

O PROJETO DE NOVO CÓDIGO COMERCIAL E A PROPOSTA DE PERMUTA DE DOCUMENTOS ENTRE AS PARTES: "DISCOVERY" BRASILEIRA?

Flávio Luiz Yarshell

I. OBJETO E PREMISSAS

O presente trabalho – de dimensões deliberadamente limitadas, com escassas referências bibliográficas e fruto de reflexões ainda inacabadas – tem por objeto um particular aspecto da proposta contida no Projeto de Código Comercial que tramita perante o Congresso Nacional. Trata-se da regra segundo a qual, em medida preparatória ou incidental, poderá ser requerida a “permuta de documento” (art. 656, *caput* e § 1º). Segundo o texto projetado, cada parte tem o ônus de entregar à outra, mediante protocolo, “a totalidade dos documentos que possuir, em qualquer suporte, referentes ao litígio descrito no pedido”; com exceção dos documentos em que advogado seja emissor ou destinatário no exercício da profissão. E mais importante: propõe-se que “as partes só poderão, no processo judicial já em curso ou no que vier a ser ajuizado por qualquer delas, produzir prova documental usando documento que tiver sido entregue à parte adversa, ou desta recebido”.

Trata-se de proposta que, ao menos nesses termos, não encontra precedente no direito brasileiro e que merece ser objeto de cuidadosa e detida reflexão; inclusive e especialmente, na perspectiva de que a proposta venha, ainda que com alguma modificação, a ser aprovada. Pela relevante novidade que representa, é de se imaginar que a norma venha a causar reações. Assim, justamente para que não se perca, na interpretação e aplicação da norma, o quê de melhor ali se contém é que convém refletir o máximo possível sobre os termos de implantação de mecanismo como esse, que em alguma medida, adiante-se, lembra as técnicas de produção de prova preliminar dos ordenamentos do *common law*.

Confessadamente o trabalho não se propõe a esgotar o tema, mas apenas a servir de estímulo a outras e melhores reflexões críticas, que possam contribuir para o aperfeiçoamento da proposta e, quiçá, como referência para sua futura aplicação.

II. O ÊXITO DA PROPOSTA DEPENDE DE MUDANÇA DE MENTALIDADE

Entre nós – seja no plano teórico, seja nas projeções de ordem prática – domina o pensamento segundo o qual *prova* é, antes de tudo, um assunto do juiz e, apenas secundariamente, das partes. A assertiva pode parecer exagerada, mas não é.

Com efeito, apregoa-se reiteradamente que o destinatário da prova no processo é o juiz; que a finalidade da prova é formar o convencimento do magistrado; que a descoberta da verdade – conquanto não seja propriamente um escopo do processo – corresponde ao interesse público porque ela é instrumento para edição de decisões justas; que as regras de distribuição do ônus da prova não são voltadas à respectiva produção, mas que são apenas regras de julgamento, no caso de falta de elementos suficientes à reconstituição dos fatos relevantes (daí se falar em ônus objetivo da prova); e que o juiz, por tudo isso, é dotado de poderes de instrução, que não ficam limitados pela iniciativa das partes.

Não se pode dizer que tudo isso seja propriamente incorreto. Essas assertivas estão fundadas – talvez de forma demasiadamente exacerbada – na premissa de que o processo é instrumento, antes de tudo, a serviço do Estado.

Não obstante, visão como essa, porque tende a ser unilateral, apresenta riscos. Centrar-se a prova na figura do juiz pode dar ensejo, por exemplo, a desvirtuamentos, como restrições indevidas do direito à prova: sob o pretexto de que o convencimento do juiz já está formado, limita-se a atividade das partes, como se, a partir de um dado momento, a prova não pudesse mais interferir na convicção – à semelhança de um jogo que, a julgar pelo placar, é terminado antes do tempo regulamentar garantido aos disputantes. Tal postura pode também levar a distorções como aquela que se materializa em inexistente ou em inadequada motivação, traduzida por expressões como “a partir da farta prova dos autos, convenci-me desta ou daquela tese”... Afinal, o juiz é o destinatário da prova...

Não é objetivo deste trabalho aprofundar críticas à referida postura metodológica, mas apenas o de mostrar sua insuficiência, especialmente num contexto de direitos disponíveis.

Sem dúvida, quando se pensa na solução a ser adjudicada pelo Estado, ao término da atividade probatórias das partes, não há dúvida de que a prova deve ser apreciada pelo juiz, nos limites da regra de persuasão racional. Contudo, antes disso, é certo que a prova não desempenha apenas o tradicional papel de

formar o convencimento do juiz, mas atua de forma relevante na formação do convencimento dos interessados relativamente a suas chances de êxito em futuro processo (quer para demandar, quer para resistir a dada pretensão). Assim, a ausência de elementos probatórios preliminares, se não impede, dificulta essa avaliação das partes; avaliação que, se houvesse, poderia inclusive levar a soluções obtidas por elas próprias, com mais rápida e eficaz eliminação da controvérsia e consequente pacificação social¹.

