



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

RELATÓRIO BRASILEIRO

(Brazilian Report)

Ada Pellegrini Grinover and Kazuo Watanabe

Professors at the Law Faculty of the University of São Paulo

Sumário: 1 – INTRODUÇÃO - 2 – PRIMEIRA PARTE: INFLUÊNCIAS RECEBIDAS PELO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO: 2.1 – Os primórdios do sistema brasileiro: a influência portuguesa e, por meio desta, do direito romano e do direito canônico. 2.2 - O século XX e o início do século XXI: 2.2.1: As influências italiana e alemã na doutrina; 2.2.2: A influência italiana no Código de Processo Civil de 1973; 2.2.3: A influência anglo-saxônica: 2.2.3.1: Os writs; 2.2.3.2: Small claims; 2.2.3.3: Class actions; 2.2.3.4: Injunctions; 2.2.3.5: Contempt of Court;- 2.2.3.6: ADR; 2.2.4: A influência japonesa: a conciliação; 2.3 – Influências atuais: 2.3.1 – Arbitragem; 2.3.2 – Ação Monitória; 2.3.3 - Efeito meramente devolutivo da apelação e execução provisória; 2.3.4 – Antecipação de tutela; 2.3.5 - A estabilização da tutela antecipada; 2.3.6 – Súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal; 2.3.7 - O controle jurisdicional de políticas públicas; 2.3.6.1- As técnicas processuais e os limites no controle jurisdicional de políticas públicas; 3 – Inexistência de influência do Código Modelo de Processo Civil para Ibero-América no sistema processual brasileiro; 4 – Procedimento escrito, oral e misto; SEGUNDA PARTE: 4. INFLUÊNCIA DO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO SOBRE OUTROS ORDENAMENTOS: 4.1 - Os processos coletivos; 4.2 – O Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América; 4.3 - Antecipação de tutela. 4 – CONCLUSÃO.

1 – INTRODUÇÃO.

O Brasil, colonizado por Portugal, filia-se inquestionavelmente ao sistema processual romano-germânico. Todavia, a partir da República (1980), recebeu influência do sistema anglo-saxão, e mais precisamente dos Estados Unidos da América, seja em relação à forma do Estado (federativa), seja para modelar o Supremo Tribunal Federal, seja para adotar o sistema de jurisdição una (sem contencioso administrativo), seja inspirando-se nos instrumentos



constitucionais-processuais de defesa das liberdades (writs) e, sobretudo pela judicial review que, a partir do controle de constitucionalidade, instaurado pelo juiz Marshall no famoso caso Madison x Marbury no final do séc. XIX,, foi seguido pelo sistema brasileiro, que hoje permite o controle não só da constitucionalidade das leis, mas inclusive o controle do mérito do ato administrativo, permitindo a intervenção jurisdicional para implementar ou corrigir políticas públicas, em face de certos requisitos. E hoje pode-se afirmar que o sistema processual brasileiro, embora fiel à tradição romano-germânica, acolhe diversos institutos próprios do common law.

Por outro lado, a globalização própria dos tempos atuais, numa sociedade denominada de conhecimento, facilitou o intercâmbio de experiências com outros países, fazendo com que o Brasil atingisse elevado nível de recepção e transmissão das leis processuais.

2 – PRIMEIRA PARTE: INFLUÊNCIAS RECEBIDAS PELO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

2.1 – Os primórdios do sistema brasileiro: a influência portuguesa e, por meio desta, do direito romano e do direito canônico.

Desde o seu descobrimento por Portugal em 1500 até a proclamação de sua independência em 1822, o Brasil fazia parte do reino de Portugal e por isso em seu território vigorava o Direito reinícola. À época do descobrimento do Brasil, estavam em vigor em Portugal as Ordenações Afonsinas, promulgadas em 1456, que foram substituídas em 1514 pelas Ordenações Manuelinas . Posteriormente, em 1603, foram promulgadas as Ordenações Filipinas.

Uma importante observação é feita por Enrico Tullio Liebman a respeito do direito das Ordenações. Anota ele que, apesar de sua amplitude, o legislador não pretendia regular com suas disposições todos os casos concretos que poderiam apresentar-se na prática. Ao lado de



suas normas, continuavam a valer como fonte subsidiária , na respectiva esfera de competência, o direito canônico e o direito romano (ao qual reconhecia eficácia “pela boa razão de seu fundamento”), e, sucessivamente, as Glosas de Accursio e a doutrina de Bartolo (Ord. Fil., Livro III, tit. 64). (Istituti del diritto commune nel processo civile brasiliano, in Problemi del Processo Civile, Morano Editore, pp.490/516).

O direito da Ordenações – acrescenta Liebman - - representava, portanto, para Portugal e territórios de além-mar, o *ius proprium*, isto é, “o direito territorial particular que, segundo o sistema vigente nessa época na Europa, se integrava no quadro mais vasto de dois *iura communia*, os direitos do Império e da Igreja, devendo a estes últimos recorrer-se em via subsidiária quando o direito particular não dispusesse expressamente. Isto é, entre o direito régio e o direito romano (e, em matéria espiritual, o canônico), subsistia a relação de “direito particular” para “direito comum”, que era a característica dominante nos ordenamentos jurídicos europeus da Idade Média. (op. et loc. cits).

A influência do direito romano comum era bem grande, pois as próprias Ordenações , embora valessem como direito especial territorial, constituem, quanto ao seu conteúdo, uma verdadeira codificação do direito comum, pois tendo sido redigidas por juristas educados e formados na Universidade italiana ou influenciados pelos ensinamentos de seus mestres, elas representavam uma síntese da doutrina do direito comum. E disso decorre uma importante consequência, segundo Liebman, que é o fato de que, mesmo quando também em Portugal o direito comum deixou de valer como fonte subsidiária de direito e as Ordenações passaram a vigorar como única fonte de direito nacional, através de suas disposições continuou a sobreviver o direito comum, em boa parte até os nossos dias (op. e loc. cits.)

E o direito privado e processual brasileiro – afirma Liebman - desenvolve-se desde o século XV, isto é, desde a recepção do direito romano pelas Ordenações do reino, sem distanciar-se desse modelo e recebendo escassa influência de fontes externas, até mesmo do direito francês que teve importância preponderante nos modernos direitos europeus, o que lhe deu uma individualidade própria, com a conservação de numerosos institutos de direito comum (op. e loc. cits.)



Consumada a emancipação política em 1822, o Governo brasileiro adotou providências para dotar o país de legislação própria, mas isto ocorreu de modo bastante lento, tanto que as Ordenações Filipinas, promulgadas em 1603, vigoraram no Brasil até o início da codificação moderna. O primeiro Código Civil brasileiro foi promulgado somente em 1916, substituído em 2002 pelo Código Civil atualmente em vigor. O Código Comercial é um pouco anterior, pois foi promulgado em 1850.

No campo processual civil, a primeira iniciativa de nacionalização ocorreu por ocasião da promulgação do Código de Processo Criminal em 1832, que trouxe, como anexo, disposições provisórias “acerca da administração da Justiça Civil”. Essa primeira regulamentação do processo civil foi surpreendentemente bastante avançada para a época, pois, com o objetivo de alcançar o ideal de justiça rápida e barata, o legislador procurou conceber um processo menos complicado, despido de atos e formalidade inúteis e de recursos excessivos. Lamentavelmente, porém, não houve continuidade nessa tendência de simplificação e abreviação do nosso processo civil. Em 1850, no mesmo ano da promulgação do Código Comercial, teve vigência o Regulamento 737 que regulava a ordem do juízo apenas no processo comercial. O processo civil continuou regido pelas Ordenações Filipinas. Tivemos depois a Consolidação Ribas. A extensão do Regulamento 737 ao processo civil somente ocorreu em 1890, por obra do primeiro governo republicano. Após a Constituição Republicana de 1891, foi adotada no Brasil a dualidade de Justiças, criando-se a concorrência de competências da União e dos Estados membros para legislar sobre processo civil. Com a Constituição de 1934, restabeleceu-se a competência exclusiva da União para legislar sobre processo civil, sistema em vigor até hoje, tendo sido editado em 1939 o nosso primeiro Código de Processo Civil.

