

O BRASIL E A CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE OBTENÇÃO DE PROVAS NO ESTRANGEIRO EM MATÉRIA CIVIL OU COMERCIAL: PROPOSTA DE REVISÃO DA RESERVA DO ARTIGO 23

BRAZIL AND THE HAGUE CONVENTION ON THE TAKING OF EVIDENCE ABROAD IN CIVIL OR COMMERCIAL MATTERS: REVISION PROPOSAL OF ARTICLE 23 RESERVATION

Pedro Henrique Garcia Demori¹

Resumo: Com o objetivo de facilitar a transmissão e o cumprimento de cartas rogatórias em matéria de obtenção de provas e tornar mais eficientes os métodos de cooperação jurídica internacional, em 2017 o Brasil aderiu à Convenção da Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial. Ocorre que o Brasil declarou que não cumprirá cartas rogatórias que tenham sido emitidas com o propósito de obter provas em procedimentos de *pre-trial discovery of documents*, com base no artigo 23 da Convenção. À vista disso, surge a necessidade de examinar o instituto do *discovery*, a fim de avaliar a compatibilidade do ordenamento jurídico brasileiro com o procedimento. Considera-se que é possível conciliar o instituto do *discovery* com o direito brasileiro desde que se determinem critérios para a admissão de pedidos de obtenção de provas em procedimento de *discovery*. Assim, sugere-se a revisão da reserva pelo Brasil, ou, na sua falta, o estabelecimento de uma sólida jurisprudência pelo Superior Tribunal de Justiça, cujas diretrizes servirão não somente ao cumprimento das cartas rogatórias oriundas de procedimento de *discovery*, como também aos processos de insolvência transnacional ou à análise de provas oriundas de procedimento de *discovery*.

Palavras-chave: Cooperação Jurídica Internacional. Convenção da Haia. *Pre-trial discovery of documents*.

Abstract: In order to facilitate the transmission and execution of letters of request related to the taking of evidence and to make the methods of international legal cooperation more efficient, in 2017 Brazil acceded to the Hague Convention on the taking of Evidence Abroad in Civil and Commercial Matters. It turns out that Brazil has declared that it will not comply with letters of request that have been issued for the purpose of obtaining evidence in pre-trial discovery of documents proceedings, based on Article 23 of the Convention. Therefore, the discovery institute should be examined in order to assess the compatibility of the Brazilian legal system with the procedure. As a hypothesis, it is possible to reconcile the discovery institute with Brazilian law as long as it establishes and determines criteria for the admission of requests for obtaining evidence in a discovery procedure. Consequently, we suggest

¹ Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Pós-graduado em Processo Civil e História do Brasil pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Analista em Comércio Exterior pela Fundação Getúlio Vargas. Atualmente cursa mestrado em Direito Internacional na Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Internacional Privado (IBDIPr).

the review of the reserve by Brazil, or the establishment of court precedents by the Superior Court of Justice, which guidelines will serve not only to execute letters of request, but also to transnational insolvency proceedings, or the analysis of evidence arising from pre-trial discovery proceedings.

Keywords: International Legal Cooperation. The Hague Convention. Pre-trial discovery of documents.

Recebido em: 02/05/2023
Aceito para publicação em: 27/07/2023

1 INTRODUÇÃO

A intensificação do fluxo de pessoas e bens entre os países impulsiona o surgimento de questões complexas envolvendo elementos estrangeiros e demanda a necessidade de uma abordagem plural e versátil do direito. Em um contexto de crescente interdependência entre os Estados e os indivíduos no plano internacional, a adequada resolução de litígios depende de um compromisso universal de cooperação — administrativa e judiciária — realizado a partir de estruturas em que se confere ambiente efetivo e seguro para a comunicação, a assistência mútua e a transmissão de atos processuais entre os tribunais e as demais autoridades dos Estados (POLIDO, 2016, p. 83).

No âmbito do Direito Internacional Privado, o cenário atual da globalização estimula a disciplina a debater ainda mais sobre a tolerância e o respeito às diferenças, de modo a garantir a coordenação entre os diferentes ordenamentos jurídicos e a correspondência entre os órgãos administrativos e judiciários dos Estados. O reconhecimento do outro é o elo condutor de todos os objetos do Direito Internacional Privado (CARVALHO RAMOS, 2016, p. 1), entendendo-se que a ciência não se restringe somente às relações privadas e as normas que as regulam, mas também ao campo do direito público². A percepção atual da disciplina é plural, tanto na origem das normas do Direito Internacional Privado (fontes), como nos seus objetivos e valores (CARVALHO RAMOS, 2014, p. 600).

As transformações contemporâneas evidenciam as conexões e os diálogos entre os distintos sistemas jurídicos e jurisdições nacionais. Excetuadas as hipóteses de natural coincidência de legislações influenciadas pelos mesmos fatores ou de esforço comum dos Estados em uniformizar instituições jurídicas, o direito positivo

² Nesse sentido, DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado: parte geral e processo internacional*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 4; BUENO, Pimenta. *Direito internacional privado e aplicação de seus princípios com referência às leis particulares do Brasil*. Rio de Janeiro: J. Villeneuve, 1863, p. 12; e STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 77.

das sociedades ao redor do globo é diversificado e esta diversidade é natural e necessária³.

As dissonâncias existentes entre os sistemas jurídicos de famílias distintas, como o de tradição romano-germânica e do *common law*, são mais tênues do que outrora, e atualmente entende-se que a divisão dos sistemas em categorias jurídicas de famílias são tipos ideais ao invés de representações precisas da realidade (PARGENDLER, 2012, p. 1.043). Alguns autores inclusive afirmam que a classificação *civil law* e *common law* resta obsoleta e ultrapassada⁴.

Os tratados e convenções, bilaterais e multilaterais, são meios importantes para aproximar os ordenamentos jurídicos de famílias distintas. Nesse sentido, diversas organizações dedicam-se ao desenvolvimento de trabalhos voltados a harmonização de princípios e regras que sejam capazes de compatibilizar as divergências existentes e sistematizar os pontos de convergência entre os sistemas que se denominam de tradição do *common law* e de origem romano-germânica, na esteira da realidade social e econômica atual.

Dentre elas, destacam-se a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado⁵, o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT)⁶

³ Cf. MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Controle de Constitucionalidade da Lei Estrangeira*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 27.

⁴ Como KERHUEL, Anne-Julie; FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. *Is Law an Economic Contest? French Reactions to the Doing Business World Bank Reports and Economic Analysis of the Law*. Georgetown Business, Economics & Regulatory Law Research Paper No. 10-10. June 2010, p. 828-829. Nesse mesmo sentido, PARGENDLER, op. cit., p. 1.044.

⁵ A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado é uma organização intergovernamental de caráter global e centro de cooperação jurídica internacional e administrativa nas áreas de direito privado, principalmente da proteção à criança e à família, do processo civil e do direito comercial. É composta por países de diversas tradições jurídicas e atualmente conta com 90 Estados membros. Cf. Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. *Sobre a HCCH*. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/about>. Acesso em: 5 abr. 2023.

⁶ Instituído em 1926 como órgão auxiliar da Liga das Nações, dedica-se a estudos comparativos e uniformizadores. Atualmente conta com 61 membros, de diversas tradições jurídicas, que participam com o objetivo de internacionalizar modelos normativos para regulação de um direito privado uniforme. Cf. MESTRE, F. *L'harmonisation du droit privé au prisme des dix dernières années d'activité de l'Institut International pour l'Unification du Droit Privé (UNIDROIT)*. *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, v. 78, n. 4, 2001, p. 371.

e as comissões da Organização das Nações Unidas (ONU), como por exemplo a UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional)⁷.

