁷³.

Ao réu tocará o ônus de persuadir o juízo no caso de formular defesas afirmativas, isto é, alegando fatos novos⁷⁴.

Já se mencionou um latente problema do sistema probatório do procedimento adversarial norte-americano, e que se agudiza notoriamente na fase preliminar de produção de provas.

O problema de justiça moral e, sobretudo, econômica que se aponta é o fato de que os custos com a produção da prova postulada pelo adversário ficam à conta da parte que a produz, e não com aquela que a requer e que visa, no fim, beneficiar-se de seu valor probante, um verdadeiro benefício à custa de terceiro⁷⁵.

Com efeito, a produção de provas objeto do *pretrial discovery* não apenas impõe custos à parte que a leva a cabo, como ainda incrementa as chances de vitória do adversário da parte dita “producente”. Ou seja, há dois níveis de benefícios hauridos pela parte que requer a produção probatória: além de deixar de despender o custo econômico correspondente, ainda recebe relevante informação que incrementa sua chance de êxito⁷⁶. De outro lado, há dois níveis de prejuízo suportado pela parte produtora: arcar com o custo financeiro da produção probatória, e ainda ter o fruto de seu trabalho usado contra si, incrementando suas chances de derrota. Há, portanto, uma *quádrupla discrepância*, cada parte se beneficia ou prejudica em dois níveis⁷⁷.

A distorcida realidade de alocação dos custos com a produção de provas como exposta desnuda um verdadeiro subsídio para o litígio, ou ao menos parte dele, imposto a uma parte em favor do adversário. Da forma como se apresenta no sistema adversarial norte-americano, referido subsídio ostenta uma série de inconveniências⁷⁸. Primeiramente, como não há expresse enfrentamento legislativo da matéria, já que o custeio da prova pelo adversário daquele que a postula não está previsto nas regras processuais ou mesmo em relevantes precedentes, cria-se um subsídio escondido que calha em prejuízo à transparência legislativa e à própria responsabilidade democrática. Em segundo lugar, mina a eficiência procedimental, ao criar uma externalidade econômica significativa. Finalmente, implica em violação à garantia da parte ao devido processo legal⁷⁹.

De fato, esse subsídio escondido que uma parte acaba por oferecer ao adversário ocasiona sérias preocupações com o respeito à garantia do devido processo legal titularizada pelo respectivo prejudicado.

No tocante ao réu, tal violação se torna mais saliente, uma vez que se vê obrigado ao custeio – que não deixa de ser uma forma de privação de sua propriedade – sem prévia certificação judicial de sua responsabilidade por algum ato ilícito, fundando-se unicamente na unilateral alegação da parte adversária, sem qualquer crivo judicial de legitimidade. Mesmo eventuais audiências destinadas a solver controvérsias acerca dos elementos aptos a integrarem o cabedal de informações sujeitas à *discovery* não se destinará a uma cognição apropriada e fundamentada acerca da solidez da pretensão do adversário⁸⁰.

Também em relação ao autor violação ao devido processo legal se afigura, pois que também ele tem direito a exercer o contraditório, de modo que decisões que impliquem em seu prejuízo, notadamente o detrimento de seu direito de propriedade, somente sejam tomadas após sua manifestação e o crivo judicial. E tal controle não ocorrerá no tocante aos pedidos de produção de prova formulados pelo réu e sujeitos à *disclosure* pelo autor. Destarte, o “réu pode facilmente empregar o procedimento probatório para lançar obstáculos artificiais no caminho do autor”⁸¹.

Os aspectos até então pontuados expõem as dificuldades envolvidas na alocação do ônus da prova, isto é, as distorções econômicas que podem daí advir. Não obstante, também apontam para as oportunidades que se apresentam para, por meio do manejo da técnica processual de distribuição do ônus da prova, corrigir essas mesmas distorções de ordem econômica, e até mesmo incentivar comportamentos desejados, e desestimular os considerados prejudiciais, a partir da compreensão das partes como agentes econômicos racionais.

E tais reflexões contam com elevado potencial de contribuição para nosso sistema processual, que frequentemente utiliza justamente a alocação de aludido ônus como forma de implementar políticas públicas e corrigir desigualdades

processuais, do que são emblemáticos exemplos, respectivamente, a inversão do ônus da prova autorizada como direito básico do consumidor⁸² e a alocação dinâmica do ônus da prova, fundada na basilar noção de atribuir o encargo a quem esteja na melhor posição para produção da prova, consideradas as particularidades do caso concreto⁸³.

Uma das propostas que se apresenta é qualificar a relação entre partes no tocante à produção de provas, como um quase-contrato, combinada com a teoria do *quantum meruit*. Segundo a referida concepção, a parte em um quase-contrato titulariza um direito de ser reembolsada por um benefício conferido a terceiros, segundo um pedido expresso ou implícito deste, o que é amparado pelo princípio fundamental de justiça econômica⁸⁴.

A teoria do *quantum meruit* constitui o fundamento conceitual que autoriza alguém a ser ressarcido pelas despesas incorridas em prover um benefício a um terceiro que o tenha requerido ou que, de alguma forma, o estivesse esperando⁸⁵.

Há três elementos essenciais a amparar o reconhecimento de um direito a ressarcimento sob o pálio do *quantum meruit*: i) a parte tenha logrado um benefício; ii) que o seja à custa da outra parte; e iii) que se considere injusto que o beneficiado retenha a vantagem sem a correspondente compensação, considerando que esta vantagem não foi gratuitamente oferecida⁸⁶. Referida concepção apela a princípios fundamentais de justiça econômica, notadamente, de que aquele que confere um benefício a outrem deve ser compensado, independentemente de terem as partes formalmente negociado alguma compensação, visto que não é moralmente sã que alguém se enriqueça injustamente à custa de outrem⁸⁷.

Concepção tal traria importante instrumental a corrigir as já mencionadas distorções, como é no sistema norte-americano o custeio da produção da prova pela parte adversa daquela que postula sua produção.

A sistemática de alocação dos custos com a produção de prova também pode haurir bons subsídios da proposta de Guido Calabresi para um modelo de distribuição de tais custos. Este modelo de “tripla camada” é forjado para reduzir os custos globais causados por uma atividade nociva.

O primeiro nível do modelo, denominado *redução de custo primária*, implica impor responsabilidade sobre o agente mais bem posicionado para determinar como acidentes podem ser evitados do modo menos custoso. Num segundo momento, a *redução de custo secundária*, entra em cena após os custos com o infortúnio oriundo da atividade nociva terem sucedido, propugnando pela pulverização de tais dispêndios de modo a amenizar seu impacto. Finalmente, a terceira camada, a *redução de custo terciária*, implica a avaliação de modo a se aferir se as medidas tomadas para redução de custos, seja em nível primário, seja no secundário, efetivamente custam mais do que economizam⁸⁸. Assim, o objetivo primordial do modelo de Calabresi é estabelecer a combinação perfeita entre as camadas primária, secundária e terciária, de modo que os custos sejam reduzidos, dentro dos parâmetros de eficiência econômica⁸⁹.

O agente na melhor posição para evitar, de forma mais barata, o custo com a atividade nociva é aquele com o máximo grau de internalização de custos entre os participantes da transação, após consideradas as externalidades decorrentes de transferências de custos ou informação imperfeita ou incompleta⁹⁰.