É nesse contexto – embora não exclusivamente – que estão inseridos os mecanismos de instrução preliminar conhecidos nos ordenamentos de *common law*.

Conforme já tivemos oportunidade de relatar em sede doutrinária², é na Inglaterra que se divisa a origem da *discovery*, entendida inicialmente como providência para obter o interrogatório da parte contrária e o depósito de documentos relevantes para a controvérsia. Mais adiante, surgiu o dever das partes de depositar o rol dos documentos relevantes para a decisão; dever que, inicialmente determinado pelo juiz a requerimento da parte, passou a ser automático; não apenas os documentos relevantes para a demonstração dos fatos alegados no processo, mas aqueles que pudessem reforçar a posição própria e enfraquecer a do adversário.

Mais recentemente, o processo civil inglês conheceu o *Civil Procedure Act* de 1997 e as *Civil Procedure Rules* de 1998. As mudanças se deveram ao reconhecimento dos elevados custos, do tempo excessivamente longo, da complexidade e do caráter “adversarial” do mecanismo na forma até então vigente. Operou-se transferência do controle das controvérsias das partes (e respectivos advogados) para o juiz, portador do *caseflow management* (“CFM”) – ou simplesmente *case management* – e responsável pela direção da fase de *pretrial*. Às partes remanesceu a atribuição do dever de colaboração não apenas com o magistrado, mas também entre si: dever de fornecer informações antes da causa, de colaborar para composição da controvérsia e de contribuir para o rápido desenvolvimento do processo.

O dever de revelação, ademais, deixou de ser automático e passou a resultar de decisão do juiz, no exercício do já referido *case management*, havendo possibilidade,

¹ Cf. nosso *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, São Paulo, Malheiros, 2009, *passim*.

² Mais uma vez, reportamo-nos à obra citada na nota precedente. As observações que seguem no texto (relativamente a dados dos sistemas de *common Law*), em algumas partes de forma literal, reproduzem o que foi exposto ali, especialmente nas pp. 72 e seguintes.

em controvérsias de maiores proporções, de se alargar a providência para uma *extra disclosure*, abrangente de documentos apenas indiretamente relevantes ou dos quais possam resultar fatos novos. A *disclosure* pode também alcançar terceiro, sempre sob o controle do juiz, sujeita a ordem de apresentação, mediante comprovação da relevância dos documentos e necessidade da comunicação para se prover de forma justa.

O sistema estadunidense conheceu inicialmente o *bill of discovery* que, no processo *at law*, permitia à parte obter o depósito de documentos relevantes e a oitiva do adversário antes do *trial*. A partir de 1848, com a edição do Código do estado de New York – adotado por inúmeros outros estados – e eliminada a distinção entre *equity* e *common law* mediante introdução de normas uniformes para todo o processo civil, afirmou-se progressivamente a *discovery*, tendo por objeto a comunicação de documentos relevantes, e a *deposition*, entendida aí como antecipada produção da prova testemunhal.

A edição das *Federal Rules of Civil Procedure*, em 1938, representou a consagração da *discovery*, objeto de seu Título V e vista como relevante procedimento em condições de oferecer maiores oportunidades de aumentar a eficiência da administração da justiça. Ainda que o instituto tenha chegado à década de 70 com problemas e dando ensejo a abusos – que levaram a modificações legislativas, em certa medida restritivas, mas que, a rigor, podem ser vistas mais propriamente como ajustes para fazer do instituto um instrumento eficaz e menos sujeito a distorções – o mecanismo subsiste.

Voltando a atenção para a realidade brasileira, a referência a tais institutos não significa exaltá-los. Não é caso, naturalmente, de importar, de forma aparentemente desavisada, institutos concebidos em contextos econômicos, sociais e culturais diversos; pelos quais não raramente os ordenamentos de origem romano-germânica costumam inclusive ter aversão. Mas, pensando em termos conceituais e no aproveitamento de mecanismos que possam aprimorar o exercício da jurisdição, é louvável – no âmbito de direitos patrimoniais disponíveis, entre iguais – alargar ou qualificar o ônus de alegação que compete às partes, para reconhecer que elas têm igualmente o encargo de, tanto quanto possível, conhecer e dar a conhecer os fatos que servem de fundamento – quer para a demanda, quer para a defesa – e os correspondentes elementos de prova.