2.2 – Os século XX e o início do século XXI.

A partir de meados do século XX, o sistema processual brasileiro recebeu profunda influência da Itália e da Alemanha, primeiro, e depois de outros países europeus, consolidando-



se em sua filiação ao direito romano-germânico, mas também, em alguns aspectos, buscando inspiração nos ordenamentos anglo-saxões.

2.2.1 – As influências italiana e alemã na doutrina. Foi sobretudo com a chegada e estadia em São Paulo do processualista italiano Enrico Tullio Liebman, durante a II Guerra Mundial, que a doutrina processual brasileira absorveu e elaborou as modernas conquistas do direito processual civil da Itália e da Alemanha. Começava no Brasil a fase científica do direito processual, em que se construíram os grandes institutos processuais e seus conceitos fundamentais. Autores como Chiovenda, Redenti, Carnelutti, Calamandrei e o próprio Liebman, ao lado de processualistas alemães como Von Bülow, Schwartz, Hellwig, Rosenberg, deixaram sua marca indelével na ciência processual brasileira.

2.2.2 – A influência italiana no Código de Processo Civil de 1973. O Código de Processo Civil de 1973, que substituiu o superado Código de 1939, foi obra de Alfredo Buzaid, discípulo direto de Liebman, trazendo em seu bojo as categorias fundamentais traçadas pela ciência processual italiana: processo de conhecimento, de execução e cautelar; pressupostos processuais, condições da ação e mérito; intervenção de terceiros e litisconsórcio; sentença e coisa julgada e muitos outros institutos foram moldados sobre os ensinamentos da doutrina italiana. O Código de 1973 continua em vigor, mas a partir dos anos 90 muitas alterações legislativas introduziram importantes modificações, buscando a efetividade do processo.

2.2.3 – A influência anglo-saxônica. Mas, como visto, o sistema processual brasileiro também se abriu à influência do sistema de common law.

2.2.3.1 – Os writs. A partir da Primeira República (1889), o ordenamento constitucional brasileiro incorporou instrumentos processuais de defesa das liberdades, de



alguma maneira correspondendo aos writs do sistema anglo-saxão, embora tenham recebido tratamento próprio. Os tradicionais Habeas corpus (protegendo a liberdade de locomoção) e, um pouco mais tarde, o Mandado de segurança (para a defesa de direitos diversos da liberdade de locomoção) e, mais tarde, com a Constituição de 1988, novos instrumentos constitucionais-processuais, como o Habeas Data (tutelando a intimidade contra dados informatizados) e o Mandado de Injunção (para suprir a falta de legislação a respeito de direitos fundamentais), vieram construir no sistema processual brasileiro um aparato rápido e eficaz de tutela das liberdades.

2.2.3.2 – Small claims. A lei federal n. 7.244, de 1984, instituiu no Brasil os chamados “Juizados Especiais de Pequenas Causas”, com um conjunto de inovações que aplicavam uma nova estratégia no tratamento de conflitos de interesse de pequena monta, buscando a desformalização e a celeridade do processo. Simplicidade, oralidade, economia processual e gratuidade foram os critérios adotados pela lei, que insistiu na conciliação, como mola-mestra do sistema. Após a Constituição de 1988, que se referiu aos small claims como a “causas cíveis de menor complexidade”, a Lei n. 9.099, de 1995, veio substituir os antigos Juizados de Pequenas Causas pelos “Juizados Especiais Cíveis e Criminais”, ampliando sua competência no campo civil. Não há dúvida de que a matriz dos Juizados é constituída pelos small claims do sistema anglo-saxão, tendo a conciliação se inspirado no sistema japonês.

2.2.3.3. Class Actions. Inspirando-se na regra n. 23 das Federal Rules of Civil Procedure norte-americanas de 1966, o Brasil foi pioneiro, nos ordenamentos de civil law, em criar um microsistema de processos coletivos, para a defesa de interesses ou direitos transindividuais (“difusos” e “coletivos”): primeiro, com a lei n. 7.347, de 1985, que tutelava os referidos interesses ou direitos, em sua dimensão de indivisibilidade, no plano do ambiente e do consumidor; depois, com o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 1990), que aperfeiçoou as disposições da lei, estendendo-a a todas as matérias e ampliando sua abrangência pela introdução da categoria dos interesses ou direitos “individuais homogêneos”,



correspondendo às class actions for damages (ou mass tort cases) do inciso b.3 da regra n.23 das Federal Rules. Mas há diferenças importantes entre a defesa desses direitos no Brasil, em comparação com o sistema norte-americano. A “adequacy of representation” é fixada mediante requisitos objetivos, de natureza legal; foi abandonado o critério do opt in e do opt out próprio do common law, obedecendo a coisa julgada erga omnes ao critério denominado secundum eventum litis (ou seja, a coisa julgada atinge a todos, mas somente para beneficiar e não para prejudicar as pretensões individuais). Outras novidades do sistema brasileiro são a legitimação ativa, que não se estende à pessoa física; o controle do Ministério Público, quando não for autor da demanda; os poderes do juiz, menos amplos do que os do juiz norte-americano; a simplificação do regime das notificações (em face da inexistência do opt out); o regime da conexão e da continência entre ações coletivas e estas em comparação com as demandas individuais. Trata-se, enfim, de um microsistema que, embora inspirado nas class actions, soube encontrar soluções próprias, mais adequadas a um ordenamento de civil law e às peculiaridades do país.

2.2.3.4 – Injunctions. Outra influência do sistema processual de common law sobre o brasileiro é constituído por técnica parecida à das injunctions norte-americanas. Desde a criação, com a República, de writs como o Habeas corpus e o Mandado de segurança (supra, n. 2.2.3.1), o Brasil conheceu provimentos jurisdicionais consistentes em ordens do juiz. Mas faltava uma disposição genérica que previsse a emanção de ordens (mandamentos) fora das hipóteses de tutela das liberdades. Surgiu assim, em 1994, uma alteração do Código de Processo Civil (tendo como antecedente dispositivos no microsistema brasileiro de processos coletivos: supra, n. 2.2.3.3), para as obrigações de fazer e não fazer, que prevê a execução específica (e não a reparação pecuniária). O juiz determina o cumprimento da obrigação em espécie, sob pena de multas diárias (as astreintes do sistema francês) ou mediante providências concretas capazes de levar a um resultado prático equivalente ao do cumprimento da obrigação (como a busca e apreensão, o desfazimento de obras ou o impedimento da atividade nociva). Das obrigações de fazer e não fazer (art. 461 do Código), a tutela específica passou



para a obrigação de entrega de coisa certa (art. 461-A), que segue o mesmo regime. A inovação foi tão importante, que reforçou, no sistema brasileiro, o entendimento de que, ao lado da sentença condenatória pura – que demandava um processo de execução – surgiu a categoria da sentença condenatória mandamental, em que o cumprimento da sentença se faz no próprio processo de conhecimento, pelo cumprimento das ordens do juiz. E a expressão provimento mandamental foi introduzida no próprio Código de Processo Civil, cujo art. 14, modificado, se refere a seu descumprimento como “ato atentatório ao exercício da jurisdição”, passível de sanções (ver número seguinte, contempt of court).