A parte que requer a produção de dada prova é justamente aquela que está na melhor posição para evitar o correspondente custo, de modo que carrear a ela referidas despesas atende ao primeiro nível da teoria de Calabresi para redução primária de custos, além do que, soluciona problemas de incentivo, fornecendo-lhe motivação necessária para ater-se ao quanto for necessário e a proceder ao necessário juízo *ex ante* acerca do potencial benefício que pode haurir da prova pretendida. Com efeito, subsidiar a produção probatória de uma parte por meio da atribuição ao adverso do encargo de custeá-la torna referido custo uma total externalidade e retira todo incentivo para que os litigantes limitem a amplitude de seus pedidos, evitando a chamada produção excessiva de provas (*excessive discovery*)⁹¹.

As *Federal Rules of Civil Procedure* autorizam o juízo a impor sanções – notadamente o custeio das despesas correspondentes – em caso de abuso na produção de provas. Entretanto, tais regras exigem que a Corte promova uma análise de custo/benefício num momento prematuro do litígio, em que ainda não se tem um amplo quadro de informações que permita inferir a real utilidade da prova sob análise. Resultado disso é que os juízos são hesitantes em obstar a produção da prova ou inverter o respectivo ônus financeiro à base desse tipo de análise⁹².

Poder-se-ia contra-argumentar que a parte que produz a prova é que exerceria o controle sobre seu custo, já que a responsável por escolher e prover os métodos da obtenção da informação. Contudo, seu espectro de controle dos custos é, ainda assim, limitado, pois sua função é meramente reacionária, não ostentando poder para a condução primária dos seus custos com a produção da prova a que jungida⁹³.

A teoria ou modelo de Calabresi – e, em geral, as dificuldades impostas pelo modelo norte-americano – conduzem à inevitável questão, que pode ser bem importada para o sistema brasileiro, de se saber se eventual inversão do ônus financeiro da prova pode ser procedida pelo juízo naqueles casos em que a parte pode demandar alguma providência do adversário, como, por exemplo, a exibição de documento ou coisa.

Atribuir ao autor o ônus de uma preliminar produção de provas, ainda que perfunctória e introdutória, também ostenta um outro importante propósito. É que se reconhece que uma relevante função da produção de prova – ou mais precisamente, da perspectiva de sua necessidade – é filtrar as pretensões ajuizadas. O demandante apenas perseguirá em juízo um pedido se seu custo for inferior ao valor estimado da própria pretensão⁹⁴.

Com efeito, é razoável exigir do demandante que apresente um suporte probatório que confira certa solidez *prima facie* para sua pretensão, de modo a se afirmar uma probabilidade de sucesso que compense o comprometimento dos recursos judiciais em um julgamento. Além disso, incumbe ao Direito Probatório incrementar as chances de um resultado correto, como externalidade positiva, compelindo o demandante a realizar uma investigação completa, mais do que seria de seu interesse estritamente privado⁹⁵.

5.Prova e solução consensual: a influência da produção probatória sobre a posição estratégica das partes enquanto agentes econômicos

Julgamentos ocorrem se ambas as partes estão relativamente otimistas em relação às suas chances de sucesso. Nesse cenário, entretanto, ao menos uma delas está desinformada. Assim, a revelação de informações pela parte adversa permite corrigir esse falso otimismo, o que cria uma vantagem no processo de barganha para um eventual acordo, em favor da parte que promove a revelação de informações que detém. Essa circunstância denuncia uma poderosa motivação a que se promova voluntária revelação ao adversário do material probatório que se detenha⁹⁶.

Logo, a preliminar produção de provas (*discovery*) incrementa acordo e desmotiva julgamentos, e o faz organizando a voluntária troca de informações entre as partes litigantes⁹⁷.

Essa técnica, com sedimentada tradição no sistema adversarial direito norte-americano, como tem-se destacado ao longo deste estudo, é relativamente recente na realidade brasileira – quando nada com este viés informacional – já que na seara da cautelaridade já era de antiga e acalentada previsão sob os auspícios da produção antecipada de prova.

O processo americano, sob influência do sistema inglês, desde o século XIX contava com o *bill of discovery* que previa preliminarmente ao julgamento, que a parte obtivesse o depósito de documentos e a oitiva do adversário, o que se sedimentou notadamente a partir de 1848 com a edição do Código do Estado de Nova Iorque, adotado por diversos outros Estados. A técnica evoluiu como uma reação à insatisfação da administração da justiça que tratava o procedimento adversarial com foros de competição esportiva, tísido por surpresas e emboscadas, e favorecendo a descoberta da verdade e a decisão favorável à parte que efetivamente tivesse razão, e não à mais astuta⁹⁸.

Com a edição em 1938 das *Federal Rules of Civil Procedure*, consolida-se a *discovery* na técnica processual adversarial norte-americana que, porém, alcança a década de 70 do século passado com problemas relacionados aos abusos a si atrelados, ocasionados por elevado custo, lentidão e ineficiência, levando a modificações na década de 1980, especialmente com a introdução do conceito de proporcionalidade e a previsão de uma *pretrial conference*, impondo-se também na década de 1990 restrições quantitativas, de modo a prevenir os excessos. Seja como for, o grande propósito das mencionadas técnicas segue sendo, na feliz expressão de Flávio Luiz Yarshell, tornar o processo “menos um ‘jogo entre cegos’ e mais similar a um contexto équo no qual os fatos principais são expostos da forma mais clara possível”⁹⁹.

Em obra que se tornou referência sobre o tema, referido autor defendeu com lucidez e ampla fundamentação o reconhecimento no sistema processual brasileiro de um direito autônomo à prova, isto é, desvinculado do processo de conhecimento voltado à adjudicação declaratória incidente sobre a relação de direito material, inclusive com a finalidade de prevenir a necessidade de recurso à via estatal de solução de conflitos. E ao fazê-lo, valeu-se de amplo respaldo na experiência de *Common Law* tanto inglesa como norte-americana, avaliando inclusive a evolução histórica das técnicas de produção preliminar de provas naqueles sistemas, especialmente a evolução já no século XX, com a transferência do controle das controvérsias das partes e respectivos patronos a respeito do tema ao juiz, dotado do *caseflow management*, isto é, o poder de dirigir a fase *pretrial*. Às partes restou o dever de colaboração, fornecendo informações pertinentes à causa e cooperando para obtenção de composição, contribuindo para o célere desenvolvimento do processo¹⁰⁰.

A técnica restou consagrada no Código de Processo Civil de 2015, que introduziu de forma agora indubitosa e ampla a técnica das *ações probatórias autônomas*, expressamente previstas, inclusive fora das situações de cautelaridade, em que a produção da prova é deflagrada dado o risco de seu desaparecimento. Atualmente admite-se a produção antecipada de provas se “suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito” ou mesmo apenas e tão somente para viabilizar que “o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação” (art. 381, II e III, CPC (LGL20151656))¹⁰¹.

Interessante notar que desde meados da década de 70 do século passado, Calmon de Passos ressaltava as virtudes da técnica do sistema adversarial da *Common Law* norte-americana voltada à coleta de material probatório em fase preliminar de preparação para o julgamento (*trial*), voltada precipuamente à obtenção de elementos de prova que não estivessem em seu poder, bem como conhecer o material probatório de que dispusesse o adversário, ressaltando ainda o princípio fundamental de que tal atividade preliminar não poderia ser empregada com má-fé, isto é, visando criar dificuldades para o adversário. Já naquele tempo, o autor defendia que referida técnica “poderia oferecer ao

direito processual brasileiro forma racional de realização do objetivo de celeridade do processo”¹⁰², e sugeria a incorporação em nosso sistema, de uma “interpelação probatória”, “admissível em prazo breve a ser fixado e num momento processual que se situe entre o encerramento da fase postulatória e o início da fase do saneador”¹⁰³.