Por seu papel histórico, abrangência multilateral e vocação para a harmonização legislativa, a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado é considerada fundamental na elaboração de convenções sobre diversos temas atinentes ao Direito Internacional Privado. Suas convenções não se limitam às tradicionais áreas da disciplina (como normas sobre conflito de leis, fixação de jurisdição e reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras), mas também abrangem outras questões, como por exemplo sequestro de crianças, meios de facilitação de acesso internacional à Justiça, cooperação internacional entre as autoridades administrativas e judiciais dos Estados, e obtenção de provas no exterior⁸.

A produção de provas em um processo civil judicial ou administrativo, quando não contém elementos de estraneidade, são casos jusprivatistas tradicionais e limitados ao ordenamento jurídico nacional. No entanto, tais regras de direito interno são impotentes *per se* para resolver situações em que há aspectos alienígenas envolvidos, quando a prova, por exemplo, está acessível em outra jurisdição. Para os países de tradição romano-germânica, o procedimento de

⁷ A Assembleia Geral da ONU reconheceu que as controvérsias e divergências que derivam da aplicação das leis de diversos Estados a assuntos relacionados ao comércio internacional constituíam sérias implicações ao desenvolvimento econômico mundial. Considerou-se conveniente que se coordenasse, sistematizasse e acelerasse substancialmente o processo de harmonização e unificação do direito mercantil internacional e que se procurasse obter a este fim uma maior participação dos Estados. A UNCITRAL desempenha a preparação de textos legislativos com vistas a harmonizar e modernizar o Direito Comercial Internacional, além de ser reconhecida como o principal órgão jurídico das Nações Unidas na matéria. Cf. DEEB GABRIEL, Henry. *The Advantages of Soft Law in International Commercial Law: The Role of UNIDROIT, UNCITRAL and the Hague Conference*. Brooklyn Journal of International Law. Nova Iorque, v. 34, 2009, p. 657. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1172&context=bjil>. Acesso em: 20 abr. 2023; UNCITRAL. *Establishment of the United Nations Commission on International Trade Law. Resolutions adopted on the reports of the Sixth Committee*, p. 99. Disponível em [https://undocs.org/en/A/RES/2205\(XXI\)](https://undocs.org/en/A/RES/2205(XXI)). Acesso em: 23 fev. 2023.

⁸ Cf. MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; RODAS, João Grandino. *A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: a Participação do Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007, p. 99-139. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protexao/cooperacao-internacional/subtracao-internacional/arquivos/a-conferencia-da-haia-de-direito-internacional-privado-a-participacao-do-brasil.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2023.

produção de provas é realizado sob acompanhamento judicial, limitando as possibilidades de obtenção de provas quando situadas no estrangeiro. Por outro lado, nos países do *common law*, especialmente nos Estados Unidos da América, concede-se liberdade às partes e aos seus advogados para a condução do procedimento de produção de provas, atenuando obstáculos de fronteira (MEYER-FABRE, 2005, p. 199).

Nesse sentido, com o objetivo de facilitar a expedição, a transmissão e o cumprimento de cartas rogatórias e tornar mais eficientes os métodos de cooperação jurídica internacional em matéria de obtenção de provas, diversos Estados firmaram a Convenção da Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial⁹. A ideia principal foi construir uma ponte entre os ordenamentos jurídicos e “reconciliar as tradições jurídicas romano-germânica e do *common law*” (CAYLOR, 2011, p. 348).

Ocorre que a Convenção facultou aos Estados a possibilidade de apresentar reservas (artigo 33 da Convenção) ao idioma adotado nas cartas rogatórias recebidas (artigo 4º, parágrafo 2º da Convenção), ao Capítulo II que trata sobre a obtenção de provas por agentes diplomáticos ou consulares e por comissários, além da possibilidade de declarar o descumprimento de cartas rogatórias que tenham por objeto produção de provas em procedimento de *pre-trial discovery of documents* (artigo 23 da Convenção¹⁰). O Brasil apresentou reserva a todas essas hipóteses.

Em especial quanto ao artigo 23 da Convenção, que obstaculizou o diálogo entre o sistema do *civil law* e do *common law*, é imprescindível investigar as razões que justificaram a declaração de reserva genérica pelo Brasil, bem como exemplos de situações de obtenção de provas em procedimento de *discovery* potencialmente

⁹ Promulgada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 9.039, de 27 de abril de 2017.

¹⁰ “Artigo 23. Os Estados Contratantes podem, no momento da assinatura, ratificação ou adesão, declarar que não cumprirão as Cartas Rogatórias que tenham sido emitidas com o propósito de obterem o que é conhecido, nos países de *common law*, pela designação de “*pre-trial discovery of documents*”. Cf. BRASIL. Decreto nº 9.039, de 27 de abril de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil/_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9039.htm. Acesso em: 06 fev. 2023.

violadoras dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro¹¹. Traça-se, assim, ao final, sugestão de revisão da reserva, estabelecendo critérios determinados para tratar da interação do procedimento de *pre-trial discovery of documents* com o ordenamento jurídico brasileiro.

Busca-se mitigar riscos e combater sentimentos chauvinistas e de hipertrofia dos conjuntos valorativos do princípio da ordem pública, e soberania nacional, por exemplo, pelos magistrados e pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça, sistematizando critérios para a revisão da mencionada reserva. De certo não se sustenta nesses casos que o juiz se reduza a operações puramente lógicas ou mecânicas. Contudo, “a ideia às vezes avançada de que a intuição do juiz basta para tudo, tanto para escolher a regra aplicável como para avaliar os fatos e adaptar-lhes o dispositivo, deve ser resolutamente combatida” (RIGAUX, 2003, p. 72).

2 A CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE OBTENÇÃO DE PROVAS NO ESTRANGEIRO EM MATÉRIA CIVIL OU COMERCIAL

2.1 Disposições gerais

A Convenção da Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial, pilar da cooperação jurídica internacional¹², assinada em 1970 e fruto de anos de negociação e esforço da comunidade internacional para trazer mais celeridade e efetividade aos pedidos de cooperação jurídica entre autoridades de

¹¹ Como os princípios do contraditório e da ampla defesa, por exemplo, assegurados pelo artigo 5º, LV da Constituição Federal.

¹² De acordo com MEYER-FABRE, op. cit., p. 203, “la Convention de La Haye, ratifiée à ce jour par quarante États, est restée, contre vents et marées, un pilier de la coopération judiciaire internationale. Son succès est encore attesté par le fait que trente ans plus tard, l'instrument dont s'est dotée l'Union Européenne en matière d'obtention des preuves s'inspire très largement des mécanismes adoptés à La Haye pour faire progresser l'espace de justice européens.”

diferentes jurisdições, previu a progressiva substituição dos artigos 8^o¹³ e 16^o¹⁴ da Convenção sobre Processo Civil, de 1954, conforme os Estados aceitem as novas disposições¹⁵, e atualmente conta com a assinatura e a ratificação de 64 países¹⁶.

Entre as novidades do texto convencional, destaca-se a designação de uma autoridade central pelos Estados que se encarregue de receber as cartas rogatórias emanadas de uma autoridade judiciária de outro Estado e de as transmitir às autoridades competentes para cumprimento. Dessa forma, dá-se celeridade à expedição e recebimento de cartas rogatórias em comparação ao procedimento tradicional de comunicação por via diplomática, cuja execução depende da cortesia internacional dos Estados. As cartas rogatórias devem ser redigidas em francês ou inglês, ou acompanhadas de tradução para uma dessas línguas, ou na língua do Estado requerido¹⁷.