Mas, muito embora as raízes da sentença mandamental do sistema brasileiro estejam nas injunctions próprias do common law, não se deve desprezar, em sua gênese e evolução, a experiência italiana (com a ação inibitória, própria das obrigações de não fazer) e a francesa (com a adoção, alternativa, do regime das astreintes). Mais uma vez o sistema processual brasileiro inspirou-se nos de outros países, dando à questão solução original e própria.

2.2.3.5 – Contempt of court. A partir do Código de Processo Civil de 1973, muito preocupado com os princípios éticos e o abuso do processo, o sistema processual civil brasileiro conheceu diversos dispositivos punindo a litigância de má-fé e o descumprimento de decisões judiciais. Mas a concepção do contempt of court, associado à idéia de que é inerente à própria existência do Poder Judiciário a utilização de meios capazes de tornar eficazes as decisões emanadas, só ingressou no Código de Processo Civil com a modificação da redação do art. 14, por uma lei de 2001. O contempt of court, entendido como a prática de qualquer ato que tenda a ofender um tribunal na administração da justiça ou a diminuir sua autoridade ou dignidade, inclusive mediante a desobediência a uma ordem, tem contornos próprios no sistema brasileiro. Na redação do inc. V do art. 14, são deveres das partes e de todos aqueles que participam do processo, entre outros, cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação dos provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. A sanção para a infringência desse dever está prevista no parágrafo único, que ressalva a atuação dos advogados, sujeitos exclusivamente ao estatuto da Ordem



dos Advogados do Brasil, sendo a penalidade de natureza exclusivamente pecuniária, mas sem prejuízo das sanções penais e processuais cabíveis.

2.2.3.6. ADR. No passado, a mediação e a conciliação tiveram no Brasil um papel muito saliente. A Constituição Imperial de 1824 dispunha expressamente que nenhuma demanda poderá ser ajuizada sem se demonstrar que se tentou previamente a conciliação. A lei ordinária apenas excepcionava os casos de urgência, nos quais a conciliação podia ser tentada posteriormente às providências iniciais necessárias. Para promover a conciliação, o sistema jurídico previa a figura de Juiz de Paz.

Com o tempo, porém, o papel do Juiz de Paz foi perdendo importância, estando hoje reduzido apenas à realização de casamentos. A Constituição permite que a legislação ordinária a ele atribua também funções conciliatórias, mas até hoje não se cuidou de adotar essa providência. Alguns Estados criaram a figura de Juiz Leigo, que tem, além da atribuição de auxiliar o Juiz togado na condução dos processos, também funções conciliatórias.

Uma organização melhor da mediação e da conciliação somente teve início com a aprovação da Lei dos Juizados de Pequenas Causas, em 1984. Hoje, com base nos dispositivos do Código de Processo Civil, que permitem a conciliação e a mediação, alguns Estados, como o de São Paulo, têm procurado utilizar mais intensamente os meios alternativos de solução de conflitos.

Está, presentemente, no Congresso Nacional um projeto de lei que procura disciplinar de modo mais abrangente a mediação e a conciliação paraprocessuais..

2.2.4 – A influência japonesa: a conciliação. O modelo japonês de conciliação, que conta com a participação de pessoas da comunidade, promovida portanto por pessoa que não irá julgar a causa, foi uma das importantes inspirações quando da concepção dos Juizados Especiais de Pequenas Causas (atualmente, Juizados Especiais Cíveis para causas de menor complexidade).



É verdade que tivemos, em nossa história, desde a Constituição Imperial de 1824, como já ficou salientado, o modelo de mediação/conciliação promovida por pessoa dedicada exclusivamente a essa tarefa, sem a atribuição de julgar a causa, que foi o nosso antigo Juiz de Paz. Mas, o modelo de participação comunitária é o do direito japonês, que inspirou também a criação dos Juizados Informais de Conciliação, que têm a função exclusiva de promover a solução amigável dos conflitos de interesses. De se lembrarem também as medidas consensuais adotadas pelo Poder Judiciário brasileiro, em várias unidades da nossa Federação, como o Estado de São Paulo, para o adequado tratamento dos conflitos de interesses.

2.3 – Influências atuais.

Ainda a cavaleiro dos séculos XX e XXI, prosseguindo neste, continua a influência do direito processual civil estrangeiro no sistema brasileiro.

2.3.1 – A arbitragem. Em 1996, pela Lei n. 9.307, o Brasil alinhou-se aos ordenamentos modernos dando nova roupagem ao instituto da arbitragem, muito mal estruturado no Código de Processo Civil de 1973. Basta dizer que a cláusula arbitral não instaurava a arbitragem, a qual exigia a assinatura posterior do compromisso arbitral. Essa situação, que permaneceu até a promulgação da lei de 1996, levou à falta de utilização do instituto e à total ausência de tradição do Brasil nessa matéria.

A nova lei buscou subsídios especialmente na legislação espanhola (de 1988) e na Lei-Modelo sobre a Arbitragem Comercial da UNCITRAL, sem esquecer as disposições das Convenções de Nova York (1958) e do Panamá (1975), valendo apontar que a primeira não foi assinada pelo Brasil e a segunda entrou em vigor no país apenas no primeiro semestre de 1996.



Mas também com relação à arbitragem, a disciplina brasileira distancia-se em alguns pontos da adotada em outros países: não se aboliu diferença entre cláusula e compromisso, como fez a Espanha, prevendo-se a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário quando as partes, diante de cláusula compromissória vaga ou vazia, não conseguirem instaurar o juízo arbitral; a condução de testemunhas recalcitrantes é feita sob o controle do Poder Judiciário; disciplina-se a cooperação do juiz togado com o árbitro em caso de necessidade de tutela cautelar ou antecipatória. Apesar da dispensa de homologação judicial do laudo, criou-se mecanismo ágil de impugnação da decisão arbitral, no tocante apenas à legalidade (e não ao mérito), mediante ação própria, mantendo-se ainda a possibilidade de ataque da sentença arbitral condenatória na execução, por impugnação do devedor.

2.3.2 – Ação monitória. O Código de Processo Civil não contemplava o instituto da ação monitória, talvez por força do grande número de títulos executivos extrajudiciais previstos no sistema. Por influência de diversos ordenamentos, e sobretudo do italiano, a ação monitória, exclusivamente documental (como o é na Itália) foi introduzida no Código pelos arts. 1.102-a, 1.102-b e 1.102-c.

2.3.3 - Efeito meramente devolutivo da apelação e execução provisória. O sistema do Código de Processo Civil de 1973 desprestigiava a sentença de primeiro grau. A apelação da sentença era recebida sempre em seu duplo efeito – devolutivo e suspensivo – e a execução provisória da sentença sujeita a recurso podia chegar exclusivamente à penhora dos bens do devedor, constituindo-se na verdade em mera providência cautelar.

Ainda em 1973, pela Lei n. 5.920, a apelação passou a ser recebida sem efeito suspensivo em diversas hipóteses, expressamente previstas. Mas a grande novidade veio só em 2.002, pela Lei n. 10.444, inspirada nos sistemas alemão e espanhol, que, alterando o art. 588 do Código, permitiu que a execução provisória, na pendência da apelação recebida sem efeito



suspensivo, conduzisse à alienação dos bens, mediante caução (que pode ser dispensada em caso de créditos de natureza alimentar).

2.3.4 – Tutela antecipatória. Sob influência do référé francês e acompanhando a doutrina italiana, que distinguiu tutela cautelar de tutela antecipatória, a Lei n. 8.952. de 1994, introduziu no Código de Processo Civil o instituto da antecipação de tutela, distinguindo-a completamente da tutela cautelar. Segundo o art. 273 do Código, é possível antecipar, parcial ou totalmente, os efeitos da futura sentença de mérito, observados determinados requisitos.

2.3.5 – A estabilização da tutela antecipada. No ordenamento brasileiro, entretanto, a concessão da antecipação de tutela é sempre provisória e incidental ao processo de conhecimento.