As reflexões induzidas pelos princípios norteadores da Análise Econômica hauridos, sobretudo, a partir da experiência adversarial da *Common Law* norte-americana podem potencializar o instituto que já é, por si, notoriamente útil ao tratamento preventivo dos conflitos judicializáveis.

Aliás, um germen das reflexões estimuladas pela Análise Econômica do Direito no tocante ao Direito Probatório, notadamente da técnica da preliminar coleta do material probatório, pode ser detectada na abalizada doutrina que se debruçou sobre o tema. A respeito, Flávio Luiz Yarshell já ponderava:

“A avaliação das partes, tanto mais em países que praticam o sistema capitalista em sua mais intensa acepção, presume-se seja feita de forma objetiva; e essa objetividade reside, dentre outros fatores, na consideração dos elementos de prova disponíveis e nas consequências econômico-financeiras de se ir a juízo com base neles.”¹⁰⁴

Vejamos que o primeiro propósito da produção preliminar de provas é aumentar a probabilidade de uma solução consensual, permitindo às partes prever o possível resultado do julgamento de modo mais preciso. Aquilo que seria o resultado da adjudicação pode ser reproduzido pela via consensual pelas partes, em fase processual preliminar, de modo a criar uma economia correspondente à diferença entre os custos do processo e os custos do acordo. De outro lado, o valor estimado do julgamento para as partes é representado pela probabilidade de êxito multiplicada pela magnitude do objeto do processo. Ainda no caso do autor, do referido valor deve ser subtraído o custo do processo; no caso do réu, o custo do litígio deve ser acrescentado (para o réu, esta é uma conta negativa, pois sempre representa um custo). Já tivemos oportunidade de, em outro estudo, apresentar a referida fórmula, como segue: $VL = P \times R - C$ (para o autor) e $-VL = -P \times R - C$ (para o réu). Em que (VL) representa o valor líquido da pretensão, (P) as probabilidades de êxito da parte autora esperadas por cada parte, (R) o resultado em termos monetários que se estima e (C), o custo do litígio¹⁰⁵.

O autor não admitirá um acordo por menos do que seu (VL); enquanto o réu, não transigirá por mais do que seu (VL).

Pensemos agora nos custos do litígio representados pela equação: $(C)p = (C)p(a) + (C)p(r)$, em que (C)p representa o custo total do processo, (C)p(a) o custo para o autor, e (C)p(r) o custo para o réu. E paralelamente, $(C)a = (C)a(a) + (C)a(r)$, em que (C)a representa o custo total do acordo (leia-se: solução consensual), (C)a(a) o custo do acordo para o autor e (C)a(r) o custo do acordo para o réu.

Defende-se, pois, para que uma transação seja possível “a economia com os custos para as partes deve superar o seu relativo otimismo sobre o processo”, o que se expressa na fórmula: $(C)p - (C)a > (VL)(a) - (VL)(r)$, em que (VL)(a) representa o valor líquido estimado do processo para o autor, conforme fórmula já vista; e (VL)(r) representa o valor líquido para o réu. Por outro lado, o julgamento se torna necessário quando o valor estimado do processo para o autor supera aquele estimado pelo réu em montante superior à economia representada por $(C)p - (C)a$ ¹⁰⁶.

Obviamente que outra variável que deve ser considerada é o fator tempo, isto é, o estágio do procedimento em que a equação é utilizada. Os custos com o acordo variam de acordo com a fase procedimental. Quanto mais prematuro o momento, maior a economia proporcionada pelo acordo; quanto mais avançado o estágio procedimental, menor a economia.

O *pool* de informações que o procedimento probatório – notadamente o preliminar – permite reunir altera a distribuição das probabilidades nas equações anteriormente apresentadas, permitindo que as expectativas das partes sejam as mais próximas possíveis do cenário informacional pleno próprio ao desate da causa por solução adjudicatória¹⁰⁷.

A produção de provas que torna as partes mais pessimistas em relação à sua própria posição no processo, incrementa as chances de solução consensual via transação. Correspondentemente, elementos probatórios que tornem mais otimistas as partes quanto à sua posição, elevam a probabilidade de um julgamento¹⁰⁸.

Eleva-se o pessimismo do autor por meio da redução da variável (P) na equação que define o (VL) valor líquido da pretensão para si. Em relação ao réu, por outro lado, é a elevação de (P) que representa o incremento de seu pessimismo. Para o autor, tal alteração representa a redução de seu (VL), e para o réu, a elevação de seu (VL), lembrando-se, contudo, que para o réu tal representa uma função *negativa*, de modo que a elevação do (VL) na espécie representa um aumento do potencial dispêndio¹⁰⁹.

Um contraponto é preciso que seja feito. Sob uma outra perspectiva, a parte que revela informações também pode perder uma posição de vantagem no jogo de barganha envolvido em eventual solução consensual, se revela informações que corrigem o falso pessimismo do adversário. O falso pessimismo sobre o resultado do julgamento incentiva o acordo. Nesse sentido, há um poderoso motivo para reter informações que corrijam tal falsa percepção negativa, e nessa toada, o preliminar procedimento probatório (*discovery*) não incentiva acordos e estimula julgamentos¹¹⁰.

Seja como for, Rubinfeld e Cooter ainda destacam que o segundo propósito a ser atingido pela produção preliminar de provas é a exatidão ou precisão da solução consensual, isto é, que corresponda à solução adjudicatória fundada em completo quadro de informação. Com efeito, a produção de provas afeta o mérito do processo como apreendido pelas partes, eliminando expectativas tendenciosas e irreais. Ajustadas tais expectativas com relação ao mérito da causa, tem-se natural correspondência entre o acordo racional e o que seria um julgamento baseado em completas informações¹¹¹.

Por óbvio que tais são propósitos da produção antecipada ou preliminar de provas relacionados à solução consensual. Outros há, frisados no item anterior do presente estudo, que se ligam a aspectos diversificados da dinâmica instrutória do procedimento em juízo¹¹².

Apesar dos contrapontos frisados, pode-se concluir que os cânones da Análise Econômica ecoam o que a doutrina brasileira abalizada já tinha anotado no tocante a procedimentos probatórios prévios, que ensejam às partes posição mais vantajosa, na medida em que diminuem

“os riscos de demandar – ou, mesmo, de resistir a dada pretensão – às escuras e, assim, minimizando a probabilidade de se sujeitar às consequências decorrentes de um julgamento desfavorável.”¹¹³

Claro que não se advoga a importação pura e simples do *pretrial discovery* como praticado no sistema adversarial norte-americano, dadas suas vicissitudes patentes, notadamente, o alto custo, mas não se pode deixar de considerar seu incentivo à antecipação de prova com a finalidade de impedir ou abreviar o processo¹¹⁴.

6. Conclusões

A expressa previsão da possibilidade de julgamento antecipado é fruto da opção de política legislativa que prestigia a celeridade, a economia e a concentração, em detrimento da oralidade e da imediação¹¹⁵. E presentes os pressupostos autorizadores do imediato julgamento do mérito no momento do saneamento, ao juiz impõe-se fazê-lo, mesmo contra a vontade das partes¹¹⁶.

De outro lado, sedimentada a ideia de que o julgamento antecipado fora das hipóteses prescritas no Código de Processo Civil implica nulidade absoluta e insanável da sentença, por vilipêndio ao direito das partes ao processo, ocasionando cerceamento de defesa, ameaçando a própria cognição judicial, cuidando-se de matéria de ordem pública, por atingir garantias constitucionais das partes e, por conseguinte, afronta ao devido processo legal¹¹⁷. Tal raciocínio deriva diretamente do reconhecimento do direito de ação como, extensivamente, abrangente dos direitos de sustentar suas razões e produzir provas de modo a influir no convencimento judicial¹¹⁸.