É nesse contexto que está inserida a proposta legislativa. Seu êxito depende da aceitação de que ela enfatiza a perspectiva das partes em relação à prova;

que, portanto, não gira mais em torno da figura do juiz, apenas. Ela qualifica o ônus de apresentação de documentos, vinculando-o ao ônus de alegação das partes. Isso, contudo, não pode simplesmente conviver com a visão segundo a qual o juiz pode e deve, para além da atividade das partes, buscar a suposta verdade real como fundamento para justiça no caso concreto. Entre iguais, sendo o direito disponível, é correto esperar que o êxito da parte resulte do grau de seu empenho no processo.

Assim, de nada adiantará a qualificação do ônus das partes pela lei se, depois, as consequências estabelecidas para a falta da respectiva observância puderem ser supridas pelo exercício dos poderes de instrução do juiz (CPC, art. 130), a pretexto de buscar a verdade real e de fazer justiça. É preciso entender e aceitar que a justiça, nesse caso, reside na atribuição do encargo e que a atuação oficial – a exemplo do que ocorre nos casos em que a lei estabelece presunções – viria a frustrar o objetivo colimado pelo Legislador.

Não se trata de implantar um modelo liberal e, por assim dizer, quase selvagem. Trata-se de reconhecer que, no campo que o Projeto pretende regular, aquele mecanismo pode efetivamente contribuir para a eliminação de controvérsias. Mas, se prevalecer, nessa seara, a visão estatizante – e, arrisca-se dizer, paternalista –, então a proposta está fadada ao total desprestígio e insucesso.

III. INSUFICIÊNCIA DA PERMUTA TAL CONCEBIDA:

PROPOSTA DE APROVEITAMENTO DE MECANISMOS JÁ PREVISTOS PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

As ponderações que seguem – não mais do que uma primeira impressão sobre a proposta contida no Projeto, como já foi dito – consideram antes de tudo que, dado o caráter inovador da alteração que se quer introduzir, talvez mais prudente fosse tentar aproveitar e aperfeiçoar os mecanismos probatórios já conhecidos na realidade brasileira para, então, chegar aos mesmos escopos idealizados pelo Projeto.

Sendo assim, na esteira do que tem preconizado a doutrina e do que foi encampado pelo Projeto de Código de Processo Civil que tramita perante o Congresso Nacional, conviria que a regulamentação contida no Código Comercial previsse a possibilidade da medida de *produção antecipada de prova* de forma desvinculada da alegação do perigo da demora.

Dessa forma, viria bem a calhar a previsão de cabimento de tal medida, tendo por objeto interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial. Embora no âmbito societário a prova documental tenda a ser realmente a mais relevante, não se deve descartar a pertinência dos demais meios, em particular a prova pericial, que inclusive pode ter por objeto a escrituração contábil, tendo, portanto, contornos até mais amplos e continentais do que a prova documental.

Assim, com a previsão da medida viria a regra – inspirada na experiência alemã e francesa – segundo a qual a antecipação da prova é admissível sempre que houver motivo legítimo ou que isso seja útil para impedir ou findar controvérsia, independentemente do fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência do processo.

No tocante à prova documental (que é justamente o objeto da inovadora proposta contida no Projeto), uma alternativa seria a de, como acima sugerido, aproveitar-se instituto já conhecido e, portanto, regular o assunto sob a ótica da *exibição de documento*. Dir-se-á que se trata de questão meramente terminológica. Em alguma medida é isso mesmo. Contudo, há também um problema de conteúdo. A permuta de documentos inicialmente idealizada, sem embargo de seu acerto, é insuficiente: primeiro, porque ela não considera os documentos que a parte possa deter e que certamente não exhibirá porque de alguma forma a desfavorecem; segundo, porque é preciso considerar a hipótese, conquanto excepcional, em que a prova documental corre o risco de perda ou de destruição.

Assim, uma proposta a debater poderia ser a seguinte: positiva-se o cabimento da medida de exibição, com caráter preparatório ou incidental, que poderá ter por objeto documento próprio ou comum. Sobre esse segundo, de sorte a superar eventual controvérsia surgida na doutrina, há que se explicitar que o documento comum é abrangente de vínculo mantido entre o requerente e o requerido, ou entre qualquer um deles e terceira pessoa.

Na regulamentação da exibição assim proposta, há que se positivar a regra de que é ônus do requerente mencionar com precisão os fatos que se relacionam com o documento pretendido. Convém, a todo custo, fugir das distorções vivenciadas nos sistemas de *common Law*, em que a providência preliminar de instrução pode desembocar em buscas que extrapolam o verdadeiro objeto do litígio, em fenômeno lá designado como “*fishing expedition*”.

A ideia da permuta, naturalmente, deve permanecer. Contudo, uma forma de discipliná-la seria a de estabelecer que o requerente da exibição, como condição para que obtenha a providência no confronto da parte contrária, desde logo coloque à disposição os documentos dos quais ela própria dispõe. Teria a demanda, assim, uma espécie de caráter dúplice.