A doutrina brasileira, inspirando-se na italiana, percebeu que os provimentos antecipatórios são, substancialmente, provimentos monitorios. Daí veio a conclusão de que, uma vez concedida a tutela antecipada, o demandado, devidamente informado, pode se conformar com a concessão, não havendo porque se prosseguir no processo para atingir a sentença de mérito e a coisa julgada, que podem não interessar às partes.

Inspirando-se nas recentes modificações do processo civil italiano, que prevêm a estabilização da tutela antecipatória, independente do processo de conhecimento, o Instituto Brasileiro de Direito Processual apresentou, em 2.005, um Projeto de Lei nesse sentido, que está tramitando no Senado Federal.

2.3.6 – Súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal. A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, introduziu no sistema constitucional brasileiro a súmula vinculante, nos seguintes termos:



"Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."



Assim, a nova súmula – exclusiva do Supremo Tribunal Federal - vincula diretamente os órgãos judiciais e os órgãos da Administração Pública, abrindo a possibilidade de que qualquer interessado faça valer a orientação do Supremo, não mediante interposição de recurso, mas de apresentação de uma reclamação por descumprimento de decisão judicial (CF, art. 103-A).

A súmula vinculante decorre de decisões tomadas em casos concretos. Em regra, elas serão formuladas a partir das questões processuais de massa ou homogêneas, envolvendo matérias previdenciárias, administrativas, tributárias ou até mesmo processuais, suscetíveis de uniformização e padronização.

A possibilidade de revisão ou cancelamento de súmula é de extrema relevância quando se tem em vista que é da natureza da própria sociedade e do direito estar em processo de evolução contínua. Nesse sentido, faz-se imprescindível a possibilidade de alteração das súmulas vinculantes, evitando a cristalização da jurisprudência.

Mas cabe observar, sobretudo, que a evolução da função das súmulas – das impeditivas de recurso à vinculante – teve o condão de transformar a jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, de mera modalidade de interpretação, em fonte de direito, sendo que a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal assume conotação de ato legislativo.

Assemelhada ao *stare decisis* do sistema de *common law*, a técnica brasileira, porém, não obriga a tribunal a observar o precedente, mas impede novos julgamentos.

2.3.7 – O controle jurisdicional de políticas públicas. A partir da *judicial review* dos Estados Unidos da América, os tribunais brasileiros exercem o controle da constitucionalidade das leis (seja pelo controle difuso, seja pelo concentrado, este por intermédio das ações diretas de constitucionalidade de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal), bem como o controle dos atos administrativos. No início este último controle limitava-se ao controle da legalidade o qual, no entanto, compreendia o exame do desvio de poder (o *détournement de pouvoir* do direito administrativo francês), permitindo o exame da motivação e da finalidade do ato administrativo. A partir da Constituição de 1988, no entanto, a tendência generalizada dos



tribunais brasileiros, seguindo a posição do Supremo Tribunal Federal, é no sentido favorável ao controle jurisdicional do mérito do ato administrativo (conveniência e oportunidade), quando se trata de implementar políticas públicas em face da inércia da Administração ou de corrigi-las, quando equivocadas. O parâmetro para a intervenção do judiciário está na Constituição, que assegura os direitos sociais (direitos prestacionais pelo Estado) e sua efetividade. As políticas públicas são constituídas, assim, por leis, atuações administrativas e decisões judiciais, envolvendo todos os Poderes (rectius, todas as funções do Estado), para o atingimento dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º da Constituição Federal) e a fruição dos direitos sociais (art. 6º).

2.3.7.1 – As técnicas processuais e os limites no controle jurisdicional de políticas públicas – Convém, a essa altura, informar mais detidamente a respeito da posição atual da doutrina e da jurisprudência brasileiras sobre as técnicas processuais e os limites no controle jurisdicional de políticas públicas. Para tanto o Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais –Cebepej (de que são Presidente Kazuo Watanabe e Vice-Presidente Ada Pellegrini Grinover) coordenou uma pesquisa sobre o tema, que culminou num seminário, realizado a 14 e 15 de abril de 2010, com apoio do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. A plenária do Seminário aprovou as seguintes conclusões, que ilustram o atual estágio da matéria no Brasil:

1 – O controle jurisdicional de políticas públicas relacionadas aos direitos sociais constitucionalmente assegurados, para sua implementação ou correção, encontra pressupostos ou limites na observância do mínimo existencial, do princípio da razoabilidade e da reserva do possível;

2 – O mínimo existencial corresponde ao núcleo duro dos direitos sociais garantidos pela Constituição, e consiste no mínimo indispensável à dignidade



humana, autorizando a imediata judicialização dos direitos, independentemente da existência de lei ou de atuação administrativa;

3 – O princípio da razoabilidade indica a razoabilidade da pretensão coletiva ou individual e, em contrapartida, a desarrazoabilidade da lei, de sua interpretação ou da atuação administrativa;

4 –A reserva do possível indica tanto a existência de disponibilidade orçamentária-financeira, como a necessidade de planejamento necessário à execução da política pública a ser implementada;

5 – Não haverá necessidade de observar a reserva do possível quando se tratar de casos de urgência ou do mínimo existencial;

6 – Observados os pressupostos ou limites supra referidos, o Poder Judiciário pode intervir para implementar ou corrigir a política pública, sem afronta ao princípio da separação dos Poderes, tal qual se apresenta no Estado Democrático de Direito (rectius, separação de funções);

7 – Para tanto, o Judiciário pode ser provocado por intermédio de todos os meios previstos no ordenamento jurídico, em especial por meio das ações constitucionais, como o Mandado de Injunção, a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental;



8 – No plano da jurisdição ordinária, ações coletivas ou mesmo individuais podem ser ajuizadas, tendendo na maioria das vezes a obrigações de fazer, como a de implementar ou corrigir determinada política pública, de incluir no orçamento futuro a verba necessária e de aplicar efetivamente a verba para a implementação ou correção da política pública, devendo o juiz acompanhar a execução, inclusive mediante sub-rogação de pessoas;

9 – Para a tomada de decisões e sua execução, o processo deve obedecer a um novo modelo de cognição, sendo necessário que o juiz dialogue com a administração pública para colher informações sobre a política pública já existente ou a ser implementada e examinar o orçamento, devendo também ampliar-se o contraditório, inclusive por intermédio de audiências públicas e da intervenção de amici curiae, tudo de modo a que o juiz decida corretamente e de maneira exequível, com motivação rigorosa;

10 – Para a implementação dessas conclusões, é necessário pensar num novo modelo de processo e num novo modelo de gestão do Judiciário, que permita inclusive a reunião de processos, em primeira e segunda instância, sempre que possam onerar o mesmo orçamento;

11 – O CEBEPEJ constituirá grupo de trabalho para formular propostas que atendam à conclusão n. 10.

São Paulo, 3 de maio de 2010

Kazuo Watanabe – Presidente



3 - Inexistência de influência do Código Modelo de Processo Civil para Ibero-América no sistema processual brasileiro. Quando o Código Modelo de Processo Civil para Ibero-América foi aprovado o Brasil possuía um Código de Processo Civil, que entrou em vigor em 1973, considerado um verdadeiro monumento legislativo.. Talvez por isso, os processualistas pátrios não se mostraram sensíveis aos princípios estabelecidos no Código Modelo, (como, por exemplo, o desenvolvimento do procedimento oral por audiências) mantendo-se fieis a seu sistema.