A proposta – que é também um desafio – que o estudo propõe é considerar, neste juízo de prestígio à economia, também a melhor forma de se evitar um custo com instrução que viole cânones de *eficiência econômica*. Aqui, a contribuição da *Law and Economics* à técnica processual de *admissibilidade da prova*.

Destarte, o juízo de pertinência e relevância, a guiar o rumo tomado no julgamento conforme o estado do processo, exige um ajuste fino e requintado, que pendula entre a eficiência econômica e a nulidade absoluta¹¹⁹. Ao juiz cabe a difícil tarefa de conduzir o procedimento por sobre esta delicada ponte movediça, e a auxiliá-lo a bússola do conceito anteriormente proposto de *proporcionalidade econômica*, como pressuposto de admissibilidade da prova.

Mas as contribuições a tanto não se resumem, pois que também se estendem de modo alvissareiro e proveitoso sobre os critérios de *alocação do ônus da prova*. É que um dos elementos-chave da Análise Econômica do Direito é o conceito de *forma mais barata de se evitar um custo*. Referido conceito está diretamente correlacionado com a melhor disponibilidade ou condição de produção de prova como critério para a alocação do ônus da prova¹²⁰.

Essa ideia, combinada com as diretrizes de redução de custos propostas por Guido Calabresi, anteriormente expostas, fornecem ampla justificação sob a ótica da eficiência econômica, à regra geral de que ordinariamente aquele que requer – seja a produção de prova, seja, em geral, a prestação do serviço jurisdicional – deve ser encarregado de antecipar-lhe os custos. Essa é a matriz dos arts. 82 e 95, do Código de Processo Civil brasileiro.

Além disso, defende-se que a técnica de inversão do ônus financeiro da prova promova a equalização de sua distribuição, de modo que a produção da prova ao menos não seja mais um fator que introduza inexatidão na resolução da disputa¹²¹.

Propõe-se, assim, uma norma com duplo aspecto: a parte adversa àquela que requer a produção da prova e, portanto, é responsável por produzi-la, arca com o respectivo custo até um patamar específico; e a parte requerente arca com os custos razoáveis relativos a pedidos adicionais. O ponto de inflexão deve ser estabelecido de modo a preservar a simetria nos custos com a produção de provas¹²².

Esse pode ser um bom critério para a distribuição dinâmica na forma do § 1º do art. 373, CPC (LGL\2015\1656).

Ainda, uma das principais contribuições que a análise econômica do Direito pode trazer para o sistema processual brasileiro da atualidade é, fora de dúvida, qualificar o interesse processual para as ações probatórias autônomas.

Com efeito, desde a obra que sistematizou o direito autônomo à prova desvinculado da cautelaridade que até então informava a conhecida técnica da produção antecipada de provas, tese de cátedra do professor Flávio Luiz Yarshell, até a atual consagração expressa no sistema da possibilidade de produção de provas com a precípua finalidade de permitir às partes conhecerem sua posição estratégica frente ao adversário, têm a doutrina e jurisprudência se debruçado sobre o tema. E pode haurir do sistema adversarial norte-americano importantes luzes, visto que ali bem se desenvolveu há décadas um importante sistema probatório preliminar, a chamada *pretrial discovery*, acerca da qual a análise econômica trouxe relevantes diretrizes. Aliás, a larga maioria senão a totalidade das reflexões que a *Law and Economics* faz acerca do Direito Probatório é, de fato, à luz do expediente preparatório de coleta de elementos de prova em poder do adversário.

Ainda, pode-se divisar que regras probatórias por vezes são forjadas com o objetivo de conformar o comportamento das partes fora do ambiente processual. A análise econômica pode, pois, fornecer sofisticados subsídios para prever a reação dos interessados a tais regras. Por exemplo, a exclusão, como elemento de prova, de um dado expediente, incentiva as partes a adotá-lo, ou opera nada mais do que como uma cortina de fumaça para práticas ilícitas? ¹²³

Nessa toada, reconhece-se que exigir da parte que postula a produção da prova, sempre, o respectivo custeio pode ser social e politicamente inviável, visto que implicará que alguns litigantes retem aliçados de acesso à justiça por hipossuficiência econômica, ou que algumas áreas do Direito Material retem subaplicadas ou valorizadas.

A solução de meio termo, portanto, seria permitir que o Estado subsidiasse a produção de prova para algumas áreas do Direito consideradas socialmente mais valiosas ou para litigantes que, não fosse tal auxílio, não teriam condições de custear a produção de provas¹²⁴.

De toda forma, subsidiar o custo com a prova para certas áreas do Direito – consideradas de pronunciado interesse público – não eliminaria o perverso incentivo econômico já atualmente verificado no sistema adversarial norte-americano e que resulta em ineficiência substancial, já que o procedimento de *discovery* seguiria sendo uma externalidade para a parte subsidiada, que continuaria tentada a formular requerimentos desproporcionalmente amplos. O modo de conter tal inconveniência seria impor algum tipo de filtro baseado na renda auferida, para permitir acesso ao benefício¹²⁵. Outra solução viável seria impor uma coparticipação da parte requerente e subsidiada nos custos de produção das provas que requer.

Enfim, como se pode perceber, há inúmeras contribuições e propostas que assomam quando se colhem combinadamente as reflexões da Análise Econômica do Direito e a experiência da *Evidence Law* do sistema adversarial norte-americano. Todas as ideias pinçadas são compatíveis com nosso sistema, que já opera enfrentando desafios advindos da flexibilidade na distribuição do ônus da prova e sua função no processo; inconveniências e efeitos decorrentes do custo econômico da prova; o efeito da produção probatória preliminar sobre as chances de solução consensual; a aferição da admissibilidade da prova, tendo como pano de fundo os conceitos de utilidade e necessidade; o papel do juiz enquanto gestor do acervo probatório e condutor do procedimento, que se aspira célere, econômico, porém, justo etc.

A finalidade do estudo é provocativa, chamando a atenção para possíveis padrões diferenciados para abordagem de tais desafios, sem apresentar respostas prontas ou dogmáticas. Quiçá possa ser para o leitor um ponto de partida.

7. Bibliografia

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da amplitude de produção probatória. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: ed. RT, 1999. p. 262.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Do julgamento antecipado da causa. In: *Ensaio e artigos*. JusPodivm: Salvador, 2016. v. II. p. 592.

COOTER, Robert D. e RUBINFELD, Daniel L. An Economic Model of Legal Discovery. In: *Journal Of Legal Studies*, 23/435.

COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. *Prova e verdade nos regimes de civil law e common law. A procura pela verdade na busca pela Justiça*. Curitiba: Juruá, 2022. p. 173.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2009. v. III. p. 847.

FRIEDMAN, Richard D. Economic Analysis of Evidentiary Law: Na Underused Tool, an Underplowed Field (Symposium: The Economics of Evidentiary Law). In: *Cardozo Law Review*, 19, n. 05, p. 1531-1539.

GELBACH, Jonah B.; KOBAYASHI, Bruce H. The Law and Economics of Proportionality in Discovery. In: *Georgia Law Review*, 50/1093.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O julgamento antecipado da lide: enfoque constitucional. In: *RePro*, 5/101.

POSNER, Richard. An Economic Approach to the Law of Evidence. In: *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 66.

