



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Le Nouveau Code de Procédure Civile Brésilien

(The new Brazilian Civil Procedure Code)

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Professor at the University of Rio de Janeiro and University Estácio de Sá, Brazil. Federal Appellate Judge

and

Teresa Arruda Alvim Wambier

Professor at the Pontifical Catholic University of São Paulo (PUC-SP). Lawyer

Keywords: New Brazilian Civil Procedure Code. Objectives. Main Modifications.

Mots-clés: Nouveau Code de Procédure Civile Brésilien. Objectifs. Principales modifications.

Table of Contents: 1. The conception and the objectives of the new Brazilian Civil Procedure Code - 2. Temporary protection based on urgency or evidence. The possibility of stabilization of anticipatory measures - 3. The judgment of juridical theses, faced with repetitive questions, system of precedentes and the procedural economy - 4. The tolerance of the legislator vis-à-vis the nullities - 5. The strengthening of the principle that both side must be heard, of the motivated judicial decisions and of the *amicus curiae* - 6. The possibility of distribution of evidences - 7. The interactive and democratical management of procedure - 8. Motivate consensual way of disputes resolution - 9. Count of procedural deadlines in working days - 10. Changes about estoppel and appellate against first instance decisions - 11. Attorney's fees at appellate instance - 12. Limits of Brazilian jurisdiction - 13. Inclusion of prejudicial questions at the limits of the *res judicata* - 14. Final remarks



Sommaire: 1. L'avènement et les objectifs du nouveau Code de Procédure Civile au Brésil - 2. « Tutelle provisoire d'urgence et d'évidence ». La possibilité de stabilisation des mesures anticipatoires - 3. Le jugement des questions répétitives, le système de précédents et l'économie processuelle - 4. La tolérance du législateur vis-à-vis des nullités - 5. Le renforcement du contradictoire dans le procès, de la motivation des décisions de justice et de l'*amicus curiae* - 6. La possibilité de la distribution dynamique de la preuve - 7. La gestion participative et démocratique de la procédure - 8. L'incitation aux voies consensuelles dans la résolution des conflits - 9. Le décompte des délais de procédure en jours ouvrables - 10. Modification dans le domaine des forclusions et des recours déposés contre des décisions rendues en premier ressort - 11. Les honoraires des avocats remboursés par la partie condamnée sur le plan des recours - 12. Les limites de la juridiction brésilienne - 13. L'inclusion des questions préjudicielles dans les limites de la chose jugée - 14. Considérations finales

1. L'avènement et les objectifs du nouveau Code de Procédure Civile au Brésil :

Depuis le 16 mars 2015, le Brésil dispose d'un nouveau Code de Procédure Civile¹, qui entrera en vigueur le 18 mars 2016, puisque soumis à une *vacatio legis* d'un an. Il a commencé à être examiné par le Pouvoir Législatif brésilien en 2010.

En 2009, le Sénat a nommé une Commission dont une des auteurs de cet article a été rapporteur général et qui avait pour président le ministre Fux, aujourd'hui juge au Tribunal Fédéral Suprême.² Une deuxième Commission, intégrée par des processualistes de renom, a de même été nommée par le Sénat. Dans la Chambre des Députés, plusieurs

¹ Loi n. 13.105, du 16.03.2015, publiée le 17.03.2015.

² Les processualistes ayant intégré cette Commission ont été les professeurs Luiz Fux, Teresa Arruda Alvim Wambier, Adroaldo Furtado Fabrício, Humberto Theodoro Júnior, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Bruno Dantas, Elpídio Donizete Nunes, Jansen Fialho de Almeida e Marcus Vinicius Furtado Coelho.



processualistes ont travaillé également à ce projet.³ De retour au Sénat, le deuxième auteur de cet article, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, a pris part aux travaux.

Le Code de 2015 n'a pas été inspiré d'un nouveau paradigme. Des nouveautés intéressantes y ont été incluses, mais ces dernières ont été toutes le résultat de critiques faites par la doctrine, du besoin de corriger des choix erronés faits par la jurisprudence et, assez souvent, de la considération de certaines prises de position considérées justes qui étaient déjà accueillies par les Tribunaux.

Le Code s'avère mieux organisé et contient 1.072 articles. Désormais, il présente une partie générale contenant des règles applicables aux étapes de l'instance et de l'exécution. La partie spéciale est subdivisée en trois livres : I) De la procédure d'instance et de l'application de la sentence ; II) De la procédure d'exécution ; et III) Des procédures dans les tribunaux et des moyens de contestation des décisions de justice. Enfin, il s'ajoute à cela un livre complémentaire avec des dispositions finales et transitoires.