A efetivação das diligências se orienta pela lei do lugar onde os atos serão realizados (*lex diligentiae*), inclusive quanto aos meios de coação cabíveis utilizados no Estado requerido. Contudo, a autoridade requerida poderá atender a pedido para que se proceda de forma especial, excetuadas as situações em que a forma seja incompatível com o ordenamento jurídico do Estado requerido, quando o cumprimento possa prejudicar a sua soberania ou a sua segurança, ou que o

¹³ "Artigo 8.º Em matéria Civil ou comercial, a autoridade judicial, de um Estado contratante poderá, em conformidade com as disposições da sua legislação, dirigir-se por carta rogatória à autoridade competente de outro Estado contratante pedindo-lhe que proceda, nos limites da sua jurisdição, a um ato de instrução ou a outros atos judiciais." Cf. Convenção da Haia relativa ao Processo Civil. 01 mar. 1954. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=33>. Acesso em: 07 abr. 2023.

¹⁴ "Artigo 16.º O cumprimento das cartas rogatórias não poderá dar lugar ao reembolso de taxas ou custas de qualquer natureza. Todavia, salvo acordo em contrário, o Estado requerido terá o direito de exigir do Estado requerente o reembolso das indenizações pagas às testemunhas ou aos peritos, bem como das custas ocasionadas pela intervenção de um oficial público, tornada necessária por as testemunhas não terem comparecido voluntariamente, ou das custas resultantes da eventual aplicação do Artigo 14.º, alínea 2ª." Cf. Convenção da Haia relativa..., op. cit.

¹⁵ De acordo com o artigo 29 da Convenção. Cf. Convenção da Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial. 18 mar. 1970. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/dfed98c0-6749-42d2-a9be-3d41597734f1.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2023.

¹⁶ Dentre eles, (i) de tradição romano-germânica: Alemanha, Argentina, Brasil, Espanha, França, México, Portugal, Rússia e Suíça; (ii) do *common law*: Estados Unidos da América e Reino Unido. Cf. Convenção da Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial. *Assinaturas e Ratificações*. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/status-table/?cid=82>. Acesso em: 07 abr. 2023.

¹⁷ Conforme dispõe o artigo 4º da Convenção (CONVENÇÃO da Haia sobre a obtenção..., op. cit.).

cumprimento da diligência não seja possível. Na hipótese de qualquer vício que impeça atender à solicitação, a autoridade central do Estado requerido deve informar o ocorrido à autoridade central do Estado requerente¹⁸.

A convenção ainda confere a possibilidade de agentes diplomáticos, consulares ou comissários do Estado requerente proceder, sem coação, no território do Estado requerido, a atos de instrução de nacionais de Estados que eles representam, e se se tratar de pessoas que sejam nacionais de outros Estados, mediante autorização¹⁹. Na coleta da prova, há a possibilidade da participação das autoridades judiciárias dos Estados requerentes, caso tenha sido declarada pelo Estado requerido quando da assinatura da Convenção. Ainda, a autoridade requerida deve recorrer à coação nas situações de descumprimento injustificado, de acordo com suas próprias previsões normativas²⁰.

2.2 A reserva do artigo 23

Ao final do desenvolvimento da Convenção, o Reino Unido propôs a inclusão do texto do artigo 23, após preocupações sobre o amplo escopo de incidência dos procedimentos de *pre-trial discovery*, considerando o alcance da obtenção de provas nestes casos como ameaça à soberania nacional e ao direito individual à privacidade de seus cidadãos. A redação aprovada na Convenção foi a seguinte:

¹⁸ Ainda, nos termos do artigo 12º da Convenção, "o cumprimento não pode ser recusado pela simples razão de que a lei do Estado requerido reivindica uma competência judiciária exclusiva na matéria em causa ou de que ela não reconhece um direito de ação correspondente ao objeto da questão apresentada perante a autoridade requerente." (CONVENÇÃO da Haia sobre a obtenção..., op. cit.).

¹⁹ A Convenção prevê possibilidades de ajustes das regras a respeito da realização direta de atos instrutórios pelos agentes diplomáticos ou consulares e por comissários dos Estados. Nesse sentido, a tolerância dos Estados varia desde a Argentina e o Brasil, que excluíram completamente o Capítulo II que trata sobre o assunto, aos Estados Unidos e à Finlândia que permitem aos agentes diplomáticos ou consulares e comissários estrangeiros agirem livremente, sem a necessidade de autorização prévia. No caso da Itália e da França, permite-se a condução de atos instrutórios por esses indivíduos, desde que se trate de nacionais por eles representados. Nos outros casos, depende-se de autorização. Cf. Convenção da Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial. Perfil dos Estados. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/publications-and-studies/details4/?pid=6546&dtid=42>. Acesso em: 07 abr. 2023.

²⁰ De acordo com os artigos 8º e 10º da Convenção (CONVENÇÃO, op. cit.).

Artigo 23º. Os Estados contratantes podem, no momento da assinatura, ratificação ou adesão, declarar que não cumprirão cartas rogatórias que tenham por objeto um processo conhecido do Common Law pela designação de *pre-trial discovery of documents*. (CONVENÇÃO, op. cit.)

Durante a aprovação da redação, muitos Estados signatários acreditavam erroneamente que a expressão “*pre-trial*” se referia a antes da instauração de um procedimento em vez de após a instauração de um procedimento e antes do julgamento de um processo principal²¹.

Segundo dados de junho de 2017, dentre os 58 países signatários da Convenção à época, (i) 26 países apresentaram declaração genérica de descumprimento das cartas rogatórias com o objetivo de obtenção de provas em procedimento de *pre-trial discovery* — dentre eles, além do Brasil, Argentina, Espanha, Grécia, Itália e Portugal; (ii) 17 países expuseram situações individualizadas com as circunstâncias em que irão ou não irão dar cumprimento às tais cargas rogatórias — dentre eles, Alemanha²², China, Coreia do Sul, Dinamarca, Finlândia, França, México, Noruega, Países Baixos, Reino Unido, Suécia e Suíça; e 15 países não fizeram nenhuma declaração — dentre eles, Colômbia, Estados Unidos, Israel, Marrocos e Rússia²³.

No caso do Brasil, o relator na Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, senador Aníbal Diniz (PT-AC), sob recomendação do Ministério das

²¹ Nos termos do questionário respondido pelos Estados Unidos na Convenção da Haia: “In some circumstances, states may have made a reservation under Article 23 as a result of confusion with the term “pre-trial” when used in conjunction with the U.S. judicial system, and have erroneously assumed that it meant prior to the initiation of a judicial proceeding. Once understood as merely referring to the obtaining of evidence prior to a formal testimonial proceeding before a judicial officer, but subsequent to the initial filing of a complaint, states may find that their Article 23 reservations can be appropriately limited.” Disponível em: <https://assets.hcch.net/upload/wop/lse20ustot.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2023.

²² A partir de 1º de julho de 2022, a Alemanha passou a adotar critérios mais flexíveis para cooperação jurídica internacional em procedimentos de *pre-trial discovery* (veja-se o item 4 deste artigo).

²³ Cf. The Hague Conference on Private International Law. Hague Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters. *Table Reflecting Applicability of Articles 15, 16, 17, 18 and 23 of the Hague Evidence Convention*. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/627a201b-6c7a-4dc2-86ad-c1da582447d4.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2023.

Relações Exteriores, emendou o Projeto de Decreto Legislativo (PLV) 638/2010²⁴ com o propósito de declarar a reserva do artigo 23 da Convenção para que a autoridade judiciária brasileira indefira os pedidos enviados por autoridades estrangeiras²⁵.

O receio de que houvesse abusos na produção de provas nesses procedimentos e a aparente incompatibilidade do instituto com o sistema jurídico interno justificaram a reserva formulada pelo país. Ou seja, percebe-se aqui a dificuldade do sistema político do país em lidar com instituições desconhecidas de outras jurisdições, mesmo se tratando de Estados democráticos e que respeitam o devido processo legal²⁶.