Somente mais tarde, o sistema do Código brasileiro começou a sofrer críticas, devidas sobretudo à falta de preocupação da legislação com a efetividade do processo e com um processo de resultados. A crise do Judiciário agravou as críticas, sendo que as reformas legislativas que se sucederam, a partir da década de '90, objetivaram sobretudo levar à maior celeridade do processo, utilizando-se a técnica a serviço dos escopos social (pacificação com justiça) e político (participação no processo e pelo processo) da jurisdição. Houve, sim, mudanças estruturais nas diversas leis que se sucederam a partir dos anos '90 – quase todas propostas pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual - como, por exemplo, a que reuniu a fase de cognição com a de execução, num processo único e sincrético, bem como as que introduziram a condenação à obrigação de fazer ou não fazer e a antecipação de tutela, de que já se falou. Mas nada disto veio por influência do Código Modelo.

Uma menção à parte merece, neste relatório, o tratamento da oralidade – pedra de toque do Código Modelo – no Brasil. É o que se passa a verificar.

4. Procedimento escrito, oral e misto



Os procedimentos do passado, assim como os atuais, demonstram que pode o procedimento seguir exclusivamente a forma oral, apenas a escrita, ou ambas em combinação. Quando se exige que as alegações ou provas orais sejam conservadas por escrito, fala-se no princípio da *documentação*.

Na história do processo civil, exclusivamente oral era, entre os romanos, o procedimento no período das ações da lei. A oralidade perdurou no período clássico, mas já então a fórmula se revestia de forma escrita. Na *extraordinaria cognitio* o procedimento transformou-se em escrito no tocante a vários atos, permanecendo os debates orais. Inteiramente oral era o procedimento entre os germanos invasores, o que veio a influir no do povo conquistado. Predominou, assim, por longo tempo, a palavra falada, permanecendo a escrita apenas como documentação.

Mas o direito canônico reagiu contra o sistema e no direito comum generalizou-se o procedimento escrito. A mesma tendência nota-se no procedimento reinol português, assim como no Regulamento 737 e na maioria dos códigos brasileiros estaduais.

Na França, porém, o Código de Processo Napoleônico acentuou o traço oral do procedimento, que não fora jamais abandonado; a influência fez-se sentir na Alemanha, como consequência da invasão napoleônica, espalhando-se para outros países da Europa, como a Itália, e daí para o Brasil.

No Brasil, o Código de Processo Civil unitário de 1939 proclamou solenemente, na Exposição de Motivos, a adoção do procedimento oral. Mas é forçoso reconhecer que hoje é raro o procedimento oral em sua forma pura. O que se adota é o procedimento misto, na combinação dos dois procedimentos: a palavra escrita pode ter até mesmo acentuada predominância quantitativa, mas a seu lado permanece a falada, como meio de expressão de atos relevantes para a formação do convencimento do juiz.

Mais do que a verdadeira oralidade, em seu sentido primitivo, a oralidade hoje representa um complexo de idéias e de caracteres que se traduzem em vários princípios distintos, ainda que intimamente ligados entre si, dando ao procedimento oral seu aspecto



particular: os princípios da *concentração*, da *imediação* ou imediatidade, da *identidade física do juiz*, da *irrecorribilidade das interlocutórias*.

O princípio da *imediação* exige o contato direto do juiz com as partes e as provas, a fim de que receba, sem intermediários, o material de que se servirá para julgar (a imediação não está necessariamente ligada à oralidade, mas historicamente os dois princípios sempre andaram consideravelmente juntos). Como corolário indispensável da imediação, segue-se o princípio da *identidade física do juiz*: o magistrado deve ser o mesmo, do começo ao fim da instrução oral, salvo casos excepcionais, para que o julgamento não seja feito por um juiz que não teve contato direto com os atos processuais. A aplicação dos princípios mencionados completa-se com o da *concentração* da causa em um período breve, reduzindo-se a uma única ou poucas audiências, em curtos intervalos. E, enfim, para concretizar a oralidade e a concentração, faz-se necessária a *irrecorribilidade das interlocutórias*, ou seja, das decisões proferidas no curso do processo, sem determinar-lhe a extinção.

No sistema brasileiro, entretanto, os princípios supra foram sofrendo inúmeras restrições. O foro brasileiro não se adaptou de todo ao sistema oral: a princípio, os memoriais escritos; depois, a complacência de alguns juízes, deixando que as inquirições se fizessem sem sua efetiva intervenção. Certos princípios, dados por infalíveis, não tiveram fortuna na prática: assim, a identidade física do juiz, a relativa irrecorribilidade das interlocutórias, a imprescindibilidade da audiência e debates orais. O insucesso da experiência, no campo do processo civil, redundou na revisão da posição adotada pelo legislador de 1939, por parte do Código de 1973, que atenuou sobremaneira o princípio da oralidade (arts. 132, 330 e 522).

4.1 – A oralidade e a escrita no Brasil

4.1.2 – Procedimentos comuns. Nos procedimentos comuns do Código de Processo Civil vigente, acompanhados pela maioria dos procedimentos especiais, embora se fale em procedimento misto, a palavra escrita predomina sobre a falada. Reserva-se à oralidade a



audiência de produção de provas, em relação às declarações das partes e à colheita da prova testemunhal. Embora se possam requerer esclarecimentos do perito em audiência, na prática a parte interessada costuma impugnar o laudo (anterior à audiência) por escrito, sustentado a posição de seu assistente técnico ou apresentando quesitos suplementares, igualmente respondidos por escrito.

A concentração não é observada no procedimento comum, sendo frequente a ocorrência de diversas audiências, a intervalos respeitáveis, para se concluir a colheita oral das provas.

É preservada a identidade física do juiz e existe imediação na colheita das provas orais, mas não se observa a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, para cuja impugnação o sistema prevê o recurso denominado “agravo”: este pode ser *retido*, sendo conhecido e julgado antes da eventual apelação, ou *por instrumento*, em que o traslado das peças processuais indicadas pelas partes sobe ao imediato conhecimento do tribunal, nos casos em que a decisão interlocutória impugnada pode provocar dano irreparável ou de difícil reparação à parte. Neste caso, o agravo tem efeito suspensivo.

O princípio da imediação é absolutamente inobservado em segunda instância, em que o julgamento do tribunal se baseia exclusivamente no exame dos autos, sendo oral e pública apenas a sessão do julgamento. Nos Tribunais competentes para os recursos extraordinários (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal) as questões examinadas só podem se circunscrever à matéria de direito.

4.1.3 – A oralidade no processo do trabalho. O processo do trabalho, criado em maio de 1943, por intermédio da “Consolidação das Leis do Trabalho” (ainda em vigor), inovou profundamente em relação ao Código de Processo Civil de 1939, rompendo com determinados esquemas processuais, inadequados para a solução de controvérsias trabalhistas. Correspondendo às exigências específicas dos trabalhadores, o certo é que o processo do trabalho abriu caminho para um processo mais simples, acessível, rápido, econômico e



permeado de verdadeira oralidade. O procedimento desenvolve-se exclusivamente por audiências.

Mas nesse campo também, mais uma vez, a sobrecarga de trabalho atua nos tempos atuais em prejuízo da celeridade e da concentração, tanto assim que em janeiro de 2000 foi instituído o procedimento sumaríssimo na Justiça do Trabalho, além de se criarem as Comissões de Conciliação prévia.

4.1.4 – A oralidade no procedimento das pequenas causas. a Lei 9099/95, obedecendo ao comando constitucional, criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. A competência cível dos Juizados é estabelecida para conciliação, processo, julgamento e execução das denominadas causas de menor complexidade, assim entendidas aquelas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo – que é hoje fixado em aproximadamente US\$300,- ou, mesmo que excedido este valor, por matérias expressamente previstas em lei.