REDISH, Martin H. e McNamara, Colleen. Back to the Future: Discovery Cost Allocation and Modern Procedural Theory. In: *The George Washington Law Review*, 79/773.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 478.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa (conceito atualizado de acesso à justiça). Processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 422.

1 .COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. *Prova e verdade nos regimes de civil law e common law. A procura pela verdade na busca pela Justiça*. Curitiba: Juruá, 2022. p. 21. “A produção de prova é definida como um conjunto de atividades que visam a verificação e demonstração da verdade sobre os fatos considerados relevantes para o julgamento. Além disso, a prova é necessária quando os fatos são controversos” (Op. cit., p. 22).

2 .DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009. v. III. p. 46. Em sempre magistrais linhas, assevera o mestre que o direito à prova se erige “em um dos mais respeitados postulados inerentes à garantia política do devido processo legal” (Op. cit., p. 46).

3 .COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. *Prova e verdade nos regimes de civil law e common law. A procura pela verdade na busca pela Justiça*. Curitiba: Juruá, 2022. p. 24.

4 .BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da amplitude de produção probatória. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: ed. RT, 1999. p. 168.

5 .Há mais de duas décadas, Bedaque já ponderava que “não se pode considerar o direito à prova como valor absoluto”, destacando que as regras e princípios processuais são instrumentais, e, portanto, “não são dogmas indiscutíveis, devendo ser observados nos limites em que se revelem necessários aos fins a que se destinam” (Op. cit., p. 169).

6 .POSNER, Richard. *An Economic Approach to the Law of Evidence*. In: John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper, n. 66, 1999. p. 9.

7 .FRIEDMAN, Richard D. Economic Analysis of Evidentiary Law: Na Underused Tool, an Underplowed Field (Symposium: The Economics of Evidentiary Law). In: *Cardozo Law Review* 19, n. 05, p. 1532-1533.

8 .FRIEDMAN, Richard D. Economic Analysis of Evidentiary Law: Na Underused Tool, an Underplowed Field (Symposium: The Economics of Evidentiary Law). In: *Cardozo Law Review* 19, n. 05, p. 1531-1532.

9 .GELBACH, Jonah B.; KOBAYASHI, Bruce H. The Law and Economics of Proportionality in Discovery. In: *Georgia Law Review*, 50/1093. p. 1096.

10 .REDISH, Martin H. e McNamara, Colleen. Back to the Future: Discovery Cost Allocation and Modern Procedural Theory. In: *The George Washington Law Review*, 79/773. p. 774.

11 .GELBACH, Jonah B.; KOBAYASHI, Bruce H. The Law and Economics of Proportionality in Discovery. In: *Georgia Law Review*, 50/1093. p. 1099-1100.

12 .GELBACH, Jonah B.; KOBAYASHI, Bruce H. The Law and Economics of Proportionality in Discovery. In: *Georgia Law Review*, 50/1093. p. 1102.

13 .GELBACH, Jonah B.; KOBAYASHI, Bruce H. The Law and Economics of Proportionality in Discovery. In: *Georgia Law Review*, 50/1093. p. 1103.

14 .POSNER, Richard. *An Economic Approach to the Law of Evidence*. In: *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 66, 1999. p. 12. Na ilustração do autor: “It is more important to deter billion-dollar oil spills resulting from negligence than million-dollar oil spills resulting from negligence” (Op. cit., p. 12).

15 .FRIEDMAN, Richard D. Economic Analysis of Evidentiary Law: Na Underused Tool, an Underplowed Field (Symposium: The Economics of Evidentiary Law). In: *Cardozo Law Review*, 19, n. 05. p. 1537.

- 16 .FRIEDMAN, Richard D. Economic Analysis of Evidentiary Law: Na Underused Tool, an Underplowed Field (Symposium: The Economics of Evidentiary Law). In: *Cardozo Law Review*, 19, n. 05. p. 1538. Eis suas palavras: "use of economic techniques as a heuristic device for aiding clear thought". (Op. cit., p. 1538).
- 17 .POSNER, Richard. An Economic Approach to the Law of Evidence. In: *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 66, 1999. p. 5-6.
- 18 .POSNER, Richard. An Economic Approach to the Law of Evidence. In: *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 66, 1999. p. 6.
- 19 .POSNER, Richard. An Economic Approach to the Law of Evidence. In: *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 66, 1999. p. 6.
- 20 .COOTER, Robert D. e RUBINFELD, Daniel L. An Economic Model of Legal Discovery. In: *Journal Of Legal Studies*, 23/435. p. 437.
- 21 .GELBACH, Jonah B.; KOBAYASHI, Bruce H. The Law and Economics of Proportionality in Discovery. In: *Georgia Law Review*, 50/1093. p. 1094-1095.
- 22 .COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. *Prova e verdade nos regimes de civil law e common law. A procura pela verdade na busca pela Justiça*. Curitiba: Juruá, 2022. p. 63.
- 23 .Livre tradução de "Scope in General. Unless otherwise limited by court order, the scope of discovery is as follows: Parties may obtain discovery regarding any nonprivileged matter that is relevant to any party's claim or defense and proportional to the needs of the case, considering the importance of the issues at stake in the action, the amount in controversy, the parties' relative access to relevant information, the parties' resources, the importance of the discovery in resolving the issues, and whether the burden or expense of the proposed discovery outweighs its likely benefit. Information within this scope of discovery need not be admissible in evidence to be discoverable".
- 24 .GELBACH, Jonah B.; KOBAYASHI, Bruce H. The Law and Economics of Proportionality in Discovery. In: *Georgia Law Review*, 50/1093. p. 1096.
- 25 .GELBACH, Jonah B.; KOBAYASHI, Bruce H. The Law and Economics of Proportionality in Discovery. In: *Georgia Law Review*, 50/1093. p. 1106.
- 26 .GELBACH, Jonah B.; KOBAYASHI, Bruce H. The Law and Economics of Proportionality in Discovery. In: *Georgia Law Review*, 50/1093. p. 1107.
- 27 .GELBACH, Jonah B.; KOBAYASHI, Bruce H. The Law and Economics of Proportionality in Discovery In: *Georgia Law Review*, 50/1093. p. 1108-1109.
- 28 .GELBACH, Jonah B.; KOBAYASHI, Bruce H. The Law and Economics of Proportionality in Discovery In: *Georgia Law Review*, 50/1093. p. 1109.
- 29 .POSNER, Richard. An Economic Approach to the Law of Evidence. In: *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 66, 1999. p. 9-10.
- 30 .POSNER, Richard. An Economic Approach to the Law of Evidence. In: *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 66, 1999. p. 10.
- 31 .POSNER, Richard. An Economic Approach to the Law of Evidence. In: *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 66, 1999. p. 7.
- 32 .POSNER, Richard. An Economic Approach to the Law of Evidence. In: *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 66, 1999. p. 7.