Diversos foram os esforços da Convenção da Haia para esclarecer o significado de "*pre-trial*" e encorajar os países a remover suas reservas ou rever nos casos de declarações gerais não-particularizadas. Oito anos após a promulgação da Convenção, a Comissão Especial determinou que a opção da reserva do artigo 23 era demasiadamente ampla. Sete anos mais tarde, a mesma Comissão começou a encorajar os signatários a revisar ou remover suas reservas e declarações. Em 1994, a Comissão Especial e diversos Estados reconheceram a necessidade de compreender culturalmente as diferenças entre institutos jurídicos provenientes do *common law*, especialmente o *pre-trial discovery of documents* de tribunais dos Estados Unidos, e jurisdições de tradição romano-germânica, para atenuar questionamentos sobre privacidade e violação à soberania (CAYLOR, 2011, p.

²⁴ Cf. BRASIL. Senado Federal. Emenda nº 01-CRE. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4020759&ts=1594007142743&disposition=inl ine>. Acesso em: 10 abr. 2023.

²⁵ No Brasil, o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, da Secretaria Nacional de Justiça e Cidadania (DRCI/SNJ) é a autoridade responsável pela tramitação dos pedidos embasados na Convenção. Segundo o Ministério da Justiça e Segurança Pública do Brasil, "A Convenção facilitará milhares de casos que o DRCI recebe e tramita anualmente para o exterior sobre pensões alimentícias, divórcios, questões trabalhistas e comerciais, entre outros. Da mesma forma, os pedidos que chegarem do exterior ao Brasil também serão atendidos com mais rapidez. Na prática, uma mãe que precise resolver uma questão judicial de guarda do seu filho, por exemplo, poderá fazer o pedido com base na Convenção para que o pai seja ouvido no exterior." Cf. BRASIL. Governo Federal. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Convenção da Haia sobre Obtenção de Provas. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/brasil-amplia-aplicacao-da-convencao-da-haia-sobre-obtencao-de-provas>. Acesso em: 10 abr. 2023.

²⁶ Cf. CARVALHO RAMOS, André de. Obtenção de provas no exterior: para além da Lex fori e lex diligentiae. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, 2015, p. 695. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37387.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2023.

370-371). Em 2003, a Comissão reconheceu que a possibilidade de reserva do artigo 23 é uma fonte contínua de mal-entendidos e que o dispositivo se destina a garantir aos Estados que um pedido de cooperação em procedimentos de *pre-trial discovery* deve ser fundamentado²⁷. E em 2014, a Comissão recomendou que os Estados se abstenham de aplicar o artigo 23 da Convenção nos casos em que há especificação ou razoável identificação dos documentos solicitados no pedido cooperação²⁸.

3 O PROCEDIMENTO DE PRE-TRIAL DISCOVERY OF DOCUMENTS

Apesar de pouco conhecido pela comunidade jurídica brasileira, os países do *common law* dispõem da possibilidade de se obter provas antes de um julgamento, por meio do procedimento de *disclosure* ou *discovery*²⁹.

Nos Estados Unidos, o *discovery* é conduzido de forma extensiva e genérica para busca de documentos e testemunhos, e possui característica investigativa. Diferente do sistema predominante nos países de *civil law*, em que o juiz controla de perto e dirige o processo, são os advogados que conduzem a maior parte das diligências, acompanhados de um oficial de cartório que representa o juízo e confere oficialidade aos atos, ocorrendo somente participações pontuais dos magistrados, em casos de abusos — situações em que julgará pela validade da recusa — ou falhas no andamento processual (FINE, 2011, p. 105).

Segundo o sistema jurídico adotado nos Estados Unidos, para se permitir um julgamento adequado, é necessário que na fase anterior ao processo principal as

²⁷ Cf. The Hague Conference on Private International Law. *Conclusions and Recommendations adopted by the Special Commission on the Practical Operation of the Hague Apostille, Evidence and Service Conventions*, out./nov., 2003, p. 8. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/0edbc4f7-675b-4b7b-8e1c-2c1998655a3e.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2023.

²⁸ Cf. The Hague Conference on Private International Law. *Conclusions and Recommendations of the Special Commission on the practical operation of the Hague Service, Evidence and Access to Justice Conventions (20-23 May 2014)*. Maio, 2014, p. 3. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/eb709b9a-5692-4cc8-a660-e406bc6075c2.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2023.

²⁹ Atualmente o sistema inglês adota a denominação "*disclosure*" para o procedimento de obtenção de provas antes de um julgamento, em substituição à denominação anterior "*discovery*" (ocorrida em abril de 1999), a fim de dissociá-lo do modelo dos Estados Unidos. O procedimento inglês possui características mais restritas, já que os pedidos e as alegações das partes devem ser específicos, enquanto nos Estados Unidos o procedimento pode se iniciar com informações vagas e genéricas. Cf. MEYER-FABRE, op. cit., p. 206.

partes tenham acesso a um amplo conjunto de informações, divulgadas espontaneamente, mesmo que lhes sejam desfavoráveis (CAMBI; PITTA, 2015, p.5). Aplica-se, inclusive, em caso de descumprimento, penalidades financeiras ou processuais, sendo que muitas vezes o procedimento de *discovery* evita o litígio e resulta em acordo entre as partes (MEYER-FABRE, 2005, p. 205).

Para as hipóteses em que se busca prova para utilização em tribunal internacional ou estrangeiro, basta que a pessoa ou a entidade resida ou seja encontrada no distrito da corte a quem se apresenta o pedido e que o requerente seja um tribunal ou "parte interessada"³⁰. Com base na Seção 1782 do Título 28 do Código dos Estados Unidos, o requerimento é feito perante as cortes federais do país, e pode ser apresentado tanto por carta rogatória através do tribunal de origem quanto diretamente pela parte (STRONG, 2013, p. 8).

Casos de insolvência e fraude transnacional são exemplos práticos da importância da utilização do instituto do *pre-trial discovery of documents* e da Seção 1782. Especialmente quando todo ou parte do patrimônio do devedor está localizado em jurisdição estrangeira, os instrumentos legais tradicionais disponíveis mostram-se insuficientes, demandando a utilização de institutos provenientes de outras jurisdições³¹. Sendo assim, por exemplo, nos casos de rastreamento e recuperação de ativos localizados no exterior, há a possibilidade de requerimento de assistência internacional para a obtenção da prova baseado na Convenção da Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial (DUNN; PASCUCCI, 2021)³².

³⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Assistance to foreign and international tribunals and to litigants before such tribunals*. 28 U.S. Code § 1782. 1948. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1782>. Acesso em: 12 abr. 2023.

³¹ Notadamente pelo fato de que grande parte das transações internacionais em dólar ficam registradas nos "C.H.I.P.S." (*Clearing House Interbank Payments System*). Assim, as ferramentas acessíveis pelo "C.H.I.P.S." permitem liquidar uma variedade de pagamentos internacionais e domésticos, incluindo transações comerciais e de títulos, bem como empréstimos bancários, sendo, portanto, de fundamental importância a utilização do instituto do *pre-trial discovery* dos Estados Unidos nesses casos. Cf. BIS. *Payment, Clearing and settlement systems in the United States*. CPSS, United States, Red Book, 2012. Disponível em: https://www.bis.org/cpmi/publ/d105_us.pdf. Acesso em: 14 abr. 2023.