O procedimento das chamadas “pequenas causas” obedece aos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível a conciliação ou a transação. O espírito da lei exige que a palavra escrita seja reduzida ao mínimo, havendo alguns juízes, mais embuídos desse espírito, que conseguem julgar praticamente sem a existência de autos. Mas a competência cível dos Juizados, demasiado ampla – embora o acesso a eles seja facultativo, podendo a parte preferir as vias ordinárias – tem ocasionado, na prática, a sobrecarga de trabalho, com a consequência de se perdere o critério de celeridade e, em relação à oralidade, o princípio da concentração. A imediação tampouco é observada em grau recursal, muito embora os recursos não sejam julgados pelos Tribunais de segunda instância, mas sim por turmas de juízes de primeiro grau.

4.1.5 – A nova oralidade: o processo eletrônico. Fala-se hoje numa nova oralidade processual, em que os titulares da relação jurídica processual e todos que participam do processo estão em constante contato, por intermédio dos instrumentos informatizados.



Trata-se do denominado “processo eletrônico”, que já se encontra em pleno desenvolvimento no Brasil. Tomamos emprestadas de Petrônio Calmon Filho as palavras seguintes:

“O século XX foi o século da tecnologia, mas o século XXI está sendo o século da transformação cultural, como conseqüência dos avanços tecnológicos do século anterior. Em outras palavras, a sociedade científica mundial já considera corriqueiro o constante surgimento de novas tecnológicas, não se surpreendendo mais com novidades. O que importa nesse momento científico é analisar, prever e se preparar para as alterações que esse contínuo progresso está provocando no modo de viver das pessoas. Embora o computador elétrico tivesse sido inventado desde 1942, é a universalização da internet que nos proporciona, hoje, essa proclamada mudança cultural.

A análise da mudança na comunicação em geral é importante e indispensável para o estudo do processo judicial eletrônico, em especial para a revalorização do denominado princípio da oralidade. O processo judicial é realizado mediante a prática e a comunicação de atos. Processo eletrônico é aquele em que os atos judiciais (do juiz, dos servidores e das partes) e a sua comunicação são praticados por meios eletrônicos. Quando se analisa o princípio (ou o modelo) da oralidade, analisam-se as formas de comunicação oral e escrita. Resta, então, verificar se no processo eletrônico prevalece uma dessas duas formas, realiza-se uma forma mista, ou se trata verdadeiramente de um novo meio de agir e de se comunicar. Afinal, os atos do processo eletrônico são orais ou escritos? Ou se trata de um *tertium genus*?

Essa indagação é mais fácil de ser respondida se olharmos para o estágio científico do passado. Quando CHIOVENDA tratou da oralidade, sequer a máquina de escrever manual era um instrumento universal e sua utilização passava muito longe do processo judicial. Ainda não se imaginava a possibilidade de se registrar a voz em um gravador, instrumento inventado somente na década em que o mestre italiano faleceu. Discutir oralidade e escrita quando não existiam máquina de escrever nem gravador de áudio é completamente diferente de discutir esses meios de comunicação em um mundo informatizado. Já há algum tempo, tanto o meio magnético quanto o disco de acrílico lido com laser também registram as imagens. De menos



tempo para cá, tanto som quanto imagem ocupam pouquíssimo espaço físico nos meios de registro dos computadores, o que vem proporcionando outra enorme revolução tecnológica e, para o que nos interessa, uma também enorme revolução cultural. É que podendo ser armazenadas em pouco espaço físico tanto a voz quanto a imagem, torna-se possível pensar na substituição integral do papel como meio de registro de pensamentos e expressões de todo tipo. Afinal, tudo o que tradicionalmente só se podia registrar em um meio vulnerável e perecível, atualmente se registra em meios eletrônicos com muito mais facilidade, e com vantagem porque esses meios são muito mais seguros e duráveis e porque o computador tem capacidade para localizar um determinado registro eletrônico em fração de segundos.

Com a gravação do som (e depois da imagem) e com os meios modernos de gravação, a linguagem oral (informatizada) torna a ser a espécie mais eficiente de linguagem, sendo relevante retornar aos estudos da oralidade no processo judicial, pois sua única deficiência foi definitivamente superada. Quer dizer: a linguagem oral não é mais perdida no tempo e pode ser muito melhor registrada do que a linguagem escrita. Essa, por seu turno, está perdendo totalmente sua importância milenar. Hoje em dia o registro escrito em papel é totalmente desvalorizado, dentre outros motivos porque o papel toma muito espaço, é frágil em sua conservação e sua produção é antiecológica. Com as tecnologias atuais, a fala e a escrita se aproximaram, pois ambas são registradas e armazenadas em computador, em meio magnético e ótico.

A linguagem escrita na informática também perde sua principal deficiência. A escrita pela informática é tão ágil quanto a fala. Enquanto alguém escreve uma linha em Cingapura, o receptor da mensagem que estiver em Honolulu não somente já estará lendo seu conteúdo, como poderá redigir imediatamente a resposta. É o que se chama de verdadeiro tempo real, fator em que se ressalta a moderníssima técnica da holografia, que simula a presença de alguém que pode estar muito distante.

Nesse panorama de modernidade e de profunda mudança cultural, surge o processo eletrônico no Brasil como um meio de prática e de comunicação dos atos processuais,



conforme afirmam o parágrafo único do art. 154 do Código de Processo Civil e a nova Lei 11.419, de 2006.

Essa lei cria o processo judicial completamente sem papel, em que as partes e seus advogados, juízes e todos os demais sujeitos do processo enviam suas petições e documentos em formato digital, de qualquer computador, em qualquer lugar onde estejam. Da mesma forma, as sentenças e demais atos judiciais e dos auxiliares da justiça são elaborados em formato eletrônico e comunicados às partes por meio da rede mundial de computadores (internet). As audiências são gravadas em áudio e vídeo e não são transcritas. Para o julgamento dos recursos, os juízes do órgão recursal deverão assistir aos atos diretamente em seu computador, valendo-se, é claro, dos modernos instrumentos de pesquisas, que lhes facilitam encontrar em fração de segundos o trecho de um depoimento porventura mencionado por uma das partes em seu recurso ou resposta.

Como seria de esperar, autorizando o processo eletrônico, a lei também cria normas para a segurança das informações transmitidas e recebidas, prevendo a implantação gradual do processo eletrônico, conforme sejam adquiridos os equipamentos e criados os sistemas de informática pelos diversos tribunais do país. Em uma primeira etapa, o processo continua de papel, mas a comunicação dos atos se dá por meio eletrônico. As partes enviam suas petições pela internet e consultam as decisões judiciais pelo mesmo meio. Mas já há no Brasil mais de 2% dos órgãos judiciais onde todas as etapas já foram implantadas e inexistem sequer uma folha de papel sendo usada no processo. O estado de Roraima já chegou à modernidade eletrônica na totalidade de seus processos.

A informatização do processo proporciona melhor qualidade nos elementos da oralidade. A imediação pode ser exercida ainda que uma testemunha esteja distante; a prova oral colhida em audiência pode ser revista pelo órgão recursal não mais como letras mortas de relatos inexatos; o público pode participar melhor das atividades jurisdicionais; o tempo do processo diminuirá, proporcionando mais qualidade às decisões; e muitas outras vantagens serão trazidas para o processo.



Torna-se relevante analisar a informatização do processo nos recursos ordinários, em que a prova pode ser reapreciada. Sempre se criticou o fato de os tribunais de apelação possuírem amplos poderes para rever a prova, especialmente a testemunhal. Tanto assim é que em alguns ordenamentos, como na Província de Santa Fé, na Argentina, o recurso em matéria de fato é completamente vedado. Mas o processo eletrônico pode inverter completamente a lógica do pensamento até então reinante nos debates sobre esse tema, pois com o registro das audiências em áudio e vídeo o tribunal de apelação poderá rever a prova com muito mais realismo do que o faz quando apenas lê os relatos. Vale ressaltar como exemplo, que no Estado do Mato Grosso (Brasil) todas as audiências já são inteiramente gravadas em áudio e vídeo e que nenhum registro escrito é feito dos depoimentos.”