Dans son exposé des motifs, cinq aspects ont été élus comme éléments constitutifs du champ d'application de la nouvelle législation : a) la recherche d'une conformité plus grande avec la Constitution ; b) permettre au juge de prononcer des décisions plus en accord avec la réalité factuelle de la cause ; c) la simplification de la procédure ; d) augmenter la force de la jurisprudence et créer des précédents, en quelques cas spéciaux obligatoires; et e) augmenter le degré d'organicité du système. En termes d'objectifs, il convient de souligner dans le nouveau Code le renforcement du contradictoire, une plus grande exigence en ce qui concerne la motivation des décisions, et l'établissement de normes et d'instruments destinés à l'économie processuelle, visant à la préservation de l'isonomie, de la sécurité juridique et de la durée raisonnable de la procédure.

³ Dans la Chambre des députés, des juristes invités ont assisté le Député Paulo Teixeira: Fredie Didier Jr., Luiz Henrique Volpe Camargo, Leonardo Carneiro da Cunha, Daniel Mitidiero, Paulo Lucon, José Manoel Arruda Alvim, Alexandre Freitas Câmara, Rinaldo Mouzalas, Marcos Destefenni, Ada Pellegrini Grinover, Alexandre Freire, Antônio Carlos Marcato, Antônio Claudio da Costa Machado, Athos Gusmão Carneiro, Cândido Rangel Dinamarco, Carlos Alberto Sales, Cassio Scarpinela Bueno, Dierle Nunes, José Augusto Garcia, Kazuo Watanabe, Lenio Streck, Luiz Guilherme Costa Wagner, Luiz Guilherme Marinoni, Paulo Cesar Pinheiro Carneiro, Regina Beatriz Tavares, Teresa Arruda Alvim Wambier.



2. « Tutelle provisoire d'urgence et d'évidence ». La possibilité de stabilisation des mesures anticipatoires :

Les mesures conservatoires, auxquelles le Code précédent consacrait un livre contenant 94 articles, ont été éliminées du nouveau Code. En effet, elles ne sont plus traitées de façon analytique et individualisée. La nouvelle loi n'aborde plus d'ailleurs les mesures spéciales, avec leurs procédures propres : saisie, mise sous séquestre, saisie conservatoire, etc. On y trouve 18 dispositifs traitant de façon *générique* des présupposés pour que ces mesures soient appliquées. Le titre est « *tutelle provisoire* » et comprend aussi bien les mesures dites *satisfaites* que les mesures *conservatoires*. On utilise l'expression *provisoire*, dans le sens où l'examen des preuves par le juge se fait selon le principe du *quantum satis*. Le nouveau Code de Procédure Civile désigne comme « *tutelle provisoire* » les mesures de référé appliquées après une première analyse des griefs par le juge, conformément au *fumus boni iuris*.

De manière beaucoup plus concise que le fait le CPC toujours en vigueur, la nouvelle loi a l'intention de protéger : (a) les situations de droit « évident », *indépendamment de l'existence de periculum in mora* – péril qui découle du retardement dans l'accueil d'une requête, pouvant endommager ou même rendre inefficace la décision rendue (b) les situations typiques de prévention de dommage, dans lesquelles il est question de *periculum in mora*. Dans les deux cas, les effets de la sentence peuvent, s'ils sont réversibles, être entièrement anticipés. La nouvelle loi, fortement inspirée du *référé* en droit français⁴, ouvre la possibilité de *stabilisation* des effets de la décision prononcée, sans chose jugée, dans les cas où il n'y aurait pas de résistance de la part du défendeur. Cette décision, tout en ayant ses effets stabilisés, peut être contestée par le biais d'une demande particulière dans un délai de deux ans.

3. Le jugement des questions répétitives, le système de précédents et l'économie processuelle :

Le Brésil constitue ce que les anglais appellent une *litigious society*. L'excès de judiciarisation des conflits conduit à des chiffres étonnants : nous avons près de 100 millions de

⁴ Arts. 488 à 492-1 du Code de Procédure Civile Français.



procès en cours dans le pays. Une partie considérable de ces litiges concerne le contentieux de masse. Le nouveau Code perfectionne des institutions juridiques existantes (recours répétitifs, dans lesquels les tribunaux supérieurs choisissent et jugent certains des cas représentatifs du différend, avec la suspension de procès identiques et l'application postérieure de la thèse prédominante aux autres cas particuliers) et en crée d'autres (spécialement le dit « Incident de Résolution de Demandes Répétées »⁵, qui est inspiré et se rapproche du *Musterverfahren* allemand et de la *Group Litigation Order* anglaise) dans le but de rationaliser la procédure et le traitement de ce genre de conflit.