- 33 .POSNER, Richard. An Economic Approach to the Law of Evidence. In: *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 66, 1999. p. 8.
- 34 .COOTER, Robert D. e RUBINFELD, Daniel L. An Economic Model of Legal Discovery. In: *Journal Of Legal Studies*, 23/435. p. 452.
- 35 .FRIEDMAN, Richard D. Economic Analysis of Evidentiary Law: Na Underused Tool, an Underplowed Field (Symposium: The Economics of Evidentiary Law). In: *Cardozo Law Review*, 19, n. 05. p. 1537.
- 36 .Art. 357, “caput” e § 3º, CPC (LGL\2015\1656).
- 37 .WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa (conceito atualizado de acesso à justiça). Processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 139.
- 38 .Art. 434, “caput”, CPC (LGL\2015\1656).
- 39 .Marco sobre o assunto, a tese de cátedra no Largo de São Francisco de Flávio Luiz Yarshell, obra, de resto, citada em outros pontos do presente estudo: YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 478.
- 40 .A matéria acha-se regulamentada pelos arts. 381 a 383, CPC (LGL\2015\1656). O primeiro destes dispositivos prevê: “Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que: I – haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;
II – a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; III – o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.
- 41 .CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Do julgamento antecipado da causa. In: *ensaios e artigos*. JusPodivm: Salvador, 2016. v. II. p. 66.
- 42 .CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Do julgamento antecipado da causa. In: *ensaios e artigos*. JusPodivm: Salvador, 2016. v. II. p. 73.
- 43 .CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Do julgamento antecipado da causa. In: *Ensaio e artigos*. JusPodivm: Salvador, 2016. v. II. p. 73.
- 44 .GRINOVER, Ada Pellegrini. O julgamento antecipado da lide: enfoque constitucional. In: *RePro*, 5/101. p. 102. Outra inovação louvada no então novel Código de 1973 era a possibilidade de por ocasião do despacho liminar, proferir-se sentença de mérito decretando prescrição. Além de homenagear a economia processual, tal possibilidade também levava à revisão das concepções triangular ou angular da relação processual, que exigiam a composição do polo passivo para admitir existente processo (WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa (conceito atualizado de acesso à justiça). Processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 142).
- 45 .GRINOVER, Ada Pellegrini. O julgamento antecipado da lide: enfoque constitucional. In: *RePro*, 5/101. p. 102-103. Como anota Kazuo Watanabe, o julgamento antecipado da lide foi instituído pelo Código *Buzaid* em 1973, de modo a solver uma crítica até então feita ao procedimento em vigor, que ao não adotar integralmente o modelo português de despacho saneador, não permitia a decisão antecipada do mérito, ocasionando que processos permanecessem em etapa morta aguardando audiência de instrução, no mais das vezes desnecessária. A obrigatoriedade da designação de audiência de instrução no sistema anterior ao Código de 1973 se dava por um suposto prestígio ao princípio da oralidade e seus corolários, os postulados da imediação e da concentração. Fora de dúvida, entretanto, que como já anotava a doutrina de então, tais princípios não restariam atendidos nas hipóteses em que a audiência era desnecessária, porque já suficientemente instruído o processo (WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa (conceito atualizado de acesso à justiça). Processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 140-141).
- 46 .CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Do julgamento antecipado da causa. In: *Ensaio e artigos*. JusPodivm: Salvador, 2016. v. II. p. 70.

- 47 .CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Do julgamento antecipado da causa. In: *Ensaios e artigos*. JusPodivm: Salvador, 2016. v. II. p. 70.
- 48 .GRINOVER, Ada Pellegrini. O julgamento antecipado da lide: enfoque constitucional. In: *RePro*, 5/101. p. 106.
- 49 .GRINOVER, Ada Pellegrini. O julgamento antecipado da lide: enfoque constitucional. In: *RePro* 5/101. p. 107.
- 50 .GRINOVER, Ada Pellegrini. O julgamento antecipado da lide: enfoque constitucional. In: *RePro* 5/101. p. 108.
- 51 .CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Do julgamento antecipado da causa. In: *Ensaios e artigos*. JusPodivm: Salvador, 2016. v. II. p. 71-72.
- 52 .CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Do julgamento antecipado da causa. In: *Ensaios e artigos*. JusPodivm: Salvador, 2016. v. II. p. 69. Conforme já dissemos, “O direito à prova afirmado como constitucional e enraizado na cláusula do Devido Processo Legal implica na necessidade de esclarecimento sobre quais são as principais diretrizes do sistema de Direito Probatório, e também, na necessidade de resolução de um conjunto de conflitos que normalmente surge entre este e outros valores importantes para o sistema jurídico como um todo” (COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. *Prova e verdade nos regimes de civil law e common law. A procura pela verdade na busca pela Justiça*. Curitiba: Juruá, 2022. p. 24). Admite-se um conflito imanente entre a busca pela verdade material na produção probatória e outros valores de igual e quiçá superior grandeza, e o desafio posto aos atores do processo judicial em lidar com a necessidade de contrabalançá-los (COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. *Prova e verdade nos regimes de civil law e common law. A procura pela verdade na busca pela Justiça*. Curitiba: Juruá, 2022. p. 70).
- 53 .GELBACH, Jonah B.; KOBAYASHI, Bruce H. The Law and Economics of Proportionality in Discovery. In: *Georgia Law Review*, 50/1093. p. 1111-1112.
- 54 .GELBACH, Jonah B.; KOBAYASHI, Bruce H. The Law and Economics of Proportionality in Discovery. In: *Georgia Law Review*, 50/1093. p. 1112.
- 55 .GELBACH, Jonah B.; KOBAYASHI, Bruce H. The Law and Economics of Proportionality in Discovery. In: *Georgia Law Review*, 50/1093. p. 1113.
- 56 .GELBACH, Jonah B.; KOBAYASHI, Bruce H. The Law and Economics of Proportionality in Discovery. In: *Georgia Law Review*, 50/1093. p. 1114.
- 57 .GELBACH, Jonah B.; KOBAYASHI, Bruce H. The Law and Economics of Proportionality in Discovery. In: *Georgia Law Review*, 50/1093. p. 1116.
- 58 .GELBACH, Jonah B.; KOBAYASHI, Bruce H. The Law and Economics of Proportionality in Discovery. In: *Georgia Law Review*, 50/1093. p. 1117.
- 59 .GELBACH, Jonah B.; KOBAYASHI, Bruce H. The Law and Economics of Proportionality in Discovery. In: *Georgia Law Review*, 50/1093. p. 1117.
- 60 .GELBACH, Jonah B.; KOBAYASHI, Bruce H. The Law and Economics of Proportionality in Discovery. In: *Georgia Law Review*, 50/1093. p. 1117.
- 61 .GELBACH, Jonah B.; KOBAYASHI, Bruce H. The Law and Economics of Proportionality in Discovery. In: *Georgia Law Review*, 50/1093. p. 1117.
- 62 .GELBACH, Jonah B.; KOBAYASHI, Bruce H. The Law and Economics of Proportionality in Discovery In: *Georgia Law Review*, 50/1093. p. 1117. A conclusão a que se chega é a seguinte: “Em suma, o critério de proporcionalidade inscrito na Regra 26(b)(1) funcionalmente fornece aos juízes uma discrição equitativa para considerar questões normativas. O padrão, portanto, terá as mesmas vantagens e limitações de qualquer outro teste de balanceamento. Isso permitirá que os juízes conheçam de questões específicas do caso que envolvem justiça, rapidez e despesas. Envolverá também a subjetividade e a redução da previsibilidade”. Livre tradução de: “In sum, the proportionality

standard written into Rule 26(b)(1) functionally provides judges with equitable discretion to consider normative issues. The standard therefore will carry the same advantages and limitations of any other balancing test. It will allow judges to take note of case-specific issues that implicate justice, speed, and expense. It will also involve subjectivity and a reduction of predictability” (GELBACH, Jonah B.; KOBAYASHI, Bruce H. The Law and Economics of Proportionality in Discovery. In: *Georgia Law Review*, 50/1093. p. 1118).

63 .COOTER, Robert D. e RUBINFELD, Daniel L. An Economic Model of Legal Discovery. In: *Journal Of Legal Studies*, 23/435. p. 450.