Talvez se pudesse impor o ônus de que tais documentos viessem desde logo com a inicial. Contudo, do ponto de vista operacional – convém pensar na escrituração de uma empresa – pode ser desnecessariamente gravoso. Então, o fundamental é que tais documentos sejam, ao menos num primeiro momento, listados e, sem dúvida, colocados à disposição da parte adversária, com a determinação de seu conteúdo exato, ainda que em momento subsequente ao da demanda inicial (dado que o ônus estabelecido pela lei é contundente e não pode incidir sobre objeto genérico).

De qualquer forma, dificuldades operacionais à parte (que talvez possam ser resolvidas em cada caso concreto), uma ideia seria a de estabelecer regra segundo a qual a petição inicial será necessariamente instruída com todos os documentos em poder do requerente e que sejam relacionados com os fatos narrados na inicial.

Daí em diante, aproveitar-se-ia, em essência, a disciplina hoje vigente para a exibição. É preciso dar ao requerido oportunidade de exibir o documento ou apresentar recusa fundamentada em prazo compatível com a extensão do material. Alguma flexibilidade – a exemplo do que ocorre no caso de resposta na ação rescisória – conviria ser estabelecida. Por exemplo, poderia se dar ao juiz a prerrogativa de fixar o prazo, com um limite máximo. Mas, também é preciso dar ao réu a oportunidade de ter acesso aos documentos apresentados pelo autor da demanda, completando-se o mecanismo dúplice acima mencionado, com a possibilidade de o requerido indicar, ele próprio, outros documentos em poder da parte adversária e cuja exibição almeja.

Ainda na esteira do aproveitamento das regras vigentes, seria adequado disciplinar as razões para eventual recusa. Uma proposta é seguir o modelo segundo o qual o juiz não admitirá recusa (i) se o requerido tiver obrigação legal de exibir; (ii) se o requerido, em qualquer outra oportunidade, aludiu ao documento com o intuito de constituir prova; ou se (iii) o documento, por seu conteúdo, for comum às partes.

Além disso, e ainda sem inovar em relação ao que já vigora, é caso de reafirmar-se a regra segundo a qual, sem prejuízo das consequências quanto

às omissões da parte na exibição que faça voluntariamente, presumem-se verdadeiros os fatos que, por meio do documento, a parte pretendia provar se o requerido não efetuar a exibição ou se sua recusa não for admitida pelo juiz.

Daí então seria possível chegar à inovadora proposta do Projeto, mas com redação quiçá diversa, justamente para que não se frustrasse o objetivo por ele colimado. Uma alternativa a ser debatida pode ser: "Haverá preclusão para as partes e para o juiz relativamente aos documentos que requerente e requerido eventualmente deixarem de exibir na inicial e na resposta, os quais não poderão ser invocados nem considerados no julgamento da controvérsia, em qualquer processo que a tenha por objeto, entre as mesmas partes".

Conviria também já adiantar que não haverá tal preclusão quando se tratar de documento novo, assim entendido aquele relativo a fato superveniente ou aquele cuja existência a parte ignorava – de forma análoga ao que ocorre no caso de ação rescisória (justamente para evitá-la).

Também convém disciplinar a exibição de documento em poder de terceiro, com a ênfase para a oportunidade de defesa. Ainda que, nesse caso, o destinatário não seja o protagonista do litígio "principal", ele pode ter razões fundadas para não exibir o documento e isso precisa ser submetido ao crivo do devido processo legal. Naturalmente, se a medida for preparatória, convém positivar que serão litisconsortes necessários todos aqueles que deverão figurar no processo principal.

À semelhança do que já ocorre, se o terceiro, sem justo motivo, se recusar a efetuar a exibição, o juiz lhe ordenará que proceda ao respectivo depósito e, em caso de descumprimento, será determinada busca e apreensão, sem prejuízo da fixação de multa diária e da responsabilidade por crime de desobediência.

Também é preciso definir os casos em que a parte e o terceiro podem se escusar de exibir em juízo o documento. Mais uma vez, convém aproveitar o que já vigora, atentando-se, no que for cabível, para o disposto no art. 363 do vigente Código de Processo Civil.

Finalmente, é preciso considerar a eventualidade de caber medida de busca e apreensão de documento quando houver fundada razão para colheita de elementos de convicção e fundado receio de extravio ou perda. Mais uma vez, e até com maior rigor, há que se exigir que o requerente delimite o objeto do pedido e que dê razões justificativas da ciência de estar o documento no lugar designado. Daí em diante, será preciso seguir todas as cautelas hoje já previstas, quer pelo Código de Processo Civil, quer pelo de Processo Penal.