4.1.6 – Conclusões sobre o procedimento oral, escrito e misto. Continua Petrônio Calmon Filho: “O certo é que persistem hoje, no Brasil, tanto a oralidade quanto a escritura e os dois meios de comunicação são utilizados, cada um prestando a sua colaboração ao direito processual. O século XX, porém, outorgou à humanidade novas tecnologias que nos fazem pensar se ainda há sentido em considerar a clássica divisão da comunicação entre oral e escrita. Ou, ao menos, fazem-nos constatar que há novos meios de comunicação e profundas são as alterações nas características dos meios tradicionais. A oralidade de hoje não se caracteriza mais como se caracterizava no início do século XX, momento em que os pais do direito processual escreveram seus conceitos dogmáticos. O mesmo, é evidente, acontece com a escritura. E o Brasil está atento à nova dimensão da escritura e da oralidade”.

5 - SEGUNDA PARTE: INFLUÊNCIA DO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO SOBRE OUTROS ORDENAMENTOS.



5.1 – Os processos coletivos.

O Brasil foi pioneiro, entre os países de matriz romano-germânica, na criação de um sistema de processos coletivos, para a defesa de interesses ou direitos transindividuais (que denominou difusos, coletivos e individuais homogêneos): E seu sistema teve e continua tendo profunda influência nos países da comunidade ibero-americana (América Latina, Portugal e Espanha).

Primeiro, o Código Modelo de Processo Civil para Ibero-América (obra do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual) recepcionou a idéia brasileira da tutela jurisdicional dos interesses difusos, com algumas modificações em relação à legitimação (que inclui qualquer interessado) e ao controle sobre a representatividade adequada (que no Brasil não é expresso). Com relação à coisa julgada, o regime brasileiro do julgado erga omnes foi igualmente adotado.

No Uruguai, o Código Geral de Processo de 1989 repetiu as regras do Código Modelo de Processo Civil.

Na Argentina, primeiro a jurisprudência e depois o Projeto de Código Civil e Comercial da Nação, de 1993, seguiram o Código Modelo Ibero-Americano, até que a Constituição de 1994 contemplou, no art. 43, os chamados “direitos de incidência coletiva”, para cuja tutela prevê o “amparo” e a legitimação ampla para o exercício de sua defesa. Mas a doutrina preconiza a introdução, no ordenamento, de ações específicas, à semelhança das existentes no modelo brasileiro. A jurisprudência, mesmo sem textos legais, tem avançado com criatividade para assegurar a tutela concreta dos direitos e interesses coletivos.

Em 1995, Portugal deu um passo à frente, com a Lei da Ação Popular, da qual também se extrai a defesa dos direitos individuais homogêneos.

A seguir, outros ordenamentos ibero-americanos introduziram, de alguma forma, a tutela dos interesses difusos e coletivos em seus sistemas. No Chile, foi ampliada a abrangência da ação popular, com regulamentação em várias leis especiais e no art. 2.333 do Código Civil. No Paraguai, a Constituição consagra o direito individual ou coletivo de reclamar da autoridade



pública a defesa do ambiente, da saúde pública, do consumidor e outros que por sua natureza pertençam à coletividade, mas não contempla expressamente instrumentos processuais para esse fim. No Peru, há alguma legislação esparsa e específica para a tutela de certos direitos coletivos, no campo das organizações sindicais e das associações dos consumidores. Na Venezuela, a nova Constituição prevê a possibilidade de qualquer pessoa entrar em juízo para a tutela de seus direitos ou interesses, inclusive coletivos ou difusos, mas não há lei específica que regule a matéria. A jurisprudência venezuelana reconhece legitimação para os mesmos fins ao Ministério Público, com base na legitimação geral que lhe confere a Constituição. Na Colômbia, a Constituição de 1991, no art. 88, atribuiu nível constitucional às ações populares e de grupo e autorizou o legislador a definir os casos de responsabilidade objetiva pelo dano causado a interesses e direitos coletivos. A lei 472 de 1998, que entrou em vigor a 5 de agosto de 1999, regulamentou o referido art. 88 da Constituição, definindo o regime das ações populares e de grupo. É importante ressaltar que a ação popular destina-se à tutela dos direitos difusos e as ações de grupo à defesa dos que se denominam no Brasil “interesses ou direitos individuais homogêneos”.

Na Espanha, a reforma processual civil de 2.000 contempla a defesa de interesses transindividuais mas, segundo parte da doutrina, de maneira incompleta e insuficiente.

5.2 – O Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América .

A idéia de um Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América surgiu em maio de 2.002, no VII Seminário Internacional do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, co-organizado por entidades italianas. Foi aprovada a proposta de se empreender um trabalho que levasse à elaboração de um Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, nos moldes dos já editados Códigos Modelo de Processo Civil e de Processo Penal. Ou seja, de um Código que pudesse servir não só como repositório de princípios, mas também como modelo concreto para inspirar as reformas, de modo a tornar mais homogênea a defesa dos interesses



e direitos transindividuais em países de cultura jurídica comum. O Código – como sua própria denominação diz – é apenas um modelo, a ser adaptado às peculiaridades locais, que serão levadas em consideração na atividade legislativa de cada país; mas deve ser, ao mesmo tempo, um modelo plenamente operativo.

Foram incumbidos da tarefa de preparar uma proposta os processualistas brasileiros Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi, que apresentaram o resultado de seu trabalho nas Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, de Montevideú, em outubro de 2002, onde a proposta se transformou em Anteprojeto..

A Comissão Revisora, integrada pelos brasileiros Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Antonio Gidi e Aluisio G. de Castro Mendes, além de vários especialistas de diversos países, contribuiu para o aperfeiçoamento do Anteprojeto, transformado em Projeto, amplamente discutido em reuniões internacionais do Instituto. Finalmente, o Código foi aprovado pela Assembléia Geral realizada em outubro de 2.004, durante as XIX Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, em Caracas.

O modelo do Código inspira-se, em primeiro lugar, naquilo que já existe nos países da comunidade ibero-americana, notadamente no Brasil, complementando, aperfeiçoando e harmonizando as regras existentes, de modo a chegar a uma proposta que possa ser útil para todos. É evidente no Código Modelo a influência do sistema brasileiro de processos coletivos, aplicado há mais de 20 anos, embora não se descure da sistemática norte-americana das class actions. Mas o Código distancia-se em alguns pontos dos dois modelos, para criar um sistema original, adequado à realidade existente nos diversos países ibero-americanos.

5.3 – A antecipação de tutela. Em 1994, quando o Brasil introduziu no Código de Processo Civil o instituto da antecipação de tutela, distinguindo-o da tutela cautelar (supra, n. 2.3.4), muitos países da América Latina não previam o instituto em seus ordenamentos e só a doutrina começava a estabelecer a distinção. Mas diversos tribunais estrangeiros começaram a deferir pedidos de tutela antecipada, ainda que a título de provimento cautelar. Emblemático é o caso



da Argentina, à época do Governo De La Rúa, quando os ativos em dólares imobilizados nos Bancos (o chamado crralito) foram liberados por ordens judiciárias.

6 – CONCLUSÃO.

Pode-se concluir afirmando que a recepção do direito processual civil estrangeiro sempre foi intensa no Brasil, o que é normal para um país do novo mundo. Mas, a partir dos anos 70 do século XX, não só a recepção se intensificou sobremaneira, como o sistema brasileiro começou a transmitir o seu direito a outros países. E isso fortalece a idéia de que, na sociedade contemporânea – que é a sociedade do conhecimento – o intercâmbio entre os diversos sistemas processuais tenderá a aumentar cada vez mais, levando a uma homogeneidade crescente, não só entre países pertencentes à mesma raiz, mas até entre famílias jurídicas diversas.

São Paulo, agosto de 2010

INFORME NACIONAL BRASILEÑO

Cuestionario general para los relatores nacionales

Ada Pellegrini Grinover - Brasil



I. Tradiciones nacionales

- 1.** *Frente a la distinción clásica entre tradiciones jurídicas (common law, civil law), ¿a qué tradición corresponde la legislación procesal de su país? Describa sucintamente las características típicas en lo que concierne a los principios fundamentales del proceso civil (principios dispositivo, inquisitorio, mixto; contradictorio; oralidad; publicidad; administración de la prueba; vías de impugnación y alcance de las instancias recursivas, etc.)*

R. A legislação processual brasileira corresponde à tradição jurídica de civil law, mas, como visto no relatório, o sistema brasileiro adotou muitos institutos de common law, podendo ser considerado um sistema misto de civil law e common law.

O princípio dispositivo é observado para o ajuizamento da demanda, mas o processo se desenvolve por impulso oficial, com poderes instrutórios conferidos ao juiz. A oralidade, como visto no relatório, é atenuada; a publicidade e a motivação das decisões são princípios constitucionais; existem diversas instancias recursais.

- 2.** *¿Existen tradiciones nacionales muy específicas en su país en materia de proceso civil? Por ejemplo, en materia de recurrencia a los medios alternativos de resolución de litigios antes o durante la instancia judicial, en materia de poderes del juez, de cargas, derechos y obligaciones de la partes, de prueba, de vías de recursos, etc.*

R – O que de mais típico existe é o cruzamento entre um sistema de civil law e institutos de common law, como o controle difuso da constitucionalidade (ao lado do sistema concentrado), diversos *writs*, a *judicial review* não apenas pela Corte Suprema mas também na jurisdição ordinária, um sistema completo de processos coletivos correspondente às *class actions*. Os meios alternativos de resolução de litígios estão sendo reforçados, mas ainda não constituem característica do sistema processual, como acontece, por exemplo, na Inglaterra.



3. *¿Se han adoptado en su país recientemente (en los 15 últimos años) reformas procesales estructurales? Si es sí, en qué dirección fueron esas reformas y cual ha sido el objetivo? ¿Han contribuido ellas a « modelar » el proceso y a la armonización en relación a las convenciones internacionales o leyes-modelos, o a los Principios ALI/Unidroit de Procédure civile transnacional?*

R – Sim, desde os anos 90 o Código sofreu inúmeras reformas. A busca principal foi rumo à celeridade, simplificação e desburocratização do processo, mas muitas foram as reformas estruturais: a antecipação de tutela (distinta da tutela cautelar), a tutela das obrigações de fazer e não fazer, com a nítida preferência pela tutela específica; a fusão do processo de conhecimento e do processo de execução; a desjudicialização de alguns procedimentos; o tratamento dos processos repetitivos, etc. Novidades também na Constituição, com a criação do Conselho Nacional de Justiça e a súmula vinculante do STF.

4. *¿Los proyectos de reforma procesal civil son, en su país, precedidos por estudios de derecho comparado?*

R – Sim. O principal promotor das reformas foi o Instituto Brasileiro de Direito Processual, cujos membros são professores de direito processual, afetos aos estudos de direito comparado.

5. *¿Constata usted en su país un retroceso de la distinción clásica entre common law y civil law en materia de proceso civil? ¿en qué instituciones o principios?*

R. Sim, e o Brasil é exemplo disto. Em 2009 participei de um Congresso da IAPL, no Canadá, voltado a analisar as diferenças e coincidências atuais entre os dois sistemas, no qual se verificou a atual inexistência de contornos típicos entre um e outro.



II. Leyes modelos

4. a) *¿En qué medida la jurisprudencia de su país acoge los principios de las convenciones y tratados internacionales (Convención Americana sobre los Derechos del Hombre, textos de la Unión Europea, Convención Europea de los Derechos del Hombre, Tratado Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, etc.) y la jurisprudencia de las jurisdicciones internacionales (Corte Interamericana de los Derechos del Hombre, jurisdicciones europeas y otras)? Indicar las principales materia a los que aquellas han sido aplicadas.*

R . A jurisprudência da Corte Suprema está atenta aos tratados internacionais sobre direitos humanos, aos quais está atribuindo estatura supra-legal, depois de um longo caminho em que os considerou como sendo de nível de lei ordinária.

b) *¿Los tribunales de su país han resistido a veces seguir la jurisprudencia en materia de procedimiento civil de una jurisdicción internacional (por ej. La Corte Europea de los Derechos Humanos), dictando decisiones en sentido contrario u opuesto?*

R. Não, até porque os princípios e regras da Constituição estão em plena sintonia com os tratados de direitos humanos.

5. *En doctrina, ¿hay en su país debates sobre la « modelización » mundial (o regional) del proceso civil? ¿Cuál es la posición mayoritaria de los autores en esta materia? ¿Cómo han sido recibidos los Principios ALI/Unidroit de Procedimiento civil transnacional? La cuestión de la autonomía procesal de los Estados ha sido un obstáculo?*

R. Não. Os princípios ALI/Unidroit de Processo civil transnacional foram recebidos com reservas.



6. *En jurisprudencia, ¿los tribunales de su país han hecho alguna referencia a) a los principios transnacionales de procedimiento; b) a las leyes-modelos; c) a los principios fundamentales y universales del proceso? ¿Constató usted alguna influencia de la flexibilidad y la contractualización de las reglas de procedimiento en el arbitraje ante las jurisdicciones estatales?*

R. Não, exceto com relação à Lei de Arbitragem, conforme se viu no relatório.

7. *¿Su derecho nacional del procedimiento es incompatible con ciertos Principios transnacionales de procedimiento civil ALI/Unidroit? Si es sí, ¿con cuáles? ¿Diría usted globalmente que los Principios ALI/Unidroit son más bien compatibles o incompatibles con sus reglas de procedimiento civil? ¿Los principios ALI/Unidroit de procedimiento civil transnacional han influenciado las reformas recientes del procedimiento civil en su país?*

R. Não houve influência, mas não há incompatibilidades.

Preguntas suplementarias para los relatores nacionales de Iberoamérica

1. *En qué medida el ordenamiento procesal civil de su país recoge los principios típicos del Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica, de 1988: a) oralidad ante jueces unipersonales con apelación ante una cámara superior; b) poderes del juez ordenatorios e instructorios; c) intermediación y concentración; d) audiencia preliminar; e) proceso monitorio; f) procesos sociales; g) otras instituciones.*

R. Como visto no relatório, o sistema brasileiro desenvolveu-se autonomamente, não sofrendo influência do Código Modelo.

2. *En qué medida el ordenamiento procesal de su país recoge los principios típicos del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica de 2006: a) legitimación*



extraordinaria; b) requisitos de la demanda colectiva y representatividad adecuada; c) anticipación de la tutela; d) derechos individuales homogéneos; e) cosa juzgada; f) otras instituciones.

R. Ao contrário. Como visto no relatório, o minissistema brasileiro de processos coletivos serviu de inspiração e modelo para o Código Modelo.

3. *En qué medida la jurisprudencia de los tribunales de su país recoge los principios de las convenciones y pactos internacionales (Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de Roma, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, etc.) y la doctrina de los Tribunales internacionales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Europea de Derechos Humanos y otros); indicando las principales materias en que se aplica (derechos económicos, sociales y culturales; derechos de la institucionalidad democrática; derecho de incidencia colectiva; etc.).*

R Todos os princípios e regras das convenções e pactos internacionais integram a Constituição brasileira, de modo que raramente a jurisprudência remonta aos instrumentos internacionais.