64 .COOTER, Robert D. e RUBINFELD, Daniel L. An Economic Model of Legal Discovery. In: *Journal Of Legal Studies*, 23/435. p. 451.

65 .COOTER, Robert D. e RUBINFELD, Daniel L. An Economic Model of Legal Discovery. In: *Journal Of Legal Studies*, 23/435. p. 453.

66 .COOTER, Robert D. e RUBINFELD, Daniel L. An Economic Model of Legal Discovery. In: *Journal Of Legal Studies*, 23/435. p. 454.

67 .YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 195-196.

68 .O dever de revelação (*duty to disclosure*) e seu equivalente, o direito à descoberta (*discovery*) são símbolos emblemáticos da busca pela verdade no sistema adversarial, pois evitam a moldagem da verdade pela avaliação parcial da prova, isto é, apenas dos elementos favoráveis à pretensão da parte, já que referido dever bem se define como “a exigência de que uma parte disponibilize às demais informações relevantes para o litígio, sejam elas favoráveis ou não à parte que as revela” (COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. *Prova e verdade nos regimes de civil law e common law. A procura pela verdade na busca pela Justiça*. Curitiba: Juruá, 2022. p. 61).

69 .YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 195.

70 .YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 196-197.

71 .YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 197-199.

72 .COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. *Prova e verdade nos regimes de civil law e common law. A procura pela verdade na busca pela Justiça*. Curitiba: Juruá, 2022. p. 47.

73 .POSNER, Richard. An Economic Approach to the Law of Evidence. In: *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 66, 1999. p. 32-33. Nas palavras do autor: “... if, as a result of modern pretrial procedures for discovering evidence in the possession of the opposing party, the costs of searching for evidence are symmetrical, it makes sense to place the burden of production on the party that bears the burden of persuasion...” (Op. cit., p. 33).

74 .POSNER, Richard. An Economic Approach to the Law of Evidence. In: *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 66, 1999. p. 32. O autor esclarece lapidariamente: “Burden of persuasion has less to do with number of errors than with the distribution of errors between sides” (Op. cit., p. 38).

75 .REDISH, Martin H. e McNamara, Colleen. Back to the Future: Discovery Cost Allocation and Modern Procedural Theory. In: *The George Washington Law Review*, 79/773. p. 777.

76 .REDISH, Martin H. e McNamara, Colleen. Back to the Future: Discovery Cost Allocation and Modern Procedural Theory. In: *The George Washington Law Review*, 79/773. p. 788-789.

77 .REDISH, Martin H. e McNamara, Colleen. Back to the Future: Discovery Cost Allocation and Modern Procedural Theory. In: *The George Washington Law Review*, 79/773. p. 790.

78 .“... a subsidy employs the legal power of the government to take resources from one entity and redistribute them to another in a manner that conflicts with the ordinary processes of the market economy and precepts of private property” (REDISH, Martin H. e McNamara, Colleen. Back to the Future: Discovery Cost Allocation and Modern Procedural Theory. In: *The George Washington Law Review*, 79/773. p. 795). Livre tradução: “... um subsídio emprega o poder legal do governo para retirar recursos de uma entidade e redistribuí-los para outra de uma maneira que entra em conflito com os processos normais da economia de mercado e os preceitos da propriedade privada”.

79 .REDISH, Martin H. e McNamara, Colleen. Back to the Future: Discovery Cost Allocation and Modern Procedural Theory. In: *The George Washington Law Review*, 79/773. p. 792.

80 .REDISH, Martin H. e McNamara, Colleen. Back to the Future: Discovery Cost Allocation and Modern Procedural Theory. In: *The George Washington Law Review*, 79/773. p. 807-810.

81 .REDISH, Martin H. e McNamara, Colleen. Back to the Future: Discovery Cost Allocation and Modern Procedural Theory. In: *The George Washington Law Review*, 79/773. p. 811-812. Excerto citado é livre tradução de “a defendant can easily seek to employ the discovery process to throw artificial obstacles in the plaintiff’s path” (Op. cit., p. 812).

82 .Art. 6º, III, CDC (LGL\1990\40).

83 .Art. 373, § 1º, CPC (LGL\2015\1656).

84 .REDISH, Martin H. e McNamara, Colleen. Back to the Future: Discovery Cost Allocation and Modern Procedural Theory. In: *The George Washington Law Review*, 79/773. p. 777.

85 .REDISH, Martin H. e McNamara, Colleen. Back to the Future: Discovery Cost Allocation and Modern Procedural Theory. In: *The George Washington Law Review*, 79/773. p. 784. Definem os autores o conceito de *quantum meruit* (que literalmente traduzido significa “tanto quanto ele merece”): “a legal action brought to recover compensation for work performed without existence of a prior formal, legally enforceable agreement between the parties” (Op. cit., p. 784). Em livre tradução: “uma ação judicial movida para haver compensação por trabalho realizado sem a existência de um acordo prévio formal e juridicamente exigível entre as partes”.

86 .REDISH, Martin H. e McNamara, Colleen. Back to the Future: Discovery Cost Allocation and Modern Procedural Theory. In: *The George Washington Law Review*, 79/773. p. 785.

87 .REDISH, Martin H. e McNamara, Colleen. Back to the Future: Discovery Cost Allocation and Modern Procedural Theory. In: *The George Washington Law Review*, 79/773. p. 786.

88 .REDISH, Martin H. e McNamara, Colleen. Back to the Future: Discovery Cost Allocation and Modern Procedural Theory. In: *The George Washington Law Review*, 79/773. p. 797.

89 .REDISH, Martin H. e McNamara, Colleen. Back to the Future: Discovery Cost Allocation and Modern Procedural Theory. In: *The George Washington Law Review*, 79/773. p. 797.

90 .REDISH, Martin H. e McNamara, Colleen. Back to the Future: Discovery Cost Allocation and Modern Procedural Theory. In: *The George Washington Law Review*, 79/773. P. 798.

91 .REDISH, Martin H. e McNamara, Colleen. Back to the Future: Discovery Cost Allocation and Modern Procedural Theory. In: *The George Washington Law Review*, 79/773. p. 800-801. Os autores frisam que sub-repticiamente se estabelecer um subsídio à litigância constitui um sério incentivo a requerimentos abusivos de prova (*abusive discovery*), definidos como aqueles cuja justificativa é o encargo que impõe ao oponente, não o benefício que traz ao requerente. Não visam propriamente à obtenção de informações, mas forçar a parte adversa a um acordo, inflando o custo do litígio para além daquilo que ele vale à vista da probabilidade de êxito. Assim, traçam uma distinção entre produção excessiva de provas e produção abusiva de provas (*excessive discovery* e *abusive discovery*). A produção abusiva de provas é preordenada por uma parte para sobrecarregar, assediar ou intimidar o adversário. A produção excessiva é representada por um pequeno potencial de trazer alguma vantagem, quando comparado com os custos de sua produção, em uma análise econômica racional (Op. cit., p. 801-804).