³² Sobre o assunto, a adoção pelo Brasil em 2020 da Lei Modelo sobre Insolvência Transnacional, desenvolvida pela UNCITRAL (Organização das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional), finalmente colocou o país em harmonia com os novos mecanismos de cooperação jurídica

A Convenção da Haia prevê a utilização de carta rogatória como meio de obtenção de provas situadas no exterior. Portanto, para as hipóteses de obtenção de documentos em jurisdições estrangeiras em procedimentos de *pre-trial discovery*, a autoridade judiciária do Estado requerente encaminha o pedido à autoridade central designada pelo Estado onde se localiza a prova que, em seguida, transmite-o à autoridade competente para cumprimento. As cartas rogatórias são remetidas à autoridade central do Estado requerido, sem intervenção de qualquer outra autoridade deste Estado³³.

Uma das vantagens na utilização desse meio é mitigar a possibilidade de negativas arbitrárias por parte do Estado receptor, já que há a necessidade de exposição dos motivos que ensejaram a decisão em caso de não cumprimento da diligência. A Convenção ainda estabelece que o cumprimento da carta rogatória só poderá ser recusado quando no Estado requerido o cumprimento não estiver no âmbito das atribuições do poder judiciário ou o Estado requerido considerá-lo prejudicial à sua soberania ou segurança³⁴.

4 A PROPOSTA DE MODIFICAÇÃO DA RESERVA DO ARTIGO 23

A possibilidade de reserva concedida no artigo 23 da Convenção da Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial gerou consequências irracionais e não previstas, de declarações genéricas pelos países, impossibilitando a obtenção de toda e qualquer prova em procedimentos de *pre-trial*

internacional, tornando-os mais simplificados e favorecendo a diplomacia entre as autoridades judiciárias de diferentes países, em razão das relações econômicas e societárias das empresas e seus sócios com outras jurisdições. Os tribunais brasileiros passaram a dispor da possibilidade de comunicação direta com juízes e autoridades de outros países em casos de insolvência transnacional, dispensando a necessidade de expedição de cartas rogatórias, de procedimento de auxílio direto ou de outras formalidades semelhantes. À vista disso, o *discovery* pode ser utilizado pelos administradores judiciais em processos de recuperação judicial e falência e reconhecidos diretamente pelo juiz brasileiro, sem a necessidade de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o que dispõe o art. 167-H da Lei Federal nº 11.101 de 2005.

³³ De acordo com o Artigo 2º da Convenção (CONVENÇÃO, op. cit.).

³⁴ Conforme o Artigo 12º da Convenção (CONVENÇÃO, op. cit.).

*discovery of documents*³⁵. A incoerência em se permitir a produção de provas por mecanismos bastante permissivos previstos na Convenção, como a participação de autoridades judiciárias do Estado requerente no cumprimento da carta rogatória, e proibir genericamente a cooperação em procedimentos de *discovery* é evidente³⁶.

A Comissão Especial sobre o funcionamento prático da Convenção reconheceu que o artigo 23 foi concebido para que os Estados garantissem que os pedidos de obtenção de provas oriundos de procedimento de *discovery* fossem suficientemente fundamentados, de modo a evitar pedidos genéricos pelos quais uma parte busca apenas descobrir quais documentos podem estar em posse da outra parte. A Comissão ainda observou que nos casos dos procedimentos de *discovery* cujos pedidos foram negados pelas autoridades judiciais com base nas declarações genéricas, o Estado de origem aplicou sua própria legislação nacional para a obtenção das provas de partes estrangeiras. Conforme explicitado anteriormente, a Comissão Especial solicitou aos Estados que optaram pela declaração geral não-particularizada para reverem suas declarações³⁷.

Além disso, a doutrina internacional constatou a deficiência da forma como foram realizadas as reservas do artigo 23 da Convenção pelos países e os efeitos deletérios que trazem à adequada aplicação da Convenção.

Na França, a Professora Nathalie Meyer-Fabre levanta relevantíssima questão acerca da conjuntura da Convenção em relação às reservas genéricas dos países frente ao instituto do *discovery* e lança luzes sobre a necessidade de suas alterações:

³⁵ "En effet, certains le trouvaient trop large et ne reflète[ant] même pas le souhait de ses initiateurs." LESAGE-BIGRAS, Élisabeth. *La communication de la preuve civile au préalable dans les litiges commerciaux internationaux*. 2019, 254 f. Tese (Mestrado em Direito), Université de Montréal, 2019, p. 99. Disponível em: https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/24451/Lesage_Bigras_Elisabeth_2019_memoire.pdf?sequence=2&isAllowed=y. Acesso em: 16 abr. 2023.

³⁶ MEYER-FABRE, op. cit., p. 206, cita como exemplo a incoerência do caso de alguns tribunais alemães que se recusaram a cooperar com procedimento de *pre-trial discovery*, em que se buscava a obtenção de provas contra a empresa Siemens, mas permitiram a interrogação de dirigentes da empresa como testemunhas da existência e do conteúdo dos mesmos documentos. Menciona ainda medidas de investigação contra a empresa Volkswagen, envolvendo o acesso de representantes de requerente dos Estados Unidos por cinco dias úteis a uma das unidades da requerida na Alemanha, com a possibilidade de fotografar as instalações e interrogar funcionários, sendo, segundo a autora, "plus intrusives et perturbatrices qu'une communication, même volumineuse, de documents d'archivé".

³⁷ The Hague Conference on Private International Law, op. cit., p. 8.

A reserva é evidentemente muito ampla, pois a ideia não era impedir a coleta de provas, mas apenas as *fishing expeditions*, cujo objetivo era investigar documentos que poderiam estar em posse de outra parte no processo ou de terceiro, num momento em que o autor ainda não está seguro de sua pretensão (...). Resta convencer os muitos Estados que fizeram a reserva do Artigo 23 sem justificativas (restam dezesseis) da utilidade de revisarem suas posições. A França, por sua vez, limitou o alcance da reserva em 1987, especificando que ela não se aplicaria – e, portanto, que uma carta rogatória poderia ser executada – “quando os documentos solicitados estiverem exaustivamente listados na carta rogatória e tiverem uma ligação direta e precisa com o objeto do litígio”. (MEYER-FABRE, 2005, p. 206)³⁸

Nos Estados Unidos, a Professora Marissa L. P. Caylor conclui que:

O Artigo 23 e a lentidão dos atuais procedimentos da Convenção de Provas a torna ineficaz e quase obsoleta. Em última análise, falhou em prever a globalização dos negócios, “a qualidade móvel de pessoas e documentos” e o “movimento necessário para cumprir decisões a respeito de procedimentos de *discovery* dos Estados Unidos” e carece da flexibilidade necessária para resolver conflitos modernos de *discovery*. (CAYLOR, op. cit., p. 377)³⁹

Em relação ao Brasil, considera-se que é possível compatibilizar o instituto do *discovery* com o ordenamento jurídico do país desde que se estabeleça um diálogo parametrizado e articulado entre ambos, excetuando-se a intolerância ao instituto para os casos de pedidos incontestavelmente abusivos, com a descrição de hipóteses definidoras.

³⁸ Tradução livre. No original: “La réserve est évidemment trop large, parce que l'idée n'était pas d'empêcher la collecte des preuves, mais seulement les fishing expeditions, ayant pour objet de partir à la découverte des documents qui pourraient être en possession d'une autre partie à la procédure ou d'un tiers, à un moment où le demandeur n'est pas encore certain de sa cause (...). Il reste à convaincre les nombreux Etats qui ont fait la réserve de l'article 23 sans la nuancer (il en reste seize) de l'utilité d'une révision de leur position. La France a pour sa part limité dès 1987 la portée de sa réserve, en précisant qu'elle ne s'appliquerait pas - et donc qu'une commission rogatoire pourrait être exécutée - lorsque les documents demandés sont limitativement énumérés dans la commission rogatoire et ont un lien direct et précis avec l'objet du litige”.

³⁹ Tradução livre. No original: “Article 23 and the slowness of the current Evidence Convention procedures render it ineffective and almost obsolete. It has ultimately failed to predict the globalization of business, ‘the mobile quality of people and documents’ and the ‘movement required to comply with some American discovery orders’ and lacks the flexibility needed to resolve modern discovery conflicts”.

Como exemplo de compatibilidade do instituto com o direito brasileiro, recentemente o ordenamento processual pátrio adotou uma nova técnica probatória, inspirada no *discovery* do *common law* e inserida no Código de Processo Civil de 2015: a produção antecipada da prova. A adoção pelo Brasil do sistema de produção antecipada da prova aproximou o direito brasileiro do *common law*, especialmente do ordenamento jurídico dos Estados Unidos, ao se permitir a discussão dos fatos de forma autônoma do direito, mas ainda contém dessemelhanças importantes que o mantêm distante das características do *discovery*.

Buscou-se instituir a possibilidade de pedido de produção de prova sem a discussão da probabilidade de existência do direito, que poderá vir a ser objeto de prova (MEDINA, 2021, p. 584). Ao interesse particular, então, foi estendido o direito de investigar e de colher provas no âmbito cível, para que as partes possam avaliar suas chances e condições para ingressar em juízo⁴⁰. De qualquer forma, exige-se prévia delimitação dos fatos sobre os quais a prova há de recair, e é o juiz que conduz o processo⁴¹.

Em carta rogatória por meio da qual o Tribunal Superior do Estado de Delaware solicitou assistência para a intimação de empresa brasileira para apresentar documentos⁴², de forma ampla, porém vinculada a um fato específico⁴³, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela concessão de *exequatur*, afirmando genericamente que “o objetivo da ressalva permitida pelo art. 23 da Convenção da Haia não é

⁴⁰As justificativas guardam semelhanças com o *discovery* na medida em que se busca viabilizar a autocomposição e/ou evitar demandas desprovidas de suporte probatório suficiente. Cf. REDONDO, Bruno Garcia. Comentários ao art. 381 do Código de Processo Civil. In: CÂMARA, Helder Moroni (Coord.). *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 558.

⁴¹ O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo recentemente extinguiu procedimento de produção antecipada de prova em razão da necessidade de a parte autora indicar “exatamente o fato que pretende provar e o meio de prova a ser produzido para tanto.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2188216-13.2020.8.26.0000, 26ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Felipe Ferreira, Publicado em 01 fev. 2021).

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno na Carta Rogatória nº 14548/EX. 2019/0122704-5. Corte Especial. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Julgado em 23 mar. 2020. Publicado em 16 abr. 2020.

⁴³ Como, por exemplo, “1. Documentos e solicitações relacionados com o incêndio do dia 18 de janeiro de 2017 na Fábrica I da Mina Mibra. (...). 4. Todos os documentos que lhe foram entregues por terceiros e relativos ou referentes ao seu envolvimento na reconstrução da Fábrica I da Mina Mibra” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, op. cit., f. 105-107).

bloquear a busca de provas no estrangeiro, mas evitar abusos, porquanto as provas requeridas são pertinentes e relevantes para a instrução da ação originária⁴⁴.

Deve-se, portanto, limitar a recusa às situações que não demonstrarem a pertinência das informações e documentos solicitados, de forma a evitar somente o que se convencionou denominar como “*fishing expedition*”⁴⁵. Impossibilitar a obtenção de toda e qualquer prova em procedimentos de *pre-trial discovery of documents*, em prejuízo da segurança jurídica e da previsibilidade das decisões, é dar espaço à irracionalidade a partir de uma recusa injustificada.

Como referência preliminar, a redação da declaração apresentada pelo Reino Unido ao artigo 23 da Convenção da Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial apresenta diretrizes razoáveis para orientar as situações que envolvem procedimentos de *pre-trial discovery of documents*:

De acordo com o Artigo 23, o Governo de Sua Majestade declara que o Reino Unido não executará Cartas Rogatórias emitidas com o objetivo de obter documentos em procedimentos de *pre-trial discovery*. O Governo de Sua Majestade declara ainda que o Governo de Sua Majestade entende “Cartas Rogatórias emitidas com o objetivo de obter documentos em procedimentos de *pre-trial discovery*”, para os fins da Declaração anterior, como incluindo qualquer Carta Rogatória que exija uma pessoa a:

- a. indicar quais documentos pertinentes ao processo a que se refere a Carta Rogatória estão, ou estiveram, em sua posse, custódia ou poder; ou
- b. apresentar quaisquer documentos que não sejam documentos especificados na Carta Rogatória como documentos que pareçam estar, ao tribunal requerido, ou possam estar em sua posse, custódia ou poder.” (The Hague Conference on Private International Law. *Declaration/Reserve/Notification*)⁴⁶

⁴⁴ O exequatur foi concedido, tendo sido solicitado à Justiça Federal o cumprimento da diligência. No entanto, os autos foram devolvidos à autoridade central para remessa à Justiça rogante sem cumprimento, diante da “perda superveniente do objeto da carta rogatória em razão da extinção do processo na origem” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, op. cit., decisão de 06 out. 2021, f. 639).

⁴⁵ Pedidos abusivos ou meramente exploratórios. De acordo com o Legal Information Institute, “*fishing expedition*” é o termo utilizado para se referir aos procedimentos de *pre-trial discovery of documents* em que se exige genericamente muitas informações com base em intuições e acusações. Legal Information Institute. Ithaca, NY: Cornell Law School, 1992. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/wex/fishing_expedition. Acesso em: 16 mar. 2023.

⁴⁶ Tradução livre. No original: “*In accordance with Article 23 Her Majesty's Government declare that the United Kingdom will not execute Letters of Request issued for the purpose of obtaining pre-trial discovery of documents. Her Majesty's Government further declare that Her Majesty's Government*

A França declarou, quando da assinatura da Convenção, que não executaria as cartas rogatórias que se destinavam aos procedimentos de *pre-trial discovery*. Tal declaração foi alterada em 1987 e, desde então, definiu que o artigo 23 não se aplica quando os documentos solicitados constarem descritos na carta rogatória e tenham precisa e direta ligação com o objeto do litígio(BÉRARDe; DUBARRY, 2014, p. 834):

A declaração feita pela República francesa em conformidade com o artigo 23, relativo às cartas rogatórias que tenham por objeto o procedimento de "pre-trial discovery of documents", não se aplica quando os documentos solicitados estiverem exaustivamente enumerados nas cartas rogatórias e tenham ligação direta e precisa com o objeto do litígio. (The Hague Conference on Private International Law, op. cit.)⁴⁷

A Alemanha, que até muito recentemente não executava solicitações de cooperação jurídica internacional para obtenção de provas em procedimentos de *pre-trial discovery*, alterou sua legislação. Em 19 de janeiro de 2022, o Ministério da Justiça alemão apresentou um projeto de alteração da lei que implementou a Convenção da Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial. O projeto foi aprovado e entrou em vigor em 1º de julho de 2022, convertendo a reserva genérica e absoluta do artigo 23 da Convenção para uma reserva qualificada e particularizada. Assim, atualmente permite-se o cumprimento de cartas rogatórias desde que (i) os documentos solicitados estejam identificados; (ii) os documentos apresentem importância direta e clara para o processo em questão, bem como para o seu resultado; (iii) os documentos estejam em posse de

understand "Letters of Request issued for the purpose of obtaining pre-trial discovery of documents" for the purposes of the foregoing Declaration as including any Letter of Request which requires a person:

a. to state what documents relevant to the proceedings to which the Letter of Request relates are, or have been, in his possession, custody or power; or
b. to produce any documents other than particular documents specified in the Letter of Request as being documents appearing to the requested court to be, or to be likely to be, in his possession, custody or power."

⁴⁷ Tradução livre. No original: "La déclaration faite par la République française conformément à l'article 23, relatif aux commissions rogatoires qui ont pour objet la procédure de «pre-trial discovery of documents», ne s'applique pas lorsque les documents demandés sont limitativement énumérés dans la commission rogatoire et ont un lien direct et précis avec l'objet du litige."

uma parte envolvida no processo de *pre-trial discovery*; e que (iv) a solicitação não viole princípios essenciais do ordenamento jurídico alemão⁴⁸.

Feitas essas considerações, com base no Artigo 34 da Convenção⁴⁹, propõe-se a revisão da reserva genérica realizada pelo Brasil para que sejam incluídas as seguintes condições:

As cartas rogatórias que sejam relacionadas a um procedimento nos termos do artigo 23 da Convenção serão executadas se:

- I – Os documentos solicitados forem precisamente identificados;
- II – Os documentos solicitados estejam em posse de uma parte integrante do procedimento estrangeiro;
- III – O pedido não viola a ordem pública brasileira. (CONVENÇÃO, op. cit.)

Não há razão para os tribunais presumirem, de forma categórica, que um instituto jurídico proveniente de Estados cujas legislações respeitam os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, deve ser afastado de imediato por ser incompatível com o sistema jurídico brasileiro⁵⁰.

A recusa genérica em colaborar com as autoridades estrangeiras em procedimento de *discovery* encoraja, inclusive, as partes e seus advogados a utilizarem meios abusivos e privados de produção de provas, sem o conhecimento das autoridades locais, medidas essas que têm se tornado cada vez mais comuns atualmente, principalmente após os sucessivos episódios de vazamentos de dados de empresas e indivíduos (MEYER-FABRE, 2005, p. 207)⁵¹.

⁴⁸ Cf. Hengeler Mueller. *Cross-border disputes: An additional option for pre-trial discovery requests in Germany*, jul. 22. Disponível em: https://hengeler-news.com/assets/articles/2022_07_Legal-Update_Hague-Convention.pdf. Acesso em: 19 abr. 2023.

⁴⁹ "Artigo 34.º Os Estados poderão em qualquer momento retirar ou modificar uma declaração." (CONVENÇÃO, op. cit.).

⁵⁰ Nos Estados Unidos, por exemplo, os princípios do contraditório e da ampla defesa são previstos na 6ª Emenda à Constituição do país, enquanto o princípio do devido processo legal foi inserido na 5ª Emenda dirigindo-se ao governo federal e na 14ª Emenda como obrigação legal aos Estados (STRAUSS, Peter L. *Due Process*. Legal Information Institute. Cornell Law School. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/wex/due_process. Acesso em: 22 abr. 2023).

⁵¹ No antigo e famoso caso *Société nationale industrielle Aérospatiale v. U.S. District Court for the Southern District of Iowa*, 107 S.Ct. 2542 (1987), discutiu-se perante a Suprema Corte dos Estados Unidos sobre a obrigatoriedade da utilização da Convenção da Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial para coletar documentos localizados no exterior e se um tribunal federal poderia aplicar a *lex fori* para ordenar que uma parte apresente provas localizadas no

Além disso, entender que a declaração ao artigo 23 representa vedação absoluta à produção de provas no estrangeiro significaria negar o direito fundamental de obter a devida prestação jurisdicional, garantido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal brasileira. Ainda, deve-se apontar como fator determinante o respeito à solidariedade internacional, às exigências da vida interindividual, à efetividade, e à reciprocidade entre os Estados, como pilares da coordenação entre o sistema jurídico brasileiro e o instituto advindo do *common law*.

O equilíbrio descrito nesta hipótese é fundamentado no princípio da cortesia internacional, no sentido de se reconhecer atos provenientes de autoridades estrangeiras por conscientização na busca pela justiça, e não meramente por boa vontade e razões de soberania nacional.

4 CONCLUSÃO

A adesão do Brasil em 2017 à Convenção da Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial representou um grande avanço na condução de procedimentos de obtenção de provas envolvendo elementos estrangeiros.

Tratados e convenções internacionais, como a Convenção da Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial, têm sido fundamentais para consagrar mecanismos voltados a assegurar o interesse das partes e a proteção dos direitos que lhe sejam atribuídos. Nesse sentido, é evidente

exterior. Por 5 votos a 4, a Suprema Corte rejeitou a tese de obrigatoriedade da Convenção e decidiu que compete ao juiz de primeira instância realizar uma análise dos interesses envolvidos, a fim de determinar, levando em consideração as circunstâncias específicas de cada caso, se se deve aplicar as regras federais sobre obtenção de provas ou as normas convencionais. Tal posicionamento provocou o abandono da Convenção por parte de cortes de primeira instância no país, nas hipóteses em que o Estado receptor do pedido de cooperação internacional declarou que não cumprirá as cartas rogatórias que tenham sido emitidas com o propósito de obterem documentos pelo *pre-trial discovery of documents*. Cf. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. District Court for the Southern District of Iowa. *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. U.S. District Court for the Southern District of Iowa*, 482 U.S. 522 (1987), No. 85-1695. Julgado em 14 jan. 1987. Publicado em 15 jun. 1987; SCOTT, Paul. Extraterritorial Discovery and the Hague Evidence Convention after *Société Nationale Industrielle Aérospatiale*: An American Interests Approach to Comity. *Yale Journal of International Law*, v. 13:366, 1988, p. 369. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1527&context=yjil>. Acesso em: 20 abr. 2023; MEYER-FABRE, op. cit., p. 210-211.

que com o progressivo acesso dos indivíduos e empresas a outras jurisdições e com a multiplicação dos fatos plurilocalizados, o direito brasileiro deve adotar posições que visem facilitar a cooperação jurídica internacional⁵².

O inabitual contato da doutrina com o procedimento de *discovery* e a escassez de produção científica e debate no meio jurídico sobre o instituto e seu relacionamento com o direito brasileiro, provoca certa insegurança e tendência da magistratura e de outras autoridades de não cooperar em procedimentos de *discovery*, não os reconhecer quando ajuizados por administradores judiciais, ou de não conceder eficácia às provas obtidas em tais procedimentos.

A discussão a respeito da compatibilização das dissonâncias existentes entre os sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law*, especialmente quanto ao instituto do *discovery*, está longe da afirmação simples e irrefletida de vedação absoluta à produção de provas no estrangeiro. Trata-se de uma preocupação que não pode ser tida como irrelevante considerando que “o gerenciamento do acesso à justiça em escala global depende fundamentalmente de um compromisso universal de cooperação jurídica, especialmente no tocante à alocação e ao compartilhamento de atividade jurisdicional dotada de efetividade e assegurada transnacionalmente”⁵³. Refutar o atendimento a carta rogatória ou não reconhecer eficácia a todo e qualquer documento obtido em procedimento de *discovery* é dar espaço à

⁵² Segundo o professor André de Carvalho Ramos, pela análise das fontes, o novo Direito Internacional Privado no Brasil possui a característica de ser plural, tendencialmente internacional, predominantemente processual, além de vinculado à gramática dos direitos humanos. Segundo ele, “os tratados celebrados pelo Brasil, especialmente no século XXI mostram que a produção normativa do DIPr inclinou-se para aspectos processuais. Os tratados de cooperação jurídica internacional celebrados mostram que o *enforcement* das deliberações oriundas de um Estado em outro são hoje intensamente debatidas nesse mundo globalizado. Buscam-se respostas às seguintes perguntas: Como executar um laudo arbitral estrangeiro em outro país?; Como obter o retorno de uma criança levada a outro Estado pelo rompimento ilegítimo da guarda?; Como obter provas e recuperar ativos ilícitamente obtidos? Entre outras. Essa ‘onda processual’ do DIPr explica-se tanto pela demanda da área privada (obter a execução de laudos arbitrais, por exemplo) quanto da área pública (atuação contra a criminalidade transnacional). A proteção dos direitos humanos também gerou a luta pela cooperação jurídica internacional, na linha da defesa do acesso à justiça (direito previsto em diversos tratados e Constituições), que seria obstaculizada, caso os pleitos cooperacionais fossem negados.” (CARVALHO RAMOS, Pluralidade... op. cit., p. 618-619).

⁵³ POLIDO, op. cit., p. 83.

intolerância injustificada, ou, ainda, não “tolerar as diferenças de maneira democrática”⁵⁴.

É preciso revisar a declaração genérica realizada pelo Brasil que não cumprirá as cartas rogatórias oriundas de procedimento de *discovery*, com a descrição de hipóteses concretas e definidoras, de modo a conferir racionalidade na tarefa judicial, ou, ainda, na sua falta, que o Superior Tribunal de Justiça delibere sobre a forma como ocorrerá a coordenação entre o instituto e o direito brasileiro, estabelecendo seus alcances e limites que, certamente, também servirão de parâmetro e direcionarão o intérprete para balizar as situações que envolvem a utilização de provas oriundas do procedimento do *common law*.

REFERÊNCIAS

BÉRARD, François de; DUBARRY, Pauline. **L’obtention des preuves en France et à l’étranger**. La Semaine Juridique. Edition Générale nº 28, 14 Juillet 2014, 834.

Disponível em:

http://www.advant-altana.com/wp-content/uploads/2014/07/1434056_1.pdf. Acesso em 21 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de **Justiça. Agravo Interno na Carta Rogatória nº 14548/EX. 2019/0122704-5**. Corte Especial. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Julgado em 23 mar. 2020. Publicado em 16 abr. 2020.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2188216-13.2020.8.26.0000**, 26ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Felipe Ferreira, Publicado em 01 fev. 2021.

BUENO, Pimenta. **Direito internacional privado e aplicação de seus princípios com referência às leis particulares do Brasil**. Rio de Janeiro: J. Villeneuve, 1863.

CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 245, jul. 2015.

CARVALHO RAMOS, André de. **Obtenção de provas no exterior: para além da Lex fori e lex diligentiae**. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v. 12, n. 2, 2015, p.

⁵⁴ Para falar com MONACO, op. cit., p. 25.

684-703. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37387.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2023.

_____. Pluralidade das Fontes e o novo Direito Internacional Privado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 109, p. 597-620, jan./dez. 2014.

_____. **Direito internacional privado**: questões controvertidas. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

CAYLOR, Marissa L. P. Modernizing the Hague Convention: a proposed solution to cross-border discovery conflicts during civil and commercial litigation. **Boston University International Law Journal**. Boston, v. 28, p. 345-392, 2011.

Disponível em:

<https://www.bu.edu/law/journals-archive/international/volume28n2/documents/caylor-postmacro.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2023.

CONVENÇÃO da Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial. 18 mar. 1970. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/dfed98c0-6749-42d2-a9be-3d41597734f1.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2023.

DEEB GABRIEL, Henry. The Advantages of Soft Law in International Commercial Law: The Role of UNIDROIT, UNCITRAL and the Hague Conference. **Brooklyn Journal of International Law**. Nova Iorque, v. 34, p. 655-672, 2009. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1172&context=bjil>. Acesso em: 20 abr. 2023.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado**: parte geral e processo internacional. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DUNN, Joseph R.; PASCUCCI, Daniel T. **Freeze orders in United States District Courts**: a strategic analysis of asset recovery in multinational disputes. *The National Law Review*, jan. 2021. Disponível em: <https://www.natlawreview.com/article/freeze-orders-united-states-district-courts-strategic-analysis-asset-recovery>. Acesso em: 14 abr. 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. District Court for the Southern District of Iowa. **Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. U.S. District Court for the Southern District of Iowa**, 482 U.S. 522 (1987), No. 85-1695. Julgado em 14 jan. 1987. Publicado em 15 jun. 1987.

FINE, Toni M. **Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

KERHUEL, Anne-Julie; FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. **Is Law an Economic Contest? French Reactions to the Doing Business World Bank Reports and Economic Analysis of the Law.** Georgetown Business, Economics & Regulatory Law Research Paper No. 10-10. June 2010.

LESAGE-BIGRAS, Élisabeth. **La communication de la preuve civile au préalable dans les litiges commerciaux internationaux.** 2019, 254 f. Tese (Mestrado em Direito), Université de Montréal, 2019. Disponível em: https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/24451/Lesage_Bigras_Elisabeth_2019_memoire.pdf?sequence=2&isAllowed=y. Acesso em: 16 abr. 2023.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno.** 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021.

MESTRE, F. L'harmonisation du droit privé au prisme des dix dernières années d'activité de l'Institut International pour l'Unification du Droit Privé (UNIDROIT). **Revue de Droit International et de Droit Comparé**, v. 78, n. 4, 2001.

MEYER-FABRE. Nathalie. L'obtention des preuves à l'étranger. **Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé**, 16e année, 2002-2004, Paris, Éditions Pedone, p. 199-232, 2005. Disponível em: https://www.persee.fr/doc/tcfdi_1140-5082_2005_num_16_2002_1147. Acesso em: 05 fev. 2023.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Controle de Constitucionalidade da Lei Estrangeira.** São Paulo: Quartier Latin, 2013.

_____; RODAS, João Grandino. **A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: a Participação do Brasil.** Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/cooperacao-internacional/subtracao-internacional/arquivos/a-conferencia-da-haia-de-direito-internacional-privado-a-participacao-do-brasil.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2023.

PARGENDLER, Mariana. The Rise and Decline of Legal Families. **The American Journal of Comparative Law**. v. 60, n. 4, p. 1043-1074, 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1975273. Acesso em: 05 abr. 2023.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. A Cooperação Jurídica Internacional no Código de Processo Civil de 2015: Rumo à Convergência com os Novos Paradigmas do Direito Internacional Privado. In: CARVALHO RAMOS, André de (Coord.). **Direito internacional privado: questões controversas.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

REDONDO, Bruno Garcia. Comentários ao art. 381 do Código de Processo Civil. In: CÂMARA, Helder Moroni (Coord.). **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Almedina, 2016.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes** [La loi des juges]. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SCOTT, Paul. Extraterritorial Discovery and the Hague Evidence Convention after Société Nationale Industrielle Aerospatiale: An American Interests Approach to Comity. **Yale Journal of International Law**, v. 13:366, 1988, p. 366-387.

Disponível em:

<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1527&context=yjil>.

Acesso em: 20 abr. 2023.

STRAUSS, Peter L. **Due Process**. Legal Information Institute. Cornell Law School. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/wex/due_process. Acesso em: 22 abr. 2023.

STRENGER, Irineu. **Direito internacional privado**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000.

STRONG, S. I. *Discovery under 28 U.S.C. §1782: distinguishing international commercial arbitration and international investment arbitration*. University of Missouri School of Law Scholarship Repository, 2013. Disponível em:

<https://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1485&context=facpubs>. Acesso em 12 fev. 2023.

TIBURCIO, Carmen. **Extensão e limites da jurisdição brasileira: competência internacional e imunidade de jurisdição**. 2ª edição. Salvador: JusPodivm, 2019.

UNCITRAL. **Establishment of the United Nations Commission on International Trade Law**. Resolutions adopted on the reports of the Sixth Committee, p. 99. Disponível em: [https://undocs.org/en/A/RES/2205\(XXI\)](https://undocs.org/en/A/RES/2205(XXI)). Acesso em: 23 fev. 2023.