Une des méthodes utilisées est la création d'hypothèses selon lesquelles le respect aux précédents est exigé par le système, sous peine de « réclamation ». La réclamation est une action en justice dont la finalité est de reconduire la décision du juge s'étant éloignée du précédent qui aurait dû être observé.

4. La tolérance du législateur vis-à-vis des nullités :

Il convient de souligner une caractéristique très marquante du nouveau Code : la tolérance du législateur vis-à-vis des nullités y est beaucoup plus visible. Les vices, quoique graves par leur nature (parmi ceux susceptibles d'être connus d'office), peuvent être corrigés ou ne pas être considérés, pourvu que cela n'ait pas donné lieu à un grief.

La distinction entre vices plus graves et moins graves continue à être importante notamment en ce qui concerne la forclusion pour les parties et la possibilité de connaissance *ex officio*. Les vices plus graves (nullités absolues) n'engendrent pas de forclusion et peuvent être connus d'office par le juge (avec un contradictoire préalable) ; et les nullités relatives ne peuvent pas être connues par le juge en l'absence de demande d'une partie.

Néanmoins, la tendance est que l'on admette que tous les vices soient corrigés, à l'exception des plus graves. Des défauts dans la demande initiale, dans la représentation, et

⁵ À propos de ces institutions respectives, en Allemagne, en Angleterre et au Brésil, voir MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.



même ceux relatifs à des matières d'ordre public peuvent être désormais « réparés » pour que l'on atteigne le but du procès, qui est de juger son mérite.

5. Le renforcement du contradictoire dans le procès, de la motivation des décisions de justice et de l'*amicus curiae* :

Le nouveau Code de Procédure Civile met en place une version très étendue du principe du contradictoire. La conception traditionnelle concerne fondamentalement le droit d'être entendu. Les parties ont le droit d'être assignées à comparaître et de se faire entendre. Mais la nouvelle loi va encore plus loin et affirme que le juge doit donner aux parties l'occasion de se manifester même lorsqu'il s'agit de matières d'ordre public, étant autorisé à rendre des décisions *ex officio*, comme c'est le cas des droits allemand⁶ et italien⁷. À la lumière du NCPC, les décisions dites de *terza via*, c'est-à-dire, les décisions inattendues, ne seront plus possibles.

Une autre dimension du contradictoire qu'il convient de relever est celle qui est relative aux attributions du juge. En effet, les charges incombant aux parties, d'alléguer et de prouver le droit qu'elles affirment avoir, n'a de sens que si l'on suppose l'existence d'un observateur impartial, soit le juge. La façon dont ce tiers neutre prend part au contradictoire constitue, fondamentalement, la motivation de la sentence. C'est dans ce moment que le juge est tenu de démontrer qu'il a pris en compte les arguments des parties et d'expliquer pour quelle raison il a écarté les arguments qui auraient pu le conduire à une conclusion différente de celle à laquelle il est arrivé.

Ceci est un des principaux atouts du NCPC : il s'agit d'un dispositif analytique qui détermine comment doit se constituer la motivation de la sentence.

Cet article, d'ailleurs, brise clairement un des tabous des pays de *civil law*, une fois qu'il rappelle le fait évident selon lequel le juge peut fonder ses décisions sur la jurisprudence et que cela ne veut nullement dire que, ce faisant, il méprise la loi. Il ne s'agit que de choisir une des voies possibles d'interprétation de la loi.

⁶ § 139 de la ZPO. Voir ROSENBERG, Leo, SCHWAB, Karl Heinz e GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*. 16. ed. München: C.H. Beck, 2004.

⁷ À propos de cela, voir GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e le questioni rilevabili d'ufficio. In: *Revista de Processo (RePro)*, vol. 186, ago. 2010, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 186.



Enfin, une dernière facette relative au contradictoire sur laquelle la nouvelle loi procédurale se concentre et qu'il est opportun de relever est celle du contradictoire ouvert à la société. C'est par le biais de l'acceptation étendue de l'*amicus curiae*, qui pourra prendre partie à n'importe quel procès, revenant au juge ou au tribunal de faire appel à lui, que s'établit le dialogue avec la société. L'*amicus curiae*, notion qui est née dans le droit anglo-saxon, est un tiers, personnalité physique ou morale, susceptible de présenter au juge des éléments ou des renseignements sur la question ou, encore, de l'informer sur la façon dont une certaine catégorie sociale – par exemple, les chefs d'entreprise, les consommateurs, les femmes au foyer – voient et ressentent les problèmes liés au thème sur lequel le juge est tenu de décider. La manifestation de l'*amicus curiae*⁸ peut apporter une contribution importante pour que la décision rendue soit plus proche de la réalité, notamment dans des *hard cases*, problèmes complexes qui font objet d'une grande mobilisation sociale, si courants dans les sociétés contemporaines où le recours à la justice est de plus en plus accessible.

6. La possibilité de la distribution dynamique de la preuve :

La nouvelle loi permet au juge de s'éloigner des règles traditionnelles quant à la distribution de la charge de la preuve⁹ dans les cas où s'appliqueraient des prévisions légales expresses ou en raison des particularités de la cause (impossibilité ou difficulté excessive – ou un plus grand accès à l'obtention de la preuve du fait contraire). Le juge sera donc en mesure d'attribuer la charge de la preuve à l'autre partie et devra le faire sous forme de décision (pouvant faire objet de recours). L'éloignement des règles de la charge de la preuve pourra aussi avoir lieu suite à un accord des parties, pourvu que cela se fasse conformément à certains présupposés.

⁸ Comme il est largement exposé dans BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁹ D'après les enseignements de Jorge W. Peyrando. Dans ce sens, voir : Informe sobre La doctrina de las cargas dinamicas. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). *O processo em perspectiva: jornadas brasileiras de direito processual – homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.



7. La gestion participative et démocratique de la procédure :

La gestion des affaires procédurales est une autre nouveauté du nouveau code de procédure civile¹⁰. Celle-ci est une autre nouveauté du CPC de 2015 : les parties et le juge, ou seulement les parties, peuvent réaliser des accords de procédure, qui peuvent avoir pour conséquence la modification de délais et la mise en place d'un véritable calendrier devant être respecté par le juge et par les parties, indépendamment d'avoir reçu une assignation à comparaître devant le juge.

De surcroît, comme expression du principe républicain et de la transparence, le nouveau Code a établi que les juges et les tribunaux seront tenus de rendre les décisions et les arrêts selon l'ordre chronologique de la conclusion des jugements, admettant la possibilité d'exceptions, comme dans les cas d'urgence, de décisions qui mettent fin aux procès ou de celles rendues en bloc, aussi bien que celles fondées sur des précédents établis lors du traitement de demandes répétitives. Les organes du Pouvoir Judiciaire devront, pour ce faire, rendre publique la liste et l'ordre de conclusion des procès, tout cela devant être accessible également depuis l'internet.

8. L'incitation aux voies consensuelles dans la résolution des conflits :

Le nouveau Code encourage l'adoption de modes alternatifs (*rectius*, appropriés) de résolution de conflits et, selon une de ces perspectives, la nouvelle règle générale veut que le défendeur d'un procès intenté, si la demande initiale n'est pas rejetée ou la requête n'est pas refusée dès le départ, soit assigné à comparaître, non pas pour contester, mais pour participer à l'audience de conciliation ou médiation, au moins vingt jours avant la date où cette dernière est prévue. Il convient de relever que les audiences pourront être réalisées également par des moyens électroniques.

¹⁰ Sur ce thème, voir les mémoires de master de Claudia Elisabete Schwerz Cahali (O gerenciamento do processo) et de Bruno Garcia Redondo (Flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes no Direito Processual brasileiro), soutenus à la PUC-SP sous la direction de Teresa Arruda Alvim Wambier.



Dans les cas où il n’y aurait pas d’accord, ce n’est que lorsque l’audience s’achève que démarre le délai pour la contestation. La non réalisation de l’audience n’aura lieu que si le demandeur et le défendeur manifestent expressément ne pas vouloir prendre partie à un mode alternatif de résolution du conflit, moyennant une demande enregistrée au moins dix jours avant la date prévue pour l’audience, ou si le cas en question n’admet pas d’auto-composition [mode alternatif de règlement des conflits dans lequel celui-ci s’opère spontanément, par les parties elles-mêmes].

9. Le décompte des délais de procédure en jours ouvrables :

Les délais seront désormais calculés, non pas en jours suivis, comme c’était le cas dans le Code de 1973, mais seulement en jours ouvrables, comme le dispose l’article 217 du nouveau CPC. Cette modification répond à une demande ancienne des avocats car, étant souvent des professionnels autonomes, ces derniers affirmaient ne pas pouvoir profiter pleinement de leurs week-ends et jours de congé en raison du décompte ininterrompu des délais.

10. Modification dans le domaine des forclusions et des recours déposés contre des décisions rendues en premier ressort :

Le nouveau CPC a modifié le système de forclusions, qui ne s’appliquent pas aux décisions ne pouvant pas faire l’objet d’un appel interlocutoire. Ainsi, tout comme dans le droit procédural portugais, les appels contre ces décisions qui ne font pas immédiatement objet de recours doivent être réunis dans le futur et éventuel appel ou en réponse à celui-ci, respectivement si la partie dépose le recours ou en fait l’objet (art. 1.006). L’appel interlocutoire reste donc réservé aux hypothèses où, selon la loi, on ne peut pas attendre la conclusion de la procédure en premier ressort sans dommage à la partie, comme en sont des exemples la décision qui délibère sur la « tutelle provisoire », ou celle qui détermine l’exclusion de litisconsorts.



11. Les honoraires des avocats remboursés par la partie condamnée sur le plan des recours :

Le nouveau CPC rend plus rationnelle la règle condamnant la partie perdante à payer les honoraires de l'avocat de l'autre partie, disposant dans son art. 85, §11^o que ces derniers seront majorés dans la mesure où les recours portés contre les décisions rendues dans un procès seront tranchés. La fixation des honoraires devient ainsi proportionnelle et correspond aux instances de recours devant lesquelles les avocats sont appelés à comparaître jusqu'à la fin du procès, et non plus exclusivement à la procédure entamée devant une juridiction de premier degré. De cette manière, on cherche à (a) dissuader les recours n'ayant pour but que de prolonger le traitement des procès et (b) permettre une compensation financière au travail effectué par l'avocat dans toutes les étapes du procès, minimisant ainsi les coûts revenant à la partie gagnante.

12. Les limites de la juridiction brésilienne :

Dans le Code de 1973, la juridiction brésilienne n'était prévue¹¹ expressément que lorsque (a) le défendeur était résident du pays ; (b) l'obligation en question devait être accomplie au Brésil ; (c) la cause faisant l'objet de la demande était un fait ou un acte s'étant produit au Brésil ; (d) la requête était relative à des biens immeubles situés au Brésil ; et (e) dans les cas d'inventaire et de partage de biens situés au Brésil. Les trois premières situations pourraient s'appliquer à des juridictions concurrentes, alors que les deux dernières ne seraient reconnues qu'exclusivement par la juridiction nationale.

Le CPC de 2015 a innové aussi dans la mesure où il a étendu les hypothèses d'application concurrente de la juridiction brésilienne dans trois situations en plus des traditionnelles. La première traite de l'obligation alimentaire lorsque le demandeur seul réside au Brésil, pourvu que le défendeur ait des rapports avec le pays, spécialement en ce qui concerne son patrimoine, rendant possibles et viables des mesures de saisie pour assurer le paiement des sommes dues.

¹¹ A ce sujet, voir MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro e TIBURCIO, Carmen. Jurisdiction over Torts with Foreign Elements according to Brazilian Law. In: *International Journal of Procedural Law*, vol. 3, Cambridge: Intersentia, 2013, p. 223-238.



La deuxième hypothèse est liée aux demandes découlant des relations de consommation lorsque le consommateur est résident du Brésil. Il s'agit d'une conséquence de l'internationalisation de l'économie et des entreprises, aussi bien que de la circulation de personnes et de biens dans le contexte mondial.

La troisième prévoit que les parties pourront être soumises expressément ou de manière tacite à la juridiction brésilienne.

En outre, la nouvelle législation reconnaît expressément la possibilité de la clause d'élection d'un for exclusivement étranger dans les contrats internationaux, ceci ne pouvant être refusé que dans les cas de clauses abusives.

13. L'inclusion des questions préjudicielles dans les limites de la chose jugée :

L'inclusion des questions préjudicielles dans les limites objectives de la chose jugée est une autre modification essentielle promue par le nouveau CPC. Si dans le CPC de 1973 ces questions devaient faire l'objet d'un renvoi préjudiciel pour qu'elles soient couvertes par la chose jugée, dans le nouveau CPC elles le seront indépendamment de postulations dans ce sens, pourvu que (a) de cette question dépende le jugement du mérite, (b) elle ait fait l'objet d'un contradictoire et (c) le juge ait la compétence, en raison de la matière et de la personne, pour la connaître et la juger (art. 500, §1^o), ceux-ci étant des prérequis qui s'appliquent à la majorité des cas.

14. Considérations finales:

Pour conclure, il est toujours intéressant de rappeler que les lois ne font pas de miracles. Ce qu'elles permettent, à vrai dire, c'est de modifier le monde des faits. Pour l'instant, ce dont nous disposons c'est la loi écrite – *law in books*. D'ici quelques années nous pourrions vérifier à quel point le droit décrit par les livres correspond à la *law in action*, c'est-à-dire, au droit réellement appliqué.