- 92 .REDISH, Martin H. e McNamara, Colleen. Back to the Future: Discovery Cost Allocation and Modern Procedural Theory. In: *The George Washington Law Review*, 79/773. p. 803-804.
- 93 .REDISH, Martin H. e McNamara, Colleen. Back to the Future: Discovery Cost Allocation and Modern Procedural Theory. In: *The George Washington Law Review*, 79/773. p. 805.
- 94 .COOTER, Robert D. e RUBINFELD, Daniel L. An Economic Model of Legal Discovery. In: *Journal Of Legal Studies*, 23/435. p. 447.
- 95 .POSNER, Richard. An Economic Approach to the Law of Evidence. In: *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 66, 1999. p. 41. No mesmo sentido, Cooter e Rubinfeld destacam que outro objetivo de uma sadia produção preliminar de provas é assegurar a exatidão dos julgamentos, isto é, da solução adjudicatória, já que incrementa o *pool* de informações disponíveis para a Corte antes de proferido o julgamento (COOTER, Robert D. e RUBINFELD, Daniel L. An Economic Model of Legal Discovery. In: *Journal Of Legal Studies*, 23/435. p. 446).
- 96 .COOTER, Robert D. e RUBINFELD, Daniel L. An Economic Model of Legal Discovery. In: *Journal Of Legal Studies*, 23/435. p. 436.
- 97 .COOTER, Robert D. e RUBINFELD, Daniel L. An Economic Model of Legal Discovery. In: *Journal Of Legal Studies*, 23/435. p. 436. Como já se teve oportunidade de destacar, em sentido contrário, Redish e McNamara, para quem a parte adversa não tem incentivos, e está, na verdade, a subsidiar o litígio para o adversário, que, inclusive, se enriquece ilicitamente à custa do requerido (REDISH, Martin H. e McNamara, Colleen. Back to the Future: Discovery Cost Allocation and Modern Procedural Theory. In: *The George Washington Law Review*, 79/773. p. 778, 802-803).
- 98 .YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 74.
- 99 .YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 75-76.
- 100 .YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 72-73.
- 101 .Pertinente a observação crítica de Alexandre Miura Iura: “A expressão *produção antecipada de prova* adotada pelo legislador é imprecisa. Isso porque a essência do instituto não se encontra em sua antecipação, mas sim em sua autonomia. Além disso, não se trata propriamente de produção da prova, mas de mera assecuração da prova. Do ponto de vista técnico, mais apropriado seria falar em procedimento probatório autônomo, no esteio da legislação alemã” (In: SANTOS, Silas Silva; MAIA DA CUNHA, Fernando Antônio; CARVALHO FILHO, Milton Paulo de; RIGOLIN, Antonio. *Comentários ao Código de Processo Civil: perspectivas da magistratura*. 2. ed. São Paulo: ed. RT. p. 462.
- 102 .CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Do julgamento antecipado da causa. In: *Ensaio e artigos*. JusPodivm: Salvador, 2016. v. II. p. 72.
- 103 .CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Do julgamento antecipado da causa. In: *Ensaio e artigos*. JusPodivm: Salvador, 2016. p. 74.
- 104 .YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 78.
- 105 .COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. *Provocações da Análise Econômica do Processo Civil*. In: *RePro*, 315/343. p. 354-355.
- 106 .COOTER, Robert D. e RUBINFELD, Daniel L. An Economic Model of Legal Discovery. In: *Journal Of Legal Studies*, 23/435. p. 439-440. O texto transcrito representa livre tradução do excerto: “In order for settlement to be possible, the savings in costs to the parties must exceed their relative optimism about trial” (*Cit* p. 440). Em livre tradução: “Para que o acordo seja possível, a economia de custos para as partes deve exceder seu relativo otimismo sobre o julgamento”.

107 .COOTER, Robert D. e RUBINFELD, Daniel L. An Economic Model of Legal Discovery. In: *Journal Of Legal Studies*, 23/435. p. 441.

108 .COOTER, Robert D. e RUBINFELD, Daniel L. An Economic Model of Legal Discovery. In: *Journal Of Legal Studies*, 23/435. p. 441.

109 .Dessa observação, outra pode ser deduzida. O valor da pretensão se eleva pelo aumento do pessimismo do réu, e quando o valor de uma pretensão se eleva, mais pedidos são ajuizados. Assim, concluem os autores: “discovery which provides information that increases the pessimism of defendants increases the number of claims filed” (Op. cit., p. 447). A conclusão, entretanto, não é tão certa quanto se poderia imaginar. É que o incremento no otimismo do demandante também conduz a um aumento na quantidade de julgamentos – e, portanto, detenção na quantidade de soluções consensuais – o que a seu turno também reduz o valor da pretensão, já que eleva o custo do litígio. E a redução do valor líquido da pretensão também conduz à redução nos ajuizamentos. Assim, concluem: “pure theory is ambiguous about whether the number of filed claims will increase or decrease” (Op. cit., p. 448).

110 .COOTER, Robert D. e RUBINFELD, Daniel L. An Economic Model of Legal Discovery. In: *Journal Of Legal Studies*, 23/435. p. 437.

111 .COOTER, Robert D. e RUBINFELD, Daniel L. An Economic Model of Legal Discovery. In: *Journal Of Legal Studies*, 23/435. p. 445. Vale transcrever a ideia central: “Discovery affects the perceived merits of the case by helping to eliminate biased beliefs about trial. Aligning the subjective expectations of the parties with the merits of the case makes the rational settlement correspond to the complete information judgment” (Op. cit., p. 445). Em livre tradução: “A instrução afeta o mérito do caso como percebido, ajudando a eliminar crenças tendenciosas sobre o julgamento. Alinhar as expectativas subjetivas das partes com o mérito da causa faz com que a solução racional corresponda ao juízo de informação completo”.

112 .Cf. item 4, quando se fala da função de filtragem de demandas e de favorecer a exatidão da solução adjudicatória.

113 .YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 77.

114 .YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 79.

115 .GRINOVER, Ada Pellegrini. *O julgamento antecipado da lide: enfoque constitucional*. In: *RePro*, 5/101. p. 103.

116 .WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa (conceito atualizado de acesso à justiça)*. *Processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 141.

117 .GRINOVER, Ada Pellegrini. *O julgamento antecipado da lide: enfoque constitucional*. In: *RePro*, 5/101. p. 110.

118 .GRINOVER, Ada Pellegrini. *O julgamento antecipado da lide: enfoque constitucional*. In: *RePro*, 5/101. p. 111.

119 .Richard Friedman põe em realce o importante papel que a análise probabilística desempenha na atividade do escrutinador de fatos, já que é sua crítica tarefa avaliar se, no quadro agregado, determinadas proposições incertas alcançam o *standard* de persuasão exigido (FRIEDMAN, Richard D. Economic Analysis of Evidentiary Law: Na Underused Tool, an Underplowed Field (Symposium: The Economics of Evidentiary Law). In: *Cardozo Law Review*, 19, n. 05. p. 1535-1536).

120 .FRIEDMAN, Richard D. Economic Analysis of Evidentiary Law: Na Underused Tool, an Underplowed Field (Symposium: The Economics of Evidentiary Law). In: *Cardozo Law Review*, 19, n. 05. p. 1533.

121 .COOTER, Robert D. e RUBINFELD, Daniel L. An Economic Model of Legal Discovery. In: *Journal Of Legal Studies*, 23/435. p. 455.

122 .COOTER, Robert D. e RUBINFELD, Daniel L. An Economic Model of Legal Discovery. In: *Journal Of Legal Studies*, 23/435. p. 455.

123 .FRIEDMAN, Richard D. Economic Analysis of Evidentiary Law: Na Underused Tool, an Underplowed Field (Symposium: The Economics of Evidentiary Law). In: *Cardozo Law Review*, 19, n. 05. p. 1535.

124 .REDISH, Martin H. e McNamara, Colleen. Back to the Future: Discovery Cost Allocation and Modern Procedural Theory. In: *The George Washington Law Review*, 79/773. p. 815.

125 .REDISH, Martin H. e McNamara, Colleen. Back to the Future: Discovery Cost Allocation and Modern Procedural Theory. In: *The George Washington Law Review*, 79/773. p